THÈSE de DOCTORAT

de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Madame Fanny JEANTET

Le 18 décembre 2025

LE SALARIÉ ABSENT

École doctorale : **Droit et Science Politique**
Spécialité : **Droit**
Unité de recherche : **IDP – Institut de Droit Privé**

Thèse dirigée par M. Frédéric GUIOMARD

Composition du jury

Rapporteur : M. Lucas BENTO DE CARVALHO
Rapporteur : M. Franck HÉAS
Examinatrice : Mme Isabelle DESBARATS
Directeur de thèse : M. Frédéric GUIOMARD

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur.

À mon grand-père

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Frédéric Guiomard, pour avoir accepté de diriger ces travaux. Son écoute, sa bienveillance et sa présence m'ont permis d'enrichir ma réflexion et de parvenir à l'aboutissement de cette thèse. Je lui adresse ma plus profonde reconnaissance.

Je remercie également le Professeur Lucas Bento de Carvalho, le Professeur Franck Héas et le Professeur Isabelle Desbarats d'avoir accepté de siéger dans ce jury.

Je tiens également à adresser mes plus sincères remerciements à Madame Delphine Gardes. Son soutien indéfectible, ses conseils, ses encouragements et sa disponibilité ont été pour moi très précieux durant ces années de thèse. Qu'il me soit permis de lui témoigner toute ma reconnaissance. Je remercie également le Professeur Lise Casaux-Labrunée pour nos échanges et ses encouragements, ainsi qu'à Madame Marie-Cécile Amauger-Lattes, pour sa présence et son soutien.

Mes remerciements s'adressent ensuite à tous ceux qui m'ont accompagnée et soutenue durant cette aventure, sans qui l'aboutissement de ce travail aurait été bien compliqué.

À ma famille, plus particulièrement à mes parents, à mes frères et à mes grands-parents qui m'ont toujours soutenue dans mes choix de vie. Aucun mot ne saurait traduire l'affection que je leur porte.

À ma belle-famille, pour son soutien indéfectible durant ces années de thèse, particulièrement à Martine, Jean-Christophe, Adeline et Arnaud pour tous ces beaux moments partagés. Je vous dois beaucoup.

À l'ensemble de mes amis, trop nombreux pour être tous cités. Merci d'avoir été présents durant ces années et d'avoir rendu plus légers des moments parfois difficiles et éprouvants. Sans vous, l'aventure de la thèse aurait été bien plus terne.

Aux belles rencontres faites à l'Université et notamment au sein du DTAP. J'adresse plus particulièrement mes remerciements à Marie et Maëlys, mes acolytes de thèse.

À tous les membres du département Carrières juridiques de l'IUT de Troyes, notamment à Anne-Sophie et Gilles, devenus des collègues. Merci pour votre soutien et vos encouragements constants.

Enfin, et surtout, à Anthony. Merci pour tout.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

(dir.)	Sous la direction de
§	Paragraphe
a.	Autre(s)
aff.	Affaire
AJF	*Actualité juridique famille*
AJFP	*Actualité juridique fonction publique*
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
art.	Article(s)
BDESE	*Base de données économiques, sociales et environnementales*
bibl.	Bibliothèque
BJT	*Bulletin Joly Travail*
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*
C. civ.	Code civil
C. comptes	Cour des comptes
C. défense	Code de la défense
C. mut.	Code de la mutualité
C. serv. nat.	Code du service national
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ. 1	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 2	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. civ. 3	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCH	Code de la construction et de l'habitation

CDD	Contrat de travail à durée déterminée
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGFP	Code général de la fonction publique
chron.	Chronique
CIAJ	Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Comm. aff. soc.	Commission des affaires sociales
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
CSE	Comité social et économique
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	*Recueil Dalloz*
D.	Décret
D. actu.	*Dalloz actualité*
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et de la statistique
DC	Décision du Conseil Constitutionnel (Déclaration de conformité)
Dir.	Directive
Dr. et patri.	*Droit et patrimoine*
Dr. ouvr.	*Droit ouvrier*
Dr. soc.	*Droit social*
DT	*Document de travail*
éd.	Édition(s)
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
ibid.	*Ibidem* (au même endroit)

IGAS	Inspection générale des affaires sociales
IGF	Inspection générale des finances
in	Dans
infra	Ci-dessous
INRS	Institut national de recherche et de sécurité
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRDES	Institut de recherche et documentation en économie de la santé
JA	*Juris associations*
JCP	*Juris-classeur périodique (semaine juridique)*
JCP E	*Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise*
JCP G	*Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale*
JCP S	*Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition sociale*
JORF	*Journal officiel de la République Française*
JSL	*Jurisprudence sociale Lamy*
JT	*Juris tourisme*
Lexbase pr.	*Lexbase droit privé*
Lexbase soc.	*Lexbase social*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	*Les petites affiches*
LSQ	*Liaisons sociales quotidien*
Min. trav.	Ministère du travail
n°	Numéro(s)
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato (ouvrage précité)*
Ord.	Ordonnance
p., pp.	Page, Pages
pan.	Panorama

PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
préc.	Précité(e)
PST	Plan santé au travail
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUFC	Presses universitaires de Franche-Comté
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUP	Presses universitaires de Perpignan
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
PUTC	Presses universitaires de Toulouse Capitole
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QVCT	Qualité de vie et conditions de travail
QVT	Qualité de vie au travail
rapp.	Rapport
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDA	*Revue de droit d'Assas*
RDC	*Revue des contrats*
RDCTSS	*Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*
RDP	*Revue du droit public*
RDT	*Revue de droit du travail*
Rép. dr. civ.	*Répertoire Dalloz de droit civil*
Rép. trav.	*Répertoire Dalloz de droit du travail*
Rev.	*Revue*
Rev. crit.	*Revue critique*
Rev. crit. lég. et jurisp.	*Revue critique de législation et de jurisprudence*
Rev. UE	*Revue de l'Union Européenne*
RFAS	*Revue française des affaires sociales*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RFDC	*Revue française de droit constitutionnel*
RGDM	*Revue générale de droit médical*

RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
RIEJ	*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*
RJPF	*Revue juridique personnes et famille*
RLDA	*Revue Lamy droit des affaires*
RLDC	*Revue Lamy droit civil*
RSS	*Revue de droit sanitaire et social*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
S.	*Recueil Sirey*
sc. soc.	Sciences sociales
spéc.	Spécialement
SPST	Services de prévention et de santé au travail
SSL	*Semaine sociale Lamy*
suiv.	Suivant(e)s
suppl.	Supplément
supra	Ci-dessus
t.	Tome
TPS	Travail et protection sociale
trad.	Traduction
v.	Voir
v°	Verbo (au mot)
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE I - LE TRAITEMENT DE L'ABSENCE EN DROIT SOCIAL

Titre 1 - La construction de la notion juridique de l'absence

Chapitre 1 - L'absence traditionnellement exclue du droit social

Chapitre 2 - L'apparition d'une notion juridique de l'absence propre au droit social

Titre 2 - La pluralité des régimes juridiques de l'absence

Chapitre 1 - Les absences injustifiées, sanctionnées par le droit social

Chapitre 2 - Les absences justifiées, protégées par le droit social

PARTIE II - LE TRAITEMENT DES ABSENCES PAR LE DROIT SOCIAL

Titre 1 - Le constat d'une conception restrictive de l'absence

Chapitre 1 - La perte de lisibilité des absences

Chapitre 2 - Une conception excluant la cause première de l'absence

Titre 2 - Un système général de prévention comme outil juridique de régulation des absences

Chapitre 1 - La nécessaire prise en considération d'une dimension collective des absences

Chapitre 2 - La diffusion d'un indicateur d'alerte comme instrument de prévention des absences

INTRODUCTION

« L'absence est le plus grand des maux »[1]

Jean de La Fontaine

1.- Cette citation, attribuée à Jean de La Fontaine, exprime le vide laissé par une situation d'absence. L'absence est un terme générique, qui peut s'appliquer tant à une *chose* qu'à une *personne*[2]. Dans ce dernier cas, qu'elle soit temporaire ou définitive, elle traduit bien souvent un manque, une inquiétude et une réaction de la personne qui s'y trouve confrontée. L'absence suscite également un espoir de retour et, lorsqu'elle dure, peut faire l'objet d'une résignation. En définitive, l'absence trouble le lien relationnel entre la personne absente et celle qui demeure dans l'attente d'un retour espéré. La question de l'absence a toujours été une source d'interrogations et d'inquiétudes. Si un sens juridique se dessine derrière la notion d'absence, l'acception de ce terme dans le langage courant apparaît comme un préalable nécessaire.

2.- La polysémie de l'absence dans la mythologie. La littérature est particulièrement éclairante sur les différents sens dévolus à ce terme. Les premières préoccupations d'absence remontent à l'Antiquité et sont très présentes dans la mythologie grecque[3]. L'absence peut tout d'abord symboliser la *mort* d'une personne, laissant les proches en proie au vide et au deuil. Cette conception de l'absence est notamment traduite dans le mythe d'*Orphée et Eurydice*, qui conte la douleur vécue par Orphée à la suite de la mort soudaine de sa bien-aimée, Eurydice[4]. L'absence peut aussi être la conséquence d'un *enlèvement*. Dans la mythologie grecque, on songe à Perséphone, enlevée par Hadès[5]. La mère de Perséphone, Déméter, déesse de l'agriculture, est plongée dans le chagrin entraînant l'infertilité de la Terre et par conséquent, la famine des êtres humains[6]. À travers ces récits, il est permis d'observer

---

[1] J. de La Fontaine, *Les deux pigeons*, Livre IX, Fable 2.

[2] Sur la définition de l'absence, v. *infra*, n° 4.

[3] P. Grimal, *La mythologie grecque*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 5. Selon cet auteur, la mythologie grecque serait relative à « l'ensemble des récits merveilleux et des légendes de toutes sortes dont les textes et les monuments figurés nous montrent qu'ils ont eu cours dans les pays de langue grecque, entre le IX^e^ ou le VIII^e^ siècle avant notre ère ». Aussi, un lien de corrélation est établi entre l'Antiquité et la mythologie grecque, la première évoquant pour tout un chacun "la mythologie grecque fixée au VIII^e^ siècle avant Jésus-Christ" » : O. Houdé, *Histoire de la psychologie*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2016, p. 7.

[4] A. Béague, J. Boulogne, A. Deremetz, F. Toulze, *Les visages d'Orphée*, Presses universitaires du Septentrion, Histoire des religions, 1998, spéc., pp. 10-19.

[5] J. Desautels, *Dieux et mythes de la Grèce ancienne*, Presses de l'Université de Laval, 2005, pp. 498-499.

[6] *Ibid.*

que l'absence d'une personne traduit sa *non-présence,* les causes pouvant être plurales : mort, enlèvement ou disparition.

3.- L'absence comme moteur narratif dans la littérature. L'absence est le « plus grand de tous les mots », pour reprendre la citation de Jean de La Fontaine qui ouvre cette étude. Mais ces « maux » ne sont pas appréhendés de la même façon par les écrivains. Mieux, l'absence apparaît bien souvent comme un moteur narratif utilisé pour décrire une pluralité de situations. Qu'elle soit temporaire ou définitive, choisie ou subie, l'absence nourrit le rêve, la relation amoureuse et l'aventure. Elle peut façonner le pouvoir, comme elle peut également marquer la mort sociale de celui que l'on pensait disparu à jamais. Dans les écrits du Moyen Âge à l'Ancien Régime, sans oublier la littérature du XIXe siècle, l'absence apparaît sous de nombreuses facettes. Les chansons des croisades, comme la *Chanson d'Antioche*, racontent les longues absences des chevaliers partant pour l'Orient et laissant leurs familles et leurs domaines dans l'attente et l'incertitude[7]. À l'époque médiévale, les contes et légendes s'emparent largement de ce thème. Dans *Tristan et Iseut* par exemple, l'absence exacerbe la passion interdite[8]. Dans le « cycle arthurien », Chrétien de Troyes raconte les périls de Lancelot et Perceval dans la quête d'un Graal inaccessible, symbole d'idéal[9]. Mais l'absence n'est pas systématiquement la résultante d'une aventure ou de la quête d'un héros. Par exemple, avec l'*Histoire de Saint-Louis*, elle est traitée dans un objectif politique, car la captivité du roi en Égypte fragilise durablement le royaume[10]. L'instabilité politique est parfois inhérente à la captivité du suzerain, comme ce fut le cas de l'Angleterre avec celle du roi Richard Cœur de Lion[11]. En dehors de l'emprisonnement ou de la mort du roi, le bouleversement institutionnel peut aussi résulter de l'absence d'un véritable amour filial pouvant entraîner la dislocation du royaume comme dans le *Roi Lear* de Shakespeare[12]. Le classicisme français, c'est-à-dire la littérature du XVIIe siècle, et en particulier le théâtre, traite également de l'absence *contrainte* ou

---

[7] Marquise de Sainte-Aulaire (trad.), *La chanson d'Antioche : composée au XIIe siècle par Richard le Pèlerin*, Librairie académique, éd. Didier, Paris, 1862.

[8] *Tristan et Iseut* (auteur anonyme), Magnard, coll. Classiques et Patrimoine, 2020, pp. 150-152.

[9] M. De Combarieu Du Grès, *Chrétien de Troyes : Perceval ou le Conte du Graal*, Bréal, coll. Connaissance d'une œuvre, 2e éd., 2020. V. les contes relatifs à Lancelot et Perceval. Il convient de souligner que *Perceval ou le Conte du Graal* est le cinquième roman de Chrétien de Troyes, dont la date est inconnue mais que les médiévistes placent vers 1190. *Lancelot ou le Chevalier de la charrette* quant à lui, est un roman en vers écrit également entre 1176 et 1181.

[10] J. Sire de Joinville, *Histoire de Saint-Louis*, Texte publié pour la Société de l'Histoire de France par M. Natalis De Wailly, Paris, Renouard, 1868.

[11] A. Deville, « Sur la captivité de Richard Cœur de Lion et sur le ménestrel Blondel », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1862, n° 6, pp. 215-281.

[12] W. Shakespeare, *Le Roi Lear*, trad. F.-V. Hugo, éd. Ligaran, 2015.

stratégique. Dans *Le Cid*, Rodrigue, héros cornélien par excellence, est contraint de s'éloigner après avoir tué le père de Chimène pour venger son père[13]. Si l'absence s'impose à lui, puisqu'elle est la conséquence de son acte terrible, elle place l'honneur au-dessus de l'amour, car son exil mettra à l'épreuve sa relation avec Chimène[14]. Loin de n'être utilisée que pour décrire une situation choisie ou subie, l'absence peut également révéler le pouvoir posthume de l'absent. Dans *Andromaque* de Racine, la mort d'Hector, tué par Achille, déchaîne les passions et Hector devient alors un absent omniprésent[15]. Sa mort marque un tournant décisif dans la Guerre de Troie et elle exercera une influence déterminante sur la vie et les choix des protagonistes[16]. Au XIX^{e} siècle, les contes de Charles Perrault déclinent à l'envi le thème de l'absence dans le registre du merveilleux. En effet, la *Belle au Bois dormant*[17] connaît une absence d'un siècle, jusqu'à ce que le fils du roi vienne la réveiller[18]. Dans *Barbe-Bleue*, Charles Perrault réutilise l'absence au profit du secret interdit[19]. Pendant un voyage de plusieurs mois, son épouse fait une macabre découverte en osant ouvrir une porte du château qui lui était alors interdite[20]. L'absence de Barbe-Bleue devient, pour elle, la condition de la transgression et la révélation du secret. Alors que l'absence est temporaire et connue de tous dans les Contes de Perrault, elle est présumée définitive dans le *Colonel Chabert* de Balzac[21]. L'absence du colonel déclaré mort à la bataille d'Eylau permet à son entourage de s'approprier son histoire et de redistribuer ses biens. La problématique de l'absence réside dans son retour, qui bouleverse

---

13 C. Paul, *Rodrigue, histoire d'un mythe littéraire français (XVII^{e}-XXI^{e} siècles)*, Hermann, Les collections de la République des Lettres, 2019, v. p. 185-213, *C) Le mythe du héro Cornélien* ; E.-M. Zimmermann, *La liberté et le destin dans le théâtre de Jean Racine*, Slatkine Reprints, Genève, 1999, spéc. p. 28.

14 C. Paul, *Rodrigue, histoire d'un mythe littéraire français (XVII^{e}-XXI^{e} siècles), op. cit.,* p. 185-213.

15 A. Couprie, *Andromaque, Jean Racine*, Hatier, coll. Profil d'une œuvre, Paris, 1992, v. Partie 4 « Sources et originalité de l'œuvre ».

16 Dans le même sens, il est possible d'évoquer les *Aventures de Télémaque*, écrites par Fénelon, où l'absence d'Ulysse pousse son fils à un voyage initiatique et moral qui le conduira à Pylos, puis à Sparte, pour découvrir ce qui est arrivé à son père : F. de Salignac de La Mothe-Fénelon, dit « Fénelon », *Aventures de Télémaque, fils d'Ulysse*, De l'imprimerie de Monsieur, Paris, 1790, t. 2, spéc. p. 313. Il convient de préciser que la première publication a eu lieu en 1699.

17 C. Perrault, *Histoires ou contes du temps passé avec des moralités*, éd. C. Barbin, 1697. Pour le contre de La belle au bois dormant, v. spéc. pp. 2-45.

18 J.-B. Capefigue, *Louis XIV, son gouvernement et ses relations diplomatiques avec l'Europe*, Grégoir et Wouters, Bruxelles, 1842, t.3, p. 82. L'auteur dit, à propos de Charles Perrault : « La Belle aux Bois dormant, noble princesse des âges de chevalerie, qui se réveille de son sommeil d'un siècle […] pour épouser son bel amant ».

19 C. Perrault, *Histoires ou contes du temps passé avec des moralités*, éd. C. Barbin, 1697. Pour le conte de Barbe-bleue, v. spéc. pp. 57-80.

20 En effet, Barbe-Bleue avait défendu à son épouse d'ouvrir la porte d'un petit cabinet, en s'exprimant en ces termes avant son départ : « ouvrez tout, allez partout ; mais, pour ce petit cabinet, je vous défends d'y entrer, et je vous le défends de telle sorte que, s'il vous arrive de l'ouvrir, il n'y a rien que vous ne deviez attendre de ma colère » : C. Perrault, *Histoires ou contes du temps passé avec des moralités*, éd. C. Barbin, 1697, pp. 62-63. En bravant cette interdiction, l'épouse découvre les cadavres des anciennes épouses de Barbe-Bleue.

21 H. De Balzac, *Le colonel Chabert*, La Renaissance du livre, Paris, 1820, p. 21 : « Monsieur, dit le défunt, peut-être savez-vous que je commandais un régiment de cavalerie à Eylau ».

l'ordre social établi. Paradoxalement, le retour du Colonel Chabert ne permet pas de combler le vide laissé par la situation d'absence. En témoignent les efforts qu'il déploie pour retrouver son identité, ses biens et son honneur. Un parallèle peut être fait avec Edmond Dantès, emprisonné au château d'If, qui parviendra à revenir sous une fausse identité, avant de pouvoir retrouver la sienne[22]. En définitive, la littérature témoigne de la grande diversité de sens dévolue à l'absence, traduisant sa polysémie dans le langage courant.

4.- La définition de *l'absence* dans le langage courant. Le terme d'absence provient du vocable latin *absentia*, dérivé du mot *absum*[23]. Avec le privatif *ab*, suivit du suffixe *sum* (être), ce mot exprime une idée négative et signifie le fait de ne pas être, désignant par extension le « défaut de présence »[24]. L'absence se dit aussi bien d'une personne que d'une chose. Pour une personne, ce terme désigne « l'éloignement d'un lieu déterminé, et ordinairement du domicile »[25]. D'ailleurs, le Dictionnaire de l'Académie française, dans sa version de 1854, associe l'absence à la personne « qui n'est point dans le lieu de sa résidence ordinaire »[26]. En définitive, le terme *absentia* traduit « l'état de celui qui est absent »[27]. Au-delà de la non-présence, l'absence peut également révéler un sentiment. Cette idée s'observe, par exemple, chez Fénelon : « ce philosophe pensait que *l'absence* de la douleur était le but de sa vie »[28]. Par rapport aux choses, l'absence signifie la « non-existence »[29]. En effet, dans le dictionnaire de Charles Naudier et Victor Verger, il est précisé que l'absence « se dit aussi des choses. – En parlant des choses, manque, privation, dénuement »[30]. À titre d'illustration, dans *L'épopée de Gilgamesh*, l'une des œuvres littéraires les plus anciennes de l'humanité, la perte de la plante d'immortalité enseigne au héros que la mortalité est le chemin inéluctable de tous les êtres vivants[31]. Lorsqu'elle est appliquée à une personne, *l'absence* revêt un sens plurivoque.

---

[22] K. Vassilev, *Le récit de vengeance au XIX^e siècle*, Cribles, coll. Essais de littérature, 2008, p. 112 : « Le registre symbolique lui étant interdit par le geste de ses agresseurs, Edmond Dantès ne pourra satisfaire son désir que par procuration, par l'entremise d'un personnage fictif ».

[23] A. Olivier, *Le trépied étymologique*, Imp. de Crapelet, 1809, p. 4 ; Nicolas Lallement, *Dictionnaire universel français-latin*, Paris, 1807, 11^e éd., 1807, p. 9.

[24] L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire National*, Paris, Garnier frères, 14^e éd., t. 1, 1871, p. 29.

[25] *Ibid.*

[26] *Dictionnaire des dictionnaires, vocabulaire universel et complet de la langue française*, Bruxelles, t. 1 (A-F), 1854, p. 17 ; v. également P. Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle français*, Administration du Grand dictionnaire français, 1866, p. 34.

[27] G. Favard de Langlade, *Répertoire de la législation du notariat*, Paris, Firmin Didot, 2^e éd., t. 1, 1829, p. 2.

[28] Fénelon, *Philosophie d'Épicure*, chap. 4.

[29] L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire National*, Paris, Garnier frères, 14^e éd., t. 1, 1871, p. 29. Plus exactement, « par rapport aux choses, c'est la non-existence même des choses auxquelles on l'applique ».

[30] C. Nodier, V. Verger, *Dictionnaire universel de la langue française*, Paris, 6^e éd., t. 1, 1833, p. 8.

[31] J. Bottéro (trad.), *L'épopée de Gilgameš. Le grand homme qui ne voulait pas mourir*, Gallimard, 1992. Pour un résumé de l'œuvre littéraire, v. en ce sens le site de la Bibliothèque nationale de France :

En effet, elle peut traduire un *état de la personne* lié au « fait d'être absent »[32] ou la *période* durant laquelle la personne s'absente[33]. Dans certains cas, l'absence peut également être assimilée à une *interruption de l'activité de l'esprit*. Elle traduit alors une « suspension brusque et passagère de la conscience », une forme de « défaillance momentanée de la mémoire ou de la conscience »[34]. À l'inverse, lorsque ce terme est appliqué à une chose, il revêt un sens univoque car il est synonyme de *manque*, désignant ainsi le « fait de manquer »[35]. Comme l'écrivait Nicolas Oresme au XIV[e] siècle, un « homme est dit attrempé [modéré], en ce qu'il n'a pas de tristesse de *l'absence* des choses delettables [agréables] »[36].

5.- La définition de *l'absent* dans le langage courant. Emprunté au latin *absens*, le mot *absent* se traduit littéralement comme « étant loin de »[37]. Ce terme est intimement lié à celui de l'absence. Lorsqu'elle est relative à la personne, l'absence traduirait le fait, pour cette dernière, de ne pas être présente physiquement dans un lieu déterminé, qu'il s'agisse de « son lieu habituel de résidence, de sa demeure », mais également du « lieu où sa présence est escomptée »[38]. Le lien entre *personne* et *lieu* est intéressant, car il a pu faire l'objet de débats entre les lexicographes. Napoléon Landais, notamment, considère que le mot *absent* « se dit relativement aux lieux, mais non aux personnes »[39]. Partant, il constate qu'on peut être « absent de Paris », mais qu'on ne saurait être « absent de vous »[40]. Louis Nicolas Bescherelle, dans son *Dictionnaire National*, s'étonne de cette définition et de la dissociation que fait Napoléon Landais entre *personne* et *lieu*[41]. Il écrit que « M. Landais fait observer que [le mot] *absent* régit la préposition *de*, et se dit relativement aux lieux et non aux personnes »[42]. Louis Nicolas Bescherelle rejette une telle interprétation, qu'il juge généraliste, en estimant que « toutes les fois qu'on peut dire *présent dans*, on peut dire aussi *absent de* »[43]. Au sens propre en effet, il est déraisonnable de penser qu'on puisse être physiquement absent d'une personne. Mais qu'en

https://passerelles.essentiels.bnf.fr/fr/chronologie/article/54078476-a762-4fc7-bac7-299d13715032-epopee-gilgamesh.

[32] *Dictionnaire de l'Académie française*, 9[e] éd., v° absence, n° 1.
[33] *Ibid.*, n° 2.
[34] *Ibid.*, n° 5.
[35] *Ibid.*, n° 4.
[36] N. Oresme, *Les Éthiques d'Aristote*, traduction du XIV[e] siècle, cité in Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Librairie Hachette, t. 1, 1[re] partie (A-C), 1863, p. 20.
[37] P. Guérin, *Encyclopédie universelle. Dictionnaire des dictionnaires*, Paris, t. 1, 1892, p. 20.
[38] *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absent, n° 1.
[39] N. Landais, *Dictionnaire général et grammatical des dictionnaires français*, Paris, Didier, 11[e] ed., t. 1, 1852, p. 22.
[40] *Ibid.*
[41] L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire National*, *op. cit.*, p. 29.
[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*

est-il mentalement ? Il fait ainsi remarquer qu'au sens figuré, il est possible que le terme *absent* se rapporte à une personne. À propos d'une personne qui nous est chère par exemple, on peut regretter que le temps nous laisse *absents* de « ses affections [ou] de ses pensées »[44]. Dans un autre registre, à propos d'une personne qui aurait dû être présente, le dicton populaire ne nous enseigne-t-il pas que les absents ont toujours tort ?[45] De la même manière que pour l'absence, l'*absent* peut également être celui qui est « distrait, sujet à des rêveries », caractérisant ainsi une forme de dislocation de l'individu qui serait physiquement présent, mais mentalement absent[46]. Selon l'expression consacrée, on dit de cette personne qu'elle « a l'air absente »[47]. Enfin, l'absent est un qualificatif qui peut aussi être attribué à une chose et désigne alors ce « qui manque, qui fait défaut »[48]. Certains dictionnaires définissent la chose absente comme celle « qui n'existe pas »[49]. Une telle conception de l'absence des choses se retrouve chez Blaise Pascal lorsqu'il écrit que l'homme « [recherche] dans les choses absentes les secours qu'il n'obtient pas des présentes »[50]. En définitive, le terme *absence* et son corollaire, celui de l'*absent*, sont des termes bien connus du vocable usuel. Pourtant, la polysémie qui innerve ces termes peut être source d'incertitudes. Ce constat trouve à s'illustrer dans la sphère juridique.

6.- L'usage fréquent du terme *absence* par le législateur. Dans la sphère juridique, le législateur utilise fréquemment le terme *absence*. Les exemples sont relativement nombreux[51]. Ce terme se retrouve dans plusieurs Codes[52]. Pour ne citer que certains exemples,

---

[44] *Ibid.*

[45] D'ailleurs, ce dicton populaire est d'essence juridique, puisque son origine est liée à des pratiques judiciaires du droit romain, selon lesquelles le défendeur absent au procès avait de grandes chances d'être condamné, dans le cadre de ce que l'on qualifie aujourd'hui de « jugement par défaut » (en procédure civile, v. CPC, art. 471 à 479 ; en procédure pénale, v. CPP, art. 487 et 488). Raphaël Rougier indiquait à ce propos que « dans l'action de la loi, nous avons vu l'office du juge, fort simple, se résumer dans la formule *de absente secundum præsentem judicicare*. Soit dit en français : les absents ont toujours tort » : R. Rougier, *Droit romain, de la procédure contre les absents. Droit français, des jugements correctionnels par défaut*, éd. L. Larose & Forcel, 1893, p. XLIX.

[46] *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absent, n° 5. D'autres dictionnaires font d'ailleurs référence aux « facultés intellectuelles, dans le sens de "distrait" » : v. en ce sens L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire National*, *op. cit.*, p. 29 ; v. également F.-A. Poujol, *Dictionnaire des facultés intellectuelles et affectives de l'âme*, Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, 1849, p. 441.

[47] *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absent, n°5.

[48] *Ibid.*, n° 4.

[49] L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire National*, *op. cit.*, p. 29.

[50] J. Didiot, *Pensées de Blaise Pascal*, Société de Saint-Augustin, Desclée de Brouwer, 1896, p. 153. Par cette phrase, il exprime l'idée que l'homme, insatisfait de ce qu'il possède, a tendance à rechercher un réconfort dans ce qu'il n'a pas et qu'il pourrait avoir.

[51] Si les exemples sont trop nombreux pour être tous cités, un certain nombre d'entre eux entend être cité dans la présente étude afin de mesurer la fréquence et la récurrence du terme *absence* dans le discours du droit, selon les différentes acceptions qui sont dévolues à ce terme. Les exemples seront cités dans différentes matières juridiques, qu'elles appartiennent au droit privé ou au droit public.

[52] Le terme d'absence serait présent dans 68 Codes, et dans 5391 articles. Recherche effectuée sur le site Légifrance le 31/10/2025.

des occurrences de ce terme sont présentes au sein du Code civil[53], du Code de procédure civile[54], du Code général de la fonction publique[55], mais également du Code des communes[56], du Code de l'organisation judiciaire[57], du Code pénitentiaire[58] ou encore du Code rural de la pêche maritime[59]. L'analyse de l'utilisation de ce terme permet de constater qu'il est employé principalement selon deux acceptions : l'absence de la *personne*, c'est-à-dire le fait pour cette

[53] V. en ce sens : C. civ., art. 112, 118, 119 relatifs à la « présomption d'absence ». V. également : C. civ. art. 122 à 132 relatifs à la « déclaration d'absence ». La présomption d'absence et la déclaration d'absence sont relatives à un état juridique de la personne. Dans ce cas, le terme absence s'entend de l'acception qui lui est dévolue en droit civil, et qui diffère du langage courant. Plus exactement, l'absence en droit civil désigne « l'état d'une personne dont la disparition prolongée peut faire douter qu'elle soit encore en vie » : *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absence, n° 3. Sur cette question, v. *infra*, n° 66 et suiv. Le terme absence est également utilisé dans le Code civil pour désigner le manque d'une chose. Pour ne citer qu'un exemple, c'est le cas s'agissant des règles successorales. Sur ce point, v. en ce sens : C. civ., art. 733 à 755 qui disposent des « droits des parents en *l'absence* de conjoint successible », c'est-à-dire s'il n'existe pas de conjoint successible.

[54] S'agissant des dispositions du Code de procédure civile, de nombreuses dispositions sont relatives à la présomption et à la déclaration d'absence. Sur la présomption d'absence, v. en ce sens : CPC, art. 1062 à 1065. Sur la déclaration d'absence, v. en ce sens : CPC, art. 1066 à 1069. Plus généralement, l'emploi du terme « absence » dans le Code de procédure civile désigne le manque d'une chose. C'est notamment le cas, lorsque les dispositions prévoient « qu'en matière gracieuse, le pourvoi est recevable même en *l'absence* d'adversaire » (CPC, art. 610) ; que « le jugement prononcé en audience est rendu par l'un des juges qui en ont délibéré, même en *l'absence* des autres et du ministère public » ; ou encore, que « *l'absence* de déclaration dans le délai ou l'irrecevabilité de celle-ci confère force de chose jugée au jugement rendu en premier ressort lorsque la décision cassée avait été rendue sur appel de ce jugement » (CPC, art. 1034).

[55] De nombreuses dispositions sont relatives aux autorisations d'absences. V. notamment : CGFP, art. L. 214-4 (autorisations d'absence accordées aux représentants syndicaux mandatés pour participer aux congrès ou aux réunions statutaires) ; CGFP, art. L. 622-1 (autorisations spéciales d'absence liées à la parentalité et à certains évènements familiaux) ; CGFP, art. L. 622-2 (autorisation d'absence pour décès d'un enfant) ; CGFP, art. L. 622-4 (autorisations spéciales d'absence au bénéfice de l'agent public qui exerce une mandat d'administrateurs d'une mutuelle, union ou fédération relevant du code de la mutualité). D'autres dispositions sont relatives à l'absence d'une chose. V. notamment : CGFP, art. R. 123-10 (règles applicables « en *l'absence* de décision expresse écrite ») ; CGFP, art. L. 124-18 (règles applicables « en *l'absence* de réponse » donnée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ; CGFP, art. R. 254-34 (règles applicables « en *l'absence* de formation spécialisées »).

[56] La plupart des dispositions de ce Code sont relatives aux autorisations d'absence. V. en ce sens : C. communes, art. R. 415-2 (congés annuels), art. R. 422-11 (autorisation d'absence pour préparer un concours administratif ou professionnel), art. R. 444-109 (autorisations d'absence pour l'exercice de fonctions publiques électives, de mandats syndicaux, d'évènements de famille, etc.).

[57] Les dispositions prévoient principalement les règles applicables en cas d'absence d'un ou plusieurs magistrats ou d'autres acteurs judiciaires, comme le greffier. V. en ce sens : COJ, art. LO532-17, art. R. 212-4, art. R. 212-59, art. R. 435-1 (règles applicables en cas d'absence du président du tribunal judiciaire) ; COJ, art. L. 252-1 (règles applicables en cas d'absence du juge des enfants) ; COJ, art. R. 441-1 (règles applicables en cas d'absence ou d'empêchement de l'un des présidents de chambre, doyens ou conseillers). Certaines dispositions sont quant à elles relatives à l'absence au sens du droit civil : COJ, art. L. 213-3 et art. L. 452-2.

[58] Parmi les dispositions du Code pénitentiaire, certaines sont relatives à l'absence d'une personne. V. par ex. : C. pénit., art. D. 113-68 (absence du chef de service), art. L. 412-49 (absence au travail de la personne détenue), art. D. 215-24 et D. 215-25 (absence de la personne détenue de son établissement d'origine).

[59] Au sein du Code rural et de la pêche maritime, le terme *absence* fait référence à celle d'une personne. Sur cette acception, v. en ce sens : C. rur., art. L. 121-8 et L. 121-9 (absence d'un membre titulaire appelé à siéger à la commission départementale d'aménagement foncier), C. rur., art. L. 814-4, al. 4 (absence de représentants). L'usage du terme absence fait d'autres fois référence à une chose, au fait qu'elle fasse défaut. V. not. : C. rur., art. L. 112-3 (absence de réponse), C. rur., art. L. 121-16, al. 1er (absence de périmètres d'aménagement foncier), C. rur., art. L. 121-19, al. 2 (absence d'une décision de rejet émise dans un certain délai par le président du conseil départemental), C. rur., art. L. 123-20 (absence d'accord avec les intéressés), C. rur., art. L. 135-6 (absence d'opposition), C. rur., art. L. 143-1 (absence d'un document d'urbanisme).

dernière d'être absente, mais également celle d'une *chose*, c'est-à-dire le manque de cette dernière, le fait qu'elle fasse défaut[60]. À titre d'illustration, différents Codes prévoient des *autorisations d'absence*, c'est-à-dire des cas dans lesquels la personne est autorisée à s'absenter. C'est le cas du Code général de la fonction publique[61], du Code général des collectivités territoriales[62], du Code de l'éducation[63] ou encore du Code de l'organisation judiciaire[64]. Le second sens dévolu à l'absence, à savoir le *manque d'une chose*, apparaît également dans de nombreux Codes. Par exemple, c'est le cas du Code de commerce[65], du Code des transports[66], du Code de la propriété intellectuelle[67] ou encore du Code des assurances[68]. Dans certains cas, les deux acceptions dévolues à l'absence sont présentes au sein du même Code. Le Code du travail et le Code de la sécurité illustrent ce constat.

---

[60] À cet égard, il convient de relever que dans de nombreux cas, lorsque le terme absence réfère à une chose, elle peut également être une condition d'application d'une règle. Pour des exemples en droit civil, v. C. civ., art. 311-21, al. 1 (règles de dévolution du nom de famille en l'absence de déclaration conjointe des parents à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant) et C. civ., art. 734 (règles relatives à l'ordre des héritiers en l'absence de conjoint successible). Pour des exemples en droit commercial, v. C. comm., art. L. 121-6 (règles d'opposabilité aux tiers en l'absence de la mention de la déclaration notariée au RSC ou au RNE) et C. comm., art. L. 631-22 (règles applicables en matière de procédures collectives en l'absence de plan de redressement).

[61] V. *supra*, note de bas de page n° 55.

[62] V. en ce sens : CGCT, art. L. 2123-1 (autorisations d'absences d'un salarié membre d'un conseil municipal), CGCT, art. L. 3123-1 (autorisations d'absences d'un salarié membre d'un conseil départemental).

[63] V. en ce sens : C. éduc., art. L. 124-13, al. 1er (autorisation d'absence du stagiaire en cas de grossesse, de paternité ou d'adoption), C. éduc., art. L. 236-1 (autorisations d'absence des représentants des parents d'élèves aux conseils départementaux ou régionaux).

[64] V. *supra*, note de bas de page n° 57.

[65] V. en ce sens : C. comm., art. L. 121-6, al. 2 (absence de déclaration notariée), C. comm., art. L. 123-20, al. 2 (absence ou insuffisance de bénéfice), C. comm., art. L. 123-455, al. 2 (absence de remise des pièces), C. comm., art. L. 134-5, al. 3 (absence d'usages), C. comm., art. L. 134-11, al. 3 (absence de convention), C. comm., art. L. 145-1, III.- (absence d'immatriculation au RCS ou au registre national des entreprises), C. comm., art. L. 152-8, al. 1er (absence de demande de dommages et intérêts), C. comm., art. L. 221-4, al. 1er (absence de détermination des pouvoirs du gérants par les statuts), C. comm., art. L. 223-18, al. 3 (absence de dispositions statutaires sur la durée de mandat des gérants), C. comm., art. L. 225-41, al. 2 (absence de fraude).

[66] V. en ce sens : C. transp., art. L. 1112-2, II.-, 1° (absence d'autorité organisatrice), C. transp., art. L. 1112-2-4, I.-, al. 2 (absence de transmission des bilans de travaux d'accessibilité), C. transp., art. L. 1213-3, al. 1er (absence d'une autorité organisatrice de transport unique), C. transp., art. L. 1214-17, al. 1er (absence d'approbation du projet de plan de mobilité), C. transp., art. L. 1243-15, al. 1er (absence d'accord sur les participations annuelles), C. transp., art. L. 2121-25, IV.- (absence de réponse au cédant dans un certain délai vaut acceptation tacite de l'offre proposée), C. transp., art. L. 2122-2, II.- (absence d'importance stratégique pour le marché ferroviaire européen), C. transp., art. L. 2122-4-7, al. 2 (absence de plan de renforcement des capacités).

[67] V. en ce sens : CPI, art. L. 123-7, I-., al. 3 (absence d'héritier et de legs du droit de suite) et II- (absence d'ayant droit connu), CPI, art. L. 131-5-1, I-., al. 3 (absence d'accord professionnel applicable), CPI, art. L. 131-5-2, I-. (absence d'exploitation de l'œuvre de l'auteur), CPI, art. L. 132-17-3, I-., al. 4 (absence de date de réédition des comptes dans le contrat) et IV-. (absence de mise en demeure par l'auteur), CPI, art. L. 133-44, al. 4 (absence d'accord collectif applicable en dehors de l'accord d'entreprise) et al. 5 (absence d'engagement de négociation).

[68] V. en ce sens : C. assur., art. L. 112-2-1, III-., 5° (absence de droit à renonciation) et VI-. (absence matérielle de certains éléments), C. assur., art. L. 112-2-2, I-. (absence d'intérêt ou de souhait, manifesté par l'adhérent éventuel, de donner suite à la proposition commerciale), C. assur., art. L. 113-15-2, al. 7 (absence d'interruption de la couverte de l'assuré), C. assur., art. L. 131-4, 3° (absence de valeur liquidative).

7.- L'usage du terme *absence* en droit social. Les occurrences du terme *absence* sont nombreuses dans le Code du travail et le Code de la sécurité sociale. Plus précisément, parmi les dispositions en vigueur, il existe 619 occurrences de ce terme dans le Code du travail et 308 dans le Code de la sécurité sociale[69]. Il y est employé de nombreuses fois dans le Code du travail. Il est prévu des *autorisations d'absence* pour le salarié, c'est-à-dire des cas dans lesquels le salarié peut s'absenter du travail[70]. Le législateur emploie également ce terme selon la deuxième acception, c'est-à-dire pour indiquer le *cas où quelque chose ferait défaut*. Par exemple, la réforme structurelle du Code du travail intervenue par la loi Travail du 8 août 2016[71] a fait apparaître une présentation des normes selon le triptyque « Ordre public – Négociation collective – Dispositions supplétives »[72]. De nombreuses dispositions du Code du travail prévoient ainsi les dispositions supplétives applicables « en l'absence d'accord », c'est-à-dire en cas d'inexistence d'un accord collectif, ou si un accord collectif existe, mais qu'il ne prévoit pas les règles applicables sur un thème en particulier[73]. Outre les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, ce terme se rencontre fréquemment dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation[74]. Ce même constat s'observe en droit de la protection

[69] Recherche effectuée sur le site *Legifrance* le 31/10/2025.

[70] Les autorisations d'absence prévues par le Code du travail sont nombreuses. Ces autorisations d'absences peuvent être sollicitées par la salariée enceinte ou venant d'accoucher (C. trav., art. L. 1225-16), par le salarié atteint d'une maladie grave afin qu'il puisse suivre les traitements médicaux rendus nécessaires par son état de santé (C. trav., art. L. 1226-5), par le défenseur syndical pour les besoins de sa formation (C. trav., art. L. 1453-7), par le salarié qui suit une formation financée dans le cadre du compte personnel de formation (C. trav., art. L. 6323-17) par le salarié ayant intégré, en parallèle de son activité professionnelle, la réserve opérationnelle militaire ou celle de la police nationale (C. trav., art. L. 3142-89, art. L. 3142-94-2 et L. 3192-94-3), par le salarié âgé de seize à vingt-cinq ans qui participe à l'appel de préparation à la défense (C. trav., art. L. 3142-97), par le salarié conseiller du salarié pour les besoins de sa formation (C. trav., art. L. 1232-12), par le salarié désigné pour participer à un jury d'examen ou de validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. L. 3142-42) ou encore par le salarié membre d'un conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1442-2).

[71] L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

[72] Plus précisément, s'agissant de ce triptyque : les règles d'ordre public doivent être respectées par les accords collectifs, les dispositions relatives à la négociation collective prévoient les règles qui définissent la liberté, parfois encadrée, des partenaires sociaux et, enfin, les dispositions supplétives qui ne s'appliquent que s'il n'y a pas d'accord : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 38e éd., 2025, p. 1833 (v. spéc. note de bas de page n° 3).

[73] Pour des exemples non exhaustifs, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1222-9 (formalisation de l'accord entre le salarié et l'employeur pour recourir au télétravail), C. trav., art. L. 2313-4 (nombre et périmètre des établissements distincts), C. trav., art. L. 2315-44 (modalités de mise en place des CSSCT), C. trav., art. L. 2315-49 (modalités de constitution d'une commission de la formation par le CSE dans les entreprises d'au moins trois cents salariés), C. trav., art. L. 2315-50 (modalités de constitution d'une commission d'information et d'aide au logement des salariés au sein du CSE dans les entreprises d'au moins trois cents salariés), C. trav., art. L. 2315-56 (modalités de création d'une commission de l'égalité professionnelle au sein du CSE dans les entreprises d'au moins trois cents salariés), C. trav., art. L. 2316-16 (limitation du nombre de recours à la visioconférence pour réunir le CSEC), C. trav., art. L. 2334-2 (limitation du nombre de recours à la visioconférence pour réunir le Comité de groupe).

[74] Pour des exemples non exhaustifs récents sur l'absence d'une *chose*, v. en ce sens : Cass. soc., 25 juin 2025, n° 23-17.999 (absence de déclaration d'arrêt de travail par le salarié) ; Cass. soc., 18 juin 2025, n° 23-14.297 (absence de lien de subordination) ; Cass. soc., 12 mars 2025, n° 24-19.110 (absence de justification d'arrêt de

sociale. En premier lieu, le Code de la sécurité sociale fait apparaître de nombreuses occurrences de l'*absence*. Là encore, deux sens sont dévolus à ce terme. L'absence désigne principalement celle d'une *chose*[75] et de manière plus marginale, celle d'une *personne*[76]. En second lieu, le terme d'absence est également employé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation[77].

I- Objet et délimitation du champ de la recherche

A) Objet de la recherche

8.- Une étude limitée à l'une des acceptions juridiques de l'absence en droit social : celle de la *personne*. Comme l'observe Anne-Marie Leroyer, « si l'on s'arrête plus particulièrement sur la terminologie juridique, quel que soit le corpus étudié, on peut remarquer qu'elle comporte plusieurs spécificités par rapport au langage courant. Certains termes ont une double appartenance : *absence*, aliments, fruits, appel ou arrêt sont issus du langage courant, mais reçoivent une acception spécifique en droit »[78]. Précisément pour ces termes, une réflexion juridique approfondie n'a d'intérêt que si cette dernière se limite à l'acception juridique qui lui

travail) Cass. soc., 26 mars 2025, n° 23-12.790 (absence de visite de reprise après un arrêt de travail pour accident du travail). Pour des exemples non exhaustifs récents sur l'absence de la *personne*, v. en ce sens : Cass. soc., 27 mai 2025 (absence justifiant le maintien du salarié) ; Cass. soc., 14 mai 2025 (absence d'une assistance maternelle, contraignant les parents à prendre des jours de congés pour garder leur enfant) ; Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 23-22.190 (absence pour maladie non rémunérée et non-paiement de la prime d'ancienneté).

[75] V. en ce sens : CSS, art. LO111-9-2-1, al. 2 (absence de dépôt de projet de loi de financement de l'année ou rectificative) ; CSS, art. L. 114-10-3 (absence de réponse de l'intéressé) ; CSS, art. L. 114-17, I.- 2° (absence de déclaration d'un changement de situation) ; CSS, art. L. 114-17-2 (absence de paiement d'une pénalité) ; CSS, art. L 135-2, 2°, c) (absence d'activité complète de l'assuré) ; CSS, art. L. 161-1-4 (absence réitérée de réponse aux convocations d'un organisme de sécurité sociale) ; CSS, art. L. 162-1-17 (absence d'accord préalable) ; CSS, art. L. 315-1, II.-, al. 3 (médecin mandaté par l'employeur conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ; CSS, art. L. 552-4, al.2 (absence de production d'une pièce).

[76] V. en ce sens : CSS, art. L. 223-1, 7° (autorisations spéciales d'absence) ; CSS, art. L. 231-9, al. 3 (absences de l'entreprise des membres conseil ou administrateurs salariés justifiées par l'exercice de leurs fonctions) ; CSS, art. L. 231-10, al. 1er (autorisations d'absence pour permettre aux membres d'un conseil ou d'un conseil d'administration d'un organisme de sécurité sociale).

[77] Cependant la deuxième chambre civile de la Cour de cassation utilise le terme « absence » pour désigner celle d'une *chose* et non d'une *personne*. Pour des exemples non exhaustifs, v. en ce sens : Cass. civ. 2, 5 juin 2025, n° 22-24.787 (absence de texte) ; Cass. civ. 2, 10 avr. 2025, n° 22-18.173 (absence de fraude de la victime) ; Cass. civ. 2, 27 fév. 2025, n° 22-21.800 (absence de plafonnement du montant de la cotisation) ; Cass. civ. 2, 14 nov. 2024, n° 22-23.185 (absence de délai imparti) ; Cass. civ. 2, 17 oct. 2024, n° 22-13.473 (absence de disposition contraire) ; Cass. civ. 2, 5 sept. 2024, n° 22-18.293 (absence d'élément objectif) ; Cass. civ. 2, 27 juin 2024, n° 22 18.178 (absence d'observations ou d'acceptation explicite d'une pratique par l'URSSAF) ; Cass. civ. 2, 25 juin 2024, n° 22-11.613 (absence de prescriptions médicales).

[78] A.-M. Leroyer, « Langage du droit et terminologie juridique », Séance du 13 oct. 2008 à l'Académie des sciences morales et politiques. Séance publiée sur le site internet de l'Académie des sciences morales et politiques : https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2008/10/13/langage-du-droit-et-terminologie-juridique. Consulté le 31/10/2025.

est dévolue. Cette démarche permet d'identifier les raisons de cette « double appartenance » et plus particulièrement, les raisons d'une acception singulière en droit. Le terme *absence* répond assurément à la règle de la « double appartenance », puisqu'il revêt une acception juridique spécifique – à tout le moins en droit civil[79] – indépendante de celle qui lui est dévolue dans le langage courant. Dans cette matière juridique, l'absence désigne le fait, pour une personne, « d'avoir disparu sans donner de nouvelles »[80], de sorte que l'on ignore si elle est vivante ou décédée[81]. La dichotomie qui existe entre le sens de ce terme dans le langage courant et son acception juridique en droit civil est si prégnante que les dictionnaires réservent toujours, dans leur définition de l'absence, un sens juridique spécifique[82]. Il ressort de la définition précédemment exposée qu'en droit civil, l'absence renvoie à un *état de la personne*. En droit social, le sens juridique dévolu à ce terme est bien plus complexe à appréhender, parce qu'il tient davantage du postulat. Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'en droit social, le législateur et la jurisprudence ne définissent pas cette notion juridique, mais construisent et précisent ses régimes juridiques. De même, les études doctrinales relatives à l'absence en droit social s'intéressent uniquement à ses régimes juridiques et non à sa qualification juridique[83]. Ainsi, dans cette matière, l'absence répond d'une approche fonctionnelle et non définitionnelle : elle permet d'appliquer un régime juridique à une situation d'absence. C'est la raison pour laquelle le sens dévolu à l'absence en droit social est difficile à appréhender. À cet égard, il convient d'observer que l'absence en droit social se caractérise par une certaine forme d'ambivalence entre l'acception juridique et le sens dévolu dans le langage courant. En effet, il a précédemment été démontré que cette dernière pouvait concerner tant une *chose* qu'une *personne*, marquant ainsi un lien étroit avec le langage courant. Or, dans les deux cas, la qualification juridique d'absence s'impose, donnant lieu à des régimes juridiques distincts. L'un d'eux ressort de l'absence d'une *chose* : celui des dispositions applicables « en l'absence

[79] Sur ce point, v. en ce sens : Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.
[80] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2012, p. 41.
[81] G. Gourbeaux, « À propos de la preuve de l'existence de la personne » *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 342.
[82] V. par ex. : *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absence, n° 3 ; *Dictionnaire Larousse*, v° absence, n° 5 ; Dictionnaire Le Robert, v° 1 (dans ce cas, il est cité comme un « sous-sens » du sens premier relatif au « fait de n'être pas dans un lieu où l'on pourrait être). Il convient d'observer que dans les dictionnaires précités, il est précisé en début de définition que ce sens est juridique puisque la mention « Droit » est indiquée en début de définition.
[83] Comme le souligne Marc Nicod, « la qualification constitue la base de toute démarche juridique. Elle peut être définie comme le processus intellectuel qui permet de rattacher un fait à une catégorie, en vue de lui appliquer une règle de droit » : M. Nicod, « Propos introductifs », *in* M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, LGDJ, PUTC, 2015, p. 8.

d'accord collectif »[84]. Dans ce cas, il est question de l'articulation des normes en droit du travail et plus précisément, de l'application des règles supplétives. Cependant, cette acception de l'absence en droit social sera écartée de l'objet d'étude, qui sera consacré à l'absence de la *personne,* et plus exactement celle du salarié[85]. Cette qualification juridique permet d'appréhender la situation factuelle du salarié qui *s'absente du travail*[86]. À l'instar de son acception en droit civil, elle est donc relative à un *état de la personne*. À ce sens, se mêle également celui du langage courant puisque l'absence désigne « l'état de celui qui est absent », en l'occurrence le salarié. La qualification juridique d'absence déclenche l'application du régime juridique propre à l'absence dont il est question (maladie, grève, etc.).

9.- L'absence comme notion en droit social. Ces dernières observations appellent à certaines précisions, en vue d'identifier l'absence en droit social comme une notion juridique et non un concept à proprement parler. En effet, si la distinction entre *notion* et *concept* en droit ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine, il convient de considérer que l'un et l'autre relèvent de deux niveaux de discours différents[87]. D'un côté, le *concept* est un objet de connaissance construit comme un « instrument de mesure mentalisé », c'est-à-dire conçu pour assurer une représentation de la réalité juridique[88]. Autrement dit, il révèle les choix scientifiques effectués en amont de l'élaboration de la norme et donne à la connaissance juridique son objet[89]. D'un autre côté, la *notion* réunit les conditions posées par les normes pour isoler la signification de l'objet en question au regard de sa définition posée par le droit positif. Ainsi, « lorsque le contenu d'un concept se trouve mobilisé par le discours juridique afin de produire des effets de droit, on assiste à la naissance d'une notion au contenu de référence commun au concept »[90]. Concrètement, le concept est donc purement théorique. Néanmoins, lorsque des effets de droit lui sont attachés, ce concept évolue alors pour devenir une notion juridique. En somme, chacun retranscrit, à son niveau, un degré de systématicité et

[84] Sur ce point, v. *supra* n° 7.
[85] Pour plus de précisions sur l'objet d'étude, v. *infra*, n° 8 et suiv.
[86] La définition entendra être clarifiée et précisée dans la présente étude. Sur la définition de l'absence en droit social, v. Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
[87] Sur ce point, voir : P. Amselek, « La part de la science du droit dans les activités des juristes », *D.*, 1997, chron. p. 337.
[88] R. Ponsard, « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonome, ajustés et visionnaires », *RFDC* 2019, p. 797.
[89] F.-P. Bénoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 23.
[90] X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… », *in* G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, 2009, p. 21.

d'opérationnalité qui lui est propre. Le concept juridique permettrait ainsi de penser le droit, en le structurant (*systématicité*), tandis que la notion juridique permettrait de créer des effets de droit (*opérationnalité*). Au regard de ce postulat, et de ce qui a été exposé précédemment, l'absence trouve bien, par le biais des régimes juridiques spécifiques qui lui sont applicables en droit social, une signification autonome permettant de l'identifier comme une *notion juridique*.

10.- Une première approche de l'absence. À titre liminaire, il apparaît nécessaire de clarifier ce qu'il convient d'entendre par *l'absence du salarié* afin d'établir une première approche de l'objet d'étude[91]. Il s'agit de toute situation dans laquelle le salarié, lié à l'employeur par un contrat de travail – qui est donc en cours d'exécution – n'exécute pas temporairement son travail. L'absence s'entend donc d'une *interruption totale et temporaire du travail par le salarié*. En outre, pour que la qualification juridique d'absence soit retenue, il est nécessaire qu'un contrat de travail soit *en cours d'exécution*. Ainsi, trois conditions sont nécessaires pour que l'absence du salarié soit caractérisée : il doit y avoir une *interruption totale* du travail, cet arrêt de travail doit être *temporaire* et, enfin, le contrat de travail doit être *en cours d'exécution*. Ce constat appelle plusieurs observations. Tout d'abord, la nécessité d'une *interruption totale* du travail exclut *a priori* les situations dans lesquelles le salarié réduit son temps de travail. Dès lors, l'activité partielle entend être exclue du champ d'étude. Ensuite, bien que l'absence puisse *in fine* donner lieu à une rupture du contrat de travail, elle vise une période *temporaire*, qui s'éteindra soit par la reprise du travail, soit par la rupture du contrat de travail. C'est la raison pour laquelle l'absence est une période qui est toujours limitée dans le temps. Elle n'a pas vocation à durer. Enfin, la condition selon laquelle le contrat doit être *en cours d'exécution*, signifie qu'il doit avoir été conclu et ne pas encore avoir été rompu. À cet égard, deux périodes peuvent apparaître comme ambivalentes : la période d'essai et le préavis de rupture du contrat. Dans les deux cas, le contrat de travail est en cours d'exécution. *A priori*, ces deux périodes auraient pu être traitées dans le cadre de la présente étude. En effet, des règles particulières trouvent application en matière d'absence du salarié, qui s'expliquent en raison de leurs finalités particulières[92]. S'agissant de la

[91] Cette étude établira, par la suite, une définition précise de l'absence en droit social, en déterminant des critères et indices. En effet, la définition [juridique] est l' « opération (et [l']énoncé qui en résulte) par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions prétoriennes consacrées) et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 15e éd., 2024, v° définition, 1°. Cela est rappelé par Louis-Marie Schmitt dans son introduction de thèse : L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, préf. J. Julien, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2017, p. 33.

[92] La période d'essai a également fait l'objet, par le passé, de controverses doctrinales s'agissant de sa nature juridique, et plus exactement, sur « l'unité ou la dualité de contrats passés, le caractère suspensif ou résolutoire de

période d'essai[93], elle permet à l'employeur « d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent »[94]. La période d'essai bénéficie de règles particulières en cas d'absence du salarié, puisqu'elle peut être prolongée en cas de suspension du contrat de travail[95]. De même, *l'absence du salarié* peut être à l'origine d'une rupture de la période d'essai par l'employeur[96]. Quant au préavis, bien que le contrat soit toujours en cours d'exécution, la

---

la condition d'essai assortissant la convention » : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 38e éd., 2025, p. 326. Sur les controverses doctrinales passées, v. en ce sens : C. Corrignan-Carsin, « La période d'essai », *RJS* 1995, p. 551 ; H. Blaise, « La période d'essai, dix années de jurisprudence », *RJS* 1989, p. 215 ; G. Poulain, « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p. 469. Toutefois, ces dernières semblent révolues.

93 Sur la période d'essai, v. en ce sens : S. Tournaux, « Durées conventionnelles d'essai, autonomie collective et accessibilité de la loi », *Dr. ouvr.* 2019, p. 373 ; S. Tournaux, « Le déclin de la finalité de la période d'essai », *Dr. soc.* 2012, p. 788 ; S. Tournaux, « Pour une appréciation in concreto du caractère raisonnable de la durée de l'essai », *RDT* 2012, p. 677 ; P. Neiss, « Faut-il supprimer la période d'essai ? », *RDT* 2010, p. 348 ; J. Mouly, « Un abus…. d'abus de droit : la rupture de l'essai pour un motif étranger aux qualités professionnelles du salarié », *D.* 2009, p. 1062 ; J. Mouly, « Une innovation ambiguë : la réglementation de la période d'essai », *Dr. soc.* 2008, p. 288 ; A. Sauret, « La période d'essai », *JCP S* 2008, 1364 ; J. Dirringer, Y. Ferkane, M. Sweeney, A.-C. Creplet, T. Sachs, « Variations sur la période d'essai », *RDT* 2008, p. 515 ; P. Mallard, « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* 2006, p. 1157 ; C. Corrignan-Carsin, « La rupture de la période d'essai : une autonomie en déclin ? », *JCP E* 2005, 1241 ; N. Bataille-Nevejans, « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.* 2004, p. 335 ; M.-C. Amauger-Lattes, « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *JCP E* 2004, 1546 ; S. Béal, « Les limites à la liberté de la rupture de la période d'essai », *JCP E* 2004, p. 646 ; D. Noguero, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 589 ; D. Desgue, « Essai sur la cause en matière de rupture du contrat en période d'essai », *Gaz. Pal.* 2000, p. 935 ; Ph. Auvergnon, « Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p. 786 ; J.-L. Durand, P. Durand, « L'engagement à l'essai », *Dr. soc.* 1948, p. 341.

94 C. trav., art. L. 1221-20. La Cour de cassation a pu préciser que « la période d'essai [a] pour but de permettre l'appréciation des qualités du salariés » : Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976 ; *BJT* 2019, obs. G. Duchange ; *JSL* 2019, n° 484, obs. L. Jousselin ; *JCP S* 2019, 1291, note A. Barège ; *JCP S* 2019, n° 41, p. 26, obs. D. Fallik Maymard ; *Dr. soc.* 2020, n° 10, p. 847, note L. Bento de Carvalho et S. Tournaux.

95 Cette solution fait l'objet d'une jurisprudence constante depuis plusieurs années. Pour ne citer que certains exemples, la période d'essai est prolongée en cas de maladie (Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-46.133), d'accident du travail (Cass. soc., 12 janv. 1993, n° 88-44.572), de congé sans solde (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338) ou encore de congés payés (Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 94-44.057). Par ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu' « en l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires, la durée de la prolongation de l'essai ne peut être limitée aux seuls jours ouvrables inclus dans la période ayant justifié cette prolongation » : v. Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *précité*. Dans le même sens, v.: Cass. soc., 19 mai 2021, n° 19-20.429.

96 À cet égard, il convient de préciser que pendant la période d'essai, les parties bénéficie en principe de libre rupture. Ainsi, lorsque cette rupture est à l'initiative du salarié, les règles relatives au licenciement ne sont pas applicables (C. trav., art. L. 1231-1). D'ailleurs, la protection de la femme enceinte et venant d'accoucher n'est pas applicable pendant la période d'essai (v. Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-44.806 ; *JCP E* 2007, n° 13, pp. 36-38, note F. Duquesne ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 75, pp. 17-18, note B. Boubli ; *RLDA* 2007, n° 13, pp. 65-66, P.-H. Antonmattéi ; *SSL* 2007, n° 1319, p. 8-11, note F. Géa ; *RJPF* 2007, n° 3, p. 27-28, obs. B. Bossu. Cependant, cela est conditionné au fait que la rupture ne soit pas guidée elle-même par un motif d'absence reconnu comme pouvant être discriminatoire. Ainsi, l'employeur ne peut pas rompre la période d'essai du salarié pour l'un des motifs listés par l'article L. 1132-1 du Code du travail. Toute rupture de la période d'essai pour l'un de ces motifs, à l'instar l'exercice du droit de grève, de l'état de santé du salarié, ou de son état de grossesse serait discriminatoire et donc, frappée de nullité : Cass. soc., 16 fév. 2005, n° 02-43.402 ; *SSL* 2007, n° 1319, pp. 69-72, supp. F. Géa ; *RLDA* 2006, n° 1, pp. 55-57, obs. A. Chevillard ; *JCP G* 2005, n° 28, pp. 1356-1360, obs. J. Colonna ; *JSL* 2005, n° 164, pp. 12-14, note M. Hautefort ; *Lexbase Soc.* 2005, n° 157, obs. G. Auzero.

rupture du contrat de travail est actée. Il permet au cocontractant de « prendre les dispositions nécessaires avant que la rupture ne devienne effective »[97]. Là encore, il existe des règles particulières[98]. En définitive, les régimes juridiques spéciaux relatifs à l'absence du salarié pendant la période d'essai ou pendant le préavis ne seront pas traités dans le cadre de la présente étude.

11.- La *cause de l'absence* à l'épicentre d'une recherche sur le salarié absent. L'absence en droit social ne traduit pas uniquement une situation factuelle. Elle constitue une qualification juridique, en fonction de la *cause* qui est en à l'origine. À cet égard, il convient de préciser que la cause de l'absence doit être entendue comme la *cause juridique*, c'est-à-dire le « fait auquel la loi attache la vertu de produire cet effet et qui justifie l'application d'une règle »[99]. Concrètement, il s'agit du fait qui est à l'origine de la production des effets de droit. Pour qu'une cause existe, il est donc nécessaire que la loi prévoie des effets de droit relativement au fait

---

[97] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 38e éd., 2025, p. 875. À cet égard, si la rupture du contrat de travail résulte d'une volonté du salarié, on songe à la redistribution du travail auprès des autres salariés de l'entreprise service voire au recrutement d'un nouveau salarié. À l'inverse, si la rupture de la relation de travail a été initiée par l'employeur, la période de préavis permet de laisser le temps au salarié d'anticiper la période « d'après-contrat », en recherchant par exemple un nouvel emploi : *ibid.*

[98] Par exemple, s'est posée la question de savoir si une absence pouvait suspendre la période de préavis. Une réponse claire a été apportée par la Cour de cassation, le préavis est un délai préfix (Cass. soc., 19 mars 2014, n° 12-28.206 ; Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-45.558 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-40.620). Par conséquent, il ne peut être, en principe, ni interrompu ni suspendu (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-45.558 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-40.620). Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, lorsque le salarié est absent pour maladie pendant le préavis, ce dernier n'est ni interrompu, ni suspendu (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-45.558 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-40.620). La date de cessation du contrat n'est donc pas reportée. Il en va de même s'agissant d'une absence pour exercice du droit de grève ou pour congé individuel de formation pendant la période de préavis (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-45.558 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-40.620). Cependant, l'absence pour accident du travail ou maladie professionnelle suspend le préavis (Cass. soc., 15 fév. 2006, n° 04-42.822). C'est également le cas du congé maternité (Cass. soc., 2 mai 1989, n° 86-45.343). Le fait que le préavis soit un délai préfix emporte aussi des conséquences lorsque le salarié s'absente de manière injustifiée pendant la période de préavis. Durant cette période, le salarié est tenu de respecter les obligations contractuelles qui lui incombent puisque le contrat de travail est toujours en cours d'exécution. Par conséquent, l'inexécution du travail pendant le préavis constitue une faute contractuelle, de nature à justifier l'interruption du préavis par l'employeur, lorsqu'elle rend impossible la poursuite du contrat de travail. Cependant, cette interruption ne constitue pas un licenciement, puisque la rupture du contrat de travail est déjà intervenue. De même, la Cour de cassation considère que la commission d'une faute grave par le salarié en cours d'exécution du préavis de licenciement ne porte pas atteinte à son droit à l'indemnité de licenciement (Cass. soc., 5 avr. 1990, n° 87-45.570 ; Cass. soc., 28 juin 1989, n° 86-40.764), ni à l'indemnité compensatrice de congés payés (Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-43.008).

[99] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° cause. A cet égard, il convient de préciser que ce dictionnaire donne également d'autres acceptions de la cause. Il précise, par exemple, que la cause est le « fait – pris comme conséquence ou effet –, du fait antérieur qui peut être retenu comme ayant produit ce résultat » : *ibid.* Cependant, une telle définition semble davantage s'appliquer au droit de la responsabilité, comme en témoigne d'ailleurs l'expression consacrée dans le célèbre article 1240 du Code civil qui dispose que « tout fait quelconque qui *cause* à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

produit[100]. Le *Vocabulaire juridique* donne pour synonyme le *motif* ou la *raison*. Au vu de l'étroite proximité entre ces termes, la *cause*, le *motif* et la *raison* de l'absence seront employés indistinctement dans la présente étude pour évoquer la cause juridique de l'absence[101]. En réalité, la situation du salarié absent n'a d'intérêt qu'au regard de la *cause* qui en est à l'origine. Ce n'est pas tant le défaut de présence du salarié qui entraîne l'application d'un régime juridique ; c'est l'évènement causal qui en est à l'origine. En effet, les régimes juridiques de l'absence en droit social répondent d'une logique catégorielle : il existe un régime juridique pour chaque cause d'absence. À titre d'illustration, il est possible de citer l'absence pour maladie, pour maternité, pour exercice du droit de grève, pour congés payés ou encore, l'absence injustifiée. La cause de l'absence détermine ainsi le régime juridique applicable. Concrètement, la construction des différents régimes juridiques d'absence a pour origine les différentes causes qui sont reconnues comme autorisant le salarié à s'absenter ou, à l'inverse, comme ne l'autorisant pas à s'absenter. La compréhension du traitement juridique du salarié par le droit social ne saurait prospérer qu'en analysant les causes de l'absence. Cette démarche permet ainsi de comprendre comment la notion juridique d'absence a vu le jour en droit social, mais également comment elle a évolué et la manière dont se sont construits les différents régimes juridiques.

B) Délimitation de la recherche

12.- Le choix terminologique du sujet : distinction entre *l'absence du salarié* et *le salarié absent*. Le choix des termes du sujet aurait pu être « *L'absence du salarié* »[102], en lieu et place du « *Salarié absent* ». Toutefois, un tel choix aurait conduit à un champ de recherche plus restreint. En effet, il viserait à ne s'intéresser qu'à la notion juridique de l'absence en droit social et à ses régimes juridiques. Or, la présente étude entend dépasser cet objet d'étude, en s'intéressant à toutes les situations dans lesquelles le salarié peut être considéré absent (en

[100] À cet égard, il convient de préciser que la cause renvoie, dans une acception plus restrictive, à la notion de *causalité* qui fait référence à un rapport de cause à effet entre deux évènements. Sur ce point, v. *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 2.

[101] D'ailleurs, le Vocabulaire juridique définit le motif comme « « fondement, la cause de justification, la raison de principe ou de circonstances invoquées pour justifier une décision ou un comportement » rejoignant ainsi la définition relative à la *cause*. V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° motif. De même, la raison est définie par le même dictionnaire comme le « « motif, raison d'être, explication ». V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° raison. Pour ces raisons, ces trois termes seront employés indistinctement dans le cadre de la présente étude.

[102] Ce choix a d'ailleurs été fait par Colette-Marie Van Den Torren pour sa thèse. V. en ce sens : C.-M. Van den Torren, *L'absence du salarié*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 1986.

dehors de la qualification juridique qui lui donnée) et à ses régimes juridiques (y compris ceux qui sont applicables à défaut de qualification d'absence). Au-delà, elle s'intéresse aux situations qui pourraient donner lieu à l'étude de *l'absentéisme* qui apparaît comme un phénomène situé en dehors du champ de la qualification de l'absence donnée par le droit social. Afin d'appréhender l'objet d'étude de la manière la plus large possible, il convient donc d'analyser toutes les manifestations d'absence du salarié, indépendamment de leur qualification juridique. Par conséquent, elle inclut des situations qui, juridiquement, répondent à une qualification autre que celle de *l'absence*. Enfin, il conviendra de s'intéresser, au-delà des évènements à l'origine d'une absence – c'est-à-dire de ses causes – à la personne absente, à son statut juridique afin d'avoir un point de vue général. Il conviendra également de s'intéresser aux conséquences produites par ce statut juridique sur l'entreprise.

13.- L'inclusion des *congés* dans le champ de la recherche. Le congé est intimement lié à l'absence. Le Code du travail prévoit différents congés, qui sont relativement nombreux. Tout d'abord, certains sont directement liés au travail, comme c'est le cas des congés payés. Ensuite, certains évènements liés à la vie personnelle et familiale du salarié peuvent donner lieu à des *congés*. C'est notamment le cas de la parentalité, qui peut donner lieu à différents congés : congé maternité, congé de paternité et d'accueil de l'enfant, congé d'adoption, congé parental d'éducation, congé pour garde d'un enfant malade, ou encore congé de présence parentale. D'autres congés qui permettent l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale peuvent être cités, comme c'est le cas des congés pour évènements familiaux (mariage, PACS, etc.), du congé de solidarité familiale, du congé de proche aidant ou encore du congé sabbatique. Enfin, il existe d'autres congés, notamment ceux liés à un engagement associatif, politique ou militant comme le congé mutualiste de formation, du congé de représentation ou encore du congé de solidarité internationale. Le lien entre *l'absence* et le *congé* est particulièrement ténu puisque, à l'instar de l'absence, le congé a pour conséquence une *interruption totale et temporaire du travail par le salarié*. À la lecture des dispositions législatives en vigueur relatives aux congés, il est permis de constater que le législateur considère que le congé entraîne une situation d'absence. Par exemple, l'article L. 1225-24 du Code du travail prévoit que « le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée avertit l'employeur du motif de son *absence* et de la date à laquelle elle entend y mettre

fin ». Cette même formulation se retrouve d'ailleurs pour d'autres congés[103]. Par ailleurs, certaines dispositions législatives, relatives à des congés, précisent expressément qu'il s'agit d'une *absence*[104]. L'assimilation du congé à l'absence s'observe également dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation[105]. Au regard du lien étroit existant entre l'absence et le congé, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si ces termes sont parfaitement synonymes. Un premier élément de réponse pourrait être apporté par les définitions données par les lexicographes. Selon le dictionnaire de l'Académie française, le congé désigne la « permission d'aller, de venir, de *s'absenter*, de se retirer »[106]. La distinction avec l'absence n'apparaît pas de première évidence, puisque la définition précitée assimile le congé à une permission de s'absenter. Une définition très similaire est donnée par le *Vocabulaire juridique*, qui précise que le congé est « soit l'acte conférant la liberté de *s'absenter* ou de circuler, soit le titre constant ce droit, soit l'avantage accordé »[107]. Cette dernière hypothèse est précisée par le fait qu'il s'agirait, plus précisément, d'une « dispense de travail pour un temps de repos ou autre convenance ». Une première distinction serait ainsi établie avec l'absence : la dispense de travail, c'est-à-dire, l'autorisation de ne pas travailler. Ainsi, l'absence du salarié serait la traduction d'une situation factuelle : le fait qu'il soit absent, indépendamment de la raison qui en est à l'origine. À l'inverse, seules les absences considérées comme *autorisées*, c'est-à-dire dont le motif est reconnu comme autorisant le salarié à ne pas travailler, recevraient la qualification de *congé*. En effet, les absences prohibées ne sont jamais qualifiées de *congés*. Pour autant, est-ce à dire que toute absence autorisée caractérise un congé ? Si une très grande majorité de motifs d'absence autorisés est qualifiée de congé, certains d'entre eux échappent néanmoins à cette qualification. C'est par exemple le cas de l'absence pour exercice du droit de grève, qui n'est jamais qualifiée de congé[108]. C'est également celui de l'absence pour détention ou

---

[103] C'est le cas du congé d'adoption (C. trav., art. L. 1225-42, al. 1er) et du congé d'éducation des enfants (C. trav., art. L. 1225-51, al. 1er).

[104] C'est le cas du congé de deuil de huit jours (C. trav., art. L. 3142-1-1, al. 1er), du congé sabbatique (C. trav., art. L. 3142-29, al. 1er), du congé de participation aux instances d'emploi et de formation professionnelle (C. trav., art. L. 3142-42, al. 3 et art. L. 3142-45, al. 1er), du congé de catastrophe naturelle (C. trav., art. L. 3142-51, al. 1er), du congé de représentation (C. trav, art. L. 3142-63, al. 1er), du congé de solidarité internationale (C. trav., art. L. 3142-69, al. 1er), du congé des salariés candidats ou élus à un mandat parlementaire ou local (C. trav., art. L. 3142-80 à L. 3142-82), du congé pour la création ou la reprise d'une entreprise (C. trav., art. L. 3142-114 et L. 3142-119) ou encore du congé d'enseignement ou de recherche (C. trav., art. L. 3142-130, 4°).

[105] Pour des exemples non exhaustifs, v. en ce sens : Cass. soc., 27 mai 2025, n° 24-11.388 (assimilation du congé de paternité à une absence) ; Cass. soc., 4 déc. 2024, n° 23-11.485 (assimilation des congés payés à une absence) ; Cass. soc., 8 fév. 2023, n° 21-16.805 (assimilation du congé maladie à une absence) ; Cass. soc., 1er juin 2022, n° 20-16.404 (assimilation des congés payés à une absence).

[106] Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd., v° congé.

[107] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° congé.

[108] Ce constat est vrai tant au regard des dispositions législatives et réglementaires que de la jurisprudence.

incarcération[109]. Enfin, un constat analogue s'observe s'agissant de nombreuses autorisations d'absence, qui ne sont jamais qualifiées de congés[110]. Par conséquent, l'absence aurait un champ de définition bien plus large que le congé, puisqu'elle concerne toute situation d'*interruption totale et temporaire du travail par le salarié*, indépendamment de la cause qui en est à l'origine, mais également de sa justification sur le fond et sur la forme. À l'inverse, seules certaines absences justifiées sont qualifiées de congés. Le congé serait donc une sous-catégorie d'absence, qu'il convient par conséquent d'inclure dans le champ de recherche de la présente étude.

14.- L'inclusion de *l'absentéisme* dans le champ de la recherche. La présente étude s'intéresse à la question de *l'absentéisme*, qui a émergé depuis plusieurs années[111]. Il est cependant complexe de déterminer le sens de ce terme, en raison de son caractère plurivoque[112]. Selon le sens le plus courant, l'absentéisme désignerait le fait, pour un travailleur, d'être *fréquemment absent*. De manière plus précise, l'absentéisme caractériserait le « rapport, pour une même période de travail, de l'importance des *absences* à la durée théorique de travail »[113]. C'est dans des disciplines extrajuridiques, telles que les sciences de gestion, la sociologie du travail ou encore la psychologie du travail, que l'absentéisme est étudié[114]. Si la définition précitée semble applicable, il constituerait, dans ces disciplines, un « indicateur fréquemment évoqué en entreprise pour caractériser sa performance »[115]. Il serait un indicateur de santé de l'entreprise. En droit social, le terme *absentéisme* est présent dans différentes sources. C'est le cas d'un article de la partie réglementaire du Code du travail[116], mais également d'arrêts rendus par

---

[109] Là encore, ce constat est vrai tant au regard des dispositions législatives et réglementaires que de la jurisprudence.

[110] À titre d'illustration, c'est le cas des autorisations d'absence dont bénéficie la salariée en état de grossesse pour se rendre aux examens médicaux obligatoires (C. trav., art. L. 1225-16, al. 1er).

[111] Sur la question de l'absentéisme, v. en ce sens : Partie II, Titre 2.

[112] Sur ce point, v. *infra*, n° 638.

[113] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° absentéisme.

[114] Différentes thèses ont d'ailleurs été consacrées à ce thème. En sciences de gestion, v. en ce sens : V. Achmet, *Les modalités de gestion de l'absentéisme des infirmiers : influences des relations entre leaders et subordonnés, conséquences sur le présentéisme et sur la santé : une étude dans le secteur hospitalier public français*, Thèse, Université de Montpellier, 2020 ; E. Derros, *L'hôpital malade de l'absentéisme santé : évaluation socio-économique des congés « maladie » non ordinaires chez les personnels non médicaux dans trois établissements publics d'Auvergne*, Thèse, Clermont-Ferrand 1, 2012 ; G. Bouville, *L'influence de l'organisation et des conditions de travail sur l'absentéisme : analyse quantitative et étude de cas*, Thèse, Rennes 1, 2009. En psychologie du travail, v. en ce sens : M. Vignet, *Absentéisme différencié des femmes et des hommes dans un métier mixte : l'exemple des factrices et des facteurs*, Thèse, Université Lyon Lumière, 2017 ; L.-A. Pognon, *Absentéisme professionnel et valeurs au travail : étude des déterminants sociodémographiques et attitudinaux du travail : cas de la République du Bénin*, Thèse, Université Paris 10, 1992.

[115] Site internet de l'ANACT : https://www.anact.fr/absenteisme. Consulté le 31/10/2025.

[116] C. trav., art. R. 2312-9. Cet article prévoit le contenu de l'organisation et le contenu supplétifs de la base de données économiques, sociales et environnementales pour les entreprises de plus de trois cents salariés. À cet égard, il convient de souligner que d'autres articles de la partie réglementaire du Code du travail antérieurement en vigueur faisaient mention de ce terme. Ces derniers ont cependant été abrogés. Sur ce point, v. en ce sens :

la chambre sociale de la Cour de cassation[117], ou encore de certains arrêts rendus par les cours d'appel[118]. Cependant, son sens juridique semble obscur. Pour ces raisons, la place de l'absentéisme en droit social entend être étudiée aux côtés de celle de l'absence.

15.- Une étude limitée au travailleur salarié. La problématique du *travailleur absent* n'est pas propre au travailleur salarié. Elle concerne également d'autres catégories de travailleurs, comme ceux de la fonction publique ou les travailleurs indépendants. En effet, tous les travailleurs sont confrontés à des situations d'interruption d'activité, que les raisons soient liées à l'état de santé ou encore à des contraintes personnelles ou familiales. Cependant, l'objet d'étude entend être circonscrit au *travailleur salarié*. La relation de travail salariée a pour particularité l'existence d'un lien de subordination et donc, d'une situation hiérarchique davantage marquée que pour d'autres catégories de travailleurs.

Le *travailleur indépendant*[119] se caractérise par des conditions de travail qu'il définit exclusivement lui-même, ou par un contrat les définissant avec son donneur d'ordre[120]. Il exerce ainsi un travail « en toute autonomie » ou à tout le moins, lui garantissant une grande liberté[121]. En effet, le travailleur indépendant « [fixe] ses propres conditions d'organisation et d'exécution de travail », ce qui signifie qu'il n'a pas d'horaires fixes et qu'il supporte les risques liés à son activité, comme les pertes ou l'absence de revenus[122]. Par conséquent, dans la mesure où il n'existe pas de rapport d'emploi, l'absence du travailleur indépendant ne porte pas atteinte aux intérêts d'autrui. Ce dernier supporte donc seul les risques liés à l'absence. À l'inverse, les dispositifs juridiques relatifs aux absences qui sont applicables aux travailleurs salariés visent à assurer un équilibre entre les parties au contrat de travail, c'est-à-dire à protéger à la fois les

C. trav., art. R. 2323-1-3 (en vigueur du 1er janv. 2014 au 1er janv. 2018). Cet article prévoyait que l'ancienne BDES devait comporter, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, une présentation de la situation de l'entreprise et rassembler – notamment – des informations relatives à l'investissement social, qui incluait des indicateurs relatifs aux conditions de travail, notamment *l'absentéisme* : v. spéc. C. trav., art. préc., A-, 1°, g). V. également : C. trav., art. R. 2323-17 (en vigueur du 1er mai 2008 au 1er janv. 2018). Cet article prévoyait que dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, les informations relatives au bilan social d'entreprise devaient mentionner certaines indications relatives à l'emploi, parmi lesquelles l'absentéisme : v. spéc. C. trav., art. préc. 1., 1.8.

117 Pour des exemples non exhaustifs, v. en ce sens : Cass. soc., 6 mai 2025, n° 23-14.492 ; Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-15.285 ; Cass. soc., 6 juill. 2022, n° 21-15.189 ; Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-10.018 ; Cass. soc., 5 fév. 2020, n° 18-23.753 ; Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.538 ; Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 17-15.414.

118 V. en ce sens : CA de Basse-Terre, 21 juin 2021, n° 19/004411 ; CA de Montpellier, 3 fév. 2016, n° 12/08127 ; CA d'Angers, 20 oct. 2015, n° 12/02780 ; CA de Limoges, 1er juin 2015, n° 15/00010.

119 Pour une étude juridique d'ensemble sur cette question, v. en ce sens : A. Monvoisin-Lesbats, *Contribution à l'étude juridique du travailleur indépendant*, Thèse, Université de Nantes, 2004.

120 C. trav., art. L. 8221-6-1.

121 J.-P. Chauchard, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. soc.* 2016, p. 947.

122 *Ibid.*

intérêts de l'entreprise qui est affectée par une situation d'absence, mais également ceux du salarié lorsqu'il est contraint de s'absenter pour des motifs qui sont reconnus comme lui permettant de le faire. Par ailleurs, certaines absences sont par nature incompatibles avec le statut de travailleur indépendant. C'est notamment le cas de certains congés directement liés au travail, comme les congés payés, le congé sabbatique ou encore le congé pour création d'entreprise. S'il cesse temporairement son activité pour ces motifs, le travailleur indépendant en supporte les risques. Certains mécanismes sont cependant prévus, par exemple pour le remplacement du chef d'entreprise. Par exemple, l'article L. 1242-2 du Code du travail prévoit qu'un CDD peut être conclu pour remplacer un chef d'une entreprise artisanale, industrielle ou commerciale ou du chef d'une exploitation agricole[123]. En outre, il convient de relever qu'il existe certains dispositifs juridiques qui assurent une protection économique au profit du travailleur indépendant, privé d'un revenu en raison de la survenue de certains risques sociaux. Ces dispositifs résultent du droit de la protection sociale. Dans ce domaine, il convient de préciser que des évolutions notables ont eu lieu ces dernières années. En effet, depuis le 1er janvier 2018, l'ancien Régime Social des Indépendants (RSI) a été supprimé, au profit de la Sécurité Sociale des Indépendants (SSI)[124]. Désormais, les travailleurs indépendants sont affiliés au régime général de Sécurité sociale[125]. Cela a eu des incidences s'agissant de la prise en charge de certaines absences, notamment celles liées à la maladie[126] ou à la maternité[127], puisque le régime de sécurité sociale des indépendants a rejoint celui des salariés.

---

[123] Plus exactement, le 4° de l'article L. 1242-2 du Code du travail prévoit la possibilité de recourir au CDD pour le « remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale [ou] d'une personne exerçant une profession libérale ». Le 5° du même article prévoit quant à lui la possibilité de recourir au CDD pour le « remplacement du chef d'une exploitation agricole ». Sur ce point, v. également C. rur., art. R. 1253-14 et suiv. (constitution d'un groupement d'employeur pour mettre des remplaçants à la disposition des chefs d'exploitations agricoles ou d'entreprises artisanales, industrielles ou commerciales).

[124] LFSS n° 2017-1836 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018. Plus précisément, v. en ce sens : L. préc., annexe B, III.-, 2. Il est notamment précisé que « la suppression du Régime social des indépendants (RSI) en vue de son assimilation progressive par le régime général, constitue une réforme structurelle de la protection sociale, cohérente avec ses principes fondateurs. A compter du 1er janvier 2018, la protection sociale des travailleurs indépendants sera confiée au régime général, qui couvre déjà l'essentiel de la population française. Le RSI, marqué depuis l'origine par de graves dysfonctionnements qui ont fortement affecté les travailleurs indépendants, sera supprimé ».

[125] Sur ce point, v. en ce sens : R. Marié, « La sécurité sociale des indépendants : évolutions et perspectives », *RDSS* 2020, p. 372 ; A. Turc, « Suppression du RSI : quel sort pour la protection sociale des travailleurs indépendants ? », *JCP S* 2018, 1021 ; T. Tauran, « Haro sur le régime social des indépendants : vive le régime général ! », *RDSS* 2017, p. 993 ; M. Borgetto, « La protection sociale en chantier(s) », *RDSS* 2017, p. 975.

[126] Sur les prestations en espèces servies aux travailleurs indépendants dans le cadre de l'assurance maladie, v. en ce sens : CSS, art. L. 622-1. Ce droit est cependant exclu pour les avocats non-salariés (CSS, art. *précité*). Ces derniers perçoivent, en cas d'incapacité de travail, les prestations versées par la CNBF. Sur les autres assurés exclus de ce droit, v. en ce sens : CSS, art. D. 622-2. Sur les conditions de versement de ces prestations, v. en ce sens : CSS, art. L. 622-3 et D. 622-1.

[127] Sur les prestations en espèces services aux assurées travailleuses indépendantes à l'occasion de leur maternité, v. en ce sens : CSS, art. L. 623-1. Ces prestations prennent la forme d'une allocation forfaitaire de repos maternel,

À l'instar des salariés, les *travailleurs de la fonction publique* bénéficient de nombreux motifs d'absences autorisées. La plupart d'entre eux sont d'ailleurs identiques à ceux reconnus aux salariés[128]. Cela pourrait s'expliquer par le fait que le travailleur de la fonction publique se voit appliquer des règles qui tendent à se rapprocher de celles du droit du travail[129]. En outre, la fonction publique – notamment hospitalière – est souvent présentée comme un terreau fertile au phénomène d'absentéisme[130]. Cependant, ces travailleurs sont régis par un cadre juridique autonome, marqué par l'existence de statuts (fonctionnaire, contractuel, etc.), et par la spécificité des missions de service public. Partant, ces particularités justifient que la présente étude ne s'intéresse pas au travailleur de la fonction publique absent. Pour autant, si les règles applicables à cette catégorie de travailleurs sont exclues de la présente étude, certaines d'entre elles pourront être présentées, en vue d'être comparées à celles qui sont applicables aux travailleurs salariés.

16.- Une étude portant sur le *droit social* applicable au salarié absent. Une étude sur le *salarié absent* nécessite d'examiner les dispositions de droit social dans son ensemble. S'agissant du droit du travail, la situation du salarié absent porte atteinte aux intérêts d'autrui. Par conséquent, une pluralité de dispositifs juridiques existe pour traiter les conséquences d'une situation d'absence sur le contrat de travail, sur l'entreprise, mais également sur les droits salariaux. Ces dispositifs visent à assurer un équilibre entre les parties au contrat de travail. Cependant, la question du *salarié absent* ne se limite pas au droit du travail, puisque le droit de la protection sociale y attache également des effets juridiques. En effet, l'absence porte atteinte à la capacité de gain du salarié. C'est la raison pour laquelle une situation d'absence peut ouvrir

---

et d'indemnités journalières forfaitaire (CSS, art. *précité*). Sur les conditions de durée d'affiliation, v. en ce sens : CSS, art. D. 623-8. Sur le montant et la durée de l'affiliation, v. en ce sens : CSS, art. D. 623-1 à D. 623-8. Sur les prestations d'assurance maternité versées aux travailleuses indépendantes, v. en ce sens : C. Dupouey-Dehan, « Maternité - paternité : la fragilité des droits sociaux des travailleurs indépendants », *Dr. ouvr.* 2018, p. 361.

[128] À titre d'illustration, il est possible de citer le congé de maladie (CGFP, art. L. 822-1 à L. 822-5), le congé pour accident de servie et maladies professionnelles (CGFP, art. L. 822-18 à L. 822-25), le congé de maternité (CGFP, art. L. 631-3), le congé de formation (CGFP, art. L. 214-1 et L. 214-2), le congé pour formation syndicale (CGFP, art. L. 215-1), le congé parental (CGFP, art. L. 515-1 à L. 515-12) ou encore les congés annuels (CGFP, art. L. 621-1 à L. 621-3). Sur les congés de maternité, de paternité et d'adoption, le congé parental d'éducation, le congé de présence parentale et le congé de solidarité familiale des agents publics, v. en ce sens : I. Desbarats, « Être parent : quel impact pour les fonctionnaires ? », *Dr. ouvr.* 2018, p. 352, spéc. I.

[129] Sur les liens entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, v. en ce sens : N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. de Thèses, 2009. V. également : M. Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP* 2010, p. 228.

[130] Il y a dix ans déjà, « les statistiques nationales montr[aient] que […] les taux d'absentéisme [étaient] deux à trois fois supérieurs dans la fonction publique hospitalière que dans les autres secteurs de l'économie » : L. Brami, S. Damart, M. Detchessahar et a., *L'absentéisme des personnels soignants à l'hôpital. Comprendre et agir*, Presses des mines, coll. Economie et gestion, 2014.

droit, pour le salarié, au bénéfice de prestations sociales. En premier lieu, le salarié absent peut bénéficier de prestations de sécurité sociale, comme c'est le cas des prestations en espèces qui lui garantissent une indemnisation en raison d'une incapacité de travail liée à la maladie[131] ou à la maternité[132] par le biais d'un revenu de remplacement. Le salarié peut, en second lieu, bénéficier de systèmes de protection sociale complémentaire (assurance, mutuelle, prévoyance) qui garantissent une couverture au salarié[133]. Ces dispositifs seront analysés parce qu'ils sont consubstantiels à ceux existant en droit du travail, qui garantissent la protection contractuelle du salarié en cas d'absence justifiée (principalement, la suspension du contrat de travail). Toutefois, la présente étude entend exclure de son champ d'étude des dispositifs de protection sociale qui pourraient s'apparenter à une situation d'absence, comme c'est le cas des régimes de retraite et de l'assurance chômage. En effet, cette étude ne s'intéresse qu'aux situations d'absence qui interviennent *en cours d'exécution* du contrat de travail. Or, la retraite et le chômage supposent tous deux que la relation de travail ait été rompue ; la personne perd donc son statut de travailleur salarié. Un cas mérite cependant une attention particulière : celui de la retraite progressive[134]. Dans ce cas, le salarié continue d'exercer son activité avec une réduction du temps de travail, tout en percevant une fraction de sa pension de retraite. Le lien contractuel perdure, et il conserve donc sa qualité de travailleur salarié. En conséquence, ce dispositif doit être exclu du champ de la recherche, parce qu'il revêt une finalité bien particulière : la réorganisation de l'activité du salarié, en vue d'un départ à la retraite de manière progressive. Dans ce cas, l'interruption partielle de l'activité a vocation à tendre vers une interruption définitive. En effet, la retraite progressive constitue un dispositif d'aménagement transitoire vers la sortie définitive de la vie professionnelle. Son régime juridique est donc relatif à la fin de carrière, et justifie par conséquent son exclusion de la présente étude.

Si la recherche porte sur l'ensemble du droit social, c'est plus exactement le *droit interne français* qui est étudié. L'approche comparatiste entend ainsi être écartée. Cependant, les dispositions relatives au droit externe, qui ont une influence directe sur les règles de droit interne, entendent être étudiées. C'est notamment le cas des directives de l'Union européenne, de la jurisprudence

---

131 Sur les prestations en espèces versées à l'assuré malade, v. en ce sens : CSS, art. L. 321-1 à L. 323-7.

132 Sur les prestations en espèces versées à l'assurée en état de grossesse ou venant d'accoucher, v. en ce sens : CSS, art. L. 330-1 à L. 331-7.

133 Sur la protection sociale complémentaire des salariés, v. en ce sens : CSS, art. L. 911-1 à L. 911-8.

134 Ce dispositif a été créé en 1988 : v. en ce sens L. n° 88-16 du 5 janv. 1988 relative à la sécurité sociale. Sur la retraite progressive, v. en ce sens : CSS, art. L. 161-22-1-5 à L. 161-22-1-9. Sur une présentation et des réflexions doctrinales récentes sur ce dispositif, v. en ce sens : V. Didot, « L'aménagement des fins de carrière », *JCP S* 2024, 1229 ; C. Millet-Ursin, P. Sandres, « Réforme des retraites : les dispositions réglementaires », *JCP S* 2023, 290 ; E. Jeansen, « Les âges de départ à la retraite », *JCP S* 2023, 1136.

de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) ou encore des conventions de l'OIT en droit international. En effet, ces sources participent à la construction, mais également aux évolutions des règles de droit interne applicables au salarié absent. L'influence du droit de l'Union européenne est d'importance, car elle conduit parfois la Cour de cassation à rendre des jurisprudences *contra legem*, contraignant par là même le législateur français à modifier la loi. Tel est le cas, par exemple, de l'acquisition des droits à congés payés pendant un arrêt de travail pour maladie[135].

II- Intérêt de la recherche

17.- L'existence d'études juridiques partielles sur l'absence. La question du salarié absent fait fréquemment l'objet de préoccupations et de réflexions juridiques. Au regard des enjeux économiques et sociaux, il apparaît nécessaire d'encadrer juridiquement les absences. Des débats parlementaires, mais également des négociations collectives portent souvent, directement ou indirectement, sur ce sujet. Dans ce même sillage, des études juridiques partielles sont souvent menées sur l'objet d'étude. Plus exactement, la doctrine s'intéresse fréquemment aux incidences juridiques produites par une situation d'absence. En effet, de nombreux travaux s'intéressent aux régimes juridiques de l'absence pour maladie[136], de l'absence pour maternité[137], de l'absence pour exercice du droit de grève ou encore, des absences injustifiées. À l'évidence, les écrits publiés sur ce thème s'accroissent à la suite d'une évolution législative ou jurisprudentielle. Par exemple, ce fût le cas pendant la pandémie de Covid-19, puisque des régimes juridiques spécifiques ont été créés[138]. De nombreux écrits ont également vu le jour lorsque la CJUE a sanctionné la France concernant sa législation sur

---

135 Sur ce point, v. *infra*, n° 341.

136 V. not. en ce sens : C. Minet-Letalle, « L'incidence de l'absence pour maladie sur la poursuite du contrat de travail », *JT* 2025, p. 20 ; L. Jubert-Tornasso, « Que reste-t-il de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude du salarié après la loi du 8 août 2016 ? », *BJT* 2023, p. 38 ; M. Babin, « Le refus de prendre des mesures appropriées envers un travailleur handicapé peut rendre nul son licenciement pour inaptitude », *JCP S* 2020, 2077 ; ; F. Héas, « La réforme du régime de l'inaptitude suite à la loi du 8 août 2016 », *Dr. ouvr.* 2016, p. 103 ; F. Doumayrou, « Le reflux de la protection de l'emploi du salarié malade », RDT 2016, p. 678 ; H. Gosselin, A. Carré, « Faut-il supprimer l'avis d'inaptitude ? », *RDT* 2016, p. 10 ; S. Fantoni-Quinton, « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *Dr. soc.* 2013, p. 1023 ; M. Bonnechère, « La protection du droit fondamental du salarié à la santé : réintégration - indemnisation », *Dr. ouvr.* 2012, p. 802 ; B. Ballouhey, « Reclassement sur un autre poste : contrôle rigoureux de la similitude des emplois », *JSL* 2010, p. 15 ; D. Joseph, « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », *Dr. ouvr.* 2010, p. 130 ; S. Dublineau, *L'influence de la maladie du salarié sur le contrat de travail*, Thèse, Université Paris 2, 2004.

137 F. Guiomard, « La situation de la mère après la période de protection légale », *Dr. ouvr.* 2018, p. 337 ; C. Charbonneau, « Réintégration de la femme enceinte », *CSBP* 2003, p. 342.

138 Sur cette question, v. *infra*, n° 300.

l'acquisition des congés payés pendant une absence pour maladie ou encore[139], lorsque le législateur a introduit une présomption réfragable de démission à l'encontre du salarié en situation d'abandon de poste[140]. De manière plus indirecte, la doctrine s'intéresse fréquemment à des mécanismes juridiques en lien avec l'absence, comme c'est le cas de la suspension du contrat de travail qui trouve application dans de nombreuses situations d'absence justifiée, et qui a fait l'objet de nombreux écrits et réflexions. C'est également le cas du droit disciplinaire, qui s'applique, quant à lui, aux absences injustifiées.

18.- La rareté d'études juridiques d'ensemble sur l'absence. Si l'on retrouve de nombreuses études partielles sur l'absence, reste que de très rares études d'ensemble sont consacrées à ce sujet en droit social[141]. Ce constat interroge, dans la mesure où d'autres disciplines, comme les sciences de gestion, la sociologie du travail ou encore l'économie du travail s'en saisissent. Les raisons de la rareté des études d'ensemble sur le salarié absent portent à interrogation. Cependant, différents éléments pourraient permettre d'expliquer cette lacune. Tout d'abord, l'absence est une notion relativement diffuse qui est difficile à appréhender dans son ensemble, parce qu'il existe de très nombreuses catégories juridiques d'absence, et autant de régimes juridiques disparates. En outre, *l'absence* n'est jamais présentée dans le discours du droit comme une catégorie juridique d'ensemble. Elle n'a jamais été unifiée. Lorsque le législateur, la jurisprudence ou même la doctrine traitent de cette question, seulement un des aspects de l'absence est abordé, comme une cause d'absence prise isolément (par exemple, la maladie, la grève ou encore les congés payés). En définitive, l'absence en droit social n'existe pas de manière autonome, ce qui rend l'appréhension de cet objet particulièrement complexe. Une seconde explication de la rareté d'études juridiques menées sur le sujet du salarié absent résiderait dans le fait que cette question dépasse largement le cadre juridique : elle se situe à la croisée de nombreuses autres disciplines, comme les sciences de gestion, le management, l'économie du travail, la sociologie du travail, la psychologie du travail, mais également, pour les absences pour maladie, la médecine. Le caractère interdisciplinaire de l'absence rend assurément les recherches sur ce sujet plus complexes, puisqu'une étude juridique détachée de ces autres disciplines serait difficilement pertinente.

---

139 Sur cette question, v. *infra*, n° 341.

140 Sur cette question, v. *infra*, n° 283-284.

141 Il est cependant possible de citer deux thèses qui portent sur une étude d'ensemble en droit social. La première, en date de 1986, est consacrée à « L'absence du salarié ». Elle récence les différentes causes d'absences (justifiées et injustifiées) et le régime juridique qui leur est applicable : C.-M. Van den Torren, *L'absence du salarié*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 1986. La seconde, plus récente, est consacrée à l'absentéisme.

19.- Intérêt d'une étude juridique d'ensemble. Actuellement, les règles juridiques applicables au salarié absent sont très dispersées. La plupart d'entre elles sont régies par le Code du travail, mais il existe également des dispositions applicables dans le Code de la sécurité sociale, ou encore dans des Codes qui se situent en dehors du champ du droit social, comme le Code du service national, le Code de la santé publique ou encore le Code de la défense. S'ajoutent à cela les conventions et accords collectifs applicables, mais également les solutions dégagées par la jurisprudence. L'analyse partielle de la situation du salarié absent fait échec à une vision transversale. Une étude d'ensemble permettrait donc de dépasser le cloisonnement des différentes catégories d'absence, et d'inscrire la réflexion dans une perspective plus large, afin de comprendre pourquoi le législateur et la jurisprudence mettent sous une même qualification des situations si différentes. Elle permettrait de clarifier ce corpus de règles, de dégager certains principes communs, mais également d'analyser la cohérence qui existe entre toutes ces règles. En outre, le traitement sectoriel de la situation du salarié absent fait nécessairement échec à une vision transversale. Or, une telle démarche permettrait de mettre en lumière les incohérences, voire les limites du système actuel et de proposer des évolutions.

III- Méthode de l'étude

20.- La mobilisation de plusieurs méthodes d'analyse. Afin d'appréhender le traitement juridique du salarié absent dans une dimension globale, il est nécessaire d'avoir une parfaite connaissance de cet objet. Celle-ci permettra de mettre en lumière les limites de l'absence en droit positif. C'est la raison pour laquelle la présente étude n'entend pas se borner à une méthode unique, mais tend à rassembler plusieurs méthodes d'analyse différentes.

21.- L'étude empirique et généalogique comme prémisse de la méthode inductive. La première de ces méthodes est nécessairement historique et généalogique. En effet, elle permet d'appréhender les faits dans une perspective diachronique, c'est-à-dire par rapport à leur évolution à travers le temps. La méthode généalogique permet d'étudier l'émergence d'une règle de droit afin de comprendre son impact au sein du droit positif[142]. Ainsi, l'étude ambitionne de comprendre l'évolution de la notion d'absence à travers la législation du XIX^{e} siècle, et sa mobilisation par les juges. La méthode historico-généalogique

[142] B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 5^{e} éd., 2024. V. spéc. préface (pp. 12-13) et pp. 616-626 (n° 447 à 450).

n'a donc pas vocation, comme la méthode historique pure, à analyser la source de droit replacée dans son contexte. Elle permet de revenir sur la généalogie d'une règle de droit pour éclairer le droit positif. Ainsi, le travail généalogique doit permettre de comprendre la façon dont l'absence a d'abord été appréhendée par le droit civil avant d'être saisie par le droit social. La même méthode doit permettre d'analyser la façon dont la Cour de cassation mobilise cette notion, et l'utilisation qu'elle en fait. En ce sens, cette méthode apparaît comme le corollaire de la méthode empirique et inductive utilisée pour analyser le droit positif.

22.- La déconstruction de l'objet selon une méthode empirique et inductive. Ensuite, une méthode empirique et inductive doit être adoptée. Bien que souvent confondues, il s'agit de deux méthodes différentes qui, si elles s'attachent toutes deux à partir des faits[143], n'ont pas la même vocation. La méthode empirique est une méthode de recherche, tandis que la méthode inductive est une méthode d'analyse. Dans la présente étude, la méthode empirique vise notamment la recherche et la collecte de lois, décrets et arrêts principalement rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation. La méthode inductive, appliquée à la jurisprudence par exemple, permet ensuite d'analyser cette collection d'arrêts afin d'en dégager une idée plus générale[144] : celle de l'utilisation par les juges des différentes situations d'absences. La systématisation des solutions jurisprudentielles permet ainsi de comprendre la façon dont la notion d'absence est utilisée par les juges afin de répondre à la multiplication des situations d'absence. Pour autant, l'induction ne saurait être parfaite dans la mesure où il n'est pas possible d'appréhender l'ensemble des textes et des jurisprudences sur plusieurs siècles. Si la matière textuelle – lois, règlements, arrêts – est très conséquente, la thèse ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Soit parce qu'une analyse complète ne saurait se porter sur plusieurs siècles, soit parce que les éléments observés ont nécessairement vocation à évoluer dans le temps. Comme le relève Véronique Champeil-Desplats « l'induction ne produit des conclusions certaines que si elle est effectuée à partir d'un ensemble fini et connu d'éléments »[145]. En outre, l'utilisation de la méthode généalogique, comme corollaire de la méthode empirique et inductive, fait

[143] G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif : La technique juridique en droit français*, t. 1, rééd. Dalloz 1925, p. VI : « Toute théorie juridique, qui n'a pas pour point de départ l'observation minutieuse […] des faits, et qui n'en est pas la synthèse […], est dénuée de valeur » ; La méthode inductive « procède du particulier vers le général »

[144] J. Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, Paris, éd. Ladrange, t. 1, 1866, p. 183 : « La méthode inductive « procède du particulier vers le général ».

[145] V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3e éd., 2022, p. 401.

également obstacle à l'utilisation d'une « délimitation stipulative »[146]. En effet, cette thèse n'a pas non plus vocation à étudier une série d'arrêts ou de textes rendus au cours d'une période déterminée ni étudier le phénomène d'absence durant une période circonscrite dans le temps ou au cours d'une période particulière comme les années liées à la Covid-19. Il convient donc de se résoudre à l'utilisation d'une induction « amplifiante » qui permet de dégager une règle générale, à partir de l'observation de cas particuliers, certes nombreux, mais non exhaustifs[147]. Ainsi, l'observation des faits par la méthode inductive permet de mettre en lumière les limites du système actuel. La déconstruction de l'objet par la méthode inductive permet, quant à elle, de dépasser un tel système afin d'y apporter des solutions.

23.- La reconstruction de l'objet selon une méthode hypothético-déductive. La troisième méthode de recherche utilisée dans cette thèse vise à poser un diagnostic afin d'y apporter des solutions. En effet, la méthode empirique et inductive, appliquée au droit positif, permet de connaître son objet d'étude. Dans la mesure où des limites au système juridique actuel seraient révélées, il conviendrait d'en proposer des évolutions. Or, pour ce faire, la méthode déductive entend être écartée. En effet, la déduction vise à énoncer « un ensemble de normes particulières [à partir d'une] norme générale »[148]. Cette thèse n'adopte pas précisément cette méthode[149]. En effet, il ne s'agit pas exactement de poser un cadre général, sur lequel reposerait le raisonnement, mais de fixer des hypothèses qui permettraient de régler les difficultés inhérentes au traitement individualisé des absences[150]. Dès lors, la formulation de « propositions générales » aurait pour conséquence de suppléer aux défaillances actuelles à partir d'une méthode qualifiée d'hypothético-déductive[151].

---

146 M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Revue française de théorie juridique* 1989, p. 101 ; O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *in* J.-L. Petit (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik Von*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Univ. de Caen 1995, n° 27, p. 95.

147 V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et sciences du droit, op. cit.*, p. 401.

148 A. Comte, *Cours de philosophie politique*, Paris, éd. Bachelier, t. 2, 1835, spé. pp. 397, 515 et 700.

149 S. Boutilliers, A. Goguel d'Allondans, *Méthodologie de la thèse*, Studyrama : principes, 2e éd., 2005, pp. 101-102.

150 A. Bain, *Logique déductive et inductive*, Paris, éd. Germer Baillières, t. 1, 1875, p. 53.

151 A.-M. Lavarde, *Guide méthodologique de la recherche en psychologie*, Paris, éd. De Boeck, 1re éd., 2008, p. 74 : « Cette démarche vise une explication et une compréhension des faits qui dépend de ce que nous formulons, a priori, comme question préalable ».

IV- Problématique et plan de la recherche

24.- Problématique. La situation du salarié absent est actuellement traitée par le droit social de manière disparate. En effet, une grande pluralité de régimes juridiques a été créée au fil du temps, selon la cause qui est à l'origine de l'absence. Chacun revêt une finalité spécifique. Pour ne citer que certains exemples, l'absence pour maladie permet d'assurer la préservation de l'état de santé du salarié ; l'absence pour exercice du droit de grève garantit au salarié le bon exercice de ce droit fondamental ; quant aux congés payés, ils sont garants du droit au repos du salarié. En raison de ces finalités distinctes, les régimes juridiques créés sont pluraux. Il existe autant de régimes juridiques que de causes d'absence. Partant, la situation du salarié absent fait l'objet d'une traitement catégoriel en droit social. La notion d'absence n'est donc, *a priori*, pas uniforme puisqu'elle donne lieu à des régimes juridiques disparates. L'absence, telle qu'elle est actuellement appréhendée par le droit social, semble avoir pour fonction le traitement d'une situation factuelle : celle d'un salarié qui interrompt son travail de manière totale et temporaire. Cette situation suscite des interrogations similaires, liées au maintien de ce salarié dans l'entreprise, à son éventuel remplacement, au maintien de sa rémunération à la nécessité de protéger les intérêts de l'entreprise en permettant la continuité de l'activité. Plus généralement, elle pose donc la question de l'équilibre entre la protection des intérêts du salarié et ceux de l'entreprise. Il conviendrait donc de dépasser la diversité apparente de l'absence selon les causes qui sont à l'origine de cette situation, pour comprendre comment la personne absente est traitée par le droit social. Concrètement, il s'agirait non plus de décrire l'absence selon le traitement catégoriel qui lui est classiquement dévolu, mais d'analyser comment le droit social conçoit le salarié absent. Cette démarche ne saurait prospérer qu'en mettant en cohérence les différents régimes juridiques qui existent, afin d'identifier les enjeux qui sous-tendent la notion d'absence. En d'autres termes, le traitement du salarié absent par le droit social pourrait permettre de révéler les enjeux communs liés à toutes les absences, quelle qu'en soit leur cause. Ainsi, la problématique de cette étude pourrait être résumée de la manière suivante : *comment le salarié absent est-il traité par le droit social eu égard à la pluralité des régimes juridiques qui existent, et dans quelle mesure serait-il possible d'entrevoir une unité qui permettrait de révéler les enjeux et problématiques communes aux différentes situations d'absence ?* À cet égard, il convient de constater que le traitement juridique de la situation du salarié absent s'inscrit dans une même finalité. En effet, l'absence en droit social se caractérise par une approche à la fois *individuelle*, puisqu'il consiste à appliquer des dispositifs juridiques à un salarié pris isolément, et *curative*, puisque les régimes

juridiques de l'absence permettent d'appliquer ces dispositifs en réaction à une situation d'absence. Il existe donc des règles communes aux absences, qui se caractérisent par un défaut de règles préventives.

25.- Plan de la recherche. Pour répondre à ces interrogations, il conviendra d'analyser la manière dont le droit social appréhende la situation du salarié absent. Concrètement, il conviendra de s'intéresser à la construction de l'absence en droit positif et à ses évolutions, tant eu égard à la notion qu'aux régimes juridiques. Cette démarche permettra de mettre en lumière l'encadrement des différentes situations d'absence (maladie, maternité, grève, absences injustifiées, etc.) et à comprendre les principes directeurs pour chacune de ces catégories. Ensuite, il s'agira de mettre en cohérence ces différentes catégories d'absence, pour identifier les points de convergence qui existent entre les régimes juridiques, notamment au regard de la recherche de l'équilibre entre les intérêts du salarié et ceux de l'employeur **(Partie 1)**. Cette approche permettra de révéler le caractère essentiellement individuel et curatif du traitement de l'absence, qui s'est construit pour répondre à la situation d'un salarié pris isolément, une fois la situation d'absence survenue. Cependant, cette approche ne permet pas de saisir de manière globale le phénomène d'absence. Ce dernier ne peut pas être perçu comme un fait uniquement individuel : elle doit aussi être appréhendée dans une perspective plus large et plus englobante, pour révéler des difficultés liées à l'organisation du travail, aux conditions de travail et plus largement, à la qualité de vie et des conditions de travail (QVCT). Dès lors, il conviendra d'identifier les règles communes qui existent entre les différents régimes juridiques, en vue de rechercher une unité qui permettrait de comprendre ce que la notion d'absence recouvre **(Partie 2)**.

PARTIE 1 – LE TRAITEMENT DE L'ABSENCE EN DROIT SOCIAL

PARTIE 2 – LE TRAITEMENT DES ABSENCES PAR LE DROIT SOCIAL

PARTIE I

LE TRAITEMENT DE L'ABSENCE EN DROIT SOCIAL

26.- La remise en cause du traitement de l'absence par le droit social ne pourrait prospérer qu'au terme d'une connaissance préalable de la construction de cette notion et de ses régimes juridiques. Dès lors, l'analyse de son apparition et de son évolution historique apparaît comme un préalable.

27.- La *notion d'absence* semble bien connue du droit social. Elle y est régulièrement mobilisée. Différents articles du Code du travail y sont consacrés et ce terme est fréquemment usité par les juges. Les juristes du droit social sont ainsi familiers de son usage. Pourtant, les raisons de son existence interrogent. En effet, pendant longtemps, la notion d'absence n'a fait l'objet d'aucune appropriation par le droit social. Elle était employée de manière éparse par le juge pour désigner la situation factuelle du salarié qui s'absentait du travail. Toutefois, il n'existait pas de qualification juridique d'absence, qui aurait eu pour conséquence l'application d'un régime juridique spécial. Ainsi, il conviendra de déterminer quelle était la qualification juridique d'une situation d'absence au travail, avant qu'une notion n'émerge. Il sera également pertinent de déterminer les raisons qui ont justifié la construction d'une notion d'absence propre au droit social **(Titre 1)**.

28.- L'apparition tardive d'une notion juridique d'absence en droit social a donné lieu à l'avènement de régimes juridiques. Ces derniers se sont largement multipliés au fil du temps, de sorte qu'il en existe aujourd'hui une très grande disparité. À titre d'illustration, l'absence pour maladie aurait son propre régime, de même que l'absence pour exercice du droit de grève, le congé de formation professionnelle ou l'absence injustifiée. Là encore, les raisons de cette multiplicité de régimes seront questionnées. Pour ce faire, il conviendra d'analyser les causes de leur apparition et la manière dont ils ont été construits, afin de proposer une catégorisation des régimes juridiques de l'absence. Cela permettrait, in fine, d'analyser la cohérence et l'éventuelle unité qui existe entre ces régimes **(Titre 2)**.

TITRE 1 : LA CONSTRUCTION DE LA NOTION JURIDIQUE DE L'ABSENCE

29.- Afin de remettre en cause l'objet d'étude, il est nécessaire de déterminer avec précision ce que la *notion juridique de l'absence en droit social* recouvre. L'absence est un terme familier dont le sens semble bien précis. Pourtant, il convient d'observer que deux acceptions de l'absence s'opposent. Au sens du langage courant, l'absence d'une personne désignerait une situation de non-présence. À celle-ci, s'opposerait l'acception juridique de l'absence. C'est à cette dernière qu'il convient de s'intéresser.

30.- La *notion juridique d'absence* s'est construite très tôt dans le champ du droit civil et revêt une signification singulière, différente de celle qui lui est dévolue par le vocable usuel. En droit civil, l'absence désigne la situation de la personne dont personne n'a de nouvelle, et pour laquelle il impossible de déterminer si elle est vivante ou décédée. Ainsi, le sens dévolu à l'absence en droit civil rompt avec la non-présence. Se pose la question de ce choix terminologique en droit civil, dans la mesure où il semble, de prime abord, en marge de la définition du langage courant. Pour lever cette interrogation, il conviendra d'analyser la construction de la notion d'absence en droit civil, afin de déterminer les influences qu'elle aurait pu produire sur la notion d'absence qui apparaîtra, plus tardivement, en droit social **(Chapitre 1)**.

31.- Le droit civil a toujours exercé une forte influence sur le droit du travail. D'abord, parce qu'il a permis de régir la relation de travail par le biais du contrat de louage. Ensuite, parce que malgré l'avènement du contrat de travail, ce dernier demeure soumis aux règles du droit commun[152]. Se pose ainsi la question de l'influence de la notion *d'absence en droit civil* sur celle de *l'absence en droit social*. Si ces deux notions sont *a priori* dépourvues d'un lien quelconque, il conviendra de dépasser cette préconception. Pour ce faire, la présente étude entendra déterminer les raisons pour lesquelles le droit social a été amené à recevoir l'absence, afin d'identifier la façon dont cette notion juridique s'est construite dans cette matière juridique[153] **(Chapitre 2)**.

---

[152] C. trav., art. L. 1221-1 : « Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun […] ».

[153] Le terme de *matière juridique* est ici préféré à celui de *discipline juridique*. Comme l'exprime le professeur Jacques Chevalier, la discipline juridique est « organisée en "branches", elles-mêmes déclinées dans une série de "matières", qui représentent autour de modalités de découpage de l'objet juridique, en fonction des traditions

propres à chaque pays ». Ainsi, la matière traduit le « processus de spécialisation du savoir juridique » : J. Chevalier, « Ce qui fait discipline en droit », *in* F. Audren, S. Bardou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, coll. Contextes, 2018, p. 47. Partant, le droit civil et le droit social doivent être regardées comme des *matières juridiques*, et non comme des *disciplines*, ni même comme des *branches*, qui renvoient à des catégories plus larges. Cette analyse s'inscrit également dans le sillage de la distinction instaurée par le professeur Frédéric Rouvière, qui défend fervemment l'opposition entre discipline juridique et matière juridique et s'oppose avec force à leur confusion. V. en ce sens : F. Rouvière, « La notion de discipline juridique : enjeux et intérêts », *RTD civ.* 2017, p. 530.

CHAPITRE 1 – L'ABSENCE TRADITIONNELLEMENT EXCLUE DU DROIT SOCIAL

32.- Dans la sphère juridique, la notion d'absence s'est construite en premier lieu en *droit civil*. Pendant longtemps, le *droit social* n'a pas été amené à recevoir la notion d'absence. Ce constat suscite des interrogations qui entendent être éclairées.

33.- En raison du lien étroit qui a toujours existé entre le droit civil et le droit du travail, il est permis d'interroger les raisons pour lesquelles *l'absence en droit civil* ne s'est pas appliquée au travailleur. À première vue, une explication pourrait justifier cette exclusion : la finalité singulière de la notion d'absence en droit civil était inappropriée au travailleur. En effet, l'absence en droit civil permettait d'appliquer un régime juridique spécifique à la personne dont nul ne savait où elle trouvait, ni si elle était vivante ou décédée. Il s'agissait donc de règles juridiques propres au *droit des personnes*, et plus exactement à l'état juridique de la personne absente[154]. Or, cette situation n'intéresse que de manière très marginale le droit applicable au travailleur **(Section 1)**.

34.- À partir du début du XIX^{e} siècle, avec l'avènement du Code Napoléon, le droit civil s'est appliqué à la relation de travail. Cette dernière était alors juridiquement encadrée par le contrat de louage, qui était un contrat de droit civil relevant des dispositions du Code civil. Dès lors, le traitement de la relation de travail par la matière civile était propre au *droit des contrats*. Par conséquent, l'état juridique de la personne du travailleur était indifférent et les interrogations juridiques suscitées par la relation de travail étaient autres. Elles résidaient dans la situation de non-présence du travailleur, qui avait pour conséquence l'inexécution de son obligation contractuelle liée à l'accomplissement du travail. Ainsi, le droit civil des contrats trouvait application et permettait d'appréhender juridiquement la situation de non-présence du travailleur **(Section 2)**.

[154] *L'absence en droit civil* concerne à titre principal le droit des personnes. Toutefois, elle emporte des conséquences relatives à d'autres branches du droit civil, telles que le droit patrimonial ou le droit de la famille. En effet, la situation de l'absent génère des interrogations en matière de succession. A titre d'illustration, elle interroge sur l'ouverture de la succession de l'absent ou la dissolution du mariage de l'absent, après un certain délai d'absence. Elle génère également des questionnements relatifs au devenir de son mariage et à son éventuelle dissolution. Ces interrogations seront successivement abordées dans la présente étude.

Section 1 – L'acception civiliste de la notion d'absence inappropriée au travailleur

35.- Plan. La notion juridique d'absence en droit civil a été construite pour régir le droit des personnes, justifiant ainsi son acception singulière dans cette matière juridique **(§1)**. Il est permis de constater que des liens étroits existent entre le droit civil et le travailleur, puisque le premier est directement applicable au second[155]. Dès lors, il convient de rechercher si *l'absence au sens du droit civil* produit des incidences dans le champ du droit social **(§2)**.

§1 : Une notion juridique construite au service du droit civil des personnes

36.- Constat liminaire. Le droit des personnes s'oppose classiquement au droit des biens[156]. Il régit le sort des individus qui, naissant libres et égaux en droit, sont détenteurs de la personnalité juridique[157]. Juridiquement, la personne physique[158] est qualifiée de sujet de droit[159]. À ce titre, elle acquiert la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude, pour l'être humain, à être « titulaire de droits et détenteur d'obligations »[160]. Comme le souligne Xavier Bioy, en représentant le support du rapport de droit, la personnalité juridique est ainsi reconnue à tout être humain[161]. Partant, elle est conditionnée à l'existence de la personne – d'une « vie

---

[155] Ce constat était vrai avant que le contrat de travail ne soit consacré, puisque la relation de travail était régie dans le cadre du contrat de louage qui était un contrat de droit civil. La forte imprégnation du droit commun des contrats sur la relation de travail existe depuis l'avènement du droit du travail, puisque le droit civil demeure le droit général, applicable à la relation de travail à défaut de règles spéciales. V. en ce sens : C. trav., art. L. 1221-1 (*précité*).

[156] L'architecture du Code civil de 1804 et plus exactement, les classifications issues des livres I à III, s'intitulant respectivement « Des personnes », « Des biens et des différentes modifications de la propriété » et « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » ont été conservés en dépit des différentes réformes successives. Partant, la dualité existant en droit civil entre droit des personnes et droit des biens demeure, s'inscrivant dans le sillage de la distinction traditionnelle consistant à opposer choses et droits, mais également droits réels et droit personnel : F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, 8e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 5.

[157] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2012, p. 13.

[158] Par opposition aux personnes morales, « les personnes physiques sont les êtres humains concrets, singuliers », que les « juristes ont toujours reconnu en les distinguant des biens ou des choses », qui sont quant à eux susceptibles d'appropriation par les personnes, que ces dernières soient physiques ou morales : A. Sériaux, *Les personnes*, PUF, 2e éd., coll. Que sais-je ?, 1997, p. 4.

[159] La qualité de *sujet de droit* s'oppose à celle *d'objet de droit*.

[160] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 15e éd., 2024, v° personnalité. V. également F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2012, p. 7 : la personnalité juridique est définie comme « l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun. Ces droits ainsi reconnus sont des droits subjectifs ».

[161] X. Bioy, « Le droit à la personnalité juridique », *in* X. Bioy (dir.), *La personnalité juridique*, PUTC, coll. IFR, 2013, p. 97.

matérielle et corporelle » de cette dernière[162] – et s'éteint à sa mort[163]. Factuellement, il s'agit donc d'une situation binaire. Soit la personne existe, et est détentrice de la personnalité juridique. Soit elle n'existe plus : sa personnalité juridique est alors échue. Des régimes juridiques distincts s'appliquent selon que la personne est *vivante* ou *décédée*. Au fil du temps, des situations sont apparues dans lesquelles il était impossible de déterminer si la personne était vivante ou morte. Ces situations étaient d'ailleurs relativement fréquentes dans les temps anciens parce que les moyens de communication étaient fortement limités. Elles ont suscité des interrogations juridiques, notamment quant à la situation patrimoniale et matrimoniale, mais également quant au devenir des contrats conclus par la personne[164].

37.- Plan. Historiquement, les premiers questionnements juridiques qui intéressent la situation de l'*absent* remontent au droit romain. Ces interrogations se sont confirmées au Moyen Âge **(I)**. Au gré des évolutions successives, un régime juridique propre à l'absent a émergé. La protection de l'absent ainsi que celle des tiers ont été renforcées jusqu'au début du XX^{e} siècle. L'absence a finalement donné lieu à une notion juridique précise, codifiée au sein du Code civil **(II)**.

I- Les interrogations juridiques relatives à la situation de l'absent

38.- Champ d'étude. L'approche historique relative à l'évolution de l'absent apparaît comme un préalable nécessaire à la compréhension de la *notion juridique d'absence* telle qu'elle existe aujourd'hui en droit civil. Toutefois, la présente étude ne prétend pas à l'exhaustivité s'agissant des évolutions historiques. Des écrits y sont déjà consacrés et sont garants de la compréhension des règles juridiques relatives à des époques particulières, qu'il s'agisse du droit romain, de la période médiévale, ou de la période moderne. Cette étude entend toutefois apporter un regard général sur l'évolution historique de l'absent à travers les différentes périodes, afin de mettre en lumière les enjeux qui ont conduit à la construction de la *notion juridique d'absence* telle qu'elle existe actuellement en droit civil. Cette démarche permet

---

[162] K. Bellis, « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *Revue juridique de l'Ouest* 2015, p. 9.

[163] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8^{e} éd., 2012, pp. 23-35.

[164] Le constat selon lequel l'absence en droit civil est principalement régie par le droit des personnes s'illustre par sa place au sein du Code civil. En effet, Les dispositions relatives aux absents sont incluses au sein du Livre I^{er} qui établit les règles juridiques relatives aux personnes. V. C. civ., Livre I^{er} « Des personnes », Titre IV « Des absents » : v. C. civ., art. 112 à 132.

d'appréhender la manière dont les situations d'absence sont survenues et les difficultés qu'elles ont générées en droit civil. *In fine*, l'analyse de ces situations conduit à appréhender l'évolution des règles juridiques de l'absence en droit civil à travers les différentes périodes, et permettent de clarifier la notion d'absence telle qu'elle existe actuellement en droit civil.

39.- Plan. L'émergence de questionnements juridiques relatifs à la situation de la personne absente remonterait au droit romain, comme en témoigne la littérature juridique relative à cette époque[165] **(A)**. Au fil du temps, les situations d'absence se sont multipliées, conduisant au développement des questionnements juridiques dans l'Ancien droit **(B)**.

A) L'émergence de questionnements juridiques en droit romain

40.- Plan. L'existence de situations d'absence et de questionnements juridiques afférentes en droit romain **(1)** a conduit à l'avènement de règles juridiques visant à la protection des intérêts en présence, c'est-à-dire ceux de la personne absente et des tiers affectés par une situation d'absence **(2)**.

1. L'existence de situations d'absence

41.- Une absence prolongée de la vie de la cité. Certaines situations factuelles qui existaient à l'époque romaine se trouvent à l'origine des prémices d'un statut juridique de l'absent. Elles se rencontrent lorsqu'une personne était absente de la vie de la cité, de manière prolongée, sans qu'il soit possible d'affirmer si elle va revenir, ni à quel moment. Les incertitudes liées à son retour génèrent de nombreuses difficultés. Selon le *Digeste*, le droit

[165] Sur les ouvrages généraux sur l'absence en droit romain, v. en ce sens : G. Behenne, *Du postliminium en droit romain et des effets de l'absence sur les biens en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. F. Pichon, 1873. Sur les ouvrages traitant de l'absence sous certains aspects, v. en ce sens : F. Creton, *Effets de la condition sur le transport des droits réels en droit romain. De l'instabilité des droits créés par l'héritier ou le donataire en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1885, spéc. pp. 47-57 (ouverture de la succession de l'absent) ; A. Chesneau, *Théorie du droit de rétention en droit français*, Thèse, Université de Bordeaux, 1879, spéc. pp. 198-199 ; P. Molitor, *Les obligations en droit romain : avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*, t. 1, Éd. A. Durand, 2e éd., 1866, spéc. pp. 98-99 (mandat donné à un absent), p. 120 (défense de l'absent devant la justice), p. 411 (débiteur absent), p. 572 (vendeur absent) ; F. C. de Savigny, *Traité de droit romain*, trad. C. Guenoux, t. 7, Librairie de F. Didot frères, fils et cie, 2nde éd., 1859, spéc. pp. 164-193 (absence comme motif de restitution) ; pp. 254-267 (procédure de restitution pour absence) ; M. Villequez, « De l'absence en droit romain et dans l'Ancien droit », *Rev. historique de droit français et étranger* 1856, p. 209 (ouverture de la succession de l'absent).

romain a été spécifiquement créé pour les personnes[166]. Dans l'Ancien droit romain, toute personne est ainsi détentrice de droits, à l'exception des esclaves et des étrangers[167]. Par ailleurs, au sein de la famille, le statut de *sui juris*[168] est dévolu exclusivement au *pater*. Ainsi, les femmes, les enfants, mais également les serviteurs abandonnent leurs droits individuels et leurs biens au profit du *pater* par un mécanisme de tutelle[169]. Appliqué à l'objet d'étude, c'est donc l'absence du citoyen romain, particulièrement du *pater* qui est source d'interrogations juridiques. Les autres personnes n'étant pas *sui juris*, leur absence n'est pas réellement problématique dans la mesure où l'exercice de leurs droits appartenait au *pater*.

42.- L'absence, source d'incertitudes juridiques. Tout d'abord, les difficultés liées à l'absence du *pater* sont relatives aux biens qui lui appartiennent[170]. En effet, la situation d'absence peut paraître, à certains égards, contraire à l'intérêt social, dans la mesure où les biens sont laissés sans maître et que leur transmission est susceptible d'être « indéfiniment interrompue »[171]. Puisque l'absent n'est pas considéré comme décédé, sa succession ne peut être ouverte[172]. En outre, les tiers – notamment les *alieni juris*[173] – pâtissent assurément de l'absence du *sui juris* puisque la gestion de leurs biens et de leurs contrats est interrompue. L'absence apparaît ainsi préjudiciable tant aux intérêts de l'absent lui-même qu'à ceux des tiers, notamment des héritiers. Se pose alors la question du devenir des contrats dans lequel l'absent est impliqué, mais également du sort de ses biens. De manière générale, chaque situation d'absence est traitée *in concreto*. En effet, le droit romain n'offre pas « de système complet contenant les règles qui doivent régir les intérêts divers mis en jeu par l'état d'absence »[174]. Parfois, il est possible de trouver des textes épars qui permettent de lever certaines interrogations liées à l'absence, notamment du *pater*, afin de permettre aux *alieni juris* l'exercice

166 M. Villey, *Le droit romain*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2002, p. 53. V. en ce sens : F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 1934, v° *jus*. Partant, l'expression *alieni juris* désigne la personne qui était placée en situation de dépendance juridique d'une autre personne. Les *alieni juris* s'opposent aux *sui juris*, qui sont les personnes qui jouissent d'une indépendance juridique.
167 M. Villey, *Le droit romain, op. cit.*, pp. 54-55.
168 Le *sui juris* (ou *sui iuris*) doit être entendu comme « celui ayant lui-même son droit ». Il s'agit de la personne pleinement capable, qui peut jouir de l'exercice de ses droits par elle-même. V. J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2010, p. 49. Aussi, le *sui juris* s'oppose à l'*alieni juris*.
169 M. Villey, *Le droit romain, op. cit.*, p. 55.
170 G. Behenne, *Du postliminium en droit romain et des effets de l'absence sur les biens en droit français, op. cit.,* 1873, p. 2.
171 *Ibid.*
172 *Ibid.*
173 Le terme latin *alieni* est le pluriel de l'adjectif *alienus*, dont la signification est : « qui appartient à un autre ». Plus généralement, l'*alienus* désigne autrui, entendu comme un étranger : v. en ce sens F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 1934, v° *alienus*. Quant au terme *juri*, il est le pluriel du terme *jus* qui signifie le droit, la justice.
174 M. Villequez, « De l'absence en droit romain et dans l'Ancien droit », *op. cit.*, p. 211.

de droits. En principe, le droit romain n'accorde pas de protection des intérêts de la personne absente. Toutefois, une protection relative des intérêts de l'absent commence à émerger.

2. Des bribes de règles juridiques protectrices liées à l'absence

43.- Des règles sporadiques de protection des *alieni juris*. Pour lever l'obstacle du mariage des enfants habituellement soumis à l'approbation du *pater*, une loi romaine présente dans le *Digeste* prévoit la possibilité qu'ils puissent se marier légitimement, malgré l'absence de leur père[175]. Il est ainsi prévu que si trois années s'étaient sont écoulées depuis l'absence du *pater*, « ses enfants des deux sexes ne sont pas empêchés de contracter mariage ou noces légitimes »[176]. Une seconde loi du *Digeste*, qui assimile le père captif au père absent, prévoit la validité d'un tel mariage avant l'écoulement du délai de trois ans, « si l'époux est une condition telle que le père n'aurait pas refusé son consentement »[177]. Partant, ces lois permettent aux enfants qui sont placés sous l'autorité de leur père de se marier afin de pouvoir jouir de l'exercice de leurs droits, soit par leur propre biais – pour le cas du fils de l'absent qui contracte mariage – soit par le biais de son époux – pour le cas de la fille de l'absent qui contracte mariage. L'administration du patrimoine est bien plus complexe à appréhender, le corpus juridique en la matière étant quasiment inexistant. Or, la règle générale du défaut de protection de l'absent apparaît comme le principe.

44.- Le principe du défaut de protection juridique de l'absent en droit romain. Les règles créées en droit romain visent surtout à protéger les tiers de l'absence du *pater*. En effet, en dépit du préjudice inéluctable que peuvent générer de telles absences, il est très largement admis que l'absent supporte les risques de son absence. En principe, il ne bénéficie d'aucune protection juridique, et peut voir ses droits acquis par des tiers[178]. Partant, il est permis de considérer que « le droit romain n'a pas donné de précédent solide » en matière d'absence[179]. Les constats qui précèdent de constater que l'absent ne fait, en principe, l'objet d'aucune

---

175 L. n° 11, *ff. De ritu nuptiarum*, XXIII, 11. Cité par M. Villequez, « De l'absence en droit romain et dans l'Ancien droit », *op. cit.*, p. 211.

176 Trad. littéralement de la citation latine exposée par M. Villequez : « *Si ita pater absit ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est merito dubitatur. Et si triennium effluxerit, postquam apertissime pater fuerit ignotus ubi degit et an superstes sit, non prohibentur liberi ejus utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere* ». V. en ce sens, *Ibid.*, p. 211.

177 *Ibid.*

178 A. Lefebvre-Teillard, « Absence », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1.

179 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 279.

protection juridique. Pourtant, il est difficile d'affirmer que ce principe est d'application absolue et ne bénéficie d'aucune exception. En droit romain, il est possible de recenser des règles juridiques qui, bien que fragmentaires, visent à protéger l'absent lorsque ce dernier reparaît.

45.- Des dérogations au défaut de protection juridique de l'absent. Les prémices d'une protection des intérêts de l'absent apparaissent dans certains cas. Un premier exemple topique se rencontre dans le cadre du contrat de prêt. En effet, l'absent peut recouvrer ses biens à l'issue de sa période d'absence, en obtenant du prêteur une *restitutio in integrum ob absentiam*, c'est-à-dire une « restitution en entier pour absent »[180]. Il s'agit donc d'une restitution intégrale par le prêteur à l'absent ayant été privé d'exercer ses droits en raison de son absence. Pour ce faire, encore faut-il que les motifs ouvrant droit à cette restitution soient respectés. L'absent doit avoir perdu un droit ou une action, tout en étant privé de l'exercer du fait de son absence[181]. Les cas ouvrant droit à la restitution intégrale pour absent sont donc rares et concernent exclusivement les cas où le préjudice causé à l'absent est le plus important. Dès lors, la protection juridique des intérêts de l'absent est relativement sommaire, étant limitée aux cas où la situation patrimoniale de l'emprunteur est largement mise en péril du fait de son absence. Un second exemple de protection de l'absent concerne le citoyen romain qui est prisonnier de guerre. Ce dernier peut demeurer en captivité pour le restant de son existence ou être libéré avant sa mort. Dans ce dernier cas, le prisonnier ne répond pas en tous points à la définition juridique qui sera par la suite dévolue à *l'absent au sens du droit civil*. En effet, le prisonnier de guerre est par définition dans un lieu connu. Les seules incertitudes concernent la durée de sa captivité et le fait qu'il sorte de prison avant sa mort. Durant sa captivité, le prisonnier romain est juridiquement considéré comme esclave. Il perd par conséquent l'ensemble de ses droits. Toutefois, s'il est relaxé *ante mortem*, le concept de *postliminium* permet au prisonnier libéré de sa captivité de recouvrer l'intégralité de ses droits[182]. En définitive, l'apparition de ces règles juridiques éparses permet d'entrevoir les prémisses du statut juridique de l'absent qui naîtra au Moyen-Âge.

[180] A. Lefebvre-Teillard, « Absence », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1.
[181] P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Éd. A. Rousseau, 5e éd., 1911, p. 1062.
[182] J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 279.

B) Le développement de questionnements juridiques dans l'Ancien droit

46.- Plan. Les difficultés juridiques soulevées par la situation d'absence ne se sont pas taries à la période médiévale[183]. Au contraire, elles se sont multipliées. Le droit médiéval étant caractérisé par un éclatement de ses sources, un traitement subjectif de l'absent est apparu à cette période **(1)** et il s'est maintenu sous l'Ancien Régime **(2)**.

1. L'avènement d'un traitement subjectif de l'absent à la période médiévale

47.- Plan. À la période médiévale, le développement des moyens de transport et l'essor d'expéditions telles que le pèlerinage ou les croisades ont contribué à accroître le nombre de personnes considérées comme *absentes*[184] **(a)**. Dans ce contexte, les règles juridiques liées à l'absence se sont précisées. Le droit médiéval a notamment encadré les différentes phases d'absence faisant varier les règles applicables, en fonction de la durée de l'absence **(b)**.

a- Le voyageur à l'origine de situations d'absence

48.- Une pluralité de catégories de voyageurs susceptible de générer des questionnements juridiques liés à l'absence. Au Moyen-Âge, la situation de la personne absente concerne principalement celui qui voyage. Cela peut concerner différentes catégories de voyageurs. À cette époque, les principales causes de voyage sont relatives au pèlerinage, à la croisade ainsi qu'aux personnes se trouvant dans la nécessité de voyager en raison de leur statut de marchand[185]. Il peut également s'agir du simple voyageur qui parcourt les terres outre-mer,

---

183 Dans la présente étude, le terme de période ou d'époque *médiévale* sera préféré au terme de période ou d'époque *moyenâgeuse*. En effet, si le premier de ces qualificatifs est neutre, le second peut être perçu comme marqué d'une connotation dépréciative et péjorative. En effet, le terme *moyenâgeux* référerait à ce « qui se rapporte au Moyen Âge », étant précisé que ce sens est « historiquement moins rigoureux que médiéval ». Le terme *médiéval*, quant à lui, doit être entendu comme ce qui est « relatif au Moyen Âge ; qui appartient au Moyen Âge ». V. en ce sens : *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., accessible depuis le site internet : https://www.dictionnaire-academie.fr. V° médiéval et v° moyenâgeux.

184 Sur l'importance et les raisons du développement du voyage à la période médiévale, v. en ce sens : A. Blazy, « Pèlerin, vagabond et droit au Moyen-Âge : l'important ce n'est pas le voyage mais la destination », *in* L. Condé (dir.), *Variations juridiques sur le thème du voyage*, PUTC, coll. IFR, 2015, p. 19. L'auteur cite notamment comme facteur de voyage la pauvreté, comme par exemple le vagabond qui est « pauvre, errant, [qui] va de bourgade en bourgade » (*ibid*, spéc. p. 19). Quant aux pèlerins et croisés, la raison de leur voyage réside davantage dans leur croyance religieuse, les guidant à se rendre sur des terres considérées comme sacrées, dont les destinations ne cessent de se multiplier.

185 Sur le pèlerinage et les croisades, v. en ce sens : A. Blazy, « Pèlerin, vagabond et droit au Moyen-Âge : l'important ce n'est pas le voyage mais la destination », *op. cit.*, p. 19.

par simple plaisir et « sans être coloré de religion ou d'esprit de lucre »[186]. Quelle qu'en soit la raison, les principaux risques tiennent au fait que les voyages en mer sont dangereux, compte tenu de la précarité des embarcations et de leurs équipements sommaires[187]. En effet, « celui qui [quitte] son cadre de vie habituel et partait en voyage se [livre] aux dangers d'un monde incertain »[188]. Partant, ces pérégrinations sont la cause de nombreuses absences. D'ailleurs, les soldats, pèlerins, croisés ou commerçants amenés à voyager sont susceptibles de tomber sous le coup de la qualification d'absent. Les moyens de communication de l'époque médiévale sont très limités et se caractérisent par leur extrême lenteur[189]. Il est difficile d'affirmer que ces voyageurs, dont personne n'a de nouvelles, est encore en vie.

49.- Des aléas conditionnant le retour de l'absent. La durée de leur voyage paraît difficile à prévoir tant les aléas auxquels les voyageurs sont exposés sont nombreux. Il est donc complexe de déterminer si l'absent n'est pas revenu à son domicile intentionnellement, s'il est retenu par des missions non encore menées à terme[190], s'il s'est enfui, s'il est décédé ou s'il est privé d'agir et de manifester sa volonté[191]. Quel que soit le motif pour lequel il n'a pas reparu, les difficultés sont similaires puisqu'il s'agit de gérer l'administration de ses biens et de ses contrats pendant sa période d'absence, dont on ne peut déterminer si elle était temporaire ou si elle avait vocation à l'éternité. C'est en considération de ces difficultés qu'un statut juridique de l'absent émerge. Les conséquences juridiques générées par l'absent varient selon le « temps écoulé depuis le départ ou les dernières nouvelles »[192].

---

186 D. Roughol-Valdeyron, *Recherches sur l'absence en droit français*, *op. cit.,* p. 15.

187 Sur les dangers liés aux voyages à l'époque médiévale, v. en ce sens : F. Biotti-Mache, « Les disparus et les absents. Quelques mots d'histoire du droit », *op. cit.*, p. 13 ; B. Pottier, « Les dangers du voyage : banditisme et insécurité sur les routes au IVe siècle et au Ve siècle », *Revue internationale d'histoire et d'archéologie* 2016, p. 137 ; T. Szabo, « Les dangers du voyage au Moyen Age. Problèmes et solutions », trad. Ph. Thierry, *Rev. Centre d'histoire « Espaces et cultures »* 2007, pp. 51-66 ; C. Deluz, « Les voyageurs médiévaux et l'information », *Le temps des médias* 2007, pp. 9-20.

188 T. Szabo, « Les dangers du voyage au Moyen Age. Problèmes et solutions », *op. cit.*, p. 51.

189 S'il existe à cette époque des voies de communication telles que les lettres, les messagers ou encore les crieurs, ces dernières ne sont pas accessibles à toute la population et bien souvent, réservées à la royauté. V. en ce sens : SHMES (dir.), *La circulation des nouvelles au Moyen Âge*, Éd. de la Sorbonne, 2019 ; F. Brizay, *Les formes de l'échange. Communiquer, diffuser, informer, de l'Antiquité au XVIIIe siècle*, PUR, 2012.

190 Sont ici visées les situations dans lesquelles les missions de l'absent n'auraient pas encore été accomplies, et celles où il aurait été retenu, comme cela pouvait être le cas du soldat par exemple.

191 D. Roughol-Valdeyron, *Recherches sur l'absence en droit français, op. cit.*, 1970, p. 10.

192 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 281.

b- Des règles juridiques évolutives selon la durée de l'absence

50.- L'écoulement du temps comme élément déterminant des conséquences juridiques applicables. Le temps écoulé depuis le départ de l'absent ou les dernières nouvelles que l'on a de lui conditionne les conséquences juridiques[193]. À l'époque médiévale, il est admis que les probabilités de décès de la personne absente augmentent corrélativement à la durée de l'absence. Tant que cette dernière est relativement brève, de simples mesures conservatoires caractérisées par une administration provisoire suffisent à régir les biens de l'absent[194]. Passé un délai plus important, qui peut varier entre trois et dix ans, les biens de l'absent font l'objet d'un envoi en possession provisoire au profit des héritiers. Ces derniers doivent les restituer à l'absent s'il venait à reparaître[195]. D'ailleurs, le bénéficiaire de l'envoi en possession est tenu de donner caution de restituer les biens de l'absent en cas de retour de ce dernier. Le possesseur provisoire n'est donc pas considéré comme un propriétaire, mais comme un dépositaire, un séquestre[196]. Ainsi, l'idée de la protection des intérêts patrimoniaux de l'absent s'impose avec force dès la période médiévale[197]. Les débuts d'un régime juridique protecteur des intérêts des tiers – notamment des héritiers de l'absent – se dessinent également, puisqu'une durée maximale d'absence est instaurée.

51.- L'établissement d'une présomption centenaire d'absence. Au Moyen-Âge, l'idée selon laquelle l'être humain n'est pas éternel est intégrée dans le droit. De fait, l'absence n'est plus être considérée comme pouvant être perpétuelle. La situation juridique de l'absent évolue fatalement vers celle de la personne défunte lorsque ce dernier acquiert un certain âge. Sur cet élément, le droit s'est largement inspiré des textes anciens et plus exactement des textes bibliques et romains, qui assignent à l'être humain une durée de vie maximale de cent ans. Au Moyen-Âge, le droit civil se conforme à cette prémisse en instaurant une présomption

193 *Ibid.*
194 F. Biotti-Mache, « Les disparus et les absents. Quelques mots d'histoire du droit », *op. cit.*, p. 13. À ce propos, l'auteur écrit que « quand l'absence est avérée, une administration provisoire des biens de l'absent est organisée soit entre les mains d'un mandataire si l'absent en a désigné un, soit sous l'égide de sa femme, de ses proches parents ou encore d'un curateur nommé par voie de justice ».
195 *Ibid.*, p. 13. L'auteur décrit en effet au sujet de l'envoi en possession provisoire que « ce partage des biens de l'absent n'est que prévisionnel et s'exécute sous réserve de la restitution des biens en cas de retour », notant que les héritiers ne sont, durant cette période, « que détenteurs et non pas propriétaires [des biens] ».
196 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 281. Sur ce point, v. également : F. Biotti-Mache, « Les disparus et les absents. Quelques mots d'histoire du droit », *op. cit.*, p. 13.
197 Cette idée est ainsi affirmée par Françoise Biotti-Mache, qui affirme que « les règles concernant l'absence devinrent, au cours du Moyen Âge, de plus en plus favorables aux absents » : v. *ibid.*

centenaire d'absence[198]. Plus exactement, cent ans après sa naissance, l'absent est considéré comme décédé et se voit appliquer le régime juridique relatif à la personne défunte[199]. Ses biens sont alors envoyés en possession définitive au profit des héritiers. L'instauration de la durée maximale d'absence apparaît comme une évolution majeure de l'époque médiévale. Malgré cela, de nombreux doutes relatifs au traitement juridique de la personne absente subsistent, tant que cette dernière n'a pas acquis l'âge théorique de cent ans. Cette évolution notable relative à l'établissement d'une durée maximale d'absence n'a cependant pas permis de mettre fin aux problématiques juridiques générées par la personne absente, puisque des doutes persistaient quant à son existence et à son identité, jusqu'à ce qu'elle soit considérée comme défunte. Bien que le droit médiéval ait contribué à une évolution en matière d'absence en comparaison au droit romain, les solutions juridiques apportées au Moyen Âge demeuraient casuistiques et fragmentaires[200].

2. Le maintien du traitement subjectif de l'absent sous l'Ancien Régime

52.- Le maintien de la présomption centenaire d'absence. Jusqu'à la fin de la période des cent ans, l'absent préserve ses droits successoraux. Cette règle séculaire est mentionnée par les jurisconsultes de l'Ancien droit, à l'instar de Jean Domat[201], et largement admise par le Parlement de Paris et les parlements provinciaux[202]. Les recueils du XVIII^e^ siècle mentionnent plusieurs arrêts dans lesquels les créanciers sont autorisés, pendant la période d'absence, à faire valoir leurs droits à l'encontre du débiteur de la créance, notamment en matière successorale, avec la charge de restituer au débiteur les sommes perçues s'il venait à reparaître[203]. Ainsi, durant cette absence, les juges admettent l'ouverture de la succession, mais

198 A. Lefebvre-Teillard, « Absence » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1. L'absent était ainsi présumé vivant jusqu'à preuve du contraire. Lorsqu'un délai de cent ans s'était écoulé depuis sa naissance, il était alors considéré comme décédé.

199 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 281.

200 Cette affirmation est vraie pour le haut Moyen-Âge (V^e^-XI^e^ siècle), puisque « dans le royaume mérovingien puis carolingien, le régime juridique est celui de la personnalité du droit, ou des lois ; dans un territoire où coexistent plusieurs ethnies différentes, chacune d'entre elles conserve son droit propre, et chaque personne est jugée selon le droit du groupe ethnique auquel elle appartient ». Cette affirmation est également applicable au bas Moyen-Âge (XII^e^-XVI^e^ siècle), qui se caractérise par des coutumes territoriales (le droit coutumier étant prépondérant à cette époque), l'avènement de privilèges qui peuvent être fonctionnels ou territoriaux et qui donnent lieu à un système juridique complexe. V. en ce sens : J.-M. Carbasse, *Histoire du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2024, pp. 34-73.

201 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 2, Paris, éd. 2, 1697, p. 56 et suiv.

202 D. Le Brun, *Traité des successions divisé en quatre livres*, Paris, 1776, p. 4 ; François Gayot de Pitaval, *Causes célèbres et intéressantes qui les ont décidées*, t. 10, Amsterdam, 1768, p. 215.

203 *Ibid.*, v. les arrêts du Parlement de Paris *Tielement* du 7 juillet 1629 et *Langlet* du 13 février 1672.

acceptent de statuer à nouveau si l'absent revient dans la société[204]. Comme le relève Henri Marchand, la conséquence est « d'admettre l'absent à toutes les successions qui pouvaient s'ouvrir à son profit pendant la durée de son absence et jusqu'à la fin de la centième année à partir de sa naissance »[205]. Pour autant, la doctrine met en évidence les carences de cette règle qui est souvent synonyme de confusions[206]. Pothier par exemple, dans son *Traité des Successions*, souligne la relativité de cette présomption, considérant que présumer l'absent *vivant* avant les cent ans est « évidemment [faux] et absurde »[207]. En prenant en compte l'espérance de vie à cette époque, l'auteur préfère admettre la « présomption de mort » dans la seconde partie de la vie supposée de l'absent plutôt que de continuer de penser à partir de la « présomption de vie »[208]. C'est donc moins une distinction de *nature* que de *degré* qui est admise par Pothier, car il concède qu'une *courte absence* continue d'entraîner une présomption de vie à la différence d'une *longue absence*[209].

53.- La durée de la présomption d'absence établie par la coutume. La principale difficulté tient au fait qu'à la règle de la présomption centenaire, se juxtapose une pluralité de régimes juridiques relatifs à la durée de la présomption d'absence. Cette multiplicité de régimes tient au fait qu'il existe différentes coutumes en vigueur selon les territoires[210]. Pour illustration, la Coutume de Paris prévoit que l'absent est présumé en vie durant une période de trois années à compter de la date où il n'a plus donné de nouvelles[211], tandis que les Coutumes de Toulouse et de Bordeaux portent respectivement ces délais à neuf et dix ans[212]. Durant ces périodes coutumières, il est fréquent qu'un curateur soit nommé afin d'administrer le patrimoine de la personne déclarée absente[213]. Que cette disposition soit fixée par la justice ou homologuée par le juge, lorsque l'absent avait prévu sa situation avant son départ, en désignant un mandataire, elle ne prendra définitivement fin qu'à l'issue de la période des cent ans où l'absent sera juridiquement présumé mort. À ce titre, Philippe-Antoine Merlin relève que, durant ce laps de

---

204 L.-M. Biret, *Traité de l'absence et de ses effets*, Paris, Arthus-Bertrand, 1824, p. 155.
205 H. Marchand, *Du captif romain et des effets de l'absence sur les biens*, Versailles, 1870, p. 116.
206 *Ibid*., p. 117.
207 J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, t. 1, Paris, 1845, p. 485.
208 Sur l'analyse de la doctrine de R.-J. Pothier, v. en ce sens : C. Demolombe, *Traité de l'absence*, Paris, Auguste Durand, 2e éd., 1860, p. 4.
209 C. Giraud, *De l'ancien droit coutumier français*, Paris, Cotillon, 2nde éd., 1875, p. 134.
210 V. en ce sens : L.-C. de Plasman, *Code et traité des absents*, Paris, vol. 1, 1841, p. 26.
211 B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnois conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens et de Montreuil*, Paris, t. 1, 1777, p. 106.
212 J. Soulatgès, *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse en latin et en français*, Toulouse, 1770, pp. 369 et suiv.
213 J.-G. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 2, Bruxelles, 1836, p. 216.

temps fixé par chaque coutume, le fait que l'absent soit présumé vivant, donc juridiquement « capable » de succéder, ne fait pas obstacle à ce que ses héritiers présomptifs soient mis en possession provisoire de ses biens[214]. Pour autant, ils se doivent d'apporter la preuve de la période d'absence, le plus souvent par un « acte de notoriété »[215], afin que le juge, dont la compétence relève du champ territorial du domicile de la personne disparue, clôture la période coutumière d'absence[216]. Si la preuve de sa mort venait à être apportée ou si le délai de cent ans était écoulé, alors lesdits héritiers bénéficieront de la possession à titre définitif[217].

54.- Le paradoxe de la présomption centenaire en matière matrimoniale. Concernant le régime matrimonial, la règle des cent ans de la personne absente prévaut également mais semble être remise en cause par certains jurisconsultes[218]. En effet, l'épouse qui souhaiterait se remarier, devrait-elle attendre le centième anniversaire de son époux absent pour pouvoir à nouveau se remarier ? En pratique, cela annihile tout espoir de se remarier, dans la mesure où il y est hautement probable que la personne souhaitant se remarier soit à son tour décédée au moment du centième anniversaire de son époux absent. Appliquée en matière matrimoniale, cette règle ne laisse pas la doctrine indifférente à l'image de Guyot qui écrit que « cette jurisprudence n'a point d'application au cas où la femme d'un mari absent et le mari d'une femme absente voudraient contracter un nouveau mariage »[219]. Il poursuit en ajoutant qu'ils « n'y seraient point admis sans prouver la mort naturelle de l'absent, quand bien même il se serait écoulé cent ans depuis la naissance de ce dernier »[220]. Concrètement, l'époux – ou l'épouse – de la personne absente avait tout intérêt à prouver la mort de cette dernière avant de pouvoir contracter un nouveau mariage[221]. En effet, plusieurs répertoires de jurisprudence mentionnent des arrêts de la fin du XVII[e] siècle dans lesquels les juges ont condamné, aux peines de bigamie, des époux qui avaient procédé à de nouvelles noces sans apporter la preuve de la mort - naturelle - de leur épouse absente[222]. Il est d'ailleurs intéressant

---

214 Ph.-A. Merlin, *Questions de droit*, Bruxelles, t. 1, 4[e] éd., 1828, p. 5.
215 Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, vol. 3, 1812, p. 332.
216 C. Giraud, *De l'ancien droit coutumier français, op. cit.*, pp. 134 et suiv.
217 V. en ce sens : C. de Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, t. 3, Paris, 1685, p. 573.
218 G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, , t. 1, Paris, Larose4[e] éd., 1891, p. 228 ; C. Demolombe, *Traité de l'absence, op. cit.*, p. 1.
219 F.-G. Guyot, *Supplément au Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 1, Paris, 1786, p. 129.
220 *Ibid.*
221 V en ce sens : H. du Gardin, *Étude sur les empêchements au mariage en droit romain et sur les empêchements dirimants en droit français*, Thèse, Confolens, 1880, p. 112.
222 J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 1, Paris, 1763, p. 21 ; G. du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1769, p. 2.

de constater, dans les *Questions de droit* de Bretonnier[223], que si l'époux avait apporté une fausse preuve du décès de son épouse absente, il serait contraint par la justice de retourner auprès d'elle en délaissant la personne qu'il avait épousée sur la base de fausses déclarations. En pareille hypothèse, comme le relève Henri Marchand, « l'indissolubilité du premier mariage entraînait la nullité du second »[224]. Finalement, ces règles éparses, parfois peu cohérentes, ont conduit aux balbutiements d'une uniformisation des règles en matière d'absence.

II- L'encadrement de l'absence par le droit civil

55.- Plan. Malgré les différentes évolutions dans l'Ancien droit, il existait « des "cas d'absence" que l'on s'efforçait de prendre en compte à mesure qu'ils se présentaient ; il n'y avait pas "un droit de l'absence" »[225]. Les différentes problématiques générées par l'absent ont progressivement fait évoluer sa condition juridique, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui régit cette catégorie de personnes juridiques[226], vers la création d'un véritable statut juridique[227] **(A)**. La protection accordée jusqu'alors à l'absent s'en trouva renforcée[228]. Cependant, au cours du XX^e^ siècle, certains écueils liés au statut juridique de l'absence ont été mis en exergue, et ont conduit à la fin du XX^e^ siècle à la modernisation de l'absence en droit civil **(B)**.

A) La reconnaissance d'un statut juridique de l'absence

56.- Plan. Les évolutions précédentes ont permis de prendre conscience qu'il était nécessaire d'établir un statut juridique de l'absent plus objectif et uniforme. Les prémices d'un traitement plus objectif de l'absence ont émergé à l'époque révolutionnaire **(1)**. Finalement, les rédacteurs du Code civil de 1804 consacreront le statut juridique de l'absence **(2)**.

---

223 J.-B. Bretonnier, Re*cueil par ordre alphabétique des principales Questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux*, t. 1, Paris, 4e éd., 1769, v. spéc., Titre. 1er *Des absents*, Chap. 1er intitulé : « Mariage des femmes des absents », p. 1-8.

224 H. Marchand, *Du captif romain et des effets de l'absence sur les biens*, *op. cit.*, p. 114.

225 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 279.

226 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° condition.

227 Le statut juridique désigne l' « ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes […] qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique. En ce sens, *Ibid.*, v° statut.

228 Selon Françoise Biotti-Mache, c'est essentiellement sous l'influence du Parlement de Paris que le droit de l'absence s'est stabilisé : F. Biotti-Mache, « Les disparus et les absents. Quelques mots d'histoire du droit », *op. cit.*, p. 16. L'auteur indique que : « Le Moyen Âge n'a pas pu élaborer un droit de l'absence et pourtant ce ne sont ni les applications, ni les occasions qui ont manqué ».

1. La genèse d'un traitement juridique objectif de l'absent à l'époque révolutionnaire

57.- La remise en cause d'un traitement subjectif de l'absent. Les constats précédents invitent à retracer le cheminement qui a conduit à la construction d'un statut juridique de l'absent. Dans l'Ancien droit, l'absent fait l'objet d'un traitement subjectif, qui trouve son origine dans plusieurs éléments. Une grande diversité de sources ayant fait naître une pluralité de droits sous l'Ancien Régime. À cette époque, chaque personne se voit appliquer un droit différent selon son appartenance à un groupe social et selon le territoire sur lequel il se trouve. Dès lors, la personne absente bénéficie d'un degré de protection variable selon les circonstances factuelles. La situation juridique créée par l'absent au sens du droit civil est régie au cas par cas, faisant l'objet d'une appréciation factuelle non objective[229]. En définitive, l'Ancien droit s'intéressait à la situation d'un absent pris isolément, les cas d'absence étant trop disparates pour permettre l'émergence d'un régime juridique unique.

58.- L'avènement d'un traitement objectif de l'absent. La matière civile a malgré tout reconnu au fil du temps un statut juridique à l'absent, préalablement à la reconnaissance d'une théorie de l'absence. Les évolutions successives n'ont cependant pas été vaines puisqu'elles ont permis de révéler les difficultés d'un traitement subjectif de l'absent. En effet, celles-ci donnaient lieu à bien des contradictions, notamment en matière de droit familial[230]. À l'époque révolutionnaire, certains textes voient le jour, créant une nouvelle catégorie juridique de personnes : celle relative aux absents. Or, la raison d'être d'une catégorie juridique de personnes, c'est-à-dire d'un statut juridique, repose sur le fait qu'elle permet d'instaurer un régime juridique uniforme. Pour ce qui est du champ d'étude, *l'absent* est entendu en tant que personne humaine[231]. Il est donc indéniable que l'émergence du statut juridique de l'absent a permis de protéger la personnalité juridique de ce dernier[232]. Cette apparition à l'époque

[229] Le traitement des cas d'absence à cette époque a d'ailleurs fait obstacle à l'élaboration d'une théorie générale de l'absence : D. Roughol-Valdeyron, *Recherches sur l'absence en droit français, op. cit.*, p. 12.
[230] J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 282.
[231] Étymologiquement, le mot « personne » est issu du latin « *persona* », lui-même issu du grec « *prosopon* ». Ce terme désignait la face, le visage de l'être humain : M. Nédoncelle, « *Prosopon* et *persona* dans l'Antiquité classique, Essai de bilan linguistique », *Revue des sciences religieuses*, 1948, p. 277. Au fil des siècles, la définition de « personne » a évolué et l'on peut désormais considérer que cette dernière « *se produit sur la scène du droit* » : K. Bellis, « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *op. cit.*, p. 15.
[232] *Ibid.*, p. 9.

révolutionnaire s'est notamment traduite à travers certains avant-projets de Code civil. À titre d'illustration, les projets proposés par Cambacérès contenaient des dispositions relatives à l'absence[233]. Ces dernières avaient le mérite d'instaurer une définition relativement précise, qui se caractérisait par trois critères cumulatifs : l'éloignement du domicile, le défaut de nouvelles et le défaut d'administrateur désigné pour s'occuper des biens[234]. Par ailleurs, le régime juridique lié à l'absence s'établissait en trois périodes, selon la durée de l'absence. Il s'apparentait ainsi aux régimes existants en vigueur dans l'Ancien droit[235]. L'influence de cette époque semble donc particulièrement prégnante. En outre, ces projets de Code civil ont inspiré les rédacteurs du Code civil de 1804, puisqu'ils ont consacré des dispositions relatives aux absents.

59.- L'urgence d'une législation nouvelle. L'évolution du droit et des situations ont rendu nécessaire la consécration d'une notion d'absence, qui sera saisie par le Code de 1804. Dans l'exposé des motifs du titre *De l'absence* du Code Napoléon, Bigot Préameneu démontrait en ces termes l'urgence de la législation nouvelle : « il n'a point été rendu en France, à cet égard, de loi générale. Les relations du commerce extérieur et les temps de troubles ont plus que jamais multiplié les absences. Enfin, il n'est point de matière sur laquelle la jurisprudence des tribunaux soit plus variée et plus incertaine »[236].

2. La consécration du traitement objectif de l'absence par le Code Napoléon

60.- La consécration d'un statut juridique de l'absent par le Code Napoléon[237]. Fort des évolutions successives, *l'absent* a finalement fait l'objet d'un véritable statut juridique lors de l'avènement du Code civil de 1804. Reconnu comme la digne héritière de l'époque

[233] Ces projets de Code civil sont au nombre de trois. Tous incluaient en leur sein des dispositions relatives aux absents. V. en ce sens. : J.-J.-R. de Cambacérès, *Projet de Code civil présenté à la Convention Nationale le 9 août 1793*, Livre Ier, Titre X qui s'intitulait « Des absens » (pp. 53 et suiv.). V. également : J.-J.-R. de Cambacérès, *Projet de Code civil Fructidor An II*, art. 57 à 64. Cité par J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 283. V. également : J.-J.-R. de Cambacérès, *Projet de Code civil Messidor ab IV*, art. 370 à 394. Cité par J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 283.

[234] *Ibid.*

[235] Sur les régimes juridiques liés à l'absence prévus par les projets de Code civil proposés par Cambacérès, v. spéc. J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 283.

[236] *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code civil*, t. 2, Paris, Imp. de la République, 1803, p. 469.

[237] Pour rappel, le Code civil de 1804 est le riche héritier de l'époque révolutionnaire. Ceci explique donc qu'il soit très empreint d'une philosophie individualiste, comme en témoignent les dispositions juridiques relatives à la *personne absente*.

révolutionnaire, ce dernier est très empreint d'une philosophie individualiste et libérale[238]. Cette dernière a initié le statut juridique de l'absent au sein du Code civil. Tout d'abord, il est prévu qu'une personne ne peut être déclarée absente qu'après avoir quitté le lieu de son domicile ou de sa résidence sans avoir reparu depuis cinq années, ou si personne n'a reçu de nouvelles d'elle depuis ce temps[239]. Durant les cinq premières années, l'absence est donc simplement présumée, mais ne peut faire l'objet d'un jugement déclaratif. Les rédacteurs du Code civil protègent donc pleinement les intérêts de la personne absente durant les cinq premières années. En outre, il est nécessaire et fondamental que ce dernier retrouve la plénitude de ses droits à son retour[240]. Les rédacteurs du Code civil considèrent que la « disparition » de l'absent[241] n'est que temporaire et que ce dernier a vocation à reparaître. En d'autres termes, « l'idée directrice qui inspirait les dispositions du Code civil était de ne jamais tenir l'absent pour réellement mort tant qu'on n'en avait pas la certitude »[242]. Toutefois, l'idée née à l'époque médiévale selon laquelle l'incertitude liée à l'existence de l'absent augmente à mesure que le temps s'écoule, est reprise dans le Code civil[243]. C'est ainsi que deux périodes d'absence naissent : la présomption d'absence et la déclaration d'absence, établie par un jugement[244]. Plus exactement, la doctrine majoritaire semble percevoir une division tripartite des périodes d'absence. La première est celle de la présomption d'absence – durant laquelle les tiers intéressés peuvent demander des mesures conservatoires –. La deuxième est la période qui lui succède, au cours de laquelle les biens de l'absent font l'objet d'un envoi en possession

---

238 V. notamment en ce sens : J.-F. Niort, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Rev. histoire de la justice* 2009, p. 121.

239 C. civ. 1804, art. 115.

240 M. Bernardini, M.-Y. Crepin, « L'absence dans la jurisprudence (1800-1820) », *Revue juridique de l'Ouest* 2005, p. 335.

241 Ce terme doit ici être entendu au sens du langage courant, et non de la notion juridique de disparition au sens du droit civil. Sur la notion de *disparition* en droit civil, v. *infra*, n° 67.

242 F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, *op. cit.*, p. 42.

243 F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, éd. A. Marescq et E. Dujardin, t. 1, 1853, p. 202. Selon cet auteur, l'incertitude de la vie de l'absent « est en quelque sorte proportionnelle à sa durée ».

244 Cette division binaire résulte des articles du Code civil de 1804, qui consacrait un Titre IV aux absents (plus exactement, ce titre s'intitulait « Des absens ». Il s'agissait du quatrième titre du Livre Ier relatif aux personnes. Or, ce Titre IV se subdivisait en deux chapitres : le Chapitre Ier, qui s'intitulait « De la présomption d'absence » (C. civ. 1804, art. 112 à 114) et le Chapitre II traitait « De la déclaration d'absence » (C. civ. 2804, art. 115 à 119). Enfin, un Chapitre III était relatif aux effets de l'absence (C. civ. 1804, art. 112 à 140), lesquels portaient alternativement sur la période durant laquelle l'absence était présumée et celle durant laquelle elle avait fait l'objet d'une déclaration. Enfin, un Chapitre IV portait sur « La surveillance des enfans du père qui a disparu » [entendu par-là, du père absent puisque la disparition telle qu'existant actuellement en droit civil n'existait pas dans le Code civil de 1804] (C. civ. 1804, art. 141 à 143). S'agissait des deux périodes établies par le Code civil de 1804 – à savoir la présomption d'absence et la déclaration d'absence – il convient de remarquer qu'elles ont été conservées et figurent toujours dans le Code civil actuel. La présomption d'absence est prévue aux articles 112 à 121 ; quant à la déclaration d'absence, elle est régie par les articles 122 à 132 du Code civil.

provisoire des héritiers présomptifs. Enfin, la troisième, où la mort devient fortement probable, et qui emporte pour conséquence l'envoi en possession définitive des biens de l'absent[245].

61.- Les effets juridiques de l'absence lors de la promulgation du Code Napoléon. De cette conception novatrice ont découlé divers effets juridiques. À cet égard, les articles 120 et suivants du Code civil de 1804 sont particulièrement éclairants, puisqu'ils traitent « Des effets de l'absence ». Les biens qui constituent le patrimoine de l'absent sont régis par un statut protecteur pendant la période d'absence. Ce dernier a principalement pour objet l'envoi en possession provisoire des biens au profit des héritiers présomptifs au jour de la disparition de l'absent, ou au profit de l'époux[246]. Or, la possession provisoire est considérée comme un simple dépôt, qui ne confère aux bénéficiaires qu'un droit à administrer les biens[247]. Au début du XIX[e] siècle, ces biens patrimoniaux sont principalement des immeubles[248]. Par voie de conséquence, la gestion des biens à cette époque réside essentiellement dans la perception des fruits et revenus qu'ils engendraient[249].En définitive, le régime juridique de l'absent issu du Code civil de 1804 consiste très largement en des mesures temporaires. Puisque l'absent ne peut être considéré comme décédé tant que sa mort n'est pas établie de manière certaine, sa succession n'est pas ouverte et son mariage ne peut être dissous[250]. À titre d'illustration, la succession de l'absent ne peut être ouverte, et ses biens ne font l'objet que d'une administration provisoire par ses héritiers[251]. D'ailleurs, l'article 130 du Code civil de 1804 prévoit expressément que « la succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé ». Ses droits sont en quelque sorte figés, dans l'attente de son retour futur, mais non pleinement

---

[245] Sur cette division tripartite par les auteurs du XIX[e] siècle, v. en ce sens : A.-M. Demante, E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil,* t. 1, E. Plon et cie, 2[e] éd., 1881, p. 235 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, Thorel et Guilbert, 4[e] éd., 1844, pp. 312-313 ; C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 1, Warée, 4[e] éd., 1824, pp. 329-330 ; A.-G. de Moly, *Traité des absents suivant les règles consacrées par le Code civil*, A. Égron Paris et F. Vieusseux Toulouse, 1822, pp. 9-10.

[246] C. civ. 1804, art. 120 et suiv.

[247] C. civ 1804, art. 125. Partant, ceux à qui il incombe la possession provisoire des biens de l'absent « ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent » : C. civ. 1804, art. 128.

[248] Selon la distinction issue du Titre I[er] du Livre II du Code civil, les biens sont classés selon leur nature de meuble ou d'immeuble : C. civ. 1804, art. 516 (inchangé) : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

[249] M. Bernardini, M.-Y. Crepin, « L'absence dans la jurisprudence (1800-1820) », *op. cit*., p. 335. L'article 138 du Code civil de 1804 accrédite d'ailleurs ce propos, puisqu'il prévoyait que « tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux et perçus de bonne foi ».

[250] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, op. cit.*, p. 42

[251] C. civ. 1804, art. 120 : « Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration ».

perdus ou révolus. Une exception est notable, puisqu'il est prévu que si l'absence persiste à l'issue d'un délai de trente ans à compter de l'envoi en possession provisoire, ou d'un délai de cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions sont déchargées et les ayants droit peuvent alors demander l'envoi en possession définitive des biens au tribunal[252]. Cette disposition permet ainsi de lever les difficultés liées à l'absence à l'issue d'un certain délai, la situation d'absence ne pouvant pas être infinie puisqu'il est acquis que l'être humain est mortel. Il devient donc nécessaire de permettre l'application du régime juridique lié au décès à l'issue d'un certain délai. En dépit de cette disposition, la forte protection des intérêts de l'absent est prégnante dans le Code civil de 1804. Or, cette dernière se fait inéluctablement au détriment des intérêts des tiers, notamment des héritiers.

62.- Un régime juridique donnant lieu à la « théorie du doute sans fin »[253]. Le régime juridique de l'absent créé par le Code civil de 1804 a fait l'objet de vives critiques. En premier lieu, la forte protection des intérêts de l'absent a généré une prise en considération des intérêts des tiers, considérée comme insuffisante[254]. Dans les dispositions du Code civil de 1804, « l'ombre de l'absent planait toujours sur les présents, et on ne décidait jamais vraiment que cette ombre était un simple fantôme ou bien le reflet d'une personne empirique toujours vivante »[255]. En effet, la situation de ces derniers était figée tant que l'absent n'avait pas reparu, ou que son décès ne pouvait être établi de manière certaine. Or, si une protection devait être garantie aux biens de l'absent, cela ne devait pas se faire au détriment des intérêts des présents[256]. Un juste équilibre devait encore être trouvé, notamment en garantissant la pérennité des droits des présents. En outre, la procédure d'absence demeurait longue et faisait l'objet de nombreuses formalités. La longueur et le formalisme de la procédure d'absence pouvaient être de nature à décourager ceux qui avaient l'intention d'engager une procédure d'absence.

[252] C. civ. 1804, art. 129.
[253] Expression empruntée à Jean Carbonnier. V. en ce sens : Préf. J. Carbonnier *in* J. Bernard de Saint-Affrique, *L'absence*, Defrénois, 2e éd., 1995, p. 10.
[254] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, op. cit.*, p. 42.
[255] K. Bellis, « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *op. cit.*, p. 9.
[256] Le terme « présent » est ici employé par opposition à l'absent.

B) La modernisation du statut juridique de l'absence

63.- Plan. Le Code civil de 1804 a constitué une avancée majeure en matière d'absence. Malgré cela, le régime juridique de l'absence qu'il proposait était parfois critiqué. La loi du 28 décembre 1977[257] a fait évoluer le statut juridique de l'absence **(1)**. Elle a notamment permis de clarifier la définition de l'absence **(2)**.

1. L'évolution du statut juridique de l'absence par la loi du 28 décembre 1977

64.- L'incertitude relative à la situation de l'absent à l'origine de solutions juridiques peu satisfaisantes. Cette situation d'incertitude est à l'origine de solutions juridiques qualifiées de « difficilement satisfaisantes » applicables à l'absent[258]. De nombreux éléments sont en effet à prendre en considération pour régir le statut de l'absent. Il s'agit en premier lieu de protéger les droits et intérêts de l'absent. Outre ces derniers, il convient de prendre en compte ceux de tiers qui pourraient pâtir de l'absence d'un cocontractant par exemple. Les mesures juridiques applicables à une situation d'absence au sens du droit civil ne peuvent protéger les intérêts de certains sans répercussion sur les intérêts d'autres personnes, parfois en leur défaveur. La protection de la situation de l'absent pourrait même conduire à l'écueil selon lequel ce dernier s'absenterait pour s'extraire de ses obligations contractuelles. Cette situation juridique peu satisfaisante est la résultante directe de l'incertitude relative à la situation d'absence. Partant, il est apparu nécessaire d'assurer une meilleure protection des tiers, notamment en mettant un terme à cette « théorie du doute sans fin ». Dans le même temps, il était indispensable de pérenniser la protection de l'absent dans le cas où il reparaîtrait. Pour tenter de concilier ces différentes finalités, une réforme est apparue nécessaire. Finalement, elle fut consacrée par la loi du 28 décembre 1977[259].

65.- La nécessité d'une modernisation de l'absence. Au fil du temps, le statut juridique de l'absent a généré de plusieurs questionnements. Nombreuses étaient les situations dans lesquelles l'absent reparaissait à son domicile et se trouvait privé de ses biens, sa succession

---

257 L. n° 77-1447 du 28 déc. 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du Code civil : des absents (*JORF* 29 déc. 1977, p. 6215).
258 J. Hoareau-Dodinau, G. Métairie (dir.), *L'absence. Du cas de l'absent à la théorie générale de l'absence*, PULIM, coll. Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique, 2011, p. 10.
259 L. n° 77-1447 du 28 déc. 1977, *précitée*.

ayant déjà été ouverte à ses ayants droit. En outre, il avait perdu ses statuts juridiques liés à sa situation familiale, tels que ceux de parent ou d'époux. Il est apparu nécessaire d'assurer une protection plus ferme des intérêts juridiques de l'absent. Elle sera finalement consacrée par la loi du 28 décembre 1977[260]. Les principaux aspects de cette réforme ont profondément modifié le régime juridique applicable à l'absence et justifient qu'il n'ait produit que des incidences relatives en droit social. Si la présente étude n'a pas vocation à analyser de manière précise la loi précitée, une présentation succincte de ce régime toujours applicable semble bienvenue. La loi de 1977 ambitionnait de trouver un équilibre, le plus juste possible, entre les intérêts des différentes personnes concernées[261]. Philippe Jestaz salue les dispositions de cette loi, constatant que cette dernière tient la balance des intérêts à l'équilibre[262]. Pour ce faire, la loi prévoit deux périodes distinctes. La première, relative à la *présomption d'absence*, durant laquelle l'absent est supposé être encore en vie. Ses intérêts sont alors protégés par des mesures provisoires[263]. Le ministère public est spécialement chargé de veiller à la protection des intérêts de l'absent[264]. Le juge des tutelles peut, quant à lui, désigner une personne chargée de représenter le présumé absent dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel il serait intéressé[265]. À l'issue de la période de présomption d'absence, et si l'intéressé n'est pas reparu dans un délai de dix ans à compter du jugement ayant constaté la présomption d'absence[266], s'ensuit la *déclaration d'absence*[267]. À ce stade, la probabilité du décès de la personne étant accrue,

---

[260] La présente étude n'a pas pour ambition une analyse exhaustive de la notion d'absence en droit civil. La littérature juridique en la matière apparaît néanmoins abondante. Pour plus de développements sur la notion d'absence, singulièrement sur ses évolutions à la suite de la loi du 28 décembre 1977, v. notamment : D. Roughol-Valdeyron, *Recherches sur l'absence en droit français, op. cit.* ; B. Teyssié, *L'absence. Loi du 28 décembre* 1977, LITEC, 1979 ; J. Bernard de Saint-Affrique, *L'absence*, *op. cit.*, ; P.-J. Delage, « Absence, disparition et homicide », *Gaz. Pal.* 17 septembre 2009, n° 260 ; J. Hoareau-Dodinau, G. Métairie (dir.), *L'absence. Du cas de l'absent à la théorie générale de l'absence, op. cit.* ; B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. Manuels, 20e éd., 2018, spéc. pp. 222 et suiv. ; Ph. Jestaz, « Commentaire de la loi du 28 décembre 1977 », *RTD civ.* 1978, p. 203.

[261] À cet égard, François Terré et Dominique Fenouillet, affirment que « c'est un équilibre plus satisfaisant des intérêts en présence que la loi de 1977 a instauré » : F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2012, p. 42.

[262] V. en ce sens : Ph. Jestaz : « Commentaire de la loi du 28 décembre 1977 », *RTD civ.* 1978, p. 203.

[263] C. civ., Livre Ier, Titre IV, Chapitre Ier : « De la présomption d'absence » (articles 112 à 121).

[264] C. civ., art. 117 : « Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des présumés absents ; il est entendu sur toutes les demandes les concernant ; il peut requérir d'office l'application ou la modification des mesures prévues au présent titre ». Le titre dont il est fait allusion est le Titre IV du Livre Ier, qui s'intitule « Des absents » (C. civ., art. 112 à 132).

[265] C. civ., art. 113 : « Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle sera intéressé, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens […] ».

[266] C. civ., art. 122 : « Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence […], l'absence pourra être déclarée par le tribunal judiciaire à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public ».

[267] C. civ., Livre Ier, Titre IV, Chapitre II : « De la déclaration d'absence » (art. 122 à 132).

les dispositions législatives prévoient un régime juridique s'alignant sur celui de la personne décédée et ce, afin d'améliorer la situation juridique des proches de l'absent.

2. La définition de l'absence en droit civil

66.- Une discordance d'acception avec le langage courant. L'acception de *l'absent en matière civile* apparaît dénuée de lien avec celle du langage courant[268]. Dans le vocable usuel, l'absent est celui « qui n'est dans le lieu où il pourrait, où il devrait être »[269]. Si certains auteurs constatent qu'il n'existe pas de définition universelle[270], *l'acception civiliste de l'absent* est tout de même marquée du sceau d'un certain consensualisme. D'ailleurs, si les questionnements liés à l'absent sont très anciens puisqu'ils datent du droit romain, la définition de l'absent en droit civil est marquée par son caractère immuable. L'absent est, au sens de la matière civile, « celui dont on ne sait où il se trouve »[271]. Cette incertitude se matérialise par le fait que l'absent est « celui qui a cessé de paraître à son domicile ou à sa résidence »[272]. Plus encore, l'absence se caractérise par l'incertitude liée au fait que la personne soit encore en vie[273]. Pour préciser cette définition, il convient d'indiquer qu'il s'agit plus exactement de « celui qui est hors le lieu ordinaire de son domicile depuis quelque temps, quand on ignore le lieu où il s'est retiré »[274]. On peut finalement retenir la définition de l'article 112 du Code civil, selon laquelle il s'agit de la « personne [qui] a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles ». En définitive, c'est parce que le lieu où il se situe ne peut être déterminé qu'on ne peut affirmer avec certitude qu'il est en vie ou décédé. Si la définition préétablie est ancienne et n'a pas réellement été modifiée depuis des temps anciens, certaines évolutions – notamment celle intervenue par la loi du 28 décembre 1977 – ont permis de distinguer la notion d'absence d'autres notions.

---

268 Le doyen Carbonnier relève d'ailleurs que d'autres qualifications auraient pu être retenues comme la disparition, l'abandon de foyer, l'éloignement ou encore la contumace. V. K. Bellis, « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *Revue juridique de l'Ouest* 2015, p. 23.

269 J. Rey-Debove, A. Rey (dir.), *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2014, v° absent.

270 Sur ce point, v. notamment : M. Bernardini, M.-Y. Crepin, « L'absence dans la jurisprudence (1800-1820) », *op. cit.*, p. 333 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà…) », *Revue Pouvoirs* 2003, n° 107, p. 38.

271 V. en ce sens : J. Hoareau-Dodinau, G. Métairie (dir.), *L'absence. Du cas de l'absent à la théorie générale de l'absence, op. cit.,* p. 10 ; D. Roughol-Valdeyron, *Recherches sur l'absence en droit français, op. cit.,* p. 9.

272 V. en ce sens : A.-G. de Moly, *Traité des absents suivant les règles consacrées par le Code civil, op. cit.,* p. 141 ; L.-C. Bousquet, *Jus romanum : de captivis et de postliminio et redemptis ab hortibus*, Éd. A. Poilleux, 1841, p. 9.

273 C. Delombe, *Traité de l'absence*, Éd. A. Durand et Hachette, 3e éd., 1865, p. 8.

274 F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit.*, p. 8.

67.- Le degré d'incertitude quant à son existence ou à sa mort comme critère déterminant de l'absence. L'incertitude relative à la localisation de l'absent et donc, à son état de vie ou de mort, constitue le critère prépondérant de sa définition au sens du droit civil. C'est ce qui permet de distinguer d'autres notions proches. À la différence du *disparu*, le décès de la personne absente n'est que possible, tandis qu'il est largement probable pour la personne disparue[275]. En d'autres termes, le degré d'intensité de l'incertitude relative à l'existence de la personne est bien plus important pour le disparu que pour l'absent. Ce dernier ne doit pas non plus être confondu avec le *non-présent*, pour lequel l'incertitude quant à son existence est extrêmement limitée[276]. En droit civil, l'absent bénéficie ainsi d'une présomption d'existence, d'une présomption de vie. Cette dernière a donc pour incidence la protection juridique des droits et intérêts de l'absent. En effet, si ce dernier est présumé vivant, l'ouverture de sa succession n'est pas permise et sa situation de famille demeure en principe intacte tant qu'il bénéficie de la qualification juridique d'absent.

68.- L'indifférence de la faute dans la qualification d'absence. En vertu de la définition retenue, l'absent est celui qui s'en est allé sans donner de nouvelle. La fuite étant indéniablement un moyen de se retirer d'une situation inconfortable, il en résulte que l'individu absent pourrait s'être retrouvé dans cette situation de son plein gré. Aussi, la fuite de l'absent pourrait être révélatrice de la commission d'une faute. L'absent serait alors considéré comme un fugitif en errance, que le droit ne saurait appréhender. D'ailleurs, Stella Blandy considère que « les revenants sont toujours fâcheux, et je le serais plus qu'aucun autre absent assez malavisé pour reparaître »[277]. L'établissement d'une corrélation entre *absence* et *faute* apparaît en réalité inadaptée. En effet, il existe des situations dans lesquelles l'absent se trouve simplement « hors le lieu de son domicile », sans qu'il ne soit pour autant possible de déterminer le lieu exact où il s'est retiré[278]. Il est donc permis d'affirmer que le caractère fautif de l'absent est indifférent de la qualification d'absence. À titre d'illustration, à l'époque médiévale, les absents

---

275 P.-J. Delage, « Absence, disparition et homicide », *op. cit.*, p. 2.

276 Le non présent est celui « qui n'a aucune résidence connue, mais dont on a des nouvelles, même indirectes » : A. G. de Moly, *Traité des absents suivant les règles consacrées par le Code civil, op. cit.,* p. 3. Frédéric Mourlon affirme même, concernant le non présent, qu'il s'agit de la personne « qui n'est pas actuellement à son domicile, ou dans tel autre lieu où sa présence est nécessaire, mais sur l'existence duquel il ne peut exister aucun doute sérieux, soit parce qu'on a eu récemment de ses nouvelles, soit enfin parce que les motifs connus de son absence expliquent raisonnablement pourquoi il n'est pas actuellement là où il est demandé » : F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit.*, p. 202.

277 S. Blandy, *Le procès de l'absent*, Impr. de F. Didot, Paris, coll. Bibl. des mères de famille, 1880, p. 398.

278 C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Éd. Bauche, Paris, 1771, p. 8.

étaient principalement des pèlerins, croisés, soldats ou commerçants emmenés à voyager[279]. Par conséquent, leur absence relevait davantage d'un événement fortuit que d'une volonté de leur part, bien qu'il soit envisageable que cette dernière ait pu exister dans certains cas. En outre, il est bien difficile de connaître la raison exacte pour laquelle l'individu s'est absenté. En matière probatoire, le critère de la faute comme élément déterminant doit être rejeté. En effet, la preuve d'un comportement fautif de l'absent ou d'une volonté de s'absenter pour s'extraire de ses obligations juridiques serait compliqué à établir. Le rejet de ce critère peut également s'expliquer par la problématique juridique générée par la situation de l'absent. Le caractère volontaire, en conséquence fautif de l'absence, ne présenterait pas de réel intérêt au regard des interrogations juridiques suscitées par l'absent, à l'exclusion de l'effet *erga omnes* des contrats conclus avec l'absent.

69.- Réflexions sur la pertinence de l'indifférence de la faute. Le caractère fautif de l'absent aurait pu être un élément déterminant de sa qualification. Il aurait pu permettre de qualifier l'absent ou, au contraire, de faire échec à sa qualification juridique. Il aurait été concevable de considérer *l'absent en droit civil* comme celui qui aurait sciemment disparu sans donner de nouvelles pour échapper à ses obligations. La prise en considération du comportement fautif de l'absent aurait ainsi permis une meilleure protection des tiers de bonne foi, pour qui la situation d'absence leur est préjudiciable. Cependant, la faute commise donnait lieu à des règles juridiques de sanction prévues par d'autres mécanismes de droit civil et pénal. Or, ces sanctions se rapprochaient à certains égards de l'absence, puisqu'elles donnaient lieu à une déchéance temporaire ou définitive des droits de la personne à la suite de la commission d'un crime ou d'un délit. Dès lors, à l'instar de l'absence, ces mécanismes juridiques pouvaient conduire à la perte de la propriété des biens de la personne ou à la dissolution de son mariage. C'était le cas du *bannissement* qui a existé de l'époque romaine jusqu'à la Révolution, et qui consistait à expulser la personne du territoire national[280]. Il s'agissait ainsi d'une mise à mort

[279] V. *supra* n° 48.

[280] En droit romain le bannissement pouvait être temporaire (*relegatio*) ou définitif (*exilium*) : A. Salle, *De la déportation et de la rélégation en droit romain. De l'inviolabilité du domicile*, Imp. Moquet, 1886. Cette distinction entre bannissement temporaire et définitif a été conservée au Moyen-Âge, bien que le bannissement temporaire primait sur le bannissement perpétuel, qui n'était prononcé que dans les cas les plus graves. Ce dernier entraînait une incapacité totale : J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.,* p. 275. Pour une présentation plus générale du bannissement au Moyen-Âge, v. D. Lett, *Crimes, genre et châtiments au Moyen-Âge. Hommes et femmes face à la justice (XIIe-XVe siècle)*, A. Colin, coll. U, 2024, pp. 494-512. Dans l'Ancien régime, le bannissement n'était plus que temporaire. Il pouvait être remplacé par d'autres peines telles que l'exil ou la déportation. Sur le bannissement à la période du Haut Moyen-Âge, v. S. Hamel, « Bannis et bannissement à Saint-Quentin aux derniers siècles du Moyen-Âge »,

sociale de l'individu. Le banni était privé de l'exercice de ses droits civils de manière temporaire ou perpétuelle[281]. C'était également le cas de la *mort civile*, qui s'apparentait à une fiction juridique puisqu'elle consistait à considérer la personne comme juridiquement morte, bien qu'étant physiquement vivante[282]. En définitive, la faute est indifférente de la qualification d'absence mais elle a pu donner lieu, par le passé, à des sanctions juridiques produisant des effets similaires à l'absence en matière patrimoniale et familiale. Cependant, contrairement à l'absence, les règles juridiques qui découlaient de ces sanctions ne visaient pas à assurer une protection ambivalente de la personne et des tiers. Dans la mesure où la personne était considérée comme fautive, les règles juridiques produites étaient exclusivement protectrices des intérêts des tiers, notamment du conjoint, des enfants ou des héritiers. Or, la complexité du régime juridique de l'absence est d'assurer un équilibre entre les intérêts de la personne absente – qui, par définition, subit une telle situation – et ceux des tiers, qui peuvent également pâtir d'une telle situation. Cette protection ambivalente irrigue ainsi le régime juridique de *l'absence en droit civil.*

§2 : Les effets de l'absence en droit civil dans le champ du droit social

70.- Plan. La notion juridique d'absence en droit civil et le régime juridique afférent conduisent à interroger, au regard de l'objet d'étude, son éventuelle application dans le champ du droit social[283]. En matière de protection sociale tout d'abord, *la qualification civiliste d'absence* produit des conséquences notables **(I)**. Cependant, les incidences produites dans le champ du droit du travail sont quant à elles bien plus marginales **(II)**.

---

[281] Si le bannissement était perpétuel, il donnait lieu à la mort civile , v. J. Depeige, *Étude sur les effets civils des condamnations pénales*, F. Salmon & F. Pichon, 1889, p. 8 ; J.-G. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, op. cit.,* t. 1, 1836, p. 375 : « autrefois, le bannissement à perpétuité hors du territoire français emportait la mort civile, parce qu'il retranchait effectivement le banni de la société ».

[282] Sur la mort civile et son évolution historique, v. en ce sens : J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.,* pp. 275-277 ; A.-T. Desquiron de Saint-Agnan, *Traité de la mort civile en France*, Guien et cie, 1822.

[283] Par l'expression « champ du droit social », l'auteur entend désigner ce qui entre actuellement dans le champ d'étude de cette matière, à savoir les règles juridiques qui régissent le droit du travail, mais également celles qui sont liées au droit de la protection sociale. Or, dans la mesure où ce paragraphe entend aussi révéler les effets produits par *l'absence en droit civil* avant l'avènement du droit social comme matière juridique propre, il serait erroné d'évoquer les effets de *l'absence en droit civil* en droit social.

I- Des incidences notables en droit de la protection sociale

71.- La protection de la personne comme fonction commune au droit des personnes et au droit de la protection sociale. Les incidences produites par *l'absence au sens du droit civil* dans le champ du droit de la protection sociale[284] pourraient paraître surprenantes. Pourtant, une analyse plus approfondie du droit de la protection sociale contribuerait à les justifier. En premier lieu, la protection de la personne est l'essence même du droit de la protection sociale[285]. La principale fonction de cette matière, à l'instar du droit des personnes, est d'assurer la protection de la personne[286]. Pour autant, tout individu ne bénéficie pas de plein droit des prestations sociales, qui sont soumises à une pluralité de conditions d'éligibilité. Parmi elles, il est possible de citer la condition de résidence sur le territoire français[287]. Or, l'*absent au sens du droit civil* est, par définition, la personne dont on ne sait où elle se trouve. Sa présence sur le territoire français ne saurait donc être considérée comme certaine. Ainsi, la situation *d'absence au sens du droit civil* porte nécessairement atteinte au bénéfice de prestations sociales, puisqu'elle fait obstacle à la condition d'éligibilité liée à la résidence sur le territoire national. Par ailleurs, à l'aune des questionnements qui ont conduit à l'émergence d'une notion juridique *d'absence en droit civil*, certaines prestations sociales peuvent être transmises aux ayants droit lorsque le bénéficiaire décède. C'est notamment le cas des pensions et rentes de vieillesse.

---

[284] L'expression de « champ du droit de la protection sociale » renvoie au champ de la protection sociale à une époque précise, à savoir la couverture des risques sociaux. Par l'utilisation de cette expression, l'auteur n'entend pas désigner la protection sociale telle qu'elle existe aujourd'hui. Différentes époques seront étudiées, notamment la fin du XX[e] siècle. Or à cette époque, certains risques sociaux n'étaient pas identifiés comme tels, comme c'était notamment le cas du risque dépendance. Partant, il convient d'envisager les conséquences de *l'absence au sens du droit civil* à un instant précis, et d'étudier ses incidences en matière de ce qui entrait dans le champ de la protection sociale à cette même époque.

[285] V. notamment la thèse de Laure-Emmanuelle Camaji : L.-E. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

[286] Les définitions retenues du droit de la protection sociale convergent vers cette idée. C'est le cas de celle proposée par le *Vocabulaire juridique* Cornu, qui définit ce droit comme un « ensemble de mesures par lesquelles la société entend protéger les individus contre les risques sociaux » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° protection sociale. C'est également le cas de celle proposée par Patrick Morvan illustre bien cette idée : « le droit de la protection sociale est l'étude des règles juridiques destinées à *protéger les personnes physiques* contre la survenance d'un ensemble d'évènements ou de risques sociaux » : P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 12[e] éd., 2025, p. 1.

[287] L'ancien critère de nationalité a, peu à peu, laissé place à un critère de résidence « stable et régulière » sur le territoire national. Cette condition a été consacrée par le Conseil constitutionnel par sa décision du 13 août 1993 : Cons. constit., 13 août 1993, DC n° 93-325.

72.- Plan. La qualification *d'absence au sens du droit civil* produit des conséquences en droit de la protection sociale, lorsque certains risques sociaux surviennent. C'est le cas en matière d'assurance maladie-maternité **(A)**, mais également pour le risque vieillesse **(B)**.

A) Les effets de l'absence en matière d'assurances maladie et maternité

73.- Plan. L'*absence au sens du droit civil* génère des conséquences en matière d'assurance maladie et maternité, tant au regard du remboursement des frais de santé, qualifié de prestations en nature[288] **(1)**, que du revenu de remplacement, qui prend la forme de prestations en espèces[289] **(2)**.

1. Les effets de l'absence sur les prestations en nature

74.- Les prestations en nature, conditionnées à l'exercice d'un travail ou d'une résidence sur le territoire français. En vertu des dispositions générales relatives à la prise en charge des frais de santé, le bénéficiaire doit exercer une activité professionnelle en France ou, à défaut, y résider de manière stable et régulière[290]. Si l'une de ces conditions alternatives est remplie, l'assuré bénéficie d'une prise en charge de ses frais de santé. La loi du 27 juillet 1999 ayant créé la couverture maladie universelle[291] – remplacée par la PUMa en 2016[292] – a permis de « généraliser de manière effective la couverture sociale de base et d'autre part, [d']assurer une couverture complémentaire aux individus qui ont renoncé, faute de ressources suffisantes, à solliciter [le] système de soins [français] »[293]. La couverture sociale est donc étendue à des catégories de personnes qui en étaient privées jusqu'alors. Le champ des bénéficiaires des prestations de sécurité sociale devient ainsi relativement large. L'assuré doit simplement établir

[288] Les prestations en nature de sécurité sociale « ont pour objet la prise en charge des dépenses engagées pour se soigner » : M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 20e éd., 2023, p. 240.
[289] Les prestations en espèces de sécurité sociale se définissent comme étant des « *revenus de remplacement* ou de "report", destinés à compenser la perte d'un revenu professionnel […] ou des *revenus de complément*, s'ajoutant éventuellement aux revenus professionnels, destinés à permettre à leur bénéficiaire de supporter certaines charges, notamment familiales : M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.,* p. 237.
[290] CSS, art. L. 160-1, al. 1er : « Toute personne travaillant ou, lorsqu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle, *résidant en France de manière stable et régulière* bénéficie, en cas de maladie ou de maternité, de la prise en charge de ses frais de santé […] ».
[291] L. n° 99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (*JORF* n° 0172, 28 juill. 1999).
[292] L. n° 2015-1702 du 21 déc. 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 (*JORF* n° 0296, 22 déc. 2015).
[293] R. Marié, « La couverture maladie universelle », *Dr. soc.* 2000, p. 7.

qu'il travaille en France ou à défaut, qu'il y réside de manière stable[294]. Par la suite, la généralisation de la couverture maladie a été parachevée par la création de l'aide médicale d'État[295]. Cette prestation bénéficie à toute personne exclue du champ de la couverture maladie universelle, résidant en France depuis au moins trois mois et dont les ressources ne dépassent pas un certain plafond[296].

75.- Les prestations en nature, assises sur une logique d'universalité. Pour la branche maladie, « la règle de l'assujettissement n'est plus une condition d'accès aux prestations en nature »[297]. Le remboursement des frais de santé est ainsi établi sur une logique de solidarité[298]. Comme l'observe Anne-Sophie Ginon, « l'accès aux prestations en nature de l'assurance maladie […] est désormais assis sur une logique de prestation universelle »[299]. Cette prestation d'aide sociale répond purement et simplement à un mécanisme assistanciel, n'étant conditionnée à aucune cotisation préalable. Toutefois, comme le précisent Michel Borgetto et Robert J« l'assurance maladie finance des prestations de soins délivrées à des malades : c'est l'aspect assurantiel de sa mission. Mais elle doit intégrer dans ses principes d'action des objectifs plus larges […] de façon à maintenir un équilibre entre les prestations et les ressources »[300]. Les prestations en nature répondent ainsi tant à une logique assurantielle – notamment pour le régime général puisque le risque maladie est soumis à cotisations sociales – qu'à une logique assistancielle, au profit de bénéficiaires n'ayant pas les ressources suffisantes pour cotiser, sous condition cependant d'une résidence stable voire régulière, s'agissant de la complémentaire sociale solidaire[301]. Cette ambivalence entre le système à la fois assurantiel et assistanciel des prestations en nature tient au fait que la fonction même des prestations en nature réside dans la protection de l'état de santé de la personne. Il ne s'agit nullement d'assurer la protection des

294 CSS, art. L. 160-1.
295 L. n° 99-641 du 27 juill. 1999, *précitée*.
296 CASF, art. L. 251-1. Le plafond des ressources dont il est question est mentionné à l'article L. 861-1 du Code de la sécurité sociale.
297 A.-S. Ginon, « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou de droit ? », *RDSS* 2016, p. 80.
298 La logique de solidarité dont il est question ici renvoie directement au principe cardinal instauré par l'article L. 111-1 alinéa premier de Code de la sécurité sociale, en vertu duquel « la sécurité sociale est fondée sur le principe de la solidarité nationale ».
299 *Ibid.*
300 M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 595.
301 La complémentaire sociale solidaire (C2S) est entrée en vigueur au 1er janvier 2019. Elle fusionne les anciennes couverture universelle maladie complémentaire (CMU-C) et aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS). Sur la loi portant création de la C2S, v. en ce sens : L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019.

intérêts patrimoniaux du bénéficiaire[302]. Or, le régime juridique de l'absent a pour fonction d'assurer la protection continue et durable de ses intérêts patrimoniaux dans l'hypothèse où il viendrait à reparaître. Par conséquent, cela justifie que *l'absent* se heurte à une déchéance de ses droits aux prestations en nature, bien que celle-ci paraisse contestable eu égard à la protection de la santé de la personne.

76.- La présomption d'absence à l'origine d'une déchéance du droit aux prestations en nature. Concernant les prestations de sécurité sociale en matière d'assurances maladie et maternité, l'assuré *présumé absent* au sens du droit civil « peut perdre le bénéfice de la prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité »[303]. Cet article est apparu dans le Code de la Sécurité sociale lors de la promulgation de loi du 27 juillet 1999 ayant créé la couverture maladie universelle[304]. L'assuré fait face à une déchéance de ses droits à prestations de sécurité sociale s'il cesse de remplir les conditions de résidence stable et s'il est *présumé absent*[305]. Dès lors qu'il est *présumé absent*, l'individu ne peut, par voie de conséquence, établir une résidence stable sur le territoire français ni l'exercice d'une activité professionnelle. Cette condition inhérente au bénéfice de ces prestations sociales fait donc défaut. En outre, les dispositions prévoient que « l'absence réitérée de réponse aux convocations d'un organisme de sécurité sociale [entraîne] la suspension […] du versement de la prestation »[306]. La déchéance de ces droits à prestations sociales pourrait porter à interrogation. Le *présumé absent* est ici traité comme un individu ayant quitté le territoire, et se trouve déchu du bénéfice de ces prestations sociales. Or, à la différence du *disparu*, *l'absent* est présumé vivant tant que sa mort n'est pas établie de manière certaine. En raison de la présomption de vie dont bénéficie le *présumé absent*, il devrait en théorie conserver son droit à prestations. La déchéance de son droit aux prestations

---

302 Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas là de la nature juridique des droits à protection sociale, mais bien de la finalité des prestations en nature. En effet, elles visent à assurer la protection de la santé et de la personne et prenant en charge les dépenses liées aux frais de santé. En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme avait affirmé en 1995 que « la notion de biens de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1) a une portée autonome et ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels » : CEDH, 23 fév. 1995, aff. *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, n° 15375/89, §53. Proclamant ainsi une portée autonome et extensive à la notion de « biens » telle qu'entendue par l'article premier du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne affirme l'année suivante, que les prestations sociales contributives reçoivent la qualification juridique de biens : CEDH, 16 sept. 1996, aff. Gaygusuz c/ Autriche, n° 17371/90. Cette qualification sera étendue par la suite aux prestations sociales non contributives : v. CEDH, 30 sept. 2003, aff. Koua Poirrez c/ France, aff. n° 40892/98.

303 CSS, art. L. 161-15-1.

304 L. n° 99-641 du 27 juillet 1999, *précitée*.

305 Ph. Pédrot, « Couverture maladie universelle. Assurance maladie. Dispositions diverses », *RDSS* 2000, p. 181 ; M. Borgetto, « Brèves réflexions sur les apports et les limites de la loi créant la CMU », *Dr. soc.* 2000, p. 30.

306 CSS, art. L. 161-1-4, al. 3.

en nature tient au fait que l'une des conditions – en l'occurrence la condition de résidence – fait défaut. Par ailleurs, le *présumé absent*, bien que malade, en état de grossesse ou venant d'accoucher, ne peut se déclarer auprès des services d'assurance maladie. Une telle déclaration emporterait pour conséquence la sortie de l'individu de son statut de *présumé absent* et lui permettrait de recouvrer ses droits à prestations sociales. En définitive, la déchéance de ses droits apparaît opportune si on s'en tient à l'application stricte des conditions relatives au bénéfice de ces prestations sociales. En outre, la personne *présumée absente* demeure affiliée à la sécurité sociale dans la mesure où elle bénéficie d'une présomption de vie et conserve donc sa personnalité juridique, tant qu'un jugement déclaratif n'est pas prononcé ou qu'elle n'est pas déclarée décédée. Pour autant, le champ des bénéficiaires des prestations en nature est nécessairement plus large que celui des bénéficiaires des prestations en espèces. De ce fait, l'absence emporte des conséquences différentes entre le bénéfice des prestations en nature et celui des prestations en espèces.

2. Les effets de l'absence sur les prestations en espèces

77.- Le bénéfice des prestations en espèces, conditionné à l'exercice d'un travail rémunéré ou au statut de demandeur d'emploi. Contrairement aux prestations en nature, les prestations en espèces s'inscrivent dans une logique purement assurantielle. Dans le cadre de l'exercice de son travail, le salarié cotise – avec le soutien de l'employeur – dans l'hypothèse où les risques maladie ou maternité viendraient à se réaliser. Cela lui permet d'obtenir un revenu de remplacement qui est versé sous la forme d'indemnités journalières[307], ce qui suppose que l'assuré exerce une activité professionnelle et qu'il perçoive un revenu. Ainsi, les prestations en espèces ne concernent que les travailleurs – ou les demandeurs d'emploi – qui sont placés en arrêt de travail. Aussi, la qualité d'assuré social est nécessaire pour bénéficier des prestations en espèces[308]. En outre, le revenu de remplacement vise à assurer la protection économique du salarié, privé de son travail en raison de la survenue d'un risque

[307] CSS, art. L. 323-6, al. 1er.

[308] CSS, art. L. 311-1. À cet égard, il convient de souligner que seules les personnes affiliées au régime général de la sécurité sociale et placées en arrêt de travail peuvent se prévaloir de cette qualité. Cela signifie que les autres régimes, à savoir le régime agricole ou les régimes spéciaux tels que les fonctionnaires ou les agents de la SNCF n'en bénéficient pas. De même, les personnes travaillant à titre gratuit dans le cadre du bénévolat ou du volontariat s'en trouvent privées. Cependant, il convient de préciser que les travailleurs indépendants en bénéficient, depuis leur rattachement au régime général de sécurité sociale en 2018 permis grâce à la réforme de la Sécurité sociale des indépendants (SSI). Sur ce point, v. LFSS n° 2017-1836 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2019, spéc. annexe B, III.-, 2.

social. Par conséquent, et contrairement à d'autres risques tels que celui lié à la vieillesse, les prestations en espèces sont strictement personnelles et n'ont pas vocation à être transmises aux ayants droit.

78.- L'absence à l'origine d'une déchéance des prestations en espèces. L'absent au sens du droit civil, qu'il soit présumé ou déclaré, n'exerce plus son travail. Par conséquent, il ne cotise plus aux prestations d'assurances sociales et ne peut donc logiquement demander le bénéfice des prestations afférentes. Il se trouve ainsi privé du revenu de remplacement puisqu'il ne justifie d'aucun arrêt de travail. En tout état de cause, le bénéfice des prestations en espèces de sécurité sociale est en principe conditionné, pour l'assuré, au fait de se soumettre à des contrôles médicaux organisés de manière régulière par l'assurance maladie[309]. Il s'agit là d'une condition intangible du versement des indemnités journalières[310]. Or, l'absent n'est pas en mesure de se soumettre à ce type de contrôle, puisque bien qu'étant présumé vivant, il n'en demeure pas moins *porté disparu* au sens commun du terme. S'il se soumet aux contrôles médicaux commandités par les organismes de sécurité sociale pour bénéficier des prestations en espèces, il n'est alors plus *absent au sens du droit civil* et recouvre, en principe, ses droits sociaux. Il convient cependant de souligner que le bénéficie des prestations en espèces est conditionné à une cotisation préalable minimale [311]. En définitive, la situation de l'absent entraîne une perte du bénéfice des prestations en espèces pendant la période d'absence, mais également à l'issue de celle-ci dans la mesure où il ne remplira plus les conditions de durée d'acquisition des droits.

B) Les effets de l'absence en matière d'assurance vieillesse

79.- Plan. En matière d'assurance vieillesse, il convient de distinguer deux périodes. Lorsque l'individu est simplement *présumé absent*, le législateur entend concilier au mieux les intérêts de l'absent mais également ceux de ses ayants droit **(1)**. Toutefois, ce statut protecteur ambivalent cesse à l'issue de la période de présomption : soit en faveur de l'absent si ce dernier reparaît, soit en faveur des ayants droit si un *jugement déclaratif d'absence* est prononcé **(2)**.

309 CSS, art. L. 323-6, 2°.
310 V. Lacoste-Mary, « Sur les obligations incombant aux assurés sociaux en cas de versement de prestations en espèces », *RDSS* 2013, p. 312.
311 CSS, art. R. 313-3.

1. Les effets de la présomption d'absence en matière d'assurance vieillesse

80.- Des dispositions législatives exclusives des effets de la disparition en matière de pension et de rente de vieillesse. Le *présumé absent* est placé dans une situation juridique ambivalente. Bien que n'étant pas reparu à son domicile depuis au moins un an, il est néanmoins présumé vivant[312]. Comme il a précédemment été indiqué, ce n'est que lorsque le *jugement déclaratif d'absence* est prononcé par le juge des tutelles – et passé en chose de force jugée par la transcription de l'absence sur les registres des décès[313] – que l'absence emporte les effets du décès[314]. Si cette dernière situation ne génère que peu de difficultés en matière d'assurance vieillesse, la phase de présomption d'absence fait naître quant à elle de nombreux questionnements. À cet égard, on peut regretter que les dispositions législatives en vigueur soient silencieuses quant à la situation du *présumé absent*. En effet, les articles L. 351-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale qui régissent l'ouverture du droit, la liquidation et le calcul des pensions de retraite sont muets sur la situation du *présumé absent*. Elles concernent exclusivement la situation de l'assuré *décédé*[315], *disparu*[316] ou *divorcé*[317]. À cet égard, les dispositions qui pourraient être les plus éclairantes pour la situation du présumé absent sont celles relatives à la *disparition*. Ces dernières prévoient qu'à l'issue de l'écoulement d'un délai durant lequel l'assuré n'a pas sollicité le versement des arrérages, son conjoint peut obtenir, à titre provisoire, la liquidation des droits qui auraient été reconnus en cas de décès de l'assuré[318]. Cette liquidation provisoire intervient également dans l'hypothèse où l'assuré ne serait pas encore titulaire d'une pension ou d'une rente de vieillesse, dès lors qu'il a disparu de son domicile depuis plus d'un an[319].

---

312 P. Morvan, « Présomption de vie de l'absent et versement de la pension de réversion », *JCP S* 2005, 1381.

313 C. civ., art. 127, al. 2 : « Quand le jugement est passé en force de chose jugée, son dispositif est transcrit à la requête du procureur de la République sur les registres des décès du lieu du domicile de l'absent ou de sa dernière résidence ».

314 C. civ., art. 128, al. 1er : « Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus ».

315 CSS, art. L. 353-1, al. 1er : « En cas de décès de l'assuré, son conjoint survivant a droit à une pension de réversion à partir d'un âge et dans les conditions déterminées par décret si ses ressources personnelles ou celles du ménage n'excèdent pas des plafonds fixés par décret ».

316 CSS, art. L. 353-2, al. 1er : « Lorsqu'un assure, titulaire d'une pension ou d'une rente de vieillesse du régime général de sécurité sociale, a disparu de son domicile et que plus d'un an s'est écoulé sans qu'il ait réclamé les arrérages de cette prestation, son conjoint peut obtenir, à titre provisoire, la liquidation des droits qui lui auraient été reconnus en cas de décès de l'assuré ». CSS, art. L. 353-2, al. 2 : « Lorsqu'un assuré, non encore titulaire d'une pension ou d'une rente de vieillesse, a disparu de son domicile depuis plus d'un an, son conjoint peut également obtenir, à titre provisoire, la liquidation des droits qui lui auraient été reconnus en cas de décès de l'assuré ».

317 CSS, art. L. 353-3, al. 1er : « Le conjoint divorcé est assimilé à un conjoint survivant pour l'application de l'article L. 353-1 ». Par conséquent, pour le conjoint divorcé, il est fait application des dispositions relatives à celles de l'assuré décédé.

318 CSS, art. L. 353-2 al. 1er, *précité*.

319 CSS, art. L. 353-2 al. 2, *précité*.

La liquidation provisoire des droits au bénéfice du conjoint ne devient définitive qu'à compter du décès ou du jugement déclaratif d'absence, une fois ce dernier passé en force de chose jugée[320]. Ainsi, il existe une situation ambivalente et évolutive pour l'ouverture de la pension ou de la rente d'assurance vieillesse du *disparu*. Toutefois, il est permis d'observer que les dispositions relatives à la situation du *disparu* sont relativement protectrices des intérêts de ses ayants droit. Elles tiennent compte du fait que les probabilités de décès de la personne disparue sont importantes.

81.- Réflexions sur l'applicabilité des dispositions du disparu au présumé absent. La situation du *présumé absent* n'étant pas tranchée par les textes, se pose la question de savoir si les dispositions précitées applicables au *disparu* pourraient être appliquées au *présumé absent*. À la différence du disparu, le jugement rendu par le juge des tutelles de présomption d'absence « tient l'absent pour vivant »[321]. Certains auteurs appellent de leurs vœux l'application des dispositions du disparu au présumé absent. Selon Patrick Morvan, le représentant du *présumé absent* devrait bénéficier d'une liquidation anticipée et provisoire de ses droits à pension de réversion[322]. Une telle interprétation laisserait entrevoir une exception à la présomption de vie du présumé absent. Néanmoins, de telles mesures seraient protectrices à la fois des intérêts de l'ayant droit, qui bénéficierait d'une liquidation anticipée, mais également de ceux du *présumé absent*, dès lors que lui serait offerte la possibilité de recouvrer sa pension de plein droit s'il venait à reparaître. Ce n'est pourtant pas l'interprétation qui a, dans un premier temps, été retenue par la jurisprudence.

82.- Des précisions jurisprudentielles en matière de versement de la pension ou rente de vieillesse de l'assuré présumé absent. Des précédents constats, découle une interrogation concernant le bénéficiaire de la pension ou rente de vieillesse d'une personne *présumée absente*. Les arrérages doivent-ils être versés à *l'assuré présumé absent* ou à son représentant ? Le présumé absent jouissant d'une présomption de vie, les droits relatifs à la pension ou la rente de vieillesse ne sauraient, en théorie, être liquidés. Si l'on assimile les arrérages de pension retraite à une rente viagère, une condition d'existence est imposée pour

[320] CSS, art. L. 353-2 al. 3 : « La liquidation provisoire des droits du conjoint devient définitive lorsque le décès est officiellement établi ou lorsque l'absence a été déclarée par jugement passé en force de chose jugée ».
[321] B. Gauriau, « Absence de l'assuré bénéficiaire d'une pension de retraite. Liquidation provisoire des droits à pension de réversion. Effets du jugement de présomption d'absence », *Dr. soc.* 2005, p. 942.
[322] P. Morvan, « Présomption de vie de l'absent et versement de la pension de réversion », *op. cit.*, p. 1381.

que l'assuré social puisse en bénéficier. À défaut, c'est-à-dire si le propriétaire de la rente ne peut prouver qu'il est vivant, il est corrélativement privé de percevoir les arrérages. Par conséquent, *le présumé absent*, dès l'instant où il a disparu de son domicile, ne pourrait percevoir ces arrérages. L'organisme de sécurité sociale se trouverait ainsi délié de son obligation de verser lesdites prestations. C'est d'ailleurs la solution qui a été, dans un premier temps, retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation[323]. Cette solution était largement favorable aux organismes de sécurité sociale, d'autant que les caisses de retraite n'avaient pas à rapporter la preuve du décès de l'assuré pour cesser le versement des arrérages. La chambre sociale de la Cour de cassation a finalement opéré un revirement de jurisprudence sur ce motif[324]. Les organismes d'assurance retraite sont donc tenus, depuis lors, de verser une pension de retraite tant qu'elles ne sont pas en mesure de prouver le décès de l'assuré. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation s'est alignée sur cette solution, indiquant qu'un organisme de sécurité sociale ne peut se prévaloir de la seule présomption d'absence du créancier pour s'exonérer du versement d'une pension de retraite dont il est débiteur[325]. Cette solution est parfaitement en adéquation avec la présomption de vie dont bénéficie le *présumé absent*. Elle est protectrice de ses droits, puisqu'elle fait primer ses intérêts sur les caractères personnel et alimentaire de la créance[326].

83.- Le bénéficiaire de la pension de vieillesse de l'assuré présumé absent. Le versement ne peut néanmoins intervenir au profit de l'assuré absent qui, par définition, s'en est allé sans laisser de nouvelles. À la suite de cette jurisprudence novatrice, une lettre ministérielle adressée aux organismes de sécurité sociale a précisé expressément qu'en pareil cas, la pension devait être versée au représentant de l'absent à titre provisoire, et ce jusqu'au jugement déclaratif d'absence[327]. Une circulaire CNAV de la même année précisait que la pension de base ne saurait se cumuler avec la pension versée au conjoint[328]. Ainsi, le conjoint du *présumé absent* peut prétendre au versement d'une pension de réversion à titre provisoire, après écoulement d'un délai d'un an. Le point départ de ce délai est la première échéance non

[323] Cass. soc., 9 juill. 1992, n° 88-10.951, Bull. civ. V, n° 464 ; D. 1993, p. 377, note J. Massip.
[324] Cass. soc., 27 janv. 1994, n° 89-12.143 ; *JCP G* 1995, 22406, note E. Molin ; *RTD civ.* 1995, p. 595, note J. Hauser ; *Defrénois* 1996, p. 98, note J.-B. de Saint-Affrique.
[325] Cass. civ. 2, 20 sept. 2005, n° 04-15.998, Bull. Civ. II, n° 228 ; *JCP S* 2005, p. 1381, note P. Morvan ; *Dr. de la famille* 2006, p. 34, note A. Devers ; *RTD civ.* 2006, p. 87, note J. Hauser.
[326] G. Loiseau, « Le mort à la retraite », *JCP S* 2017, p. 1227.
[327] D. Giorgi, *Effets de l'absence sur le paiement des arrérages de la pension*, Lettre ministérielle, ministère de l'Emploi et de la solidarité, 2 fév. 2001.
[328] Circ. CNAV n° 2001/57, 11 sept. 2001.

réclamée, si l'absent était déjà prestataire de la pension. Si le présumé absent ne percevait pas encore de retraite, le délai d'un an court à compter de la déclaration de disparition aux autorités de police[329]. Cette pension de réversion temporaire est prorogée jusqu'à ce que le jugement déclaratif d'absence soit prononcé ou que l'absent soit déclaré décédé. Elle devient alors définitive[330]. Cette solution idoine s'inscrit dans le sillage de la loi du 28 décembre 1977, qui veille à un juste équilibre entre les intérêts de l'absent et ceux des tiers, en l'occurrence de ses représentants. En réalité, une solution plus tranchée apparaît à l'issue de la période de la présomption d'absence.

2. Les effets en matière d'assurance vieillesse à l'issue de la présomption d'absence

84.- La réapparition de l'absent. La période de la présomption d'absence peut donner lieu à diverses situations. La première concerne la réapparition de l'absent. Elle est certainement la moins complexe, puisqu'elle est expressément prévue par les dispositions du Code civil. Il est prévu que lorsque le présumé absent « reparaît ou donne de ses nouvelles, il est, sur sa demande, mis fin par le juge aux mesures prises pour sa représentation et l'administration de ses biens ; il recouvre alors les biens gérés ou acquis pour son compte durant la période de l'absence »[331]. Appliquée en matière d'assurance vieillesse, la réapparition de l'assuré postérieure à la période durant laquelle il était *présumé absent* met fin à la pension de réversion. Les arrérages perçus doivent être reversés à la caisse[332]. Il appartient donc à l'assuré reparu de produire le jugement mettant fin à la présomption d'absence, afin qu'il recouvre la

329 Circ. CNAV n° 2001/34, 4 juin 2002.
330 Cass. soc., 19 fév. 1998, Bull. civ. V, n° 97. Le représentant du présumé absent est désigné par le juge des tutelles, conformément à l'article 113 du Code civil.
331 C. civ., art. 118.
332 CSS, art. R. 353-8 al. 3. Ce texte dispose que les arrérages doivent être reversés sous réserve de l'application de l'article L. 355-3 du même Code. L'article précité prévoit un délai de prescription de deux ans à compter du versement des prestations au profit du bénéficiaire, sauf cas de fraude ou de fausse déclaration. L'alinéa 3 du même article précise également que si l'erreur résulte de l'organisme débiteur, elle ne peut donner lieu à aucun remboursement de trop-perçu. Aussi, le remboursement d'un trop-perçu ne peut être sollicité auprès d'un bénéficiaire de bonne foi, dont les ressources sont inférieures « au chiffre limite fixé pour l'attribution » (al. 3 art. *précité*). Il est également prévu que « lorsque les ressources de l'intéressé sont comprises entre ce plafond et le double de ce plafond, le remboursement ne peut pas être effectué d'office […]. Le cas et la situation de l'assuré sont alors soumis à la commission de recours amiable », qui pourra accorder la remise totale ou partielle de la dette voire un échelonnement du remboursement (al. 4 art. *précité*). L'alinéa 5 révèle quant à lui les modalités de remboursement. En définitive, le remboursement des arrérages fait l'objet de nombreuses exceptions, notamment lorsque le tiers est de bonne foi et que ses ressources sont relativement modestes. En matière *d'absence*, la bonne foi du bénéficiaire des prestations d'assurance vieillesse semble relativement aisée à prouver puisque la présomption d'absence fait l'objet d'un jugement du juge des tutelles (C. civ., art. 112).

créance du paiement de sa pension retraite[333]. Il s'agit de la seule hypothèse dans laquelle les dispositions qui autorisent le représentant de l'absent à revendiquer la liquidation provisoire de ses droits à pension de réversion peuvent être annulées[334]. En outre, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la demande formulée par le représentant du *présumé absent* de reprendre le versement des arrérages de la pension retraite, ne saurait être assimilée à la réapparition de l'assuré qui était jusqu'alors présumé absent[335].

85.- Le jugement déclaratif d'absence ou le décès de la personne absente. À l'instar de la situation de la réapparition de l'absent, le sort de la personne *déclarée absente* ne fait l'objet d'aucune difficulté. Dans la mesure où la présomption du décès lui est applicable, la pension de réversion s'ouvre au profit du conjoint survivant. Les dispositions du Code civil sont parfaitement claires à ce sujet, puisqu'elles prévoient expressément que « le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus »[336]. Par ailleurs, lorsque le décès de la personne absente est établi de manière certaine, la situation d'absence cesse. Le régime juridique lié au décès en matière d'assurance vieillesse est alors applicable. Dans ce cas, la pension ou la rente de retraite fait l'objet d'une pension de réversion qui devient définitive dès lors que le décès est officiellement déclaré, ou que le jugement déclaratif d'absence est passé en force de chose jugée[337]. En définitive, ces situations font l'objet de régimes juridiques bien précis et ne suscitent que peu de questionnements juridiques. Tel n'est cependant pas le cas lorsque le présumé absent a acquis des droits en matière d'assurance vieillesse, par le biais de son représentant, alors qu'il s'est avéré par la suite qu'il était décédé.

86.- Le décès constaté postérieurement au versement de la pension de réversion. Il s'agit là d'une situation juridique qui a suscité de nombreuses interrogations. Elle concerne la situation où la personne a été présumée absente pendant plusieurs années, mais dont on s'est rendu compte *a posteriori* qu'elle était décédée peu de temps après le début de la période où elle était présumée absente. Cette situation présente une ambiguïté certaine.

---

333 V. notamment : Circ. CCMSA n° 2002-003 du 15 janv. 2002 sur les conséquences de la présomption d'absence d'un retraité.

334 Cass. civ. 2, 13 mai 2005, n° 03-30.770 ; *RTD civ.* 2005, p. 570, note J. Hauser ; *Dr. soc.* 2005, p. 942, note B. Gauriau ; *JCP S* 2005, 1213, note P. Morvan ; *Lexbase habdo éd. soc.* 2005, note O. Pujolar.

335 Cass. soc., 9 juill. 1992, n° 88-10.951 ; *RDSS* 1993, p. 378, note Ph. Chenillet ; *D.* 1993, p. 377, note J. Massip.

336 C. civ., art. 128 al. 1er.

337 CSS, art. L. 353-2 al. 3.

En effet, la personne présumée absente bénéficie d'une présomption de vie[338]. Or, dans cette situation, cette présomption simple est renversée. Les effets juridiques produits pourraient alors être considérés comme nuls. Plus exactement, en matière d'assurance vieillesse, la pension de réversion perçue au profit du représentant du présumé absent serait susceptible d'être considérée comme indue. L'organisme de sécurité sociale pourrait alors réclamer la restitution de ces sommes. Pourtant, en raison du régime juridique de la présomption d'absence, la caisse avait l'obligation de procéder au paiement de la pension au profit de son bénéficiaire dans la mesure où le présumé absent bénéficie d'une présomption d'existence. Il semblerait que la cessation du paiement de la pension puisse donc être considérée comme fautive puisqu'infondée, dès lors qu'à cette époque, le décès de la personne présumée absente n'était pas établi. La loi du 28 décembre 1977 a apporté des précisions en la matière[339]. Elle précise que « les droits acquis sans fraude, sur le fondement de la présomption d'absence, ne sont pas remis en cause lorsque le décès de l'absent vient à être établi ou judiciairement déclaré, quelle que soit la date retenue pour le décès »[340]. Dans ce cas, les droits acquis pendant la période où l'assuré – qui était en réalité décédé – était juridiquement considéré comme présumé absent, devraient être conservés. La Cour de cassation fait une application stricte de cette disposition, affirmant que les arrérages de pensions de retraite acquis de bonne foi sur le fondement de la présomption d'absence ne peuvent pas être remis en cause postérieurement au jugement déclaratif de décès[341]. *A priori*, ce texte issu de la loi de 1977 semble exclusivement protecteur des intérêts du tiers de bonne foi. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 mai 2017 a étendu le champ d'application de ce texte[342]. Dans cet arrêt, les magistrats ont expressément précisé que l'application de l'article 119 du Code civil n'était « pas expressément réservée aux tiers »[343]. En l'espèce, une personne présumée absente avait bénéficié de sa pension retraite versée à son représentant. Or, le décès de la personne présumée absente a été établi sept ans après la date à laquelle elle a cessé de paraître. La caisse de retraite a ainsi sollicité le remboursement de la pension de retraite versée, car cette dernière est conditionnée à l'existence de la personne. Selon la caisse, la pension versée était donc indue. Cependant, la Cour de cassation a considéré que l'application de l'article 119 du Code civil

338 J. Hauser, « Le franchissement du Styx : Le présumé absent est-il mort ou vivant ? », *RTD civ.* 2005, p. 570.
339 L. n° 77-1447 du 28 déc. 1977, *précitée*.
340 C. civ., art. 119.
341 V. en ce sens : Cass. civ. 2, 21 juin 2012, n° 11-16.050 ; *JCP S* 2012, p. 36, note A. Bugada ; *RJPF* 2012, p. 21, note I. Corpart ; Conf. par Cass. civ. 1, 17 mai 2017, n° 16-18.425 ; *JCP S* 2017, n° 26, p. 29, obs. G. Loiseau.
342 Cass. civ. 1, 17 mai 2017, n° 16-18.425 ; *JCP S* 2017, 1227, note G. Loiseau ; *AJ Famille* 2017, p. 426, note N. Levillain.
343 Cass. civ. 1, 17 mai 2017, n° 16-18.425 ; *JCP S* 2017, 1227, *précité* ; *AJ Famille* 2017, p. 426, *précité*.

n'était « pas expressément réservée aux tiers ». Partant, les juges font primer la présomption d'existence dont bénéficie le présumé absent, au détriment de la réalité factuelle : celle du décès de la personne. La fiction juridique l'emporte donc sur la situation factuelle. En d'autres termes, la présomption d'absence l'emporte sur la réalité du décès, lorsque cette dernière n'est établie qu'*a posteriori*[344]. Une telle interprétation paraît surprenante, puisqu'elle conduit à considérer qu'une personne pourrait acquérir des droits à titre posthume. Cependant, il est permis d'observer que ces dispositions visent essentiellement à protéger l'absent lui-même. Il protège donc les droits qui ont été acquis à son profit, par son représentant[345]. Si la jurisprudence a opté pour une interprétation large de l'article 119 du Code civil, il n'est pas certain que l'esprit de la loi du 29 décembre 1977 ait été d'appliquer cette règle aux présumés absents[346]. Une lecture attentive de la loi permet de supputer que l'esprit de texte consistait à protéger les tiers ayant acquis des droits au bénéfice d'un présumé absent dont ils ignoraient, de bonne foi, le décès. Il semble moins rationnel de considérer que ce texte visait à permettre au présumé absent, en réalité décédé, d'acquérir des droits *post mortem*. Comme le constate à juste titre Grégoire Loiseau, cette solution jurisprudentielle conduit à « faire de la présomption de survie qui sous-tend l'absence une présomption irréfragable qui résiste à la preuve de la réalité du décès », observant que la mort ne produit des effets qu'à la date à laquelle elle est connue et non à celle à laquelle elle a véritablement eu lieu[347].

II- Des incidences relatives sur la relation de travail

87.- Plan. Au XIX^e^ siècle, il n'existait pas de règlementation spéciale qui permettait de régir les conséquences de *l'absence au sens du droit civil* sur la relation de travail. Dès lors, le droit commun des contrats trouvait application et était peu protecteur des intérêts du salarié **(A)**. À partir du XX^e^ siècle, l'évolution des règles a permis d'assurer une meilleure protection au *salarié absent au sens du droit civil* **(B)**.

344 G. Loiseau, « Le mort à la retraite », *op. cit.*, p. 1227.
345 *Ibid.*
346 G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1989, p. 99.
347 G. Loiseau, « Le mort à la retraite », *op. cit.*, p. 1227.

A) Un défaut de réglementation spéciale au XIX^e siècle : l'application du droit commun des contrats

88.- Un défaut de règles juridiques spéciales applicables à la situation du travailleur *absent au sens du droit civil*. La relation de travail a longtemps été encadrée principalement par le droit civil et plus particulièrement par le droit des contrats. En premier lieu, il est intéressant d'observer que les dispositions du Code civil de 1804 ne prévoyaient nullement le sort du contrat de louage lorsque le travailleur était *absent au sens du droit civil*[348]. Ce constat renforce le postulat préétabli, selon lequel le régime juridique de *l'absent en droit civil* est l'apanage du droit des personnes. Les dispositions relatives au droit des contrats sont étrangères à la question de l'absence. Malgré cela, la relation de travail était contractualisée et certaines règles du droit commun des contrats étaient susceptibles de recevoir application si le travailleur venait à ne plus se présenter au travail, sans donner de nouvelle.

89.- L'application générale des règles du droit commun des contrats à la relation de travail : des règles d'essence libérales et individualistes. S'il n'existait pas de règles propres s'agissant des effets de *l'absence en droit civil* sur le contrat de louage, certaines dispositions pouvaient trouver application. En premier lieu, il convient d'analyser les règles générales applicables au travailleur à cette période. Au XIX^e siècle, les relations de travail étaient principalement régies par le contrat de louage de services, lui-même codifié dans le Code Napoléon. Afin de saisir la finalité des règles applicables, il convient de rappeler que ce Code était empreint d'une philosophie à la fois libérale[349] et individualiste[350]. Dès lors, il n'existait pas

[348] Plus généralement, il est permis d'observer que les dispositions du Code civil n'encadraient pas les conséquences de l'absence en droit civil sur les contrats, quels qu'ils soient. En effet, le Chapitre III qui s'intitulait « Des effets de l'absence » (C. civ. 1804, art. 1120 à 140) se subdivisait en trois sections, qui traitaient respectivement « Des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition » (Section I^re, C. civ. 1804, art. 120 à 134), « Des effets de l'absence, relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent » (Section II, C. civ. 1804, art. 135 à 138) et « Des effets de l'absence, relativement au mariage (Section III, C. civ. 1804, art. 139 et 140).

[349] Ce constat doit être mis en perspective avec le contexte économique qui existait à cette époque. À partir de la fin du XVIII^e siècle, le libéralisme économique se développe fortement. V. en ce sens : A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of the health of Nations*, London, 1776 (ouvrage connu en France sous l'intitulé : *La richesse des Nations*).

[350] Sur la philosophie libérale et individualiste du Code civil de 1804, de nombreux auteurs ont pu défendre cette idée, en ce sens F. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 2, 1838, p. 519. Selon l'auteur, le Code civil de 1804 renfermerait trois caractères, dont l' « *originalité* puisée dans les idées de la révolution de 89 ». V. également : F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2018, p. 5 ; S. Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, préf. C. Jamin, LGDJ, coll. Bibl. d'histoire du droit et du droit romain, 2017 ; A. Burge, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1. Sur la remise en cause de cette perception du Code civil, v. les travaux de l'historien Xavier Martin : X. Martin, « Nature humaine et code Napoléon », *Droits* 1985, p. 117.

de réelle intervention du pouvoir législatif visant à encadrer la relation de travail. Selon le principe de la liberté contractuelle, cette dernière était laissée à la libre négociation entre les employeurs et les travailleurs[351]. Par conséquent, la main d'œuvre était flexible puisqu'elle s'inscrivait dans un modèle économique libéral, en vertu duquel « l'ordre naturel et providentiel qui s'instituerait spontanément sur les décombres de toutes les réglementations est évidemment le meilleur possible »[352]. Le contrat de louage engendrait une grande précarité des droits du travailleur. Il ne prévoyait aucune protection de ce dernier et accordait une totale confiance au maître. Ce dernier étant « cru sur son affirmation »[353], ce type de contrat faisait rarement l'objet d'un contentieux. Dès lors, dans la mesure où *l'absence au sens du droit civil* donne lieu à une inexécution de l'obligation dont le travailleur est débiteur, ce sont les dispositions du droit des contrats, et non celles du droit des personnes – parmi lesquelles se trouve le régime juridique de l'absence présent aux articles 112 et suivants du Code civil – qui ont vocation à s'appliquer. Or, puisque la situation d'absence a pour effet une inexécution du travail, les règles relatives à la résiliation trouvaient aisément application lorsqu'une telle situation survenait. Néanmoins, les règles différaient selon que l'absence était simplement présumée ou déclarée, ce dernier cas devant être assimilé au décès du travailleur.

90.- L'application des règles du droit commun des contrats au *déclaré absent*. Pour ce qui est du *déclaré absent*, les règles applicables semblent relativement évidentes eu égard à la présomption de décès applicable à ce dernier. En effet, dans la mesure où le *déclaré absent* est présumé décédé, les dispositions relatives au sort du contrat de louage en cas de décès de l'ouvrier semblent trouver application. Or, ces dernières sont parfaitement claires à ce sujet, puisque l'ancien article 1795 du Code civil prévoyait que « le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier ». Dans ce cas, le maître était toutefois tenu de « payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés », sous réserve qu'il puisse tirer profit des services et travaux exécutés[354]. La dissolution du contrat de louage d'ouvrage en cas de décès de l'ouvrier résulte

---

[351] Comme l'expriment Jacques Bouveresse et Gérard Aubin, « les rapports de travail [étaient] abandonnés à l'autonomie de la volonté » : G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 1995, p. 102. Cette idée se retrouve également dans l'ouvrage de Jean-Luc Aubert et François Collart-Dutilleul : J.-L. Aubert, F. Collart-Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5e éd., 2017, pp. 44-45.

[352] G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail, op. cit.,* p. 25.

[353] C. Civ. 1804, art. 1781, al. 1er (article qui s'inscrit dans la Section Ire qui traite « Du louage des domestiques et ouvriers »).

[354] C. civ. 1804, art. 1796.

du fait qu'il s'agissait d'un contrat conclu *intuitu personae*[355], qui n'est pas cessible aux héritiers. Le maître ne pouvait être forcé à accepter les services d'un héritier pour l'achèvement du contrat conclu[356].

91.- L'application des règles du droit commun des contrats au *présumé absent*.

Pour ce qui est du *présumé absent*, les règles applicables semblaient être différentes dès lors que ce dernier bénéficiait d'une présomption de vie. Dans ce cas, l'ancien article 1184 du Code civil pouvait recevoir application. Ce texte prévoyait que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». L'alinéa suivant disposait que, le cas échéant, le contrat ne fait pas l'objet d'une résolution de plein droit. La partie lésée dispose d'un choix : demander l'exécution forcée de la convention si elle est possible, ou demander la résolution judiciaire ouvrant droit à dommages et intérêts[357]. À l'évidence, lorsque le travailleur était *absent au sens du droit civil*, l'exécution forcée apparaissait impossible puisque le maître ne savait ni où se trouvait le travailleur, ni même s'il était encore en vie. S'agissant de la résolution[358], il convient de distinguer selon que le contrat avait été conclu avec ou sans détermination de durée[359]. Dans le

---

355 Trad. littéralement : « en considération de la personne ». Sur ce point, v. E. Barthélémy, *De la résiliation du contrat de louage de services (Loi du 27 décembre 1890)*, Thèse, A. Bedone, 1896, pp. 16-17. L'auteur affirme que « la mort du domestique ou de l'ouvrier met fin de plein droit à la convention. Aucun doute ne peut s'élever : à leur égard le contrat a bien été fait *intuitu personae*. La considération de leur personnalité a été la cause déterminante du consentement de l'autre partie ».

356 F.-E. Mollot, *Le contrat de louage, d'ouvrage et d'industrie, expliqué aux ouvriers et à ceux qui les emploient selon les lois, règlements et usages, et la jurisprudence des conseils de prud'hommes*, Éd. Napoléon Chaix et cie, 1846, p. 155.

357 C. civ. 1804, art. 1184 al. 2. Notons toutefois que les dommages et intérêts étaient conditionnés au fait qu'une faute ait été commise par le congédiant, de sorte que ce dernier engageait sa responsabilité. Sur ce point, v. en ce sens : J. Ferrand, *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée*, Thèse de droit, Faculté de Paris, 1897, pp. 296 et suiv.

358 La *résolution* du contrat doit être distinguée de sa *résiliation*. En premier lieu, le droit de résolution désigne la « faculté de faire considérer un acte juridique comme non avenu à raison de certaines circonstances qui se sont produites postérieurement à cet acte. L'acte résolu ne pourra plus produire d'effets à l'avenir et il y aura lieu d'anéantir ceux qui en étaient résulté » : E. Barthélémy, *De la résiliation du contrat de louage de services (Loi du 27 décembre 1890), op. cit.,* p. 10. L'auteur rappelle en outre que les règles générales relatives à la résolution des contrats étaient applicables au louage de travail.

359 En principe, selon les termes de l'article 1780 du Code civil de 1804, « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». En principe, le contrat de louage devait être conclu avec détermination de durée, puisque l'article précité posait le principe selon lequel il était impossible de louer ses services à perpétuité. V. en ce sens : E. Barthélémy, *De la résiliation du contrat de louage de services (Loi du 27 décembre 1890), op. cit.,* p. 6. Cependant, en pratique, l'alternative précisée par l'article 1780 précité, permettait de conclure un contrat de louage de services sans détermination de durée, la condition étant que ce louage soit fait pour une entreprise déterminée. Dès lors, il existait aux côtés des contrats conclus avec détermination de durée, des contrats conclus sans détermination de durée, notamment parce que la nature du travail s'y prêtait ou en vertu des usages locaux. À titre d'illustration, la durée du contrat de louage qui avait pour objet l'exécution d'un travail dans les fabriques ou les ateliers de Paris, Rouen ou Mulhouse était en principe de huit jours, mais pouvait de manière plus exceptionnelle être conclu pour une journée, quinze jours voire un mois. Aussi, l'engagement des contre-maîtres de fabriques était en principe d'un an à Lyon, Saint-Quentin, Roubaix, Troyes, ou encore Nancy.

cas d'un contrat conclu avec détermination de durée, le maître semblait bien-fondé à agir en demande de résolution judiciaire. Il était d'ailleurs prévu qu'une telle demande pouvait être introduite par le maître dont l'ouvrier avait déserté son ouvrage[360]. S'agissant du contrat conclu sans détermination de durée, ce n'est plus la résolution judiciaire mais la résiliation unilatérale qui semblait trouver application. Pour exemple, dans un arrêt rendu en 1893, la Cour de cassation a confirmé l'appréciation souveraine des juges du fond, qui avaient considéré que le comportement de l'employé ayant quitté son travail sans le consentement du patron pendant plusieurs jours était fautif, ouvrant ainsi droit à la résiliation du contrat sans qu'aucune indemnité ne puisse être sollicitée par le travailleur[361]. Certes, les faits de cet arrêt ne concernent pas directement une situation de présomption d'absence de l'ouvrier, mais la solution rendue semble transposable à une telle situation.

B) L'avènement d'une protection du salarié au XX^e siècle

92.- L'évolution technologique des moyens de communication à l'origine d'une diminution du nombre *d'absents au sens du droit civil* au début du XX^e siècle. À titre liminaire, il convient de constater qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, les moyens de communication avaient déjà bien évolué et permettaient de localiser plus facilement une personne portée disparue[362]. Lorsqu'un individu partait en voyage et disparaissait, les causes de cette disparition étaient plus aisément identifiables. En outre, le XX^e siècle est communément présenté comme « celui de la révolution de la communication »[363]. Cette dernière a été permise grâce au progrès technique qui en a facilité tant la production que la circulation. Ce mouvement a profondément marqué le XX^e siècle, puisqu'il a été d'une importance telle qu'il a gagné assez rapidement tous les continents. Au travers des divers développements technologiques, le son de la voix a pu être porté à distance, outrepassant ainsi la perception humaine[364]. L'apparition

---

À l'inverse, s'agissant du louage à façon, ce dernier était en principe conclu sans détermination de durée. Toutefois, les lois révolutionnaires enserraient l'accomplissement du travail à un délai minimal applicable à toutes les industries, qui était en principe d'un an : v. en ce sens : L. du 22 germinal an XI (12 avr. 1803), art. 15 (*Bull. des lois* 1803, n° 270, p. 129). Sur la durée du contrat de louage, v. en ce sens : F.-E. Mollot, *Le contrat de louage, d'ouvrage et d'industrie, expliqué aux ouvriers et à ceux qui les emploient selon les lois, règlements et usages, et la jurisprudence des conseils de prud'hommes, op. cit.,* pp. 51 et suiv.

360 *Ibid*., p. 159.

361 Cass. req., 21 nov. 1893. V. en ce sens : C.-L. Jessionesse (dir.), *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1895, p. 166.

362 Est ici visée la disparition au sens du langage courant et non au sens du discours du droit.

363 V. not. : D. Wolton, « Communication, l'impensé du XX^e siècle. Ouverture », *Hermès La revue* 2014, p. 13.

364 *Ibid*., p. 14.

de la radio[365], de la télévision[366] puis de l'informatique[367] couplée à l'utilisation des satellites ont contribué à pouvoir gérer puis diffuser en très peu de temps pléthore d'informations[368]. L'ensemble de ces évolutions a rendu la communication et l'information accessibles à tous. Lorsqu'une catastrophe se produisait, sa connaissance était rapidement diffusée et chacun en était informé. Corrélativement, les cas d'absence entendus au sens du droit civil s'en sont trouvés diminués[369]. Cependant, les épisodes de guerres vécus par la France au cours du XXe siècle ont contribué dans le même temps à relancer les questionnements relatifs à la situation du salarié *absent au sens du droit civil.*

93.- La réglementation de situations *d'absence au sens du droit civil* au XXe siècle : l'exemple du salarié appelé sous les drapeaux. Si la construction de règles spécifiquement applicables au contrat de travail n'a pas permis de préciser les règles applicables au salarié en situation d'absence au sens du droit civil jusqu'à la fin du XIXe siècle, des évolutions ont vu le jour à partir du début du XXe siècle. Les deux guerres mondiales que la France a connues à cette époque ont permis de clarifier les règles applicables. En effet, il n'était pas rare qu'un salarié soit mobilisé au front[370]. À la fin de la guerre, se posait la question de sa réintégration dans son précédent emploi[371]. Or, la difficulté était liée au fait que pour de nombreux salariés mobilisés, il était difficile de déterminer s'ils avaient survécu à la guerre ou s'ils étaient morts au front. Partant, les conflits mondiaux ont été à l'origine de nombreuses situations d'*absences au sens du droit civil* au début du XXe siècle. Les règles qui ont émergé sur ces

365 G. Ponthieu, *La radio*, Hachette, coll. Échos, 1987, p. 3 ; Y. Lavoinne, *La radio*, Larousse, coll. Idéologies et sociétés, 1980, p. 127.
366 E. Bogaert, *La télévision*, Hachette, coll. Échos, 1987, p. 56 ; P. Benoist, *Télévision, un monde qui s'ouvre*, Éd. Fasquelle, 1953, p. 256.
367 A. Vitalis, *Informatique, pouvoir et libertés*, préf. J. Ellul, Economica, coll. Politique comparée, 2e éd., 1988, p. 6.
368 V. en ce sens : L. Couffignal, F. Paycha, *L'information*, Éd. Structure et évolution des techniques, 1956 ; F. Terrou, *L'information*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1992 ; P. Josèphe, J.-P. Muret, *L'information, communiquer avec les citoyens dans la commune,* préf. P. Mauroy, Éd. Syros, 1983, p. 56.
369 Cette affirmation doit cependant être nuancée. En effet, Kouroch Bellis observe que bien que « ces cas [soient] vraisemblablement beaucoup moindres de nos jours que par le passé, ces cas existent, et ils doivent être pris en considération » : K. Bellis, « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *Revue juridique de l'Ouest* 2015, p. 9. En outre, les situations d'absence peuvent se manifester à la suite de catastrophes naturelles. Ce fut notamment le cas lors du séisme ayant touché l'Asie du Sud-Est le 26 décembre 2004. V. en ce sens : M. Bernardini, M.-Y. Crepin, « L'absence dans la jurisprudence (1800-1820) », *Revue juridique de l'Ouest* 2005, p. 333. Par ailleurs, selon le Professeur Grégoire Loiseau, le nombre de personnes qui disparaissent chaque année serait d'environ 40 000, ce chiffre incluant notamment des cas d'absence au sens du droit civil : G. Loiseau, « Le mort à la retraite », *JCP S* 2017, 1227.
370 A. Falgas, « Le "front de l'intérieur" », *in* A. Falgas, F. Garnier, G. Kalflèche (dir.), *Les avis du Conseil d'État (1914-1918). Assurer la permanence de l'État en temps de guerre*, Mare & Martin, coll. Droit public, 2024, pp. 227-238.
371 *Ibid.*

questions sont particulièrement révélatrices du degré de protection accordé au salarié *absent au sens du droit civil*.

94.- Une protection timide du contrat de travail du salarié absent au sens du droit civil en raison de la Première Guerre mondiale. La loi du 22 novembre 1918[372], qui visait à encadrer et à protéger le retour des soldats mobilisés au front pendant la guerre à la vie civil, a instauré l'obligation pour l'employeur de reprendre son ancien salarié qui avait été mobilisé au front[373]. L'employeur avait ainsi plusieurs contraintes. D'une part, il avait l'interdiction de rompre le contrat de travail, au motif que le salarié était appelé sous les drapeaux[374]. D'autre part, il était tenu à une obligation de réintégration « au taux normal et courant de la rétribution » de l'emploi, dès lors que ce dernier était resté apte à l'exercer[375], et ce même si la mobilisation au front du salarié avait contraint l'employeur à conclure un contrat de remplacement[376]. Cependant, si les règles de retour à l'emploi du salarié mobilisé étaient relativement précises, celles relatives aux conséquences sur le contrat de travail d'un salarié *absent au sens du droit civil*, sur à sa mobilisation au front, l'étaient dans une bien moindre mesure. Pour autant, elles n'étaient pas inexistantes. En effet, la loi du 22 novembre 1918 prévoyait expressément que la demande de réintégration de tout intéressé devait être introduite dans un délai de quinze jours à compter de sa libération, du terme de son hospitalisation ou de sa convalescence, ou de la date de reprise de la marche normale de l'entreprise[377]. Par un raisonnement *a contrario* cela signifie que, passé ce délai, l'employeur n'était plus tenu de réintégrer le travailleur. Dès lors, le soldat absent à l'issue de la guerre semblait peu protégé

---

372 L. du 22 nov. 1918 ayant pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur contrat de travail (Bull. des lois 1918 n° 238, p. 2644).

373 *Ibid.*, spéc. art. 1er al. 1er : « les administrations, offices, entreprises publiques ou privées devront garantir à leur personnel mobilisé […], l'emploi que chacun occupait au moment de sa mobilisation ».

374 Cette interdiction n'est pas nouvelle puisqu'une loi du 18 juillet 1901 avait déjà instauré le principe (hors contexte de guerre) selon lequel l'appel sous les drapeaux du salarié pour servir la réserve de l'armée territoriale ne saurait constituer un motif de rupture du contrat de travail : D. Veillon, « Le délicat retour à la vie civile des poilus : la loi du 22 novembre 1918 ayant pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur contrat de travail », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit* 2019, p. 89.

375 L. du 22 nov. 1918, *précitée*, spéc. art. 3. Cette obligation semblait être appréciée assez strictement par les juges. Pour exemple, le Tribunal civil de la Seine a pu juger que « contrevient à l'obligation de réintégration le patron qui, sans motifs valables, ne consent à reprendre son employé que dans partie des avantages […], notamment en limitant la réintégration à un délai qui excluait volontairement la possibilité de prorogation au contrat » : Trib. Civ. de la Seine, 7e ch., 26 juin 1920.

376 *Ibid.*, spéc. art. 2 al. 4 et 5 : « dans les entreprises privées, le contrat de travail souscrit en vue de pourvoir au remplacement d'un mobilisé ne sera, en aucun cas, opposable à celui-ci et ne pourra, sous aucun prétexte, être invoqué par l'employeur comme une cause d'impossibilité ou d'empêchement à la reprise du contrat primitif. Tout contrat de travail, quelle qu'en soit la durée, expirera de plein droit lors de la reprise de son emploi par ce dernier ».

377 *Ibid.*, spéc. art. 5, al. 2.

puisqu'au vu de sa situation, il y avait de fortes probabilités pour qu'il se manifeste après l'expiration de ce délai. En effet, au cours de la Première Guerre mondiale, les pouvoirs publics ne semblaient pas avoir pris la mesure des difficultés relatives à l'absence des ouvriers mobilisés et dont personne ne savait où ils se trouvaient. En raison de la tardiveté de la loi du 22 novembre 1918 et parce qu'aucun texte pris entre 1914 et 1918 n'avait prévu leur réintégration, les employeurs furent contraint d'embaucher des ouvriers de remplacement au cours de la guerre. Ils se retrouvaient alors face à une surcharge de la masse salariale au moment où ces employés, lorsqu'ils étaient en mesure de le faire, demandaient à retrouver leur emploi après la guerre.

95.- Une protection renforcée du contrat de travail du salarié absent au sens du droit civil en raison de la Seconde guerre mondiale. Pendant la Seconde guerre mondiale, le pouvoir exécutif semble avoir anticipé une telle désorganisation au sein des usines en régissant, plusieurs mois avant que la France ne déclare la guerre à l'Allemagne[378], le retour à l'emploi des ouvriers qui seront à nouveau mobilisés. C'est ainsi que le 21 avril 1939[379], le gouvernement adopte un décret-loi ayant pour objet « de garantir aux hommes rappelés sous les drapeaux la reprise de leur contrat de travail »[380]. Il est prévu que les administrations et les entreprises privées doivent « garantir à chacun des membres de leur personnel ayant un contrat de louage et de services, qui aura été appelé sous les drapeaux, la reprise de l'emploi qu'il occupait avant d'être rappelé, à la condition que cette reprise soit possible »[381]. Un changement notable apparaît en comparaison avec la précédente loi de 1918, puisqu'il est désormais précisé que la reprise de l'appelé sera possible sauf « changements profonds survenus depuis son départ, des modifications importantes dans les procédés de travail, [ou la] perte de clientèles »[382]. Ces éléments prennent en considération la situation financière de l'entreprise, mais également l'état de santé de l'ouvrier. En effet, la réintégration ne saurait être admise en cas de « maladies, blessures ou infirmités de nature à modifier […] l'aptitude de l'intéressé à l'emploi qu'il occupait avant d'avoir été appelé ou mobilisé »[383]. La preuve de l'impossibilité de la reprise du contrat incombe à l'employeur. À défaut de rapporter ce preuve, des dommages

[378] La France déclare la guerre à l'Allemagne le 3 septembre 1939.
[379] Décret-loi du 21 avr. 1939 (*JO des établissements français de l'Océanie*, 15 juill. 1939, p. 265).
[380] R. Floriot, *Le droit nouveau : principaux textes des lois, décrets, circulaires et ordonnances parus entre l'armistice et le 20 novembre*, Librairie française de documentation, Paris, 1940, pp. 53-55.
[381] Décret-loi du 21 avril 1939, *précité*, art. 1er.
[382] *Ibid*., art. 2.
[383] *Ibid*., art. 2. V. également l'article 3 pour des limites comparables pour les contrats à durée déterminée.

et intérêts sont alloués[384]. D'ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'employeur qui ne réintègre pas son employé, et sans justifier de l'impossibilité de cette réintégration, est passible de dommages et intérêts pour renvoi abusif[385], lorsque ce défaut de réintégration a causé un préjudice au salarié[386]. En outre, l'article 12 du décret-loi prévoit expressément que les dispositions des lois précédentes, qui seraient contraires à ce texte, sont abrogés[387]. Or, certains éléments prévus par la loi de 1918, comme la notification dans un délai de quinze jours suivant la libération de l'ouvrier mobilisé ou la « reprise de la marche normale de l'établissement », sont repris par le décret-loi de 1939[388]. Il est également précisé que s'il n'y a pas reprise du contrat de travail, la loi du 13 septembre 1940 impose à chaque employeur de recruter « au prorata de leur personnel total, une proportion de démobilisés »[389]. Les employeurs étaient alors dans l'obligation de réserver une partie de leurs embauches à des employés qui avaient perdu leur emploi initial.

Si le décret-loi du 21 avril 1939 établit une protection plus efficace de l'ouvrier dont on ignorait s'il était vivant ou mort, il convient également de mentionner la loi du 30 juin 1941. Cette dernière s'inscrit dans la continuité de ce décret-loi, ayant également pour objet de « garantir aux hommes rappelés sous les drapeaux la reprise de leur contrat de travail »[390]. Alors que le texte de 1939 constitue déjà un renforcement de la protection du salarié mobilisé, la loi du 30 juin 1941 accroît le degré de cette protection. En effet, la loi de 1941 substitue au délai de quinze jours, un délai de trois mois accordé à l'ouvrier qui reparaît, par exemple après une longue période d'emprisonnement, pour faire savoir à son employeur qu'il souhaite retrouver son travail au sein de l'usine[391]. C'est assurément le signe d'une protection accrue du *salarié absent au sens du droit civil,* puisque la loi lui reconnaît une période plus étendue pour demander sa réintégration dans l'entreprise[392]. Concernant ce délai, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 9 décembre 1943 que lorsque l'intéressé est « par suite de circonstances de force majeure, dans l'impossibilité matérielle de rejoindre le lieu de travail, soit de correspondre avec son employeur, ce délai ne commencera à courir que du lendemain du jour où cette

384 *Ibid.*, art. 6.
385 Cass., soc., 12 mai 1941, (S. 1941. 1. 236).
386 Cass., soc, 23 juill. 1943, *Blémar* (S. 1943. 1. 40).
387 Décret-loi du 21 avril 1939, *précité*, art. 12 : « Les dispositions des lois du 22 novembre 1918 et du 23 juin 1921 qui seraient contraires à celles du présent décret, sont abrogées ».
388 *Ibid.*, v. spéc. art. 7.
389 L. du 13 sept. 1940 (*JORF* du 18 sept. 1940, n° 236, p. 5037).
390 L. du 30 juin 1941 (*JO de la Guyane française* du 15 nov. 1941, n° 46, pp. 961-962).
391 *Ibid.*, spéc. art. 1, 4 et 7.
392 V. nos développements précédents sur les critiques formulées par la Presse à l'égard du délai de quinze jours fixé par la loi du 22 novembre 1918, *précitée*.

impossibilité aura pris fin »[393]. Les commentaires du recueil Sirey permettent de mettre en lumière le raisonnement suivi par la chambre sociale[394]. Il était soutenu que la demande adressée dans les trois mois du retour de l'intéressé sur les lieux de son travail était tardive, parce que le salarié aurait pu, avant cette date, correspondre avec son employeur. Or, comme la Cour de cassation le souligne, la loi du 30 juin 1941 a visé deux situations distinctes. Ainsi, il importait peu que le salarié ait pu correspondre avec son employeur dans la mesure où il n'était pas contesté qu'il n'avait pu, en raison des circonstances, regagner les lieux de son travail. Alors que la législation a fait évoluer les délais en faveur de l'ouvrier mobilisé qui réapparaissait, elle a également pris en compte des situations d'absence qui, si elles ont un lien direct avec le conflit, ne concernent pas les soldats mobilisés. C'est notamment le cas de la loi du 2 octobre 1942 qui établit des délais particuliers pour les ouvriers qui ont été contraints de travailler en Allemagne pour occuper un emploi salarié[395].

Ainsi, les textes régissant la situation de l'ouvrier, mobilisé ou prisonnier[396], et dont personne ne peut affirmer s'il est vivant ou décédé, convergent vers un renforcement de la protection de l'absent. Une tendance qui se confirmera, à la fin de la guerre, avec l'ordonnance du 1er mai 1945 qui réaffirme le principe du réemploi des démobilisés et des prisonniers et, plus largement, de tous ceux qui ont participé à la Résistance et à l'effort de guerre[397].

*
* *

96.- Conclusion de la Section 1. La *notion juridique d'absence* est apparue en droit civil, pour régir juridiquement la situation de la personne dont il est impossible d'établir si elle est vivante ou décédée. Cette notion a été construite au service du droit des personnes, afin de concilier les intérêts de la personne absente et ceux des tiers affectés par une situation d'absence, notamment au regard des droits patrimoniaux. Le fait que *l'absence en droit civil* a été créée au service du droit des personnes trouve une illustration probante lorsqu'il est question d'appliquer son régime juridique en droit social. En effet, l'absence au sens du droit civil induit des effets en droit de la protection sociale, matière juridique qui vise expressément la protection

393 Cass. soc., 9 déc. 1943, *Comptoir Linier c. Waucquier* (S. 1944. 1. 76)
394 *Ibid*., v. comm. sous l'arrêt.
395 L. du 2 oct. 1942 relative au réemploi des travailleurs qui se rendent en Allemagne pour occuper un emploi salarié (*JORF* du 4 oct. 1942, p. 3377).
396 Sur ce point, v. L. du 2 févr. 1942 relative au remploi des prisonniers de guerre rapatriés (*JORF* du 21 mars 1942, n° 69, p. 1106-1107).
397 Ord. n° 45-875 du 1er mai 1945 (*JORF* du 2 mai 1945, n° 103, p. 2491).

de la personne contre la survenue de risques sociaux. Cependant, les effets de *l'absence en droit civil* sur la relation de travail n'ont jamais été véritablement encadrés.

Ce n'est pas tant la question du salarié disparu[398] qui intéresse la relation de travail. Cette situation concerne des absences de durées relativement importantes. Un individu ne saurait être déclaré disparu pour ne pas avoir donné de nouvelles depuis seulement quelques heures ou quelques jours. *L'absent au sens du droit civil* est celui dont on s'interroge sur son existence même. De ce fait, l'individu absent l'est à durée indéterminée, jusqu'à ce qu'il soit possible d'établir de façon certaine son existence ou sa mort. Or, ce type d'absences de longue durée demeure bien marginal comparé aux absences plus brèves, pouvant aller de quelques heures à plusieurs semaines. En définitive, ce sont essentiellement ces situations d'absence de courte durée qui intéressent le droit applicable à la relation de travail.

[398] La *disparition* dont il est fait écho dans ce paragraphe s'entend selon l'acception qui en est donnée par le langage courant. Juridiquement, est ici visée la *personne absente au sens du droit civil.*

Section 2 – L'inexécution contractuelle comme qualification juridique de la situation d'absence au travail

97.- Plan. L'émergence d'un encadrement contractuel de la relation de travail a eu des incidences sur le traitement de *l'absence au travail*. Lorsque la relation de travail a été encadrée par le contrat, la situation d'absence au travail fut régie par les règles du droit commun des contrats **(§1)**. Cette conception contractuelle de l'absence s'est maintenue à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle **(§2)**.

§1 : L'émergence d'un traitement contractuel de la situation d'absence du travailleur

98.- Plan. Après l'abolition des corporations, la relation de travail a été encadrée par le contrat **(I).** En raison de l'encadrement contractuel de la relation de travail, la situation du salarié absent s'est juridiquement traduite par le fait que ce dernier n'exécute pas son obligation contractuelle. Les mécanismes civilistes de l'inexécution contractuelle trouvaient donc application pour régir la situation de l'absence du travailleur **(II)**.

I- La nécessité d'un encadrement contractuel de la relation de travail

99.- Plan. Au début du XIX^e^ siècle, avec l'émergence d'un nouveau modèle économique libéral hérité de la philosophie des lumières, la relation de travail a été encadrée par le contrat **(A)**, et plus exactement par un contrat d'échange marchand **(B)**.

A) Le libéralisme économique à l'origine de l'encadrement contractuel de la relation de travail

100.- L'individu placé au cœur de la société par la philosophie des lumières au XVIII^e^ siècle. Cette philosophie a été juridiquement consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 qui promeut la liberté de l'individu[399]. Appliqué au domaine de l'économie, cette liberté a donné lieu à l'avènement d'un modèle économique

[399] DDHC, 26 août 1789, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

libéral à la fin du XVIII[e] siècle[400]. Ce libéralisme économique est incarné par le décret d'Allarde du 2 mars 1791, qui proclame la liberté du travail[401], et par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 qui abolit le système des corporations[402]. Sous l'Ancien Régime, le système des corporations enfermait l'ouvrier dans des règles préalablement établies. En choisissant telle corporation, le travailleur était donc contraint par ses « statuts ». Il n'y avait donc pas lieu de régir la relation de travail par un contrat. Cependant, cet état du droit a été bouleversé par l'avènement des textes de 1791 qui libèrent le travail. En ce sens, l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars dispose qu'il « sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon […] ». Le travail étant à présent libre, l'ancien *droit des statuts* est aboli. D'ailleurs, l'article 2 de la loi le Chapelier interdit aux professions de « former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs », mettant fin à l'encadrement juridique qui existait jusqu'alors. Désormais, dans la mesure où la relation de travail n'est plus définie en amont, la négociation du salaire incarne cette liberté du commerce et de l'industrie. C'est ainsi que le législateur révolutionnaire fit le choix du contrat pour encadrer la relation de travail. Dès lors, en faisant primer l'accord individuel, ces textes de 1791 ont posé les jalons de l'individualisation des rapports de travail. Avec le libéralisme économique, dans la mesure où le marché du travail s'autorégule et que l'État n'a pas à intervenir, la liberté individuelle doit prévaloir. C'est alors qu'une conception marchande du travail est apparue, avant d'être juridiquement consacrée par le Code civil de 1804.

---

[400] La philosophie des Lumières a contribué à l'avènement du modèle économique libéral, en prônant des valeurs telles que la liberté individuelle. C'est notamment le cas de Montesquieu, qui a démontré qu'il était nécessaire d'encadrer et de limiter le pouvoir royal pour favoriser la libre initiative. V. en ce sens : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748. Aussi, Adam Smith a pu présenter la théorie dite « de la main invisible », qui consiste à démontrer que la poursuite de l'intérêt individuel, dès lors qu'il est encadré par un marché libre et concurrentiel, conduit à promouvoir l'intérêt général : A. Smith, *La richesse des Nations*, 1776.

[401] V. en ce sens : L. des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente. L'article 7 de la loi précitée disposait expressément : « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Ainsi, fut consacré le principe de la liberté du travail. Cette loi a été adoptée à la suite d'un rapport rendu par Pierre d'Allarde en 1791, qui était à cette époque député de l'Assemblée constituante. V. également : Rapport et projet de décret rendu par P. d'Allarde au nom du comité des contributions publiques sur les patentes et la création de visiteurs et inspecteurs des rôles lors de la séance du 17 sept. 1791, *in* E. Laurent, J. Mavidal (dir.), *Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, première série (1787 à 1799), t. XXX, 1888, pp. 738-752. Sur ce point, il convient de préciser que si l'article précité semble référer à la liberté de travail, c'est essentiellement « à la liberté d'entreprise que songeait le législateur ». Toutefois, le droit d'exercer n'importe quelle activité emportait pour conséquence le droit, pour le patron, « d'embaucher librement la main d'œuvre » et pour le travailleur, « la liberté d'opter pour la condition salariale et de contracter avec l'employeur de son choix » : G.-H. Camerlynck (dir.), *Contrat de travail*, t. 1, Dalloz, 2[e] éd., 1982, p. 8.

[402] La loi Le Chapelier a supprimé le cadre collectif qui avait été créé auparavant : celui des corporations, qui contribuait à encadrer le travail par des règles collectives qui portaient notamment sur les salaires et les conditions de travail, qui constituait la seule source d'encadrement du travail et surtout, la seule protection offerte aux travailleurs. V. en ce sens : D. du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « Loi Le Chapelier ».

101.- La consécration du libéralisme économique par le Code Civil de 1804.

Le Code Napoléon de 1804 a permis, dans une certaine mesure, d'asseoir la conception marchande du travail, en consacrant la théorie de la liberté individuelle. Comme l'observe Guillaume-Henri Camerlynck, « le Code civil ne faisait-il que traduire sur le plan juridique, les conceptions économiques libérales qui prévaudront pendant la majeure partie du XIX[e] siècle et interdiront l'organisation étatique ou professionnelle des rapports de travail »[403]. Le travail étant considéré comme une marchandise, il est donc soumis à la loi commune du marché[404]. Cela justifie que le droit applicable à la relation de travail est un droit de l'échange marchand auquel s'applique le principe de la liberté contractuelle. Contrairement à d'autres types de contrats, comme le contrat de vente ou le contrat de mariage qui font l'objet de nombreuses dispositions, le contrat de louage n'est que très peu encadré par le Code civil. En effet, seuls trois articles sont relatifs au contrat de louage de services, lequel sert de cadre contractuel à la relation de travail[405]. Devant le faible nombre d'articles du Code consacrés au *contrat de louage*, de nombreux auteurs se sont interrogés. Pour certains, cela pourrait s'expliquer par la crainte du législateur que ne soit rétabli le régime des corporations que la Constituante avait aboli quelques années auparavant[406]. Pour Raymond Saleilles, ce laconisme s'expliquerait par le fait que « le Code civil ne visait guère que le droit des biens et par suite il était fait pour ceux qui en avaient »[407]. Dans cette conception, le travail serait perçu comme une chose faisant l'objet d'une appropriation par le patron, comme le démontrera plus tard Alain Supiot[408]. Cette conception du « travail-marchandise » a eu pour conséquence le fait que le droit des relations de travail émerge, à cette époque, comme un droit de l'échange marchand de la force de travail, sans

---

403 G.-H. Camerlynck (dir.), *Contrat de travail, op. cit.,* p. 10. Pour préciser ce propos, Guillaume-Henri Camerlynck poursuit en indiquant que « selon la doctrine libérale, il existe au sein des collectivités humaines une harmonie naturelle que l'État ou les groupements doivent se garder de fausser par des interventions inopportunes. L'activité économique a pour moteur l'intérêt individuel ».

404 M. Despax, *Le droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1967, p. 8.

405 C. civ. 1804, art. 1779 à 1781. Sur l'encadrement contractuel de la relation de travail : v. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2. Sur le faible nombre d'articles du Code civil de 1804 consacré au contrat de louage de services, Michel Despax observe d'ailleurs que si seulement trois articles sont consacrés au louage de services, une cinquantaine d'articles « minutieux » régissent le contrat de louage de choses : M. Despax, *Le droit du travail, op. cit*., p. 8. Aussi, dans le cadre d'un rapport rendu sur l'examen du projet de loi du gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective, Camille Perreau observait que « le laconisme du législateur en matière de contrat de travail ». Il jugeait « surprenant qu'on trouve dans nos lois, et particulièrement dans notre Code civil, tant de dispositions relatives à des contrats de bien moindre importance » : C. Perreau, F. Fagnot, *Le contrat de travail : examen du projet de loi du gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective*, Paris, F. Alcan, 1907, p. 5.

406 C. Perreau, F. Fagnot, *Le contrat de travail : examen du projet de loi du gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective, op. cit.*, p. 5.

407 R. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique. Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, 1904, p. 115. Cité par : F. Tellier, « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* 1999, p. 147.

408 A. Supiot, *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2016, pp. 45-66.

véritable considération pour la protection de la personne. Cela justifie que ce droit ait été encadré par le contrat et que le droit des personnes ne lui soit pas véritablement appliqué[409]. Cette conception marchande du travail ainsi consacrée par le législateur révolutionnaire se perpétuera au XIXe siècle, à l'ère du capitalisme industriel.

102.- Le capitalisme industriel, à l'origine d'une confirmation de la conception marchande du travail. Le XIXe siècle a été marqué du sceau d'un modèle nouveau, à la fois économique, social, mais également juridique : le capitalisme[410]. Ce dernier a eu un impact significatif en matières sociale et juridique[411]. Le capitalisme a donné lieu à l'avènement de la grande industrie et à la création de grandes entreprises, au sein desquelles la productivité et la rentabilité figuraient parmi les objectifs premiers. L'idéologie économique libérale de l'industrialisation relève d'une logique de libre concurrence, en vue d'une meilleure efficacité[412]. Dans cette perspective, il était toujours utile et pertinent d'appréhender le travail comme s'il s'agissait d'une marchandise[413]. Le fait de traiter le travail comme un marchandise serait ainsi « l'un des traits du capitalisme »[414]. Cependant, comme le constate l'économiste Karl Polanyi, il s'agit là d'une « marchandise fictive »[415]. Le fait de considérer le travail comme une marchandise revient ainsi à l'assimiler à un produit échangeable sur le marché. Dès lors, le travail était assimilé à un bien appartenant au travailleur qui pouvait, à loisir, l'aliéner[416]. Le capitalisme a ainsi contribué à la conception selon laquelle la force de travail est donc

---

409 En considérant le travail comme un bien fictivement détaché de la personne qui l'exerce, le droit applicable est un droit des choses et non une droit des personnes. Sur ce point, v. *ibid*., p. 40.

410 Dans cette étude, le capitalisme entend être défini comme « le statut juridique d'une société humaine caractérisée par la propriété privée des moyens de production et leur mise en œuvre par des travailleurs qui n'en sont pas propriétaires » : *Dictionnaire Larousse*, v° capitalisme.

411 Sur les rapports entre le droit du travail et le système capitaliste, v. en ce sens : F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, A Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, PUG, coll. Critique du droit, 1980.

412 O. Tholozan, « Le contrat de travail. Révision du louage de services en droit français », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2015, p. 2199.

413 A. Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise*, Collège de France, coll. Leçons de clôture, 2019, p. 22. Alain Supiot relève toutefois que la Déclaration de Philadelphie de 1944 instaure comme « principe fondamental » le fait que « le travail n'est pas une marchandise ». Sur cette question, v. également A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », *in* A. Supiot (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 15 et suiv.

414 A. Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise*, *op. cit.*, p. 22.

415 K. Polanyi, « Le marché régulateur et les marchandises fictives : travail, terre et monnaie », *in* K Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. C. Malamoud, préf. L. Dumont, Gallimard, coll. Bibl. des sciences humaines, 1983, p. 102.

416 Comme le souligne M. Despax, le capitalisme n'a pas été exempt d'incidences délétères puisqu'il a, en outre, contribué à rendre possible le travail des jeunes enfants et, plus largement, à alimenter la misère de la classe ouvrière comme l'a révélé le rapport rendu par le docteur Villermé en 1840. V. en ce sens : M. Despax, *Le droit du travail, op. cit.,* p. 8.

fictivement considérée une marchandise, dont la personne qui en est détentrice peut faire usage au profit d'une autre personne.

B) La relation de travail encadrée par un contrat d'échange marchand

103.- L'insertion du travail dans le mécanisme contractuel. La conception marchande du travail a conduit à l'insertion de cette marchandise fictive dans le mécanisme contractuel[417]. Ce mouvement de contractualisation de la relation de travail témoigne ainsi de « la montée en puissance de l'individu face au groupe et la promotion du contrat conçu comme un instrument de résistance individuelle face à un statut collectif menaçant sans cesse de régresser »[418]. Cet encadrement contractuel se retrouve de manière éparse dans le Code civil de 1804, qui a conduit à régir juridiquement le travail par le biais du contrat de louage[419]. À cette époque, le travail faisait l'objet d'une location s'apparentant à une « chose ordinaire » : le travailleur louait sa force de travail[420]. Cependant, seuls trois articles du Code civil de 1804 étaient relatifs à l'encadrement du contrat de louage « des domestiques et des ouvriers »[421]. Cela pourrait s'expliquer par le fait que la liberté des conventions qui primait alors aurait suffi à tout prévoir, et qu'il n'était pas nécessaire de « tracer pour le travail un cadre facultatif qui [aurait pu] servir de modèle »[422]. Ainsi, les dispositions générales relatives aux règles applicables

[417] Sur les raisons et les modalités de l'insertion du travail dans le mécanisme contractuel, v. en ce sens : A. Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise, op. cit.*, pp. 22 et suiv. ; A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, pp. 45 et suiv ; T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992.

[418] C. Radé, « Le solidarisme contractuel en droit du travail », *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 75-93, spéc. p. 78.

[419] Dans le Code civil de 1804, il existait deux formes de contrat de louage : le louage des choses et le louage d'ouvrage : C. civ. 1804, art. 1708 : « Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses, et celui d'ouvrage ». Plus exactement, c'est l'article 1779 du Code civil de 1804 qui instaure le cadre du contrat de louage, disposant qu'il existe « trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un […] ». C'est donc bien le louage d'ouvrage qui permettait d'encadrer la relation de travail.

[420] T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, *op. cit.* ; D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2013, p. 113.

[421] Seule une section du Code civil de 1804, elle-même composée de deux articles, régissait le « Louage des domestiques et ouvriers » : C. civ. 1804, art. 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée » et C. civ. 1804, art. 1781 : « Le maître est cru sur son affirmation ; Pour la quotité des gages ; Pour le paiement du salaire de l'année échue ; Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante ». Il faut ajouter à l'article 1779 qui exposait les règles générales relatives au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, selon lequel « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés ». Ici, seul le 1° intéresse le contrat régissant la relation de travail.

[422] R. Merlin, *Le contrat de travail, les salaires, la participation aux bénéfices*, Paris, F. Alcan, 1907, p. 19.

aux contrats et aux obligations conventionnelles trouvaient application[423]. C'est notamment le cas de la classification des contrats, dont disposaient les articles 1102 à 1107 du Code civil de 1804.

104.- Le caractère synallagmatique du contrat encadrant la relation de travail. Dès lors qu'il a été établi par le Code civil de 1804 que la relation de travail était régie par le contrat de louage, il convient de se référer à l'article 1710 du même Code qui prévoit expressément que « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Dès lors, le travailleur s'engage à accomplir un travail ; en contrepartie, le maître doit payer cette prestation. Ainsi, le contrat de louage d'ouvrage apparaît comme un contrat synallagmatique, dans la mesure où les parties s'obligent réciproquement[424]. Chaque partie est tenue à une obligation contractuelle : le travailleur est tenu de réaliser le travail et le maître, de le payer. Si l'un des cocontractants manque à son obligation contractuelle, les règles relatives à l'inexécution trouvent application.

II- L'absence du travailleur comme traduction d'une inexécution contractuelle

105.- Plan. Selon une conception strictement contractuelle, la situation d'absence du travailleur emporte pour conséquence le fait que le salarié n'accomplit pas le travail. Par conséquent, la situation d'absence se traduit juridiquement par le fait que le salarié manque à son obligation contractuelle **(A)**. Cette analyse permet ainsi d'appliquer les mécanismes civilistes de l'inexécution de l'obligation **(B)**.

---

423 C. Civ. 1804, art. 1101 et suiv.

424 C. civ. 1804, art. 1102 : « […] le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants *s'obligent réciproquement* les uns envers les autres ». En outre, en application de l'article 1134 du Code civil de 1804, les parties sont tenues à leur engagement. Le caractère synallagmatique du contrat de louage d'ouvrage a été rappelé par la doctrine du XIXe siècle. V. not. : L. Mesot, *Encyclopédie pratique du droit français ou explication précise de la législation civile, commerciale, industrielle et administrative*, Bruxelles, Mertens et fils, 1865, p. 354 ; J.-M. Boileux, M.-F. Poncelet, *Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément*, t. 3, Paris, Joubert, 5e éd., 1844, p. 331 ; A. Duranton, *Traité du contrat de louage, de société et du prêt suivant le Code civil*, Paris, Toussaint, 3e éd., 1834, p. 4 ; M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, Paris, Garnery, 5e éd., 1827, p. 263.

A) Un manquement du travailleur à l'obligation contractuelle

106.- L'inapplicabilité du régime juridique de *l'absence en droit civil* à la *situation d'absence au travail*. Puisque le travailleur comme personne est fictivement dissocié de sa force de travail, le droit des personnes n'intervient pas pour régir la relation de travail[425]. En effet, l'encadrement contractuel de la relation de travail a contribué, dans un premier temps, à ne pas inclure l'application du droit des personnes à la relation de travail. Concrètement, l'échange marchand de la force de travail était encadré ; la protection de la personne n'était que très peu prise en compte**.** Ce sont donc les dispositions relatives au droit des contrats civils qui reçoivent application. Ce constat permettrait de justifier l'inapplicabilité des règles relatives à l'absence en droit civil à la situation d'absence au travail. Pourtant, il est permis de constater qu'il existe des similitudes entre la situation *d'absence au sens du droit civil* et celle *d'absence du travailleur*. Dans les deux cas, la personne n'est pas présente : pour la première, de la vie civile ; pour la seconde, du travail. Toutefois, la traduction juridique de ces situations est foncièrement différente. Pour ce qui est de *l'absent en droit civil,* il s'agit de déterminer un statut juridique de la personne dont il n'est pas possible d'établir qu'elle est vivante ou décédée. Cela concerne bien l'état de la personne et donc, le droit civil des personnes. Or, pour la situation d'absence du travail, l'état de la personne était indifférent. Ce sont les règles du droit des contrats civil qui devaient être mobilisées.

107.- La qualification juridique de l'absence du travailleur. La relation de travail étant contractuellement encadrée, elle est soumise aux règles générales du contrat. Si on se réfère aux règles générales du Code civil de 1804 issues de l'idéologie individualiste, « la volonté humaine est à elle-même sa propre loi »[426]. En contractant, les parties s'engagent à honorer leurs engagements réciproques[427]. Le contrat a ainsi force obligatoire dès lors qu'il

[425] En revanche, le droit des personnes pouvait s'appliquer dans une certaine mesure aux travailleurs. Par exemple, le régime juridique de la femme mariée s'appliquait, puisque les dispositions en vigueur prévoyaient que la femme mariée qui était frappée d'incapacité et qui était donc tenue d'obtenir le consentement de son mari pour contracter. Cela s'appliquait donc lorsque la femme mariée souhaitait travailler. V. en ce sens : C. civ. 1804, art. 217 : « La femme, même non commune ou séparée en biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ». On peut également songer au régime de l'incapacité des mineurs, puisque le mineur qui travaillait voyait ses revenus administrés par son tuteur, qui était en principe son père. V. en ce sens : C. civ. 1804, art. 389 : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens de ses enfants mineurs. Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance […] ».

[426] J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis droit privé, 20e éd., 1996, p. 50.

[427] C. civ., art. 1103.

est légalement formé, c'est-à-dire qu'il se conforme aux obligations légales[428]. Or, la situation d'absence au travail produit un unique effet juridique : celui de l'inexécution de l'obligation. Il s'agit là de la traduction juridique de la situation d'absence du travailleur. En effet, le fait que le salarié ne soit pas présent au travail ne pose de difficulté juridique que parce que cette situation conduit à l'inexécution du travail[429]. Or, cette dernière constitue précisément l'obligation contractuelle du travailleur dans le cadre du contrat de louage. Dès lors, la situation d'absence du travailleur se traduit juridiquement par l'inexécution de l'obligation contractuelle de ce dernier. À cette époque, la situation d'absence du travailleur n'a pas d'intérêt propre. Elle est juridiquement appréhendée à travers les effets qu'elle produit sur le contrat. Pour cette raison, elle est régie par les relatives à l'inexécution de l'obligation. Faute de règles spéciales applicables à l'inexécution de l'obligation dans le contrat de louage, ce sont les règles générales qui s'appliquent.

B) La mise en œuvre des règles relatives à l'inexécution de l'obligation

108.- Plan. L'absence du travailleur, qui se traduit juridiquement par l'inexécution de son obligation au contrat de louage, pouvait donner lieu à la résolution du contrat sous certaines conditions **(1)**. Cependant, en vertu du caractère synallagmatique du contrat de louage, le patron pouvait également s'abstenir de payer le prix convenu si le travail n'était pas exécuté **(2)**.

1. La résolution du contrat

109.- L'existence d'une condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques. En premier lieu, l'article 1184 du Code civil de 1804 offre une précision importante en matière d'inexécution de l'obligation. Il prévoit que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement »[430]. Puisque le contrat de louage est un contrat

[428] C. civ. 1804, art. 1134, al. 1er : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».
[429] L'expression « d'inexécution du travail » est ici employée par préférence à celle de « l'inexécution de la prestation de travail », parce que cette expression est propre au contrat de travail et à l'état de subordination lié à ce-dernier. D'ailleurs, les articles du Code civil de 1804 relatifs au contrat de louage n'évoquent nullement l'accomplissement d'une « prestation de travail » ; ils réfèrent à la « fourniture du travail ou de son industrie ». V. en ce sens : C. civ. 1804, art. 1789.
[430] C. civ. 1184, al. 1er.

synallagmatique, et que l'absence du travailleur se traduit juridiquement par une inexécution du travail, il est possible de considérer que cet article reçoit application dans une situation d'absence. Toutefois, l'article précité prévoit expressément que la résolution n'opère pas de plein droit, laissant une option au créancier de l'obligation inexécutée entre l'exécution forcée de la convention – lorsqu'elle est possible – et la demande de résolution judiciaire assortie de dommages et intérêts[431]. Dès lors, le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant à la gravité de l'inexécution. Ainsi, toute inexécution ne saurait donner lieu à la résolution du contrat de louage[432]. Outre ces règles générales, des conditions spécifiques liées à la résolution du contrat de louage ont pu être dégagées.

110.- Les conditions liées à la résolution du contrat de louage. Le Code civil de 1804 restait muet sur les conditions spécialement applicables en matière de résolution du contrat de louage. Cependant, la jurisprudence a apporté des précisions utiles. Deux tendances se dégagent, selon qu'il s'agit d'un contrat de louage de services ou d'ouvrage. S'agissant du *contrat de louage de services*, il convient de distinguer selon qu'il est conclu avec ou sans détermination de durée. Si le contrat de louage est conclu sans détermination de durée, la jurisprudence semble se référer à l'article 1780 de l'ancien Code civil, qui dispose qu' « on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée ». Les juges déduisaient de cet article que si le contrat est conclu sans détermination de durée, les parties peuvent y mettre fin à tout moment[433]. Cependant, sous l'influence de certains auteurs comme Raymond Saleilles, la théorie de l'abus de droit a progressivement été reçue en droit civil à partir du début du XX^{e} siècle[434]. C'est d'ailleurs en droit du travail que cette théorie aurait été consacrée par le

---

431 C. civ. 1184, al. 2 : « Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

432 Cass., 22 nov. 1894 (S. 95. 2. 210).

433 V. en ce sens : Civ. c., 5 fév. 1872 ; Paris, 2 août 1872 ; Paris, 17 août 1872 ; Civ. c., 5 août 1873 ; Civ. c., 28 mars 1874 ; Civ. c., 10 mai 1875 ; Civ. c., 10 mai 1876, *in* L. André, L. Guibourg, *Le Code ouvrier. Exposé pratique de la législation et de la jurisprudence réglant le travail et les intérêts des ouvriers et apprentis*, Paris, Chevalier-Marsescq et cie, 1875, p. 80. C'est également la règle que rappelle René Demogue. V. en ce sens : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 51.

434 V. en ce sens : F. Bin, « La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français », *in* L. Tichy, S. Maslowski, T. Troup (dir.), *L'abus de droit. Actes du colloque franco-tchèque, 2015*, Centre de droit comparé de l'Université Charles de Prague, Prague, 2016, p. 11 ; C. Didry, P. Ancel, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^{e} siècle », *in* P. Ancel, G. Gabriel, C. Chappuis (dir.), *L'abus de droit : comparaisons franco-suisses*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51. Une nuance doit cependant être apportée. Selon Fabrice Bin, le droit français aurait également été influencé par des législations étrangères notamment suisse et allemande qui reconnaissaient cette théorie. En effet, la législation allemande avait instauré « en principe général celui de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles, donnant ainsi à la sanction de l'abus de droit une portée que le code civil » ne lui

législateur en 1890. Rompant avec la conception antérieure et la jurisprudence de la Cour de cassation qui affirmait que l'usage d'un droit par une partie ne pouvait donner lieu à des dommages et intérêts, la loi du 27 décembre 1890 prévoyait qu'un droit d'action était ouvert pour la partie lésée en raison d'une rupture abusive du contrat de louage par l'autre partie[435]. Elle a donné lieu à la modification de l'article 1780 du Code civil de 1804, intégrant en son deuxième alinéa la disposition suivante : « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à dommages et intérêts »[436]. Si ces règles ne sont pas propres à l'inexécution de l'obligation, il semblerait qu'elles trouvent application en la matière. Quant au régime juridique applicable au contrat conclu avec détermination de durée, il semble plus clair. Il est prévu qu'une action en dommages et intérêts s'ouvre de plein droit pour le créancier de l'obligation inexécutée. Ainsi, il a pu être jugé que l'ouvrier engagé pour une durée déterminée, qui quitte ses travaux avant l'extinction des feux, commet une faute et peut être condamné à verser des dommages et intérêts au maître[437]. Quant au *contrat de louage d'industrie*, il semblerait qu'il cesse pour inexécution des obligations, même si cette dernière est liée à l'incapacité physique ou morale de l'ouvrier[438]. Les règles semblent ainsi plus clairement établies pour ce type de contrat. Toutefois, peut se poser la question de l'opportunité du maître de solliciter la résolution judiciaire lorsque le travailleur est absent. Il pourrait être fait application d'autres règles de l'inexécution propres aux contrats synallagmatiques qui seraient plus opportunes pour lui, notamment le non-paiement du prix.

2. Le non-paiement du prix

111.- Le paiement du prix comme contrepartie de l'accomplissement du travail. Le contrat de louage étant un contrat synallagmatique, les parties s'obligent

accordait pas. Quant au Code civil suisse du 10 décembre 1907, il prévoyait en son article 2 alinéa 2 que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Textes cités pas : F. Bin, « La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français », *op. cit.*, p. 11. Pascal Ancel et Claude Didry relèvent également l'influence de Saleilles, mais l'influence des législations étrangères serait plus relative. Selon eux, l'avènement de la théorie de l'abus de droit en droit français serait née en réaction aux transformations sociales connues par la France au début du XX^e^ siècle, notamment aux conflits sociaux : C. Didry, P. Ancel, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e^ siècle », *op. cit.*, p. 51.

435 L. du 27 déc. 1890 sur le contrat de louage et sur les rapports des agents des chemins de fer avec les compagnons (*Bull. des lois* 1890, n° 1377, p. 1584), spéc. art. 1^er,^ §1.

436 Art. cit. par : E. Barthélémy, *De la résiliation du contrat de louage de services (Loi du 27 décembre 1890)*, Paris, A. Bedone, 1896, p. 63.

437 Justice de paix, Condé-sur-Escaut, 17 fév. 1860. Cité par : L. André, L. Guibourg, *Le Code ouvrier. Exposé pratique de la législation et de la jurisprudence réglant le travail et les intérêts des ouvriers et apprentis, op. cit.,* p. 91.

438 *Ibid.*, p. 107.

réciproquement[439]. Plus précisément, la relation de travail est encadrée par le contrat de louage d'ouvrage. Ce dernier est défini comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un *prix* convenu entre elles »[440]. Dès lors, le paiement du prix constitue la contrepartie de l'obligation « de faire quelque chose », et plus précisément d'accomplir un travail. En prenant en compte le caractère synallagmatique du contrat de louage, le paiement du prix n'est en conséquence pas dû par le maître si son cocontractant n'effectue pas le travail[441]. Afin de déterminer le montant du prix qui peut être retenu, il convient d'établir un instrument de mesure permettant de quantifier le travail accompli.

112.- La quantification du travail : le travail au *temps* et le travail à la *pièce*. Il fut nécessaire de déterminer un instrument de mesure du travail afin que le prix perçu par le travailleur soit quantifiable au regard du travail fourni. Plusieurs éléments sont apparus comme des instruments de mesure du travail. Au XIX^e^ siècle, le travail est rémunéré selon deux modes différents. En premier lieu, le travail peut être rémunéré au *temps*[442]. Dans ce cas, le prix est calculé en fonction du temps que le travailleur passe au travail[443]. Selon les usages, le travail est quantifié à l'heure, à la journée, à la semaine ou au mois. En second lieu, le travail peut être rémunéré *à la tâche* ou *à la pièce*[444]. Dans ce cas, l'ouvrier est rémunéré en fonction du nombre de tâches effectuées ou de pièces produites[445]. L'inconvénient de cet instrument de mesure est que, contrairement au travail quantifié selon le temps, le travail à la tâche est éminemment subjectif[446]. Il dépend de la rapidité de l'ouvrier à accomplir la tâche. À titre d'illustration, un ouvrier peut accomplir une tâche en cinq jours, tandis qu'un autre peut y

---

439 V. *supra*, n° 104.

440 C. civ. 1804, art. 1710.

441 Il s'agit ici d'un application du mécanisme de l'exception d'inexécution. En effet, ce principe est admis depuis longtemps par la jurisprudence. Cependant, l'exception d'inexécution a codifiée à la suite de la réforme du droit des contrats de 2016, aux articles 1219 et 1220. V. Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations.

442 Le louage au temps est hérité du contrat de *locatio operis* qui existait en droit romain et qui prévoyait que le temps passé au travail conditionnait la rémunération : v. J. Adnet, *Droit romain : Le louage de services. Droit français : Le salaire et le collectivisme*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. A. Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 6. Aussi, il convient de relever que

443 L. Blanc, *Le socialisme. Droit au travail*, Éd. Bureaux du « Nouveau-Monde », 3^e^ éd., 1849, p. 29.

444 P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Première partie, Législation du travail industriel*, Éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence A. Rousseau, 1894, p. 334. Ce type de louage correspond quant à lui contrat de *locatio operis* qui existait en droit romain : v. J. Adnet, *Droit romain : Le louage de services. Droit français : Le salaire et le collectivisme*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. A. Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 6.

445 J. Adnet, *Droit romain : Le louage de services. Droit français : Le salaire et le collectivisme*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. A. Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 6.

446 Au soutien de cette affirmation, Delphine Gardes relève que le temps « fixe la valeur monétaire du travail fait, en fonction de la quantité de travail réalisée, prioritairement à la qualité réelle de celui-ci » : D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail, op. cit.,* p. 120

consacrer six ou sept journées. Par ailleurs, l'ouvrier rémunéré à la tâche ou à la pièce supporte les risques liés à la fabrication ou à la confection, comme la qualité ou la livraison des matériaux[447]. Au regard de la distinction entre *travail au temps* et *travail à la tâche* ou *à la pièce*, il convient de constater que la présence de l'ouvrier est requise seulement pour le travail au temps. Pour ce qui est du travail *à la tâche* ou *à la pièce*, l'ouvrier dispose d'une plus grande autonomie. Il peut travailler quand il le souhaite, sous réserve de respecter les délais de livraison convenus. Aussi, son absence – c'est-à-dire l'inexécution de son travail – a pour conséquence la production de moins de pièces ou d'ouvrages et donc, une rémunération proportionnée. C'est donc bien pour le *travail au temps* que la sanction du non-paiement du prix intervient. Avec l'industrialisation et le développement de la grande entreprise intervenus au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, « le travail "orienté par la tâche", payé à la pièce ou à la tâche, a cédé la place au travail "mesuré par l'horloge", payé au temps »[448]. L'ouvrier est rémunéré, selon les coutumes de la profession qu'il exerce, à l'heure ou à la journée[449]. Par conséquent, le *travail au temps* permet au maître de ne pas verser au travailleur le prix correspondant à la durée pendant laquelle il s'est absenté, comme en témoignent les arrêts rendus à cette époque.

113.- La situation d'absence du travailleur sanctionnée par le non-versement du prix. Certains arrêts rendus au XIXe siècle permettent de constater qu'il était admis que le patron s'abstienne de payer le prix au travailleur, lorsque ce dernier n'exécutait pas le travail. Un premier arrêt rendu par la Cour royale de Paris le 16 avril 1846 permet d'illustrer ce constat[450]. En l'espèce, un ouvrier avait déserté le travail pendant une semaine. En réaction à cette absence, le maître s'était abstenu de verser le prix proportionnellement à la période non travaillée. Lorsque l'ouvrier est revenu, le contrat s'est poursuivi. Selon les magistrats, le non-

---

447 H. Capitant, P. Cuche, *Cours de législation industrielle*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1921, p. 145

448 A. Corsani, « Rémunération du travail » *in* M.-C. Bureau, A. Corsani, O. Giraud (dir.), *Les zones grises des relations de travail et d'emploi*, t. 2, Teseo, 2024, p. 191. Dans le même sens, v. P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *Dr. ouvr.* 2009, p. 418. Cependant, il convient de nuancer ce propos. Le travail à la tâche ou à la pièce n'a pas disparu à cette époque. Il a perduré notamment dans les petites industries dans lesquelles il était aisé de mesurer le nombre d'ouvrages réalisé par un travailleur. À titre d'illustration, le travail de couture réalisé par les femmes dans les ateliers textiles est rémunéré à la tâche : M. Maruani, M. Meron, « Le travail des femmes dans la France du XXe siècle », *in L'adieu au chômage. Non, les politiques n'ont pas tout essayé*, La Découverte, pp. 177-193, spéc. p. 190. C'est également le cas des munitions de pyrotechnie : Y. Le Gallo, « L'enseignement technique et ses enseignants dans le Var (1850-1940) *in* J. Girault (dir.), *Les enseignants dans la société française au XXe siècle. Itinéraires, enjeux, engagements*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 23.

449 A. Dupin, *L'ouvrier*, Éd. C. Delagrave, 1904, p. 42.

450 Cour royale de Paris, 16 avr. 1846 (Bull. des arrêts de la Cour royale de Paris, 1846).

paiement des journées non travaillées ne pouvait être perçu comme une rupture abusive du contrat, dans la mesure où le patron avait offert la possibilité à l'ouvrier de retravailler. Une solution similaire fut retenue dans un arrêt rendu par la Cour de cassation du 26 octobre 1857[451]. Un domestique s'était absenté pendant plusieurs jours. Le patron avait alors refusé de le payer, sans toutefois rompre le contrat. Selon les magistrats, l'absence du domestique – qui, de surcroît, n'était pas justifiée – suspendait le droit de gage pour la période non travaillée, sans qu'il ne soit nécessaire pour le patron de solliciter la rupture du contrat. Enfin, l'absence de l'ouvrier liée à la maladie était considérée comme un cas de force majeure de nature à dispenser le patron de payer le salaire, proportionnellement la durée de l'absence[452].

114.- Des exceptions au non-paiement du travailleur en cas d'absence. Si la situation d'absence du travailleur peut être sanctionnée par le non-versement du prix, certaines exceptions doivent cependant être relevées. Au XIX^e^ siècle, il existe des cas dans lesquels le travailleur voit sa rémunération maintenue dans certaines situations d'absence. Se dessine ainsi les balbutiements d'une protection de la personne en cas d'absence. En premier lieu, la règle relative au maintien de la rémunération en cas d'absence est prévue des réglementations spéciales applicables à certains métiers. C'est notamment le cas du personnel ouvrier des arsenaux maritimes, pour lequel un décret du 18 janvier 1867 prévoit le maintien partiel de la rémunération de l'agent blessé ou malade pendant son hospitalisation[453]. Un régime comparable est applicable aux ouvriers et employés des chemins de fer, qui jouissent d'un maintien partiel voire intégral de leur salaire en cas de maladie, et ce même en dehors du cas d'hospitalisation[454]. Enfin, on peut citer un règlement général concernant les services municipaux de la ville de Paris, qui prévoit le maintien du salaire de l'ouvrier malade[455].

---

451 V. C. cass., 26 oct. 1857.

452 V. G. Cornil, *Du louage de services ou contrat de travail. Étude sur les rapports juridiques entre les patrons et les ouvriers employés dans l'industrie*, Éd. Thorin & fils, 1895, p. 343.

453 D. du 18 janv. 1867 portant règlement du personnel ouvrier des arsenaux maritime, spéc. art. 27 : « Tout agent du personnel ouvrier de la marine, s'il est blessé, est traité aux frais de l'État dans les hôpitaux de la marine ou, à défaut, dans les hôpitaux de la guerre ou dans les hospices civils, et pendant son séjour, dans lesdits hôpitaux ou hospices, il jouit de sa solde matriculaire, déduction faite des retenues déterminées par les règlements en vigueur ». Cela signifie que l'ouvrier continue de percevoir une partie de sa rémunération, qui se voit appliquer une déduction conformément aux réglementations en vigueur. V. en ce sens : L.-M Devilleneuve, A.-A. Carette, P. Gilbert, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, 1867, pp. 134-135.

454 Il est prévu que lorsque l'ouvrier est malade, il reçoit « la moitié de son salaire pendant la durée de sa maladie ». En outre, « si l'incapacité de travail est la conséquence du service, le salaire entier est conservé pendant trois mois, et même pendant une période plus longue, moyennant une autorisation spéciale du Directeur de la Compagnie » : J. Michel, *La condition actuelle des ouvriers dans les grandes industries*, Grenoble, Baratier et Dardelet, 1876, p. 9.

455 Règl. général des 14 nov. 1895 et 19 juin 1899 concernant les ouvriers des services municipaux de la ville de Paris, *in Bull. du ministère du travail et de la prévoyance sociale*, Actes et documents officiels, 1899, pp. 938-939.

Le versement du salaire pendant la période d'absence est total ou partiel, compte tenu de certaines circonstances, notamment de la durée de la maladie[456]. Les ouvriers et employés municipaux de la ville de Paris jouissaient d'un traitement particulièrement favorable. Au XIXe siècle, le maintien du salaire en cas d'absence de l'ouvrier est peu fréquent et souvent réduit à la maladie de ce dernier. Or, les ouvriers et employés municipaux de la ville de Paris jouissent d'un congé annuel payé d'une durée de dix jours[457]. Par ailleurs, ils bénéficient d'une période d'instruction militaire intégralement rémunérée[458]. Outre ces réglementations spéciales, la jurisprudence de la Cour de cassation est particulièrement éclairante s'agissant du non-versement du prix en cas d'absence. À titre d'illustration, la Cour de cassation a pu confirmer l'attribution d'une indemnité de « brusque renvoi » à un domestique qui comptait onze mois de services dans la maison, et qui avait été congédié à la suite d'une absence pour maladie qui avait duré seulement deux jours[459]. En revanche, elle a considéré que la décision par laquelle un ouvrier avait été débouté de sa demande de délai-congé et de dommages et intérêts était justifiée, dès lors que le travailleur ne pouvait « ni dire que sa maladie n'avait été que de courte durée, ni se prévaloir de longs services antérieurs »[460].

§2 : Le maintien d'un traitement contractuel de la situation d'absence du travailleur

115.- Plan. L'avènement du droit du travail à la fin du XIXe siècle, aurait pu entraîner un changement de paradigme[461], puisqu'il a conduit à prendre davantage en compte le statut

---

456 *Ibid.*, art. 13 *in Bull. du ministère du travail et de la prévoyance sociale*, Actes et documents officiels, 1899, spéc. p. 939 : « tout cas de maladie ou d'accident est constaté par le médecin de l'Administration, qui détermine également l'époque à laquelle l'ouvrier malade doit reprendre son service. En cas d'accident occasionné par les travaux et entraînant une incapacité momentanée de travail, l'ouvrier reçoit son salaire entier jusqu'à sa complète guérison. En cas de maladie, l'ouvrier reçoit son salaire intégral pendant la durée de ladite et si elle ne se prolonge pas au-delà d'un an. Si la maladie se prolonge au-delà d'un an, l'Administration examine s'il y a lieu de continuer à servir à l'ouvrier le salaire intégral ou une fraction de ce salaire, ou de lui accorder une retraite anticipée ».

457 *Ibid.*, art. 9 al. 1er, *in Bull. du ministère du travail et de la prévoyance sociale*, Actes et documents officiels, 1899, spéc. p. 938 : « Les ouvriers auxiliaires permanents et les ouvriers titulaires auront droit à un congé annuel de 10 jours sans retenue de salaire ».

458 *Ibid.*, art. 10, *in Bull. du ministère du travail et de la prévoyance sociale*, Actes et documents officiels, 1899, spéc. p. 938 : « Les ouvriers titulaires appelés à faire une période d'instruction militaire recevront pendant ce temps leur salaire intégral ».

459 V. en ce sens : Cass., 28 juill. 1897. Cité par L. Rachou, *Le Génie Civil*, t. 48, Paris, Premier semestre 1905-1906, 26e année, p. 10.

460 *Ibid.*

461 C'est à la fin du XIXe siècle que les premières lois sociales sont intervenues, lesquelles ont « donné lieu à un corps de règles qui traduisent la volonté de l'État d'intervenue dans le domaine des relations professionnelles » : F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, G. Duchange, *Droit du travail,* LGDJ, coll. Manuel, 9e éd., 2024, p. 27. Sur la naissance du droit du travail à la fin du XIXe siècle, v. également : C. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, préf. J. Hauser, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 282, p. 1.

juridique de la personne. Alors que le traitement contractuel de l'absence aurait pu être remis en cause, le maintien de l'encadrement de la relation de travail par le contrat **(I),** a préservé le maintien du traitement contractuel de l'absence **(II)**.

I- Le maintien d'une conception contractuelle de la relation de travail

116.- L'avènement de la grande industrie et le maintien du cadre contractuel.

L'avènement du droit du travail s'inscrit dans un contexte marqué par la Révolution industrielle. En effet, à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, la grande industrie se développe en France et remplace largement l'artisanat qui existait jusqu'alors[462]. En effet, la main d'œuvre temporaire ne suffit plus à assurer les besoins de l'industrie, dont l'objectif est, avant tout, la rentabilité et la production de masse. Ainsi, la main d'œuvre stable, qualifiée et durable, devient un enjeu économique majeur car elle conditionne la production à grande échelle. Le travail n'est plus une activité domestique ou ponctuelle, il devient l'épicentre de la production industrielle. Malgré ces transformations, le cadre juridique de la relation de travail ne connaît pas de réelle transformation, ni de remise en cause profonde, puisque le législateur et les juges conservent le modèle contractuel établi par le Code civil de 1804. Cela traduit un attachement à la philosophie individualiste, apparue à la fin du XVIIIe siècle, et au principe de l'autonomie de la volonté. Or, la nécessité d'une protection du travailleur commence à émerger à mesure que l'on prend conscience des limites du contrat de louage, tel que prévu par le Code civil de 1804, pour régir la relation de travail. Avant l'avènement du Code du travail en 1910, la Commission du travail avait proposé de la création d'un nouvel article 1779 au sein du code civil. Cet article prévoyait « deux espèces de louage d'ouvrage : 1° le contrat de travail ; 2° le contrat d'industrie »[463]. Ainsi, la relation de travail devait continuer d'être traitée par le droit civil des contrats civils. *In fine*, cette proposition n'a pas été consacrée et le Code du travail, marquant la venue d'un nouveau droit, faisant primer la législation industrielle sur les règles du code civil. Au début du XXe siècle, la doctrine a également œuvré pour dépasser l'ancienne

[462] Des usines rassemblant des milliers de salariés ont émergé en France à cette époque. C'est par exemple le cas des usines Schneider au Creusot, mais également des usines Wendel en Lorraine : G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail, op. cit.*, p. 113. Dans ce contexte, la division des tâches et les cadences de travail s'intensifièrent. C'est ainsi que « la France de 1848 compte près de 36 millions d'habitants ; la population industrielle est constituée de 5 à 6 millions d'entre eux […] qui réunit des paysans-ouvriers, une élite de salariés très qualifiés, et un prolétariat d'usine dont la condition misérable va rapidement retenir l'attention des enquêteurs et des publicistes », v. *ibid.*

[463] P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, A. Rousseau, 3e éd., 1909, p. 675.

conception du contrat de louage afin de lui substituer un contrat d'un nouveau genre : le *contrat de travail*. Il est intéressant de constater que plusieurs auteurs, avant même l'instauration du Code du travail, ont proposé une définition du contrat de travail[464]. Dans son *Traité élémentaire sur la législation industrielle* paru en 1909[465], Paul Pic retranscrit cette définition partagée. Il écrit que, pour ces auteurs, le contrat de travail est « le contrat par lequel une personne s'engager à travailler pour une autre, qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli […] »[466]. Considérant qu'il n'est pas certain que les travaux de la Commission soient un jour consacrés, Pau Pic préfère s'en « tenir à la distinction classique du louage de services et du louage d'ouvrage »[467]. Pour autant, même si les travaux de la doctrine et de la Commission souhaitent dépasser l'ancienne conception du contrat de louage, la relation de travail reste encadrée par le contrat. Par conséquent, en matière d'absence, le salarié demeure assujetti au mécanisme de l'inexécution contractuelle.

117.- Le maintien d'une conception contractuelle malgré la prise en compte croissante de la personne du travailleur. Depuis la fin du XIXe siècle, la condition ouvrière fait l'objet de préoccupations majeures. Il est apparu nécessaire d'assurer une meilleure protection à l'ouvrier. Partant, l'avènement du droit social, avec les grandes lois sociales à partir du milieu du XIXe siècle, aurait pu conduire à la mutation du traitement juridique de la situation d'absence au travail. En effet, le droit social a émergé pour pallier les insuffisances du droit civil à appréhender la réalité humaine du travail. Comme le relève Delphine Gardes, le droit du travail met « au centre de la relation la personne du travailleur jusque-là presque oubliée et effacée par la conception civiliste »[468]. Le contrat de travail ne régit plus seulement un échange marchand, mais conduit à « personnifier » le travail ou, plus exactement, le travailleur[469]. Le Code du travail créé en 1910 prévoit que la relation de travail est régie par le *contrat de travail*, qui est le « contrat par lequel une personne, employé, ouvrier, domestique, s'engage à travailler

[464] V. en ce sens, R. Merlin, *Le contrat de travail, les salaires, la participation aux bénéfices*, Paris, Felix Alcan, 1907, p. 1 ; C. Chambon, *Le projet de loi sur le contrat de travail, Quest. Pratiques*, trav. parl., 1908, p. 174 ; E. Chatelain, *De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur*, Paris, Felix Alcan, 1902, v. introduction ; F. Léger, *Le contrat de travail*, Rev. polit. et parl., 1906, t. IV, p. 502
[465] P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle, op. cit.*, p. 676.
[466] *Ibid.*
[467] *Ibid.*
[468] D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, pp. 114-115.
[469] *Ibid.*, p. 115.

pour une autre […] moyennant une rémunération en argent »[470]. Ce contrat organise les rapports capitalistes de pouvoir. Plus précisément, il vise à prendre en compte l'état de subordination du travailleur, tout en assurant, dans le même temps, la protection des intérêts de l'entreprise[471]. Au début du XXe siècle, Henri Capitant et Paul Cuche relèvent que « le trait caractéristique [du contrat de travail] réside dans le fait qu'une personne met sa capacité de travail à la disposition d'une autre, moyennant une rémunération »[472]. Dès lors, l'absence du travailleur aurait pu être traitée comme un phénomène *personnel*, et non plus seulement dans sa dimension *contractuelle*. Alors que ces spécificités seront analysées ultérieurement, car elles sont à l'origine de l'émergence de la notion d'absence en droit social[473], il convient préalablement de souligner que le principe de l'encadrement de la relation de travail par le contrat n'a pas été remis en cause.

118.- Le maintien du contrat comme cadre de la relation de travail. L'avènement du droit du travail n'a pas remis en cause le principe issu de la philosophie libérale, en vertu duquel la relation est encadrée par le contrat. En effet, le droit du travail a davantage contribué à adapter le contrat aux spécificités de la relation de travail, qu'à remettre en cause la conception contractuelle. C'est d'ailleurs l'idée exprimée par Alain Supiot, qui indique que « la qualification contractuelle de la relation de travail a acquis depuis lors la force d'un postulat. Beaucoup de choses ont changé depuis 1804, un droit du travail s'est développé, et on a même revendiqué pour lui l'autonomie face au droit civil, mais la relation individuelle de travail reste qualifiée en droit positif de relation contractuelle »[474]. Ainsi, la conception contractuelle de la relation de travail a persisté, même avec l'avènement du droit du travail. Le contrat demeure, au début du XXe siècle, le noyau de la relation individuelle de travail. Si la qualification contractuelle de la relation de travail n'a pas été remise en cause, le caractère synallagmatique du contrat ne l'a pas été non plus. Le contrat de travail fait naître des obligations réciproques et interdépendantes entre les parties : le salarié est tenu d'exécuter la prestation de travail et l'employeur doit, quant

470 H. Capitant, P. Cuche, *Cours de législation industrielle*, *op. cit.*, p. 143.
471 Sur ce point, la présente étude renvoie aux écrits d'Antoine Jeammaud, qui met en lumière les fonctions multiples du contrat de travail et qui évoque à ce titre le « dualisme structurel » du contrat de travail. V. en ce sens : A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », *in Les transformations du droit du travail*, *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 301.
472 H. Capitant, P. Cuche, *Cours de législation industrielle*, *op. cit.*, p. 143.
473 Sur ce point, v. *infra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.
474 A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, pp. 47-48.

à lui, fournir le travail[475] au salarié, et lui payer son salaire[476]. Comme tout contrat, le contrat de travail a force obligatoire et s'impose aux parties[477]. Ces constats préalables permettent d'expliquer que la situation d'absence a continué d'être traitée comme une inexécution contractuelle.

II- Le maintien de la conception de l'absence comme inexécution contractuelle

119.- L'absence à l'origine de l'inexécution de la prestation de travail. En vertu du contrat de travail, le salarié est débiteur d'une obligation : celle d'accomplir sa prestation de travail[478]. Or, en vertu du caractère synallagmatique du contrat de travail, le salaire n'est dû par l'employeur qu'en contrepartie de l'accomplissement de la prestation de travail par le salarié. Si d'aventure l'ouvrier ne pouvait pas accomplir sa prestation de travail, faute pour l'employeur de lui fournir son outil de travail, comme une machine par exemple, alors l'ouvrier aura droit au versement de son salaire. Dans ce cas, l'inexécution contractuelle résulterait de la seule faute de l'employeur et le salarié exigera le versement de son salaire pour la durée de l'incapacité ou de l'absence de l'employeur[479]. Inversement, l'absence du salarié ne permet pas l'exécution du travail car sa présence est nécessaire pour accomplir sa prestation contractuelle[480]. Dès lors, l'absence a bien pour conséquence une inexécution contractuelle, que le droit commun des contrats, encore à cette époque, permettait toujours de régir. Ainsi, les règles relatives à l'inexécution contractuelle continuent de s'appliquer et en particulier celle de l'exception d'inexécution.

---

475 Il s'agit pour l'employeur d'une véritable obligation de fournir du travail au salarié, comme il est admis depuis fort longtemps par la chambre sociale de la Cour de cassation, principe qu'elle n'a de cesse de rappeler. V. Cass. soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.424 ; Cass. soc. 14 janv. 2004 ; *Dr. soc.* 2004. 306, obs. C. Radé, Cass. soc. 24 mars 2010, n° 08-44.662 ; Cass. soc., 10 févr. 2004 ; *Dr. soc.* 2004, 432, obs. C. Radé ; Cass. soc. 3 nov. 2010, *Bull. civ. V*, n° 252 ; *Dr. soc.* 2011. 95, obs. C. Radé. La jurisprudence justifie parfois le bien-fondé de cette obligation par l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Sur ce point, v. en ce sens Cass. soc. 20 oct. 2009, n° 08-44.042.

476 C. Charbonneau, « Le caractère synallagmatique du contrat de travail », *CSBP* 2000, p. 389.

477 C. civ., art. 1103 modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, art. 2 (ancien art. 1134 du C. civ.). Concrètement, cela signifie que tout contrat « oblige les parties » : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 7e éd., 2024, p. 208.

478 V. Cass. soc., 17 oct. 1983, *Bull. civ. V, n° 495*. Il convient de préciser que cette obligation est à la fois personnelle en raison du caractère *intuitu personae* du contrat de travail, consciencieuse et loyale : G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail, op. cit.*, pp. 238 et suiv.

479 P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle, op. cit.*, p. 355.

480 La définition de l'absence en droit social qu'il convient de retenir fera l'objet d'un développement ultérieur dans la présente étude. Sur ce point, v. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

120.- La rémunération comme contrepartie à l'exécution de la prestation de travail. Le contrat de travail étant conclu à titre onéreux[481], il suppose le versement par l'employeur d'une rémunération qui est en principe contractuellement déterminée[482]. En effet, la Cour de cassation a pu rappeler que « la rémunération [est la] contrepartie du travail du salarié »[483]. En d'autres termes, la rémunération est la contrepartie financière à l'exécution de la prestation de travail par le salarié[484]. Plus encore, cette contrepartie est justifiée par le synallagmatisme inhérent au contrat de travail[485]. Quant à l'exécution de la prestation de travail elle fait naître, au profit de l'ouvrier, une créance de salaire. À l'inverse, comme la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler, « en principe, aucun salaire n'est dû lorsque le travail n'a pas été accompli »[486]. Appliqué à l'objet d'étude, cela signifie que, lorsque le salarié était absent, l'employeur pouvait ne pas lui verser sa rémunération, appréhendée comme *contrepartie contractuelle*, puisque l'absence a pour conséquence l'inexécution de son travail[487]. Pour illustration, par un jugement du 30 janvier 1894, le Tribunal civil de la Seine a considéré qu'un ouvrier « qui a cessé brusquement et volontairement son travail ne peut [se fonder sur] l'état de grève] pour soutenir que cette interruption du travail ne doit pas être assimilée à une rupture du contrat de sa part »[488]. En l'espèce, le Tribunal juge que « le patron est fondé à considérer l'ouvrier comme démissionnaire et comme ayant volontairement rompu, à ses risques et périls, le contrat de louage »[489].

---

481 C. civ., art. 1107 al. 1er.

482 Il est en effet admis que la rémunération constitue l'un des éléments du contrat de travail. Sur ce point, v. en ce sens : Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274, *Bull. civ. V*, n° 109 ; *Dr. soc.* 1999, p. 566, note Ph. Waquet ; *Dr. soc.* 1998, p. 523, note G. Couturier.

483 Cass. soc. 13 févr. 1996, n° 93-42.309, *Bull. civ. V*, n° 53 ; *JCP E* 1996, n° 51, p. 294, note G. Vachet.

484 V. en ce sens Cass. soc. 28 févr. 2002, n° 00-41.486 ; Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 95-44.290 ; *D.* 1999. 525, note F. Jault-Seseke et M. Moreau ; *Dr. soc.* 1999. 125, note Ph. Langlois ; Cass. soc. 11 janv. 1962 (Bull. civ. n° 51) ; Cass. soc., 7 déc. 1957 (Bull civ. IV, n° 1189).

485 G. Pignarre, L.-F. Pignarre, « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », *RDT* 2011, p. 647.

486 Cass. soc. 17 juin 1960, *Bull. civ. V*, n° 647 ; Cass. soc. 11 janv. 1962, *JCP* 1962. II. 12564. Si cette formulation est relativement récente, reste que ce principe était déjà affirmé au XIXe siècle.

487 Il convient cependant de relever que selon Geneviève Pignarre et Louis-Frédéric Pignarre, le salaire n'est pas la contrepartie à la réalisation de la prestation de travail, mais celle de la mise à disposition par le salarié de sa force de travail : G. Pignarre, L.-F. Pignarre, « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », *op. cit.*, p. 647. Cependant, même selon cette analyse, le salaire n'est pas dû puisque l'absence du salarié infère le retrait temporaire de son état de disponibilité vis-à-vis de l'employeur. Sur l'état d'indisponibilité du salarié comme critère pondérateur de l'absence, v. *infra*, n° 189.

488 Trib. civ. de la Seine, 30 janv. 1894, *in* Bull. de l'Office du travail, n° 5, mai 1894, p. 479.

489 *Ibid.*

121.- L'application de l'exception d'inexécution entraînant le non-versement de la rémunération. L'application du droit commun des contrats visait à considérer qu'en l'absence d'exécution de la prestation de travail par le salarié, l'employeur devait pouvoir se délier de son engagement contractuel en invoquant l'exception d'inexécution. Ce mécanisme, qui a pu être qualifié de « voie de justice privée »[490], consiste à libérer le débiteur de son obligation dans le cas où son contractant n'aurait pas satisfait à sa propre obligation contractuelle. Dans le cadre du contrat de travail, employeur et salarié s'obligent réciproquement. En cas d'inexécution de l'obligation principale au contrat par l'une des parties, la seconde peut invoquer l'exception d'inexécution pour refuser à son tour d'exécuter son obligation. Lorsqu'il est absent, le salarié n'exécute pas la prestation de travail. En application du droit commun des contrats, l'employeur peut donc soulever l'exception d'inexécution afin de ne pas verser la contrepartie financière, à savoir la rémunération due au salarié en vertu des clauses contractuelles. L'exception d'inexécution est d'ailleurs reconnue à l'employeur lorsqu'une situation d'absence survient. Dans ce cas, le salaire correspondant aux heures ou aux journées non travaillées pourra ne pas être versé[491]. À ce titre, il convient de rappeler le principe de la quantification du travail par le temps. En effet, le lien entre *travail* et *temps* permet de mesurer deux éléments inhérents au contrat de travail[492] : la *subordination juridique* du travailleur et sa *rémunération*[493]. La rémunération du salarié est fonction de son temps passé au travail[494]. Paul Pic prend l'exemple de l'ouvrier « engagé à la journée pour l'exécution de travaux au dehors [qui, s'il] est empêché de travailler pendant 10 jours […], n'aura droit à aucune rémunération pour ces 10 jours »[495]. Cependant, si l'ouvrier qui doit travailler au mois est empêché de travailler pendant plusieurs jours, il aura le salaire correspondant au nombre de jours où il a effectivement travaillé[496]. Ces jours travaillés correspondent à la réalisation effective de sa prestation contractuelle et son salaire sera versé à proportion de ces jours. En outre, si ce même ouvrier venait à s'absenter trop longtemps, le même mécanisme d'inexécution contractuelle pourrait aboutir à la résiliation du contrat de travail. Ainsi, en focalisant l'absence sur ce mécanisme civiliste, l'absence du salarié est traitée de façon binaire. S'il est *présent*, il percevra sa rémunération ; s'il est *absent* il ne la percevra pas. Le rapprochement de l'exception

---

490 J. Ghestin, C. Jasmin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1999, n° 357.
491 N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *Dr. ouvr.* 2014, p. 565.
492 D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, p. 118.
493 A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, p. 96.
494 P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *Dr. ouvr.* 2009, p. 418.
495 P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Première partie*, *op. cit.*, p. 356.
496 *Ibid.*

d'inexécution à la relation de travail par la doctrine[497], permet néanmoins d'admettre qu'il existe une « déclinaison travailliste de l'exception d'inexécution »[498], qu'il semble opportun d'invoquer en matière d'absence.

*
* *

122.- Conclusion de la Section 2. Lorsque la relation de travail a été régie par le contrat, la situation d'absence du travailleur a été juridiquement traitée comme une inexécution contractuelle. Les règles du droit des contrats relatives à l'inexécution contractuelle trouvaient alors application. Dans un premier temps, la relation de travail a été juridiquement régie par le contrat de louage. Ce dernier n'a donné lieu qu'à peu de règles spéciales, comme en témoignent les dispositions du Code civil de 1804. Les règles du droit commun des contrats s'appliquaient à la situation d'absence du travailleur. Lors de l'avènement du droit du travail, la situation d'absence du travailleur continua d'être traitée comme une inexécution contractuelle, puisqu'elle donnait juridiquement lieu à l'inexécution de la prestation de travail par le salarié. Par conséquent, la réception par le droit du travail de la notion juridique d'absence qui existait en droit civil n'avait pas lieu d'être, puisque cette dernière appartenait en propre au *droit des personnes*, tandis que la situation d'absence du travailleur était régie par le *droit des contrats*.

[497] *Ibid.*, p. 565 ; P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 565 ; J.-F. Césaro, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », *JCP S* 2008, 1466 ; S. Pelli, « La clause de non-concurrence dans les relations de travail », *JCP E* 2008, 133 ; S. Béal, A.-L. Dodet, « Quelles exceptions d'inexécution l'employeur peut-il soulever pour s'opposer au paiement des honoraires de l'expert mandaté par le CHSCT ? », *JCP E* 2014, 1096.
[498] J.-F. Césaro, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », *op. cit.*, p. 1466.

Conclusion du Chapitre 1

123.- Historiquement, la notion juridique d'absence a été exclue du champ du droit social. La situation du *salarié absent* – entendu comme non présent au travail – a été régie par les mécanismes contractuels de droit civil. De ce fait, l'émergence d'une *notion juridique de l'absence propre au droit social* ne se justifiait pas, puisque cette situation d'absence au travail ne suscitait aucune difficulté juridique.

124.- *L'absence* est une notion qui s'est juridiquement construite en droit civil, pour saisir les situations dans lesquelles une personne cessait de paraître à son domicile sans laisser de nouvelles, et sans que l'on ne puisse affirmer si elle était vivante ou décédée. Ces circonstances soulevaient des interrogations complexes concernant sa situation patrimoniale et familiale, pour laquelle le régime juridique applicable variait selon que la personne était vivante ou décédée. S'agissant de l'*absent*, il est apparu difficile de trancher en faveur de l'un ou l'autre de ces régimes. Ainsi, un statut juridique de l'absent a été créé. Il visait à assurer un équilibre entre les intérêts des tiers affectés par *l'absence au sens du droit civil* et ceux de la *personne absente*, afin que ses droits soient préservés si elle venait à reparaître. Dès lors, la *notion civiliste d'absence* s'est intégrée dans le champ du droit des personnes.

125.- Le droit social est étroitement lié au droit des personnes. Partant de ce constat, l'applicabilité de la *notion civiliste d'absence* en droit social aurait pu être envisageable, notamment pour régir la situation du *salarié absent*. En effet, cette dernière affecte les intérêts des parties concernées, à l'instar de l'absence en droit civil. Cependant, une telle application n'a pas eu lieu. La situation du *salarié absent* ne suscitait d'interrogations juridiques qu'au regard du lien contractuel existant avec l'employeur. En d'autres termes, la difficulté qui résultait d'une situation d'absence au travail se réduisait au fait que le salarié n'exécutait pas sa prestation de travail. Le travailleur était donc défaillant de l'obligation principale du contrat de travail dont il est débiteur. Or, les mécanismes civilistes de l'inexécution contractuelle – notamment celui de l'exception d'inexécution – permettaient de régir cette situation, en accordant à l'employeur la possibilité de ne pas verser le salaire au salarié proportionnellement à la durée de l'absence.

126.- En définitive, la situation du salarié absent a été perçue comme un phénomène contractuel non personnel, saisie par le droit des contrats et non par le droit des personnes.

CHAPITRE 2 – L'APPARITION D'UNE NOTION JURIDIQUE DE L'ABSENCE PROPRE AU DROIT SOCIAL

127.- Dans la mesure où le droit civil des contrats a longtemps permis de régir la situation du salarié absent, se pose alors la question des raisons pour lesquelles la notion juridique d'absence propre au droit social a émergé. Pour comprendre le discours juridique actuel, il convient d'analyser des différentes phases de la construction de *l'absence en droit social*[499].

128.- À l'origine, si une notion juridique d'absence propre au droit social est apparue, c'est certainement parce que les mécanismes civilistes de l'inexécution contractuelle se sont avérés insuffisants, voire inadaptés pour régir la situation du salarié absent. L'inadaptation des règles du droit commun des contrats, ayant rendu nécessaire l'avènement de règles juridiques spéciales applicables à la situation du salarié absent, pourraient constituer un premier élément d'explication à l'apparition de la notion d'absence en droit social. Pourtant, il a été précédemment démontré que la conception contractuelle – et donc civiliste – du traitement des absences a perduré malgré l'avènement du droit du travail. L'apparition d'une notion juridique de l'absence propre au droit social est plus tardive. Or, les raisons de cette émergence doivent être déterminées afin de comprendre comment cette notion s'est construite et a évolué **(Section 1)**.

129.- Cette démarche permettra de déterminer la définition actuellement dévolue à *l'absence en droit social*. En effet, avant d'envisager ses régimes juridiques, il est nécessaire d'en établir une définition juridique au préalable afin de déterminer les situations qui sont incluses dans son champ. Cette entreprise n'est pas aisée puisque ni le législateur, ni la jurisprudence ne s'intéressent à la notion d'absence de manière générale. Cependant, l'analyse des sources du droit social, qui évoquent l'absence, permet de la définir. Partant, la présente étude entend établir une définition générale de l'absence en droit social, en dégageant les critères déterminants de sa qualification **(Section 2)**.

---

[499] Le discours juridique ici évoqué doit être entendu comme « l'ensemble des énoncés produits par des autorités habilitées par un ordre juridique », qu'il s'agisse du discours législatif, jurisprudentiel ou encore réglementaire : V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 276. Pour la présente étude, le discours du droit s'entend de l'ensemble des énoncés produits par des autorités habilitées par l'ordre juridique français, et qui a trait à l'absence. Toutefois, comme précédemment exposé, la présente étude entend s'intéresser plus particulièrement à l'absence en droit social, ce qui suppose une étude sectorielle et non générale de l'absence.

Section 1 : Les raisons de la réception de l'absence par le droit social

130.- Plan. Les raisons de la réception de l'absence par le droit social sont plurales. L'évolution des rapports de travail, liée notamment à l'industrialisation, pourrait constituer un premier élément d'explication **(§1)**. Cette évolution a donné lieu à une protection juridique accrue du travailleur, qui pourrait expliquer l'avènement de l'absence dans le champ du droit social **(§2)**.

§1 : L'évolution de la relation de travail liée à l'industrialisation : l'avènement d'un travail subordonné

131.- Plan. À la fin du XIX^e^ siècle, la France a été marquée par un mouvement d'industrialisation. Ce dernier est à l'origine de différentes évolutions : sociales, économiques, mais également juridiques. Le droit, jusqu'alors applicable, ne permettait pas de prendre en considération les spécificités des grandes entreprises **(I)**. L'industrialisation est à l'origine d'une évolution des rapports de travail, et plus exactement de l'avènement d'une relation de travail subordonnée **(II)**.

I- Une évolution du travail liée à l'industrialisation

132.- Plan. Le phénomène d'industrialisation en France au début du XX^e^ siècle a donné lieu à une mutation profonde de l'organisation du travail **(A)**, qui a elle-même conduit à un renforcement des exigences des travailleurs et à un contrôle plus strict de leur activité **(B)**. Cette évolution doit être analysée, parce qu'elle est à l'origine de l'avènement d'une *notion d'absence propre au droit social.*

A) L'industrialisation comme facteur d'évolution de l'organisation du travail

133.- L'avènement d'un nouveau modèle économique et social. L'émergence de la société industrielle résulte du phénomène d'industrialisation[500], qui est classiquement attribué

[500] L'industrialisation s'entend de l'application de processus industriels dans la production d'un ouvrage. Elle permet un gain de temps et donc, une hausse exponentielle de la productivité. L'industrialisation concerne certains secteurs en particulier, qui ont évolué avec le temps. Aussi, il convient de relever que Ce mode de

à la fin XIX[e] siècle[501]. C'est plus exactement au XX[e] siècle que la France connaît un phénomène d'industrialisation massive. Plusieurs facteurs sont à l'origine de ce nouveau processus de production. D'abord, le développement de la connaissance technique et les inventions créées ont contribué à la mécanisation de certains processus de production, qui étaient jusqu'alors manuels[502]. Aussi, le recul du libéralisme au profit d'un État interventionniste a contribué à encourager cet élan d'industrialisation grâce à des politiques publiques visant à favoriser le développement des infrastructures[503]. Un tel mouvement a eu pour conséquence directe une production de masse, en rupture avec la production artisanale qui existait jusqu'alors. Partant, la structure de l'entreprise fut bouleversée. Les petites entreprises artisanales ont laissé place à de grandes entreprises industrialisées. Quant à l'organisation du travail, dans un souci de productivité et d'efficacité, il fallut abandonner le modèle précédent qui consistait, pour l'ouvrier, à réaliser intégralement un ouvrage. La division du travail[504] est alors apparue à la fin

production s'inscrit dans le sillage de la conception marchande du travail ayant préexisté : D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2013, p. 37.

501 Il convient cependant de nuancer ce propos. L'industrialisation n'appartient pas en propre au XIX[e] siècle puisqu'une première révolution industrielle était intervenue à la fin du XVIII[e] siècle. En effet, la France a traversé d'autres ères industrielles avant le XIX[e] siècle. À titre d'illustration, on peut citer la première Révolution industrielle, qui peut être datée de la fin du XVIII[e] siècle et du début du XIX[e] siècle. À cette époque, sont apparues diverses industries, telles que celle du textile, du charbon ou encore du métal. V. en ce sens : C. Fredj, *La France au XIX[e] siècle*, PUF, 2009, spéc. pp. 92 et suiv. ; C. Beauchamp, *Révolution industrielle et croissance économique au XIX[e] siècle*, Ellipses, 1997 ; D. Woronoff, « L'industrialisation de la France de 1789 à 1815. Un essai de bilan », *Revue économique* 1989, p. 1047 ; C. Le Bas, *Histoire sociale des faits économiques. La France au XIX[e] siècle*, PUL, 1984, spéc. pp. 32 et suiv.

502 Sur les rapports entre progrès technique et industrialisation, v. en ce sens : P. Verley, « Révolution industrielle/Industrialisation, innovations, organisations », *Marché et organisations* 2015, p. 61 ; F. Jarrige, *Technocritiques. Du refus des machines à la contestation des technosciences*, La Découverte, 2016, spéc. pp. 121 -145.

503 C'est notamment le cas du développement des chemins de fer à la fin du XIX[e] siècle, pour lequel l'État a accordé des concessions à des compagnies privées en finançant des infrastructures comme des ponts ou des tunnels. C'est également le cas des centrales hydroélectriques, qui ont bénéficié d'un soutien financier étatique, et qui ont permis l'essor de l'industrialisation puisque les usines faisaient usage d'une quantité d'électricité importante.

504 Si la division du travail est souvent attribuée au taylorisme et au fordisme, elle est en réalité plus ancienne. En effet, des écrits démontrent que Platon analysait déjà la division du travail. Selon lui, elle conditionnait le bon exercice des différents métiers existants dans l'Antiquité et était source de productivité : Platon, *La République, Septième Livre,* trad. et introduit par B. Aubé, Hachette, 1879, p. XXV. Selon Platon, chaque individu est, de manière innée, doté de certaines aptitudes qui diffèrent d'une personne à une autre. Chaque personne doit ainsi se consacrer pleinement et de manière exclusive à son travail de prédilection. Il s'agissait simplement d'une « répartition naturelle des tâches fondées sur la multiplicité des besoins » : C. Elleboode, *La division du travail, De l'économie au social*, A. Collin, 2006, p. 5. Aristote exhortait également la division du travail. Il soutenait que la société était, avant toute chose, une communauté d'intérêts. Or, cette dernière s'illustre notamment dans le monde du travail. Il écrivait dans un de ses ouvrages que la communauté d'intérêts ne naissait pas entre deux personnes d'une même profession, mais « entre des cocontractants différents et inégaux » : Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie Philosophique, coll. Bibl. des textes philosophiques, 1990, p. 241 : « Ce n'est pas entre deux médecins que naît une communauté d'intérêts, mais entre un médecin par exemple et un cultivateur, et d'une manière générale entre des cocontractants différents et inégaux qu'il faut pourtant égaliser ». En définitive, Platon et Aristote s'accordaient à dire que la division du travail était essentielle, dès lors qu'elle

du XIX^e^ siècle avec le taylorisme, puis au début du XX^e^ siècle avec le fordisme. Ils se caractérisent tout deux par des processus de production en tâches fragmentées, simples et répétées, qui se distinguent du processus de conception réalisé par des personnes qualifiées telles que des ingénieurs. Cela a donné naissance à une nouvelle organisation du travail. Il convient cependant d'observer que l'industrialisation n'a pas eu pour seul effet la transformation structurelle des industries ; elle a également produit des incidences dans les secteurs de l'agriculture et des services.

134.- Le constat de transformations structurelles dans le secteur agricole. Bien qu'il soit par nature associé au secteur industriel, le phénomène d'industrialisation a engendré des transformations structurelles dans le secteur agricole au début du XX^e^ siècle. La France était un pays essentiellement rural jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle. Le secteur agricole a cependant commencé à décliner à cette même période. L'historien Eugen Weber évoquait à cet égard la « fin des terroirs », caractéristique de l'effondrement du milieu rural[505]. L'industrialisation est souvent citée parmi les causes de ce déclin de l'agriculture. En effet, le secteur industriel était à cette époque particulièrement attractif puisqu'il offrait de nombreux emplois[506]. Cependant, les

---

constituait un véritable moteur de la satisfaction des individus : R. Boyer, G. Schmeder, « Division du travail, changement technique et croissance. Un retour à Adam Smith », *Revue française d'économie* 1990, p. 128.
A l'époque moderne, l'économiste Adam Smith, est souvent présenté comme le premier théoricien de la division du travail. Selon lui, elle serait source de croissance économique : A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, t. 6, Éd. Veuve Agasse, 2^nde^ éd., 1822. En conséquence, au XVIII^e^ siècle, le travail était déjà divisé et l'on voyait poindre les prémices de ce qui deviendra plus tard le travail à la chaîne. Certains philosophes s'opposaient néanmoins à la division du travail. Karl Marx objectait que la grande industrie transformait « l'ouvrier de fabrique en accessoire conscient d'une machine partielle » : K. Marx, *Le Capital*, quatrième section, chapitre XV, IX, p. 987. Cité par D. Faïck, *Le travail. Anthropologie et politique. Essai sur Rousseau*, Éd. Droz, coll. Bibl. des Lumières, 2009, p. 216. La division du travail consistait donc, selon la théorie marxiste, à renvoyer l'ouvrier à l'état de machine. Cette conception n'est d'ailleurs pas sans évoquer le film populaire de Charlie Chaplin « Les temps modernes » de 1936. Cette même conception de la division du travail a été reprise par le philosophe Jean-Jacques Rousseau, fervent opposant à la division du travail et de la grande industrie, qui contribue, selon lui, à la perte de l'humanité de l'ouvrier devant la machine : D. Faïck, *Le travail. Anthropologie et Politique. Essai sur Rousseau*, Éd. Droz, coll. Bibl. des Lumières, 2009, p. 216.

[505] E. Weber, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale 1870-1914*, Éd. Fayard, 1983.

[506] Il convient cependant de nuancer ce propos. Les raisons du déclin du secteur agricole ne sauraient être réduites à l'industrialisation. D'autres facteurs doivent être mentionnés. Ainsi, certains historiens expliquent cette « désertification rurale » en raison d'une politique mise en œuvre par le ministre de l'Agriculture de l'époque, Jules Méline, à la fin du XIX^e^, qui encouragea le recours à l'importation de produits agricoles : R. Aldenhoff-Hübinger, « Deux pays, deux politiques agricoles ? Le protectionnisme en France et Allemagne (1880-1914) », *Revue Histoire et sociétés rurales* 2005, p. 65. S'agissant du début du XX^e^ siècle, la Première Guerre mondiale constitue également une cause du déclin du secteur agricole. En effet, la Grande Guerre a eu pour incidence de détruire le monde paysan. Concentrées dans la région Nord-Est de la France, les terres de ces territoires ont été dévastées. Ailleurs, les agriculteurs étaient appelés au front et contraints de délaisser leurs terres agricoles. La Première Guerre mondiale ayant été particulièrement meurtrière, de nombreux soldats sont décédés dans les tranchées. En conséquence, la population française et notamment agricole a très nettement diminué (pour une étude chiffrée de l'évolution, v. en ce sens : F. Braudel, E. Labrousse, *Histoire économique et sociale de la France, L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours*, t. 4, PUF, 1980. Elle touchait tant les exploitants que les ouvriers

salariés agricoles étaient encore nombreux et l'industrialisation a emporté des conséquences en matière d'organisation du travail. En effet, ce secteur a été modernisé et les exploitations agricoles ont commencé à être mécanisées[507]. Cela a permis l'avènement d'une agriculture commerciale[508]. En définitive, le secteur agricole a également connu un phénomène d'industrialisation.

135.- Le développement du secteur de services. L'industrialisation a conduit à un attrait des populations vers les villes. À son tour, ce phénomène d'urbanisation a induit des conséquences sur le secteur de services, puisque de nouveaux besoins ont émergé, notamment dans le secteur de la santé ou dans celui des transports[509]. Les secteurs bancaire et assurantiel se sont également développés, puisque les nouvelles sociétés industrielles nécessitaient d'être financées et couvertes contre les risques. En outre, pour encadrer les transformations économiques et sociales liées à l'industrialisation, l'État a dû créer de nouveaux services publics, comme c'est le cas du service public ferroviaire né au XIXe siècle[510]. Par conséquent, l'avènement de ces nouveaux services publics a donné lieu à la création de nouvelles fonctions administratives et à de nouveaux emplois administratifs. La société capitaliste de la fin du XIXe

agricoles. Après la Seconde Guerre mondiale, soit au cours de la seconde moitié du XXe siècle, le déclin du secteur primaire est encore plus prégnant. Il est pour partie la conséquence du progrès technique. L'apparition et le développement des machines dans l'agriculture entraînent ainsi une diminution du besoin de main-d'œuvre : J.-B. Bonastre, « Progrès technique et évolution agricole », *Revue Économie rurale* 1971, p. 39. Enfin, le mouvement d'amplification de la révolution industrielle a consolidé l'effacement du milieu agricole : L. Estrangin, « La population agricole française 1938-1958 », *Revue Économie rurale* 1959, p. 19.

507 Sur la mécanisation du secteur agricole, v. en ce sens : Archives nationales du monde du travail, « La mécanisation agricole », 3 juin 2021. Consultable sur le site internet : https://archives-nationales-travail.culture.gouv.fr/Decouvrir/Dossiers-du-mois/La-mecanisation-agricole. Consulté le 31/10/2025.

508 Ce type d'agriculture se caractérise par la commercialisation des produits. Ce type d'agriculture suppose que les produits soient excédentaires. Il s'oppose de ce fait à l'agriculture vivrière. Il convient de relever que si les débuts de l'agriculture commerciale peuvent être datés à la fin du XIXe siècle, au siècle précédent, des techniques agricoles plus développées avaient vu le jour et avaient permis une augmentation de la productivité : J.-M. Moriceau, « Au rendez-vous de la "Révolution agricole" dans la France du XVIIIe siècle. À propos des régions de grandes cultures », *Annales HSS* 1994, p. 27.

509 Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'État avait indiqué lors d'un discours du 27 mai 2011 que le Second Empire a marqué « la mise en œuvre de grands chantiers économiques, au premier rang desquels a figuré la réalisation de grandes infrastructures de transport, c'est-à-dire la construction d'un réseau ferroviaire et le développement des routes, des ponts et des voies navigables […]. Ces chantiers ont aussi comporté la création d'un réseau de télécommunication » : J-M. Sauvé, « Le Conseil d'État et le développement économique de la France au XIXe siècle », Discours, 27 mai 2011. Consultable sur le site internet : https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-le-developpement-economique-de-la-france-au-xixe-siecle. Consulté le 31/10/2025.

510 Plusieurs services publics ont été créés au XIXe siècle. À titre d'illustration, il est possible de citer le service public ferroviaire (L. du 11 juin 1842 relative à l'établissement des grandes lignes de chemins de fer, *Bull. des lois* 1842, n° 914, p. 481).

siècle et du début du XXe siècle a également permis une expansion des professions libérales[511]. La société industrielle a ainsi donné lieu de nouveaux modèles de travail, qui ont pour dénominateur commun une transformation de l'organisation du travail.

136.- Une transformation de l'organisation du travail. La société industrielle du XIXe siècle a conduit à une transformation de l'organisation du travail. De nouveaux modèles de production et d'encadrement du travail ont vu le jour dans l'ensemble des secteurs. L'essor des grandes usines mécanisées a conduit à un abandon du travail artisanal au profit d'une production massive et en série, dans laquelle chaque travailleur est spécialisé et exécute une tâche précise sur la chaîne de production[512]. En parallèle, le travail est devenu plus hiérarchisé. Dans les usines, les ouvriers exécutants sont encadrés par des ingénieurs. Dans le secteur agricole, les exploitants agricoles géraient leurs exploitations comme de réelles entreprises, imposant des règles de travail strictes aux ouvriers agricoles. Quant aux administrations publiques, les employés étaient supervisés par des cadres dirigeants. Partant, il y a eu à cette époque une réorganisation du travail, qui a induit des conséquences sur les rapports de travail.

B) L'industrialisation à l'origine d'un renforcement des exigences des travailleurs

137.- Un changement de la nature du travail. À partir de la seconde moitié du XIXe siècle, la société industrielle était à son apogée et le nombre d'ouvriers en France s'en trouva largement accru. L'ouvrier était considéré comme un *travailleur manuel*. L'étymologie latine du mot *ouvrier* témoigne de cette assimilation[513]. Paul Durand et André Vitu distinguent d'ailleurs, parmi les travailleurs, *l'employé* de *l'ouvrier*. Si le premier accomplit un travail à caractère intellectuel, l'activité du second est essentiellement manuelle[514]. Certaines formes de travail industriel, comme le taylorisme, se caractérisent par l'extraction du travail intellectuel de l'usine. En effet, le taylorisme consistait en une division verticale du travail, où devait être strictement

511 A. Garrigou-Lagrange, M. Penouil, *Histoire des faits économiques de l'époque contemporaine*, Dalloz, coll. Précis, 1999, p. 575. Cité par L. Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2003, p. 1.

512 Cette organisation du travail est parfaitement illustrée dans le film *Les temps modernes* dans lequel le personnage principal – Charlot –, ouvrier dans une usine, est contraint d'effectuer une tâche répétée : celle de visser les boulons à un rythme effréné et ce, jusqu'à l'épuisement et la perte de contrôle. V. en ce sens : Charlie Chaplin, *Les temps modernes*, 1936.

513 Le vocable « ouvrier » est issu du mot latin *operarius*, qui se traduit littéralement par « manœuvre, ouvrier, homme de peine » : F. Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 2000, p. 1081.

514 P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 77.

séparé le *travail de conception* – intellectuel –, qui était un travail de bureau, du *travail d'exécution* – manuel – qui s'exerçait dans les usines[515]. La société industrielle de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle reposait donc sur une organisation binaire du travail, entre *travail intellectuel* et *travail manuel*. Toutefois, le premier était largement minoritaire par rapport au second. Cela s'explique par le fait que la production industrielle induisait une production de masse. Les exécutants *ouvriers* étaient donc bien plus nombreux que les concepteurs *cadres*.

138.- La nécessité d'une main d'œuvre stable, rompant avec la conception de l'ère préindustrielle. L'ère préindustrielle était caractérisée par une main d'œuvre flexible. Le travail était principalement artisanal dans les villes et agricole dans les campagnes. La volonté d'une main d'œuvre flexible et temporaire s'observait tant dans le secteur agricole[516] que dans le secteur artisanal[517]. La main d'œuvre stable n'était pas recherchée par les maîtres, qui nécessitaient une aide temporaire se limitant à quelques semaines voire à quelques jours. Les travailleurs étaient mobiles, et devaient souvent exercer une pluralité d'activités en fonction des besoins afin de se procurer un revenu et d'assurer leur subsistance. Un changement de paradigme a été opéré avec l'industrialisation. En effet, la mécanisation des outils de production, notamment dans les usines avec la division du travail, a nécessité l'avènement d'une main d'œuvre stable et permanente. En outre, l'ère industrielle a été à l'origine d'une évolution des technologies, qui a rendu nécessaire de fidéliser la main-d'œuvre, les travailleurs n'étant plus « interchangeables » comme c'était le cas dans le système antérieur qui était fondé sur un métier[518]. Partant, les absences des travailleurs apparaissaient comme des obstacles à une production constante et efficace. Cela va juridiquement se traduire par la création de règles de contrôle et de discipline, qui visent à imposer la volonté du patron à une main d'œuvre peu disciplinée et peu stable[519]. C'est ainsi que les rapports de travail ont été modifiés, et qu'un état de subordination du travailleur est apparu.

---

515 F. W. Taylor, *The principles of scientific management*, Éd. Harper & Brothers, 1919.

516 Le modèle du secteur agricole reposait, à la période préindustrielle, sur l'exploitation familiale. Les membres d'une même famille participaient ainsi aux travaux agricoles de leur propre exploitation. Le recours à la main d'œuvre extérieure était ainsi limité à certaines périodes, plus exactement à certaines saisons durant lesquelles la production augmentait de manière significative. À titre d'exemple, c'était le cas des périodes de moissons : P. Brunet, « Le problème des migrations saisonnières agricoles dans les plaines orientales de l'Ile-de-France », *Bull. de l'Association de géographes français* 1951, p. 86.

517 Dans le secteur artisanal, le travail était le plus souvent produit sur commande. Par conséquent, la quantité d'ouvrages à réaliser fluctuait.

518 F. Gaudu, « Les notions d'emploi en droit », Dr. soc. 1996, p. 569.

519 A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle », *Le mouvement social* 1976, p. 139.

II- L'avènement d'une relation de travail subordonnée

139.- Plan. L'avènement du salariat a conduit à l'émergence d'un travail assujetti, juridiquement subordonné. Des règles de contrôle de l'activité du salarié **(A)** et de discipline ont été instaurées **(B)**, faisant ainsi apparaître les débuts d'une *notion d'absence propre au droit social* que les mécanismes civilistes de l'inexécution contractuelle ne permettaient pas de prendre en compte.

A) L'avènement d'un contrôle de l'activité du salarié

140.- Le travail au temps à l'origine du contrôle de l'activité de travail. Il existe principalement deux façons de mesurer le travail accompli : le travail *au rendement* – qui inclut le travail *à la tâche ou aux pièces* – qui prend en compte le résultat, et le travail au temps, qui mesure la valeur du travail accompli par rapport au temps passé à l'exécution de ce dernier[520]. À l'ère préindustrielle, le travail *à la pièce* était la norme dans les industries naissantes. L'ouvrier était rémunéré en fonction du nombre de pièces réalisées. Ce mode de rémunération permettait aux employeurs de mesurer la production et d'adapter le salaire en conséquence[521]. Les ouvriers, eux, bénéficiaient d'une certaine autonomie quant à la gestion de leur rythme de production. Les employés de bureau, quant à eux, étaient rémunérés au *temps* dans la mesure où l'activité de service ne donnait pas lieu à la production d'un ouvrage matériel, mais se caractérisait par l'exécution d'une prestation immatérielle. Pourtant, il fut nécessaire de mesurer le travail. À cet égard, le temps est apparu comme un instrument utile[522]. La division des tâches et la production

---

[520] A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, préf. F. Meyer, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2006, p. 15.

[521] Il convient cependant de préciser que si le présent travail s'attache à l'étude des périodes préindustrielles et industrielles, des historiens ont pu démontrer que le temps fut utilisé comme instrument de mesure du travail bien avant l'industrialisation. Sur l'utilisation du travail avant l'ère préindustrielle, v. en ce sens : M. Girier-Timst, *Le décompte du temps de travail*, Thèse dactyl., 2024, spéc. pp. 11-13 ; J. Thoemmes, *Vers la fin du temps de travail ?*, PUF, 2000, spéc. pp. 17-25 ; C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècles*, La Dispute, coll. Travail et salariat, 2020. Sur ce dernier ouvrage, v. en ce sens : L. Machu, « Le travail traversé par le temps », *RDT* 2022, p. 501.

[522] La présente étude s'intéresse au temps comme instrument de *contrôle* du salarié. Toutefois, il convient de rappeler que le temps est avant tout un instrument de *mesure* du travail. Sur ce point, v. en ce sens les développements historiques sur le temps comme instrument de mesure du travail : L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2021, spéc. pp. 5-18 ; M. Girier-Timst, *Le décompte du temps de travail, op. cit.,* pp. 13-18 ; E. P. Thompson, *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, La fabrique, 2004 ; C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècles*, *op. cit.*

de masse induites par le taylorisme[523] puis par le fordisme ont rendu impossible la comptabilité du nombre d'ouvrages produits par chaque travailleur. Ces raisons peuvent expliquer le mouvement de généralisation du travail au temps qui est intervenu à cette époque, et qui sert *in fine* les « nouveaux besoins liés à l'industrialisation »[524]. Dans une logique de rationalisation du travail[525] et de lutte contre l'oisiveté ouvrière, l'activité de travail fut soumise au *temps*. Les ouvriers étaient chronométrés afin que leurs mouvements puissent être rationalisés. Ils faisaient également l'objet d'une surveillance, cette dernière étant exercée par les contremaîtres et « pensée comme une "tâche", devant elle-même être rationalisée »[526]. Dès lors, le décompte du temps de travail et la surveillance des travailleurs à l'ère industrielle reposent sur une logique d'efficacité économique[527]. S'inscrivant dans cette même finalité, le contrôle de la présence et de la ponctualité du travailleur s'est progressivement imposé.

141.- L'établissement d'horaires fixes comme instrument de contrôle de la présence au travail. L'encadrement temporel du travail a conduit à l'établissement d'horaires de travail fixes[528]. Dans une logique de discipline des travailleurs, ces horaires constituent un instrument de contrôle de l'activité[529]. Grâce à l'établissement d'horaires de travail, il devient aisé de contrôler la présence du travailleur, mais également sa ponctualité. C'est ainsi qu'à la fin du XIX^{e} siècle et à plus forte raison à partir du début du XX^{e} siècle, le contrôle de la présence au travail s'est développé[530]. Dans les années 1870, dans les campagnes du nord de la France,

---

523 Est ici visée l'organisation scientifique du travail théorisée par Frederick Winslow Taylor. V. en ce sens : F. W. Taylor, *The principles of scientific management, op. cit.*

524 M. Girier-Timst, *Le décompte du temps de travail, op. cit.*, p. 15.

525 La rationalisation du travail s'entend d'une « mise en œuvre de procédures et de moyens permettant d'atteindre les objectifs de production en réduisant les incertitudes, les aléas et les coûts d'origine organisationnelle et humaine » : N. Alter, *Sociologie du monde du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2018, p. 7.

526 O. Aim, *Les théories de la surveillance. Du panoptique aux Surveillances Studies*, Armand Colin, coll. U, 2020, p. 25.

527 Il ne s'agit cependant pas de la seule fonction du décompte du temps. Ce dernier a également une fonction sociale, voire politique, puisqu'il permet également de discipliner les travailleurs, de coordonner le travail collectif, de réguler les relations de travail mais également, de lutter contre l'oisiveté et de responsabiliser les travailleurs. V. en ce sens : C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIV^{e}-XIX^{e} siècles, op. cit.*, pp. 103-128.

528 Là encore, l'établissement d'horaires de travail ne date pas de l'ère industrielle, puisque cette pratique existait déjà au Moyen-Âge. V. en ce sens : M. Girier-Timst, *Le décompte du temps de travail, op. cit.,* pp. 11-12 ; C. Maitte, D. Terrier *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIV^{e}-XIX^{e} siècles, op. cit.,* pp. 104-110.

529 Le développement du taylorisme semble avoir joué un rôle majeur dans l'avènement de ces dispositifs. À cet égard, le sociologue Michel Devigne remarque que « Taylor, le premier, fait du contrôle l'objet original de ses expérimentations » : M. Devigne, « Travail de contrôle, usure du contrôle », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2014, p. 124.

530 Il serait erroné d'affirmer qu'il apparaît à cette époque, puisque des dispositifs de contrôle de l'activité des travailleurs existaient auparavant. Au Moyen-Âge par exemple, il existait des systèmes informels liés à la présence du travailleur. C'était notamment le cas du système des cloches qui, outre leur fonction religieuse et communautaire, avaient également une « fonction régulatrice du travail ». Des sanctions étaient applicables aux

a émergé un « livre de compte » tenu par les exploitants agricoles. Il visait à indiquer la durée quotidienne de travail[531]. Dans les usines, le temps de travail est encadré dans une logique de rationalisation[532]. En effet, l'industrialisation a contribué à faire « du temps de travail une règle d'organisation des activités de travail : pour l'employeur, il s'agit de rationnaliser le temps de présence du salarié, qu'il a acheté »[533]. Dans cette perspective, il apparaît nécessaire de lutter contre les absences au travail, mais également contre des retards ou temps de pause trop longs perçus comme affectant la productivité de l'entreprise. Pour exemple, un règlement datant de 1849 mentionnait expressément que « les retards et les absences ont pour résultat le chômage partiel ou total de l'établissement […]. [Ils] peuvent avoir pour conséquence d'empêcher tous les autres de travailler, c'est-à-dire de compromettre tout aussi bien les intérêts des ouvriers eux-mêmes que ceux du patron »[534]. Ainsi, des mécanismes de contrôle de la présence au travail ont été mis en place. Les premiers systèmes de pointeuse et de feuilles de présence sont créés à cette époque, et sont utilisés dans les entreprises au début du XX^{e} siècle[535]. C'est notamment le cas dans l'usine Renault[536]. La subordination du travailleur s'illustre au travers du contrôle de la présence au travail. Ces dernières sont assorties de règles de discipline, dont certaines ont pour fonction la répression du travailleur absent.

B) L'émergence de règles de discipline

142.- La machinisation du travail favorisant de la discipline ouvrière. Au XIX^{e} siècle, l'industrialisation s'est accélérée et a donné lieu à un changement des rapports de travail qui existaient jusqu'alors entre les ouvriers et le patronat. La mécanisation du travail introduite à cette époque a permis sur le plan économique d'accroître la productivité. Au-delà, elle a également emporté des conséquences en matière sociale. En effet, elle est devenue non

ouvriers qui ne respectaient pas les horaires, que ce soit en début ou en fin de journée, mais également pour les retours de pause. V. en ce sens : C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIV^{e}-XIX^{e} siècles, op. cit.*, pp. 111 et suiv.

531 *Ibid.*, p. 119. Plus précisément, il s'agit « d'un papier quadrillé dans lequel une ligne de carreaux correspond à une semaine. En abscisse sont portées les indications horaires, chaque carreau comptant pour quinze minutes. Les hachures horizontales illustrent le temps consacré au travail, les blancs les moments de repos ».

532 Cela fait écho à la théorie marxienne, selon laquelle l'économie capitaliste induit nécessaire une économie de temps : K. Marx, *Le capital : critique de l'économie politique*, Paris, Éditions sociales, 1967. Cité par : J. Thoemmes, *Vers la fin du temps de travail ?*, *op. cit.*, p. 24.

533 *Ibid.*

534 Archives départementales du Nord, 170, J63. Cité par : C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècles*, *op. cit.,* pp. 122-123.

535 A. Mattelart, A. Vitalis, *Le profilage des populations. Du livret ouvrier au cybercontrôle*, La Découverte, 2014, pp. 53-54.

536 S. Weil, *La condition ouvrière*, Gallimard, coll. Espoir, 1951, p. 183.

seulement un outil de contrôle de l'activité, mais également un instrument de discipline ouvrière. La mécanisation du travail a principalement permis de remplacer le travail effectué par les ouvriers les moins qualifiés. Par conséquent, ces derniers étaient moins indispensables qu'auparavant[537]. Si à cette époque les grèves étaient interdites[538], tout acte pouvant être perçu comme un comportement de riposte ou d'insubordination était susceptible d'être sanctionné, et pouvait conduire à la perte de l'emploi de l'ouvrier. Corrélativement, le rythme du travail dicté par les machines s'est intensifié et durci, limitant les pouvoirs d'action des ouvriers pour ralentir la production ou porter des mouvements de contestation. En définitive, la mécanisation du travail n'a pas contribué à un mouvement de libération ouvrière. Au contraire, elle a conduit à justifier certaines mesures du patronat comme la menace du chômage[539], les mesures de discipline accrues ou encore la baisse des salaires. Ainsi, Karl Marx observait au sujet des inventions réalisées depuis 1830 qu'elles avaient permis de « défendre le capital contre les émeutes ouvrières »[540].

143.- Des règles de discipline encadrant le contrôle de l'activité des travailleurs. L'essor du salariat et l'industrialisation sont à l'origine de la mise en place de règles de discipline strictes, qui sont corrélatives au renforcement du contrôle de l'activité du salarié. Concrètement, le comportement de l'ouvrier est encadré afin que sa sujétion soit effective. En témoigne la métaphore militaire d'un patron de l'époque : « dans l'atelier je suis votre chef, vous êtes les soldats. Je commande, il faut m'obéir »[541]. La structure industrielle présente ainsi les traits d'une organisation hiérarchique, rigide, au sein de laquelle les règles édictées coïncident avec la volonté du patron[542]. Au début du XX^{e} siècle, ce dernier dispose d'un pouvoir arbitraire

---

537 C'est exactement l'idée présentée par un auteur du XIX^{e} siècle, lorsqu'il déclare que « la découverte des machines, au moyen desquelles on fabrique le papier, on tond et on laine les draps, rend aujourd'hui [en 1818] impuissante la mauvaise volonté des ouvriers, puisqu'ils ne sont plus comme autrefois des instruments indispensables à l'activité des manufactures, et qu'on peut, sans inconvénient pour une bonne fabrication, les remplacer par des hommes nouveaux et manquant d'expérience » : C.-A. Costaz, *Essai sur l'administration de l'agriculture, du commerce, des manufactures et des subsistances*, Paris, Imp. Mme Huzard, 1818, pp. 149-150.

538 Il faudra attendre la loi Émile Ollivier du 25 mai 1864 pour que le délit de coalition soit supprimé.

539 Eugène Buret observait à ce sujet que « la mécanique a délivré le capital de l'oppression du travail » : E. Buret, *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*, Paris, Paulin, 1840, p. 36. Cité par F. Jarrige, « Le travail discipliné : genèse d'un projet technologique au XIX^{e} siècle », *Cahiers d'histoire. Revue critique d'histoire* 2009, p. 99.

540 K. Marx, *Le Capital*, trad. J. Roy, Paris, M. Lachâtre ; 1872, p. 188. Plus précisément, l'auteur observe qu' « on pourrait écrire toute une histoire au sujet des inventions faites depuis 1830 pour défendre le capital contre les émeutes ouvrières ».

541 A. Gratiot, *Distribution des prix faite aux enfants*, Essones, 1848, p. 8. Cité par A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIX^{e} siècle », *op. cit.*, p. 139.

542 A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIX^{e} siècle », *op. cit.*, p. 139.

presque sans limite[543]. Une première illustration probante réside dans l'instauration du livret ouvrier instauré en 1803[544]. Créé pendant la période du Consulat (1799-1804), ce livret reconnaissait un pouvoir de discipline à l'employeur, puisque ce dernier y consignait les manquements de l'ouvrier[545]. Il était ainsi analysé comme un instrument de « discipline contractuelle »[546]. Le pouvoir arbitraire de l'employeur s'observe également dans l'encadrement de la relation de travail par le contrat de louage de services. En témoigne la rédaction de l'article 1781 du Code civil de 1804, en vertu duquel « le maître est cru sur son affirmation ». La faible réglementation du contrat de louage a sans doute contribué à encourager les patrons de la grande industrie à « établir des règlements - qu'ils affichèrent dans leurs usines et qui, étant tacitement acceptés de leurs ouvriers, par suite de leur entrée, constituèrent la convention bilatérale qui liait les deux parties »[547].

144.- Les règlements d'atelier : une assise textuelle aux règles de sanction des absences. Dans les usines, les règlements d'atelier apparaissent comme une norme définissant les modalités d'exercice du pouvoir de discipline. Ils constituent un corpus de règles de fonctionnement, qui pourrait s'assimiler à un « code de comportements », que le pouvoir patronal autorise ou sanctionne[548]. Le règlement d'atelier – ou d'usine – serait ainsi « le corps

---

543 Il convient toutefois de préciser que les conseils de prud'hommes existaient depuis 1806 (le premier conseil de prud'hommes a été créé à Lyon à cette date : L. du 18 mars 1806 portant établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon, rec. *Duvergier*, 1806, p. 382). Or, leur rôle était limité puisqu'historiquement, ils avaient pour mission de tenter de concilier les parties lorsqu'un différend survenait. Aussi, leur compétence en matière de sanctions disciplinaires n'était pas clairement définie, ce qui limitait leur compétence dans ce domaine. Enfin, les conseils de prud'hommes étant à cette époque constitués d'une majorité d'employeurs, l'encadrement du pouvoir patronal était relatif. La juridiction ne deviendra paritaire qu'en 1848 : D. du 27 mai 1848 relatif aux conseils de prud'hommes. Sur les conseils de prud'hommes au XIX^{e} siècle, la présente étude renvoie aux travaux de Jean-Pierre Royer : J.-P. Royer, *Les conseils de prud'hommes au XIX^{e} siècle. Entre état, patrons et ouvriers : les linéaments de la justice du travail (1806-1868)*, Thèse dactyl., 2020.

544 Créé par la loi du 22 germinal an XI (12 avr. 1803), *précitée*.

545 Plus précisément, ce document obligatoire, que tout ouvrier devait avoir en sa possession, faisait mention d'informations personnelles qui concernaient notamment sa situation professionnelle présente et passée. Il devait notamment contenir les nom et prénom de l'ouvrier, son âge, le lieu de sa naissance, son signalement, sa profession, mais également le ou les patrons pour lesquels il travaille. Il s'agissait principalement d'une mesure de police, ayant initialement pour but d'empêcher toute insurrection de l'ouvrier. Il a été établi pour permettre au patron de s'assurer de l'exécution de la dette de travail dont l'ouvrier était débiteur. Il supposait que le patron donne son accord et appose une signature sur le document avant de quitter un emploi, limitant de fait la mobilité des ouvriers et le vagabondage. Sur le livret ouvrier, v. A. Plantier, *Le livret des ouvriers*, Thèse, Faculté de Paris, 1900 ; M. Sauzet, « Le livret obligatoire des ouvriers », *Rev. critique de législation et de jurisprudence* 1890 ; C. Arnaud, *Du livret ouvrier*, Éd. Veuve Camoin, 1856.

546 J.-P. Le Crom, « Le livret ouvrier au XIXe siècle entre assujettissement et reconnaissance de soi », *in* Y. Le Gall, D. Gautier, P. Legal (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à P.-J. Hesse*, PU de Rennes, 2003, p. 91.

547 R. Merlin, *Le contrat de travail, les salaires, la participation aux bénéfices*, Paris, F. Alcan, 1907, p. 20.

548 A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIX^{e} siècle », *op. cit.*, p. 139.

codifié des normes dans lesquelles d'une façon plus nette on peut repérer les caractéristiques du pouvoir patronal »[549]. Il est une norme propre aux exigences de la grande industrie[550]. Au XIXe siècle, le pouvoir patronal semble tout puissant, puisque le règlement d'usine est « dû à la seule initiative du patron et n'a pas à être contrôlé par l'administration qui refuse d'ailleurs de le faire »[551]. En outre, la jurisprudence applique avec fermeté ces règlements, considérant qu'ils revêtent un caractère conventionnel et obligatoire[552]. Or, ces règlements sont intéressants à analyser parce que certaines de leurs dispositions sont directement liées à la présence au travail et par extension, à la sanction des absences. En effet, ils mentionnent le plus souvent – parmi d'autres règles – les heures d'entrée et de sortie du travail, ainsi que les heures de repas et les règles de discipline. Les sanctions pour non-respect des heures d'entrée et de sortie de l'usine étaient relativement lourdes[553]. Les règlements d'atelier prévoyaient que les retards et absences étaient sanctionnés par des pertes de salaire, des amendes voire des renvois[554]. Une analyse plus approfondie des règlements d'atelier permet de constater que les absences sont au cœur des règles édictées. En effet, elles font l'objet de préoccupations du patronat dans la mesure où elles représentent « un danger réel pour le fonctionnement ordonné de l'entreprise », qu'il est nécessaire de réprimer rigoureusement[555]. À titre d'exemple, c'est le cas des règlements applicables aux mines de Carmaux. L'un d'eux, en date du 15 février 1860, prévoyait que « toute absence sans motif justifié ou sans autorisation sera punie d'une amende de cinquante centimes au moins et une absence consécutive de huit jours avec les mêmes circonstances entraînera le remplacement »[556]. Un règlement de 1891 disposait quant à lui que « sauf cas de force majeure,

---

549 *Ibid.*

550 H. Lalle, *La question des règlements d'atelier*, Thèse, Paris, A. Bonnet, 1904, p. 7.

551 F. Hordern, « Le règlement d'atelier au XIXe siècle », 1991. Article publié sur le site du ministère du travail, accessible depuis le lien du site internet suivant : https://travail-emploi.gouv.fr/sites/travail-emploi/files/files-spip/pdf/Le_reglement_d_atelier_au_XIXeme_siecle.pdf. Consulté le 31/10/2025. Aussi, Henri Lalle mettait en avant le caractère unilatéral du règlement d'atelier, que l'ouvrier était contraint d'accepter. Selon l'auteur, les règlements d'atelier constituaient à la fois le prolongement du contrat de travail, mais étaient au-delà l'expression du « droit de direction » du patron : H. Lalle, *La question des règlements d'atelier, op. cit.,* p. 18.

552 À ce titre, le célèbre arrêt dit « des sabots » offre une illustration probante : Cass. civ., 14 fév. 1866, *Paris Frères c. Dame Julliard* (D. 1866, I, 84). À cet égard, il convient de souligner que les seules limites au pouvoir patronal résident dans la résistance des ouvriers : A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle », *op. cit.*, p. 139.

553 C. Maitte, D. Terrier, *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècles, op. cit.,* p. 123. Il convient de préciser que les auteurs observent que « les horaires sont à la fois perçus comme une contrainte et comme une liberté. Une contrainte car il s'agit d'accepter l'ordre patronal ; une liberté puisque de la sorte on peut contester tout dépassement des horaires fixés ».

554 F. Hordern, « Le règlement d'atelier au XIXe siècle », *op. cit.* L'auteur précise également que « l'habitude ouvrière de fêter le Saint Lundi est punie avec une grande sévérité ».

555 *Ibid.*

556 R. Trempé, *Les mineurs de Carmaux 1848-1914*, préf. J. Godechot, t.1, Thèse, Les éditions ouvrières, 1971, p. 205.

aucune autorisation ne pourra être donnée à un ouvrier pour s'absenter pendant la durée du poste »[557]. De manière générale, les absences sont sévèrement sanctionnées. Outre la perte de salaire, l'ouvrier encourt également des amendes[558]. Par ailleurs, l'absence répétée peut donner lieu à un renvoi[559]. Pourtant, malgré ces sanctions strictes, l'absentéisme reste relativement élevé[560]. Dès lors, les absences sont largement réprimées par les règlements d'atelier au XIXe siècle. Il est intéressant de questionner la finalité de cette répression. Si cette dernière semble *a priori* résider dans la création d'une main d'œuvre stable et continuellement disponible, d'autres raisons pourraient être avancées. Les règles disciplinaires pourraient être analysées comme un outil de subordination – pourrait-on dire de domination – de la main d'œuvre. En effet, elles illustreraient la « volonté de subordonner d'une façon intégrale aux exigences du profit la classe ouvrière qui manifeste dans les absences et les retards, sa résistance »[561]. Toutefois, la discipline ouvrière sera de plus en plus contestée par les ouvriers eux-mêmes. Les prémices d'un mouvement d'insurrection à l'initiative des travailleurs se dessinent, et donneront lieu, au siècle suivant, à une meilleure reconnaissance de leur condition.

§2 : L'avènement d'une protection juridique du travailleur absent

145.- Plan. La volonté du patronat de rationaliser et de maîtriser la production engendre des tensions sociales. L'encadrement juridique de l'absence ne peut être dissocié de l'émergence d'une solidarité entre les travailleurs. En effet, des revendications sociales ouvrières sont intervenues, soutenues par les syndicats. Ces revendications sociales se traduiront juridiquement par des lois sociales, dont certaines auront pour objet la protection du travailleur absent **(I)**. En outre, s'agissant de la relation de travail, un changement s'observe puisque le contrat d'échange qui existait jusqu'alors (travail contre salaire) évolue vers un contrat de solidarité **(II)**. Ces évolutions exerceront une influence directe sur le traitement de l'absence du travailleur.

---

557 *Ibid.*, p. 207.
558 *Ibid.*, pp. 205-108.
559 *Ibid.*
560 *Ibid.*, p. 208. À cet égard, l'auteur rapporte les propos adressés par un directeur au Conseil le 12 juillet 1864 : « La même situation se renouvelle chaque année : c'est l'absence des ouvriers qu'on ne peut retenir à leur travail malgré l'amende qu'ils encourent ».
561 A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle », *op. cit.*, p. 139.

I- Les revendications sociales ouvrières et la solidarité entre les travailleurs à l'origine des lois sociales

146.- Plan. À partir du milieu du XIX[e] siècle, des revendications sociales ouvrières commencent à émerger, et révèlent une solidarité entre les travailleurs **(A)**. Si ces évolutions sont *a priori* détachées de la question de l'absence, parce qu'elles s'inscrivent dans une perspective plus large, reste qu'elles ont permis l'avènement de lois sociales, dont certaines ont eu des conséquences directes sur la protection de l'absence **(B)**.

A) Des revendications sociales nées de la solidarité entre les travailleurs

147.- L'interdiction des coalitions par la Loi le chapelier 1791 et le refus de toute expression collective du travail. Peu de temps après la Révolution française, la loi Le Chapelier, du 14 juin 1791, met fin au système des corporations, coalitions et autres associations de métiers qui symbolisaient l'exercice du travail sous l'Ancien Régime[562]. La liberté du commerce et de l'industrie, qui découle de cette loi et du décret d'Allarde du 2 mars 1791[563], traduit en réalité une conception individuelle du travail. Le principe révolutionnaire de la liberté individuelle a donc eu pour conséquence d'entraîner une dimension individualiste du rapport de travail. En définitive, même si l'exercice du travail est à présent libre, la conception du contrat de travail est réduite à un accord de volontés, entre l'ouvrier et le patron, dans lequel l'ouvrier se trouve isolé face à l'employeur. Cette conception individuelle du travail annihile, par conséquent, toute forme expression collective. Cette situation durera pendant le Premier Empire (1804-1815), puisque l'article 415 du code pénal de 1810 réprimait la coalition ouvrière et punissait cet acte de peines d'emprisonnement[564].

148.- L'émergence de revendications sociales collectives dans la première moitié du XIX[e] siècle. Les débuts de la Révolution industrielle, entamée dès les années 1830-1840, conduisent à repenser les modes de production. La mécanisation du travail, qui s'installe

---

[562] Loi « Le Chapelier » du 14 juin 1791, *précitée.*
[563] Décret d'Allarde du 2 mars 1791, *précité.*
[564] Article 415 du Code pénal de 1810 : « Toute coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre et d'y rester avant ou après de certaines heures, et en général pour suspendre, empêcher, enchérir les travaux, s'il y a eu tentative ou commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus. Les chefs ou moteurs seront punis d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans ».

progressivement dans les grandes entreprises, rassemble nombre de travailleurs dans un même endroit. Cette concentration du travail, et donc des travailleurs, est un terrain propice aux premières revendications collectives. C'est dans ce contexte que la Révolution de 1848 (février-juin), qui constitue une insurrection du peuple contre le système politique, a également conduit à une amélioration des conditions de travail. En effet, dans la mesure où l'État ne peut plus ignorer le travail comme *fait social*, cette révolution marque les débuts de revendications collectives ouvrières. Malgré sa brièveté, cet épisode insurrectionnel a engendré une première reconnaissance des droits des travailleurs. C'est à cette époque que l'État commence à réguler la durée du travail par plusieurs décrets pris en 1848[565]. Un premier fixe la durée du travail effectif dans la ville de Paris et assortit l'inobservation de cette règle d'une sanction[566]. Il est alors prévu que « tout chef d'atelier qui exigera de ses ouvriers plus de dix heures de travail effectif sera puni d'une amende de 50 à 100 francs pour la première fois », cette amende étant majorée en cas de récidive[567]. En outre, le 25 février 1848 est proclamé un « droit au travail »[568], qui se traduit par la création des « ateliers nationaux » visant à fournir du travail aux chômeurs parisiens[569]. Leur fermeture en juin provoquera des insurrections ouvrières particulièrement meurtrières, marquant une scission entre la classe ouvrière et les pouvoirs politiques. Finalement, la Constitution du 4 novembre 1848 instaure la *fraternité* comme principe républicain. C'est sur la base de ce principe que les travailleurs se réuniront, dans la deuxième moitié du XIX^{e} siècle, pour porter leurs revendications communes[570]. Si ces évolutions sont indépendantes de la question de l'absence, reste qu'elles constituent les prémices de l'amélioration de la condition ouvrière.

---

565 Ces décrets portent notamment sur la durée du travail. Sur ce point, v. en ce sens : F. Jarrige, B. Reynaud, « La durée du travail, la norme et ses usages en 1848 », *Revue Genèses* 2011, p. 70.

566 D. du 2 mars 1848 concernant la fixation de la durée du travail effectif dans Paris (*Bull. des lois* 1848, n° 4, p. 37).

567 Cette amende était portée « de 100 à 200 francs en cas de récidive, et, s'il y avait double récidive, d'un emprisonnement qui pourrait aller de un à six mois ». Il était également prévu par ce décret que « le produit des amendes sera destiné à secourir les invalides du travail » : D. du 2 mars 1848, *précité*.

568 F. Knittel, N. Mariotti, P. Raggi (dir.), *Le travail en Europe occidentale des années 1830 aux années 1930*, Ellipses, 2020, p. 109.

569 Le gouvernement provisoire a décrété la création de ces ateliers nationaux le 27 février 1848. V. en ce sens : J.-F. Potton, « La Cour des comptes et les ateliers nationaux en 1848 », *Revue gestion et finances publiques*, 5 oct. 2011. Article accessible depuis le site internet : https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2017-06/comite-histoire-La-Cour-et-les-ateliers-nationaux-en-1848.pdf. Ces ateliers nationaux seront toutefois de courte durée, puisqu'ils seront fermés le 21 juin 1848 : F. Corréard, *Histoire contemporaine de l'Europe et de la France de 1789 à 1889*, Paris, G. Masson, 1892, p. 506.

570 Constitution du 4 nov. 1848, art. IV : « [La République] a pour principe la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public ».

149.- Le regroupement de travailleurs comme moteur d'amélioration des conditions de travail. Au XIXe siècle, les conditions de travail se durcissent, notamment en raison de l'industrialisation et de la nécessité pour le patronat d'avoir une main d'œuvre stable et disciplinée. Les journées de travail sont longues, les salaires sont bas et les travailleurs font l'objet de contrôles et de règles disciplinaires relativement strictes. Les absences sont sanctionnées durement et les réactions individuelles ont peu de poids. Les ouvriers prennent alors conscience qu'il est nécessaire de porter collectivement leurs revendications, en vue de défendre leurs intérêts professionnels communs. En dépit de l'interdiction des coalitions par la loi Le Chapelier de 1791[571], des regroupements clandestins de travailleurs voient le jour[572]. Certains donneront lieu à des tensions sociales importantes comme la révolte des Canuts à Lyon[573]. Ces regroupements de travailleurs se multiplieront à la fin du XIXe siècle. Les revendications portent principalement sur l'amélioration des conditions de travail, l'augmentation des salaires ou encore la durée des journées de travail. Dans un premier temps, la suppression du délit de coalition par la loi Émile Ollivier du 25 mai 1864 ouvre la voie à la reconnaissance d'un droit de contestation collective[574]. Ce mouvement sera renforcé en 1884 par l'adoption de la loi Waldeck-Rousseau qui proclame la liberté syndicale[575]. Désormais, les syndicats peuvent se constituer librement, permettant de faire contrepoids au pouvoir de l'employeur qui s'exerçait jusqu'alors de manière arbitraire. Ces évolutions ont conduit à une solidarité entre les travailleurs, qui sera renforcée et affirmée au début du siècle suivant. Finalement, ces revendications traduisent le passage progressif d'une logique strictement *individuelle* du travail héritée du Code civil de 1804, vers une logique davantage *collective* fondée sur la reconnaissance d'une solidarité entre les travailleurs.

150.- La traduction juridique d'une solidarité de fait. La division du travail et la construction de la société industrielle du XIXe siècle ont eu des incidences sociologiques

---

571 D. du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « Loi Le Chapelier », *précité*.

572 Sur l'histoire du syndicalisme et les évolutions historiques, v. en ce sens : P. Karila-Cohen, B. Wilfert, *Leçon d'histoire sur le syndicalisme en France*, PUF, coll. Major, 1998.

573 Pour exemple, on peut citer les révoltes des canuts à Lyon, intervenues en 1831 et en 1834, qui sont souvent présentées comme les premiers mouvements d'insurrection ouvrière. Ces mouvements furent initiés par les tisserands de la soie qui réclamaient un salaire minimum garanti pour leur travail. Sur cette question, v. J. B. Montfalcon, *Histoire des insurrections de Lyon, en 1831 et 1834*, Lyon, L. Perrin, Paris, Delaunay, 1834 ; F. Rude, *Les révoltes des canuts (1831-1834)*, La Découverte, 2007.

574 L. Émile Ollivier du 25 mai 1864 portant suppression du délit de coalition (*Bull. des lois* 1864, n° 1206, p. 733).

575 L. du 21 mars 1884 dite « Waldeck-Rousseau » relative aux syndicats professionnels (*Bull. des lois* 1884, n° 846, p. 617).

importantes dans le milieu de l'entreprise. Le développement de l'industrie, et la concentration des travailleurs au sein des usines, fait naître une nouvelle forme de solidarité. La technique industrielle intègre les ouvriers dans une communauté de travail, au sein de laquelle la solidarité n'est plus simplement une *valeur*, mais devient une exigence économique puisque les ouvriers dépendent collectivement les uns des autres. D'ailleurs, comme le relève Michel Despax, en raison du développement du machinisme les ouvriers « sont désormais rassemblés et la commune précarité de leur condition se révèle propre à favoriser une prise de conscience de leur solidarité »[576]**.** Dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, cette solidarité trouve une traduction institutionnelle dans les *sociétés de secours mutuels*, qui seront consacrées juridiquement sous le Second Empire, avec le décret du 26 mars 1852[577]. Ces *sociétés de secours* sont alors financées par les cotisations ouvrières et leur permettent de percevoir une indemnité en cas de maladie, d'accident ou de décès. Dans la mesure où l'absence n'est pas rémunérée à cette époque, la société vient solidairement au soutien de ces ouvriers. Ces sociétés de secours mutuels préfigurent assurément les futures politiques sociales qui interviendront à la fin de ce siècle.

151.- Une solidarité fonctionnelle résultant de la division du travail. Entre 1880 et 1900, le développement du « travail à la chaîne », renforce cette dimension collective du travail. En effet, avec l'interdépendance inhérente au modèle de production, le lien social entre les travailleurs se renforce comme l'a démontré le sociologue Émile Durkheim[578]. Centrée sur les conséquences de la division du travail, sa thèse s'oppose à celle de Karl Marx qui voyait dans cette organisation un instrument d'aliénation des travailleurs. Au contraire, Émile Durkheim y voit un facteur d'intégration sociale puisque chaque travailleur se spécialise dans une fonction qui le rend complémentaire des autres. La division du travail conduit à renforcer la cohésion parce qu'elle crée de *l'interdépendance fonctionnelle* entre les travailleurs, les rendant nécessairement solidaires[579]. Il défend ainsi l'idée selon laquelle le travail revêt une fonction sociale, puisque la solidarité *mécanique* fondée sur la ressemblance des individus, se meut progressivement en une solidarité *organique* fondée sur leur complémentarité et leur interdépendance[580].

---

[576] M. Despax, *Le droit du travail*, *op. cit*., p. 8.
[577] D. du 26 mars 1852 *sur les sociétés de secours mutuels* (*Bull. des lois* 1852, n° 514, p. 913).
[578] E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 8[e] éd., coll. Bibl. de philosophie contemporaine, 1893.
[579] *Ibid.*
[580] Pour une étude plus approfondie sur le sujet : v. *ibid*., pp. 118-141 ; G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie*, PUF, coll. Bibl. de sociologie contemporaine, 1950 ; Ph. Besnard, *Études Durkheimiennes*, Librairie Droz, 2003.

152.- Le travailleur industriel : un maillon humain de la chaîne de production. Avec le développement de la société industrielle au XX^e siècle, et plus particulièrement à partir des années 1920, chaque salarié œuvre à la réalisation d'un ouvrage en devenant un « maillon » de la chaîne de production. Ainsi, à la manière d'un automate, les ouvriers effectuent des tâches répétées. Les corps des ouvriers sont utilisés tels des machines et cette « instrumentalisation » massive des ouvriers est largement décriée. Le sociologue Marcel Mauss constatait que « le corps est le premier et le plus naturel instrument de l'homme. Ou plus exactement, sans parler d'instrument, le premier et le plus naturel objet technique, et en même temps moyen technique de l'homme, c'est son corps »[581]. D'un autre côté, le travail *posté* présente l'avantage d'accélérer considérablement la production. Corrélativement, l'économie de capital s'en est trouvée démultipliée[582]. Le travailleur est affecté à un poste de travail, à une tâche très spécialisée et individualisée. De ce fait, il devient très rapidement hyperspécialisé sur la tâche qu'il traite durant l'intégralité de son temps de travail, en finissant par l'accomplir de manière machinale.

153.- La naissance d'une interdépendance entre les ouvriers. Si la division du travail permet des gains d'efficacité certains[583], il n'en demeure pas moins que l'accomplissement de la tâche de travail par un ouvrier, se trouve conditionné à celle d'un autre ouvrier participant du même processus de production. Des liens sociaux se créent alors entre les différents travailleurs des usines, qu'Alain Supiot assimile au principe de *fraternité*[584]. Pour exprimer l'interdépendance qui existe entre les travailleurs, Karl Marx observait que « le travail est une totalité » et n'est pas l'œuvre de l'ouvrier singulier[585]. Il indiquait ainsi que ce n'est pas une personne seule, prise dans son individualité qui travaille, mais un « travailleur collectif constitué par la combinaison des travailleurs de détail […] et qui constitue un corps productif collectif »[586]. Enfin, pour finir d'accréditer la théorie selon laquelle il existe une véritable interdépendance entre les travailleurs, Karl Marx indiquait que le travailleur collectif, « issu de la collectivisation des travailleurs particuliers », était le « produit de la totalisation des travaux individuels, de leur mise en commun »[587]. En définitive, le travailleur pris dans sa *dimension individuelle* devient un élément de la chaîne permettant la production d'un ouvrage, rejoignant

---

581 M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, PUF, coll. Quadrige, 1950, p. 372.
582 J.-H. Lorenzi, O. Pastré, J. Toledano, *La crise du XX^e siècle*, Economica, 1980, p. 13.
583 T. Coutrot, *Critique de l'organisation du travail*, Éd. La découverte, coll. Repère, 2002, p. 20.
584 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 126.
585 J. Vioulac, *L'époque de la technique, Marx, Heidegger et l'accomplissement de la métaphysique*, PUF, coll. Épiméthée, 2015.
586 *Ibid.*
587 *Ibid.*

ainsi la *dimension collective* des travailleurs. L'émergence d'une communauté de travail apparaît alors comme l'origine d'une solidarité entre les travailleurs[588].

154.- L'entreprise comme communauté de travailleurs : la théorie institutionnelle de l'entreprise. L'interdépendance existant entre les travailleurs a contribué à faire émerger la théorie institutionnelle de l'entreprise, défendue par certains auteurs comme Paul Durand[589] ou Michel Despax[590]. Cette théorie propose de dépasser la conception purement contractuelle de la relation de travail[591]. L'entreprise ne peut pas être perçue comme l'addition de contrats de travail individuels car elle constitue une entité collective organisée, qui a vocation à durer dans le temps pour assurer la production. En définitive, il s'agit d'une communauté humaine au sein de laquelle les individus collaborent pour atteindre un objectif commun. Ainsi, elle permettrait de révéler la réalité économique et sociale dans laquelle le salarié se trouve placé. L'inégalité des parties au contrat de travail serait donc structurelle, dans la mesure où l'employeur est détenteur du pouvoir de direction mais également du pouvoir économique. Dès lors, le droit des contrats ne suffirait pas à réguler la relation de travail et la place du contrat devrait être repensée. Si elle est nécessaire pour régir les rapports individuels existant entre un salarié et l'employeur, elle est cependant insuffisante à elle seule. Ainsi, selon cette théorie institutionnelle, l'entreprise doit d'abord être regardée comme une communauté organisée autour d'un même objectif de production. L'institution, que représente l'entreprise, marque un intérêt collectif qui dépasse la somme des intérêts individuels et justifie donc la reconnaissance de droits collectifs.

155.- La solidarité, compensation de la liberté individuelle du travailleur. La solidarité existant entre les travailleurs du fait de la mouvance de l'organisation du travail permet également de contrecarrer la liberté individuelle du salarié qui pourrait encourager ce dernier à s'absenter du travail, alors même que cette absence ne reposerait sur aucun motif

---

588 Sur la communauté de travail, v. en ce sens : M. Rivolier, *La communauté de travail*, Thèse, Paris 1, 2023.

589 Sur la théorie institutionnelle de l'entreprise dans la pensée de Paul Durand, v. en ce sens : P. Durand, « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947*, Paris, Dalloz, 1948, pp. 45 et suiv. ; P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, p. 387.

590 M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1956.

591 Sur la théorie institutionnelle de l'entreprise, v. également : C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse, Paris X, 2014. Sur la théorie de l'entreprise de Paul Durand, v. spéc. : C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse, Paris X, 2014, pp. 117-163. Sur la théorie de Michel Despax, v. spéc. : C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse, Paris X, 2014, pp. 165-200.

autorisé[592]. Un équilibre est alors trouvé entre *liberté individuelle* des travailleurs et *intérêt collectif*, qui est la résultante directe du concept de solidarité qui les guide. Au-delà du contrat de travail il existe donc, entre les travailleurs, un fort sentiment d'interdépendance lié à leur appartenance à la communauté de travail. Le salarié du XX[e] siècle étant spécialisé, il est complémentaire des travailleurs qui l'entourent dans son environnement professionnel. Partant, un lien professionnel et « affectif », quasi fraternel, s'établit entre les travailleurs[593]. Aussi, comme le relève Michel Despax, les ouvriers « sont désormais rassemblés et la commune précarité de leur condition se révèle propre à favoriser une prise de conscience de leur solidarité »[594]. En définitive, cette solidarité de fait entre les travailleurs a donné lieu à un changement de la conception du travail salarié. Ce changement s'est d'abord illustré par l'avènement de lois sociales éparses mais aussi, plus tardivement, par la création du système de sécurité sociale[595].

B) Un renforcement législatif de la protection du travailleur

156.- La consécration légale de la théorie de l'abus de droit aux prémices d'une protection du salarié absent. L'application stricte de la force obligatoire des contrats a prédominé jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, excluant ainsi toute cause justificative d'absence. Le licenciement était alors l'expression par l'employeur de la liberté contractuelle, et n'était que peu encadré. L'employeur pouvait ainsi librement licencier un salarié dans la mesure où ce droit de rupture du contrat de travail lui était reconnu. Cependant, en réponse aux congédiements massifs qui étaient intervenus au XIX[e] siècle, la loi du 27 décembre 1890 prévoyait ainsi un droit d'action pour la partie lésée par la rupture unilatérale du contrat de louage[596]. Cette loi

[592] Il convient cependant d'observer qu'il serait erroné de considérer la solidarité comme un simple frein à la reconnaissance et à l'exercice de liberté individuelle. Pour illustration, il a pu être démontré en sociologie que « dans notre société, une majorité d'individus a pu accéder à une certaine liberté, ou à une certaine indépendance sociale, parce qu'ils avaient été inscrits dans des systèmes de solidarité, bénéficiaires de ressources sociales et de droits sociaux qui formaient le socle de base nécessaire à leur indépendance » : R. Castel, « Liberté individuelle et solidarités », *Rev. psychotropes* 2012, p. 45. En d'autres termes, la solidarité entre un groupe d'individus permettrait d'exercer une influence suffisante pour donner lieu à la reconnaissance de droits, dont l'exercice est individuel. Cela permet en définitive d'affirmer que la solidarité peut être un point d'ancrage à la liberté individuelle.
[593] A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.,* p. 128.
[594] M. Despax, *Le droit du travail*, *op. cit*., p. 8.
[595] Sur ce dernier point, est fréquemment évoquée que « l'idée même de la Sécurité sociale est indissociable de celle de solidarité » : J.-J. Dupeyroux, « Puisque les évènements nous dépassent, feignons de les organiser », *Le Monde* 10 nov. 1970. Cité par M. Borgetto, R. Lafore, « Le principe de solidarité dans la pensée de Jean-Jacques Dupeyroux », *Dr. soc.* 2022, p. 294. Cette affirmation est peu contestable puisque le premier article du Code de la sécurité sociale fait effectivement du principe de solidarité (nationale) le fondement même de la sécurité sociale. V. en ce sens CSS, art. L. 111-1, al. 1[er] : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale ».
[596] L. du 27 déc. 1890 (*précitée*).

entraîne des effets indéniables sur la reconnaissance de motifs justificatifs d'absence. En application de la loi du 27 décembre 1890, la jurisprudence opère une distinction entre les causes qui justifient ou non le licenciement. Cette loi entraîne ainsi des conséquences en matière d'absence, puisque certains motifs d'absence sont considérés comme justifiés et si le licenciement intervient sur ce motif, il pourra donner lieu à des dommages et intérêts. Ainsi, par cette loi, le législateur pose les jalons d'une distinction entre des motifs justifiés d'absence, qui donnent lieu à des dommages et intérêts si l'employeur congédie le travailleur pour cette raison, et des motifs d'absence injustifiés qui justifient la rupture unilatérale du contrat par l'employeur. Toutefois, si cette loi aurait pu offrir au juge la possibilité de sanctionner un employeur qui rompait abusivement la relation contractuelle, il convient de constater que « les juridictions restent dans la logique de la protection du droit de libre rupture »[597]. La jurisprudence rendue à la fin du XIX^e^ siècle sur le fondement de loi du 27 décembre 1890 permet d'accréditer de constat. Par exemple, le Tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement rendu le 25 septembre 1897, a considéré que l'ouvrier qui avait été congédié à la suite d'un congé non limité pour maladie était bien-fondé à obtenir des dommages et intérêts. Le Tribunal observait que « l'absence, résultant d'un congé donné dans ces conditions, n'était pas en l'espèce un motif suffisant de renvoi » et avait condamné la société à payer à l'ouvrier 3 500 francs de dommages et intérêts[598]. À l'aube du XX^e^ siècle, une protection contractuelle du salarié absent se dessine.

157.- Un encadrement relatif des règlements d'atelier. À la fin du XIX^e^ siècle, les mouvements sociaux contestaient le pouvoir arbitraire du patronat. Ce dernier fut alors amené à justifier son pouvoir disciplinaire. En effet, la prise en compte de la dimension sociale du travail humain a contribué à passer « d'une hiérarchie non encadrée assise sur des pouvoirs sans limite à une hiérarchie contrôlée dans ses prérogatives »[599]. Les critiques relatives au caractère unilatéral des règlements d'ateliers se sont imposées avec force à partir de la fin du XIX^e^ siècle, plus particulièrement dans certains secteurs comme l'industrie du textile ou certaines régions de France comme le Nord[600]. Les ouvriers contestent de plus en plus le caractère injuste des sanctions qui leur sont appliquées – notamment en matière d'absence – à tel point que ces

[597] J.-M. Lattes, « Subordination juridique et morale dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 257.
[598] Trib. Com. Seine, 25 sept. 1897 (Gaz. Pal, 1899, p. 333).
[599] J.-M. Lattes, « Subordination juridique et morale dans l'entreprise », *in* J. Krynen (dir.), *Le Droit saisi par la Morale*, PUTC, coll. Travaux de l'IFR, 2005, p. 257.
[600] F. Hordern, « Le règlement d'atelier au XIX^e^ siècle », *op. cit.*, p. 4. En outre, l'auteur précise de manière plus générale que « leur usage est très répandu en province, alors qu'il est très réduit à Paris ».

revendications sont intégrées dans certains programmes politiques[601]. Les règlements d'atelier sont perçus comme de véritables lois propres aux usines, auxquelles les ouvriers sont contraints de se conformer au risque de s'exposer à une sanction pouvant aller jusqu'à la perte de leur emploi. Cette « justice patronale » est fervemment critiquée, dans la mesure où elle conduit à des clauses abusives, parfois contraires à la loi[602]. L'idée d'encadrer les règlements d'atelier a émergé afin de diminuer leur caractère arbitraire et ainsi, assurer une meilleure protection des ouvriers. Certains auteurs ont pu avancer l'idée selon laquelle ces règlements devaient faire l'objet de discussions entre le patronat et les ouvriers. Cette volonté est également celle des conseils de prud'hommes, qui appelaient de leurs vœux que ces règlements soient préalablement approuvés par eux[603]. D'autres proposaient que la loi établisse un minimum, afin que les conditions de travail soient davantage favorables aux ouvriers en vue d'une meilleure protection. Divers projets et propositions de lois ont été soumis au Parlement, mais n'ont jamais fait l'objet d'un vote[604]. Après vingt ans de débats parlementaires, seule une loi relative au paiement des salaires a été adoptée[605]. Cependant, hormis cette loi, le patronat demeure libre dans son pouvoir de réglementation. On peut ainsi regretter qu'à cette époque, le patronat ait réussi à « conserver le droit de réglementer sans limite la présence des salariés dans l'entreprise »[606]. Par conséquent, les règles de discipline prévues par les règlements d'atelier en matière d'absence demeuraient applicables.

158.- Des lois sociales œuvrant en faveur de la protection du travailleur absent. Si la fin du XVIII[e] siècle et le début du XIX[e] siècle ont été particulièrement réducteurs des droits des travailleurs[607], une certaine forme de progrès social est apparue dès la fin du XIX[e]

---

601 *Ibid*., p. 4. Pour l'auteur, ces contestations donnent lieu à des grèves, particulièrement en 1893 et 1901.
602 *Ibid*., p. 5.
603 E. Cailleux, « La question des règlements intérieurs », *Revue d'économie politique* 1901, p. 985.
604 Sur les différents projets de lois et leurs débats ont été retranscrits par Henri Lalle. V. en ce sens : H. Lalle, *La question des règlements d'atelier, op. cit.*, pp. 90-113.
605 L. du 7 déc. 1909 sur le paiement des salaires des ouvriers et employés (*Bull. des lois* 1909, n° 23, p. 2183). Cette loi permet de limiter l'arbitraire patronal, puisqu'elle prohibe « trois abus graves » dans le paiement des salaires. Elle oblige le paiement des salaires en « monnaie fiduciaire ayant cours légal, interdisant le paiement en denrées ou jetons ». Elle oblige les employeurs à payer les salaires des ouvriers du commerce et de l'industrie « au moins deux fois par mois à seize jours au plus d'intervalle », et des employés « au moins une fois par mois ». Enfin, elle interdit les paiements « dans les débits de boisson et les économats, où les ouvriers risquent de se voir retenir immédiatement une part importante de leurs gains pour éteindre une dette contractée dans ces établissements » : F. Hordern, « Le règlement d'atelier au XIX[e] siècle », *op. cit*., p. 6.
606 *Ibid*.
607 À titre d'illustration, on peut citer la Loi « Le Chapelier » de 1791 (D. du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, *précité*) qui a interdit les coalitions c'est-à-dire les syndicats, mais aussi les grèves. Il convient également de citer la loi du 22 Germinal An XI (L. du 12 avr. 1803, *précitée*) qui a mis en place le livret ouvrier, lequel impose à cette catégorie de travailleurs de posséder un document officiel sur

siècle et se prolongera au cours du XXe siècle. La recherche d'une amélioration de la condition de vie des personnes, quel que soit leur rang social, s'est amorcée sur cette période. Jusqu'en 1850, les interventions législatives sont timides[608]. C'est essentiellement durant la seconde moitié du XIXe siècle que les lois sociales seront prises. Ces dernières ont notamment pour objet la suppression de diverses mesures particulièrement restrictives, qui étaient l'héritage de la période révolutionnaire. Plusieurs lois sont intervenues pour rétablir une protection, bien que limitée, des travailleurs[609]. La plupart d'entre elles sont dépourvues de lien avec l'absence, et ne seront pas exposées dans le cadre de la présente étude. Cependant, certaines lois sociales ont un lien direct avec la protection du salarié absent, pour certaines causes seulement. En premier lieu, il est possible de citer la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels[610]. Si ces sociétés existaient dans les faits depuis la fin du XVIIIe siècle[611], un cadre juridique légal

lequel le patron renseigne différentes informations relatives à l'emploi de l'ouvrier afin que les autorités puissent contrôler les déplacements des ouvriers et permet à ces derniers de ne pas être arrêtés pour vagabondage.

608 Il est cependant possible de citer la loi du 22 mars 1841 qui limite la durée de travail pour les enfants dans les manufactures : L. du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers (*Bull. des lois* 1841, n° 795, p. 461). D'une part, le travail des enfants de moins de huit ans est interdit (L. *précitée*, art. 8, al. 1er). D'autre part, la durée hebdomadaire de travail est encadrée, selon l'âge de l'enfant. Pour des enfants âgés de huit à douze ans, la durée de travail est limitée à huit heures par jour (L. *précitée*, art. 8, al. 2). Pour des enfants âgés de douze à seize ans, la durée de travail est limitée à douze heures par jour (L. *précitée*, art. 8, al. 3). Enfin, la loi interdit le travail de nuit aux enfants âgés de moins de treize ans (L. *précitée*, art. 9, al. 2), la loi définissant le travail de nuit comme celui qui est effectué entre neuf heures du soir et cinq heures du matin (L. *précitée*, art. 9, al. 1er). Cette loi est intervenue à la suite d'un rapport rendu par le docteur Villermé, qui était particulièrement alarmiste. Il alertait les pouvoirs publics sur les conditions de travail délétères et leurs incidences sur la santé des travailleurs. V. en ce sens : L.-R. Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, t. 1, Paris, J. Renouard et cie, 1840. Aussi, il convient de préciser que cette loi du 22 mars 1841 est considérée par Alain Supiot comme « l'acte fondateur du droit du travail » : A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *op. cit.*, p. 947.

609 À titre d'illustration, on peut citer la loi Joubert de 1874[609] est venue interdire le travail des enfants avant l'âge de 13 ans : L. dite « Joubert » du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie (*Bull. des lois* 1874, n° 204, p. 773). Cette loi a également créé l'inspection du travail Cette nouvelle institution administrative avait pour but, dans un premier temps, de veiller à ce que les dispositions de cette loi soient correctement appliquées. Plus indirectement, cette mesure remet en cause les pleins pouvoirs que les patrons détenaient jusqu'alors. Elle a ainsi permis une meilleure reconnaissance des droits des ouvriers : v. section VI de la loi du 19 mai 1974 (*précitée*). Il est également possible de citer une loi de 1892 qui encadre le travail des femmes et des enfants dans les établissements industriels : L. du 2 nov. 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels (*Bull. des lois* 1892, n° 1511, p. 801). Cette loi interdit en principe le travail de nuit aux mineurs et aux femmes (art. 4, al. 1er).

610 L. du 1er avr. 1898 sur les sociétés de secours mutuels (*Bull. des lois* 1898, n° 1954, p. 1056). V. également : J. Barberet, *Les sociétés de secours mutuels. Commentaire de la loi du 1er avril 1898*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1899. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas de la première loi sur les sociétés de secours mutuels. En effet, une loi du 15 juillet 1850 avait consacré légalement ces sociétés, qui étaient jusqu'alors des groupements de fait dépourvus de reconnaissance juridique. Cependant, la loi de 1850 conditionnait l'existence de ces sociétés à un encadrement étatique strict, puisqu'elles étaient assujetties à une autorisation administrative : L. du 15 juill. 1850 sur les sociétés de secours mutuels (*Bull. des lois* 1850, n° 290, p. 99).

611 En effet, les premières sociétés de secours mutuels sont apparues avant la période révolutionnaire. Plus précisément, la première d'entre elles fut créée à Paris en 1780, et visait à apporter une aide aux malades mais également aux ouvriers n'étant plus en état de travailler. Selon l'historien Michel Dreyfus, il s'agit là de la première société de secours mutuels connue. Elle fut créée sous le nom de « Bourse de Saint-Laurent », puis de « Société de secours mutuels de la Panotechnique », avant de s'émanciper en 1830 de la confrérie dans le sillage de laquelle

est apparu à la fin du XIXe siècle. Ces sociétés qui constituaient des « associations de prévoyance »[612], étaient perçues comme les précurseurs à la fois des syndicats et des mutuelles, garantissaient aux ouvriers des indemnités en cas de maladie, d'invalidité et parfois de grève, en contrepartie du versement d'une cotisation préalable[613]. Ainsi, les salariés absents pour ces raisons pouvaient bénéficier d'une protection économique visant à compenser la perte du revenu. Par ailleurs, à la fin du XIXe siècle, une prise de conscience relative à la vulnérabilité dans laquelle les travailleurs étaient placés a émergé. Les régimes de responsabilité qui existaient à cette époque ne permettaient pas aux salariés victimes d'accidents du travail d'obtenir une réparation suffisante de leur préjudice. La loi du 9 avril 1898[614] a ainsi créé un régime de responsabilité propre aux accidents du travail, donnant lieu à une indemnisation forfaitaire en contrepartie de laquelle le salarié victime n'avait besoin de prouver aucune faute de l'employeur[615]. Enfin, c'est véritablement au XXe siècle qu'une protection contractuelle du salarié sera légalement consacrée. En effet, la loi du 27 novembre 1909[616] prévoit dans son article unique que « la suspension du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage de services, et ce à peine de dommages et intérêts au profit de la femme. Celle-ci devra avertir l'employeur du motif de son absence ». La maternité apparaît expressément comme une cause d'absence autorisée, qui est assortie d'une protection contractuelle. En définitive, ces lois sociales ont contribué à assurer une protection du salarié en cas d'absence pour certains motifs. Au-delà de ces lois, cette protection résulte également d'une évolution de la relation de travail.

elle avait été créée, incluant à partir de cette date l'ensemble de travailleurs : M. Dreyfus, *Liberté, égalité, mutualité. Mutualisme et syndicalisme. 1852-1967*, Les éditions de l'Atelier, 2001, p. 20.

612 L. du 1er avr. 1989 (*précitée*), art. 1er.

613 A.-S. Ginon, F. Guiomard, « Les nouvelles formes de mutualisation », *Dr. soc.* 2009, p. 1054.

614 L. du 9 avr. 1898 sur les responsabilités des accidents du travail dont les ouvriers sont victimes. our une étude plus approfondie sur cette question, v. en ce sens : M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; A. Rouast, M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelle*s, Dalloz, 1935 ; J. Hauser, « Centenaire de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2017, p. 1069.

615 Pour une étude plus approfondie sur cette question, v. en ce sens : M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; A. Rouast, M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelle*s, Dalloz, 1935 ; J. Hauser, « Centenaire de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2017, p. 1069.

616 L. du 27 nov. 1909 garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couche, dite « Engerand » (*Bull. des lois* 1909, n° 21, p. 2117). Soulignons cependant que le projet de loi avait été déposé trois années auparavant, les débats sur cette loi ayant été prolixes.

II- Le dépassement de la conception marchande du travail : vers un contrat de solidarité

159.- Plan. L'émergence d'une solidarité contractuelle dans la relation de travail s'observe à partir de la fin du XIXe siècle **(A)**. Juridiquement, elle s'est traduite dans le même temps par des mécanismes visant à assurer la sécurité physique mais également économique du travailleur **(B)**.

A) L'avènement d'une solidarité contractuelle dans la relation de travail

160.- La subordination du travailleur comme renforcement d'une solidarité contractuelle dans la relation de travail. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'application du droit des contrats civils donnait lieu à l'application d'un régime juridique de l'échange marchand : le travail est une marchandise que le travailleur aliène en vue de se procurer un salaire. Dans cette conception, le travail donnait lieu pour celui qui l'accomplissait à un *salaire marchand*, corrélatif à la valeur économique de la prestation de travail accomplie. Par ailleurs, le principe matriciel était celui de la liberté contractuelle. Le travailleur ne faisait donc l'objet d'aucune protection spécifique. Toutefois, les évolutions successives qui ont précédemment été étudiées ont contribué à accroître les exigences des travailleurs. En effet, l'industrialisation et la nécessité d'une main d'œuvre stable et régulière a conduit à entériner l'état de subordination du travailleur vis-à-vis de son employeur[617]. La législation ouvrière témoigne de ces obligations nouvelles, puisqu'elle offre une assise textuelle à la discipline ouvrière. À titre d'exemple, il est possible de citer le livret ouvrier instauré par une loi de 1803 qui constitue un instrument de discipline ouvrière[618]. En contrepartie de la situation de subordination du travailleur, la législation ouvrière accorde également une meilleure protection des droits et des intérêts des travailleurs. C'est par exemple le cas des lois visant à limiter la durée de travail, à accorder une réparation forfaitaire au travailleur victime d'un accident du travail ou encore, à instaurer un repos hebdomadaire obligatoire. La législation ouvrière a donc conduit à un changement de

[617] Comme le souligne Olivier Tholozan, « le rapport de subordination […] se marie bien avec la division du travail initiée par l'industrialisation », dans la mesure où cette nouvelle organisation du travail « accroît les distinctions de pouvoir au sein du processus productif » : O. Tholozan, « Le contrat de travail. Révision du louage de services en droit français », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2015, p. 2199.
[618] Pour plus de développements sur le livret ouvrier : v. *supra* n° 144.

paradigme à partir de la fin du XIXe siècle, en instaurant une forme de *solidarité contractuelle* dans la relation de travail.

161.- La théorie du solidarisme contractuel comme origine de la solidarité contractuelle dans la relation de travail. L'avènement d'un contrat de solidarité encadrant la relation de travail n'est pas sans rappeler la théorie du solidarisme contractuel, qui permet de justifier l'existence d'une solidarité existant entre les parties au contrat de travail. Durkheim, dans son célèbre ouvrage *De la division du travail social*, a insisté sur les conséquences de la conclusion d'un contrat. Selon lui, le droit contractuel déterminerait les conséquences juridiques d'actes que les parties n'ont pas déterminées. Il considère que si la coopération entre deux parties – formalisée dans le cadre de la conclusion d'un contrat – est volontaire, elle crée des devoirs qui n'ont, quant à eux pas, été recherchés[619]. S'appuyant sur cette théorie durkheimienne, le courant solidariste est né en France, lors de l'avènement de la IIIe République. S'il est traditionnellement présenté comme un courant politique et philosophique[620], il n'en demeure pas moins qu'il a entraîné certaines influences dans le domaine juridique, ce qui pourrait expliquer que « cette doctrine a séduit nombre de professeurs de droit de la Belle Époque »[621]. Selon une définition proposée par Luc Grynbaum, le solidarisme contractuel se caractériserait par le fait que « les cocontractants sont tenus de collaborer afin de réaliser l'objet du contrat ou d'atteindre le but de l'opération, c'est-à-dire la cause du contrat »[622]. Dès lors, le solidarisme serait caractérisé par l'obligation de bonne foi, qui se traduit par l'exigence d'un comportement loyal entre les parties[623]. Partant, « l'inexécution

---

619 E. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 234. En effet, l'auteur déclare exactement que « le droit contractuel […] détermine les conséquences juridiques de nos actes que nous n'avons pas déterminées. Il exprime les conditions normales de l'équilibre, telles qu'elles se sont dégagées d'elles-mêmes et peu à peu de la moyenne des cas. Résumé d'expériences nombreuses et variées, ce que nous ne pouvons prévoir individuellement y est prévu, ce que nous ne pouvons régler y est réglementé et cette réglementation s'impose à nous, quoiqu'elle ne soit pas notre œuvre, mais celle de la société et de la tradition. Elle nous astreint à des obligations que nous n'avons pas délibérées, ni même parfois connues par avance. Dans doute, l'acte initial est toujours contractuel ; mais il a des suites, même immédiates, qui débordent plus ou moins les cadres du contrat. Nous coopérons parce que nous l'avons voulu, mais notre coopération volontaire nous crée des devoirs que nous n'avons pas voulu ».

620 Le courant philosophique et politique du solidarisme contractuel entend être écarté de la présente étude. Sur cette question, v. L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Félix Alcan, coll. Bibl. générale des sciences sociales, 1902 ; L. Bourgeois, *Solidarité*, A. Colin, 1896 ; P. Leroux, *De l'humanité*, Perrotin, 1840.

621 Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme » *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 3 à 11, spéc. p. 6.

622 L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 25-39, spéc. p. 39.

623 *Ibid.*, p. 38. L'auteur rapproche en cela le solidarisme contractuel de l'ancien article 1134 du Code civil, en vertu duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (actuellement : C. civ., art. 1103).

contractuelle consisterait pour le contractant, non seulement en l'inexécution de sa propre prestation, mais encore dans le refus de collaborer à l'exécution de l'obligation pesant sur l'autre partie »[624]. S'agissant de l'absence du travailleur, si elle entraîne inéluctablement une inexécution de la prestation de travail par le salarié, elle ne témoigne pas pour autant d'un refus de collaborer. En effet, le refus de collaboration se caractérise par une volonté du salarié. Le solidarisme contractuel pourrait dissuader le salarié qui n'y est pas autorisé à s'absenter.

162.- D'un contrat d'échange marchand à un contrat de solidarité. En vertu de cette solidarité contractuelle, la relation de travail ne doit plus être uniquement perçue comme un échange de prestations. Ce changement a conduit à faire naître l'idée selon laquelle le travail ne pouvait plus être perçu comme une marchandise ordinaire. Progressivement, une rupture s'est opérée avec la conception purement marchande de la relation de travail. Les obligations à la charge des parties – employeur et salarié – dépassent le simple échange d'un travail contre un salaire. Elles font naître des mécanismes accessoires à la charge de l'employeur, en vue de rééquilibrer les rapports contractuels qui sont par nature déséquilibrés en raison de la situation de subordination du travailleur. Si le travailleur a l'obligation d'effectuer le travail qui lui est demandé, il est également attendu des exigences de ponctualité et de discipline. Quant à l'employeur, outre le versement du salaire, il est également tenu de veiller à la protection de ses travailleurs, en veillant à préserver à la fois leur sécurité physique et économique. En définitive, la prise en compte du travailleur en tant que personne humaine, couplé à des considérations économiques ont donné lieu à une protection du travailleur, permise par un interventionnisme étatique prégnant à cette époque[625].

B) La traduction de la solidarité contractuelle dans le rapport de travail

163.- Les conséquences de la solidarité contractuelle sur la sécurité physique du salarié. Dans le cadre de l'exercice de son activité, le travailleur met en péril sa sécurité physique. L'état de santé physique du salarié peut ainsi être mis en péril lorsqu'il exerce son travail. Ce phénomène a été constaté très tôt et une prise de conscience a eu lieu notamment grâce au rapport du docteur Villermé qui mit en exergue la santé déplorable des anciens ouvriers

[624] *Ibid.*, p. 39.
[625] V. *supra* n° 133.

au XIX[e] siècle[626]. C'est ainsi que la solidarité contractuelle a conduit, en premier lieu, à une protection de la sécurité physique du travailleur. Cela s'est traduit juridiquement par l'adoption d'une pluralité de lois ouvrières. Ces dernières ont, dans un premier temps, encadré la durée maximale d'exercice du travail, d'abord pour des travailleurs considérés comme vulnérables comme c'était le cas des enfants. Plus tard, la loi du 9 avril 1898 a permis de protéger le travailleur victime d'un accident du travail, donnant lieu à un système de réparation forfaitaire en marge du régime de responsabilité de droit commun, dans lequel il est nécessaire de prouver une faute du cocontractant[627]. Cela revient à accorder un droit d'absence au travailleur victime d'un accident du travail. Outre la protection de la sécurité physique du salarié, la solidarité contractuelle a aussi et surtout conduit à une protection économique du travailleur.

164.- Les conséquences de la solidarité contractuelle sur la sécurité économique du salarié : l'avènement d'un salaire social. La principale finalité du travail pour celui qui l'accomplit est le fait de percevoir une rémunération[628]. Cette finalité est relativement ancienne puisqu'en droit romain, le travail pouvait faire l'objet d'une contrepartie pécuniaire[629]. Le versement de cette somme d'argent conditionnait d'ailleurs la qualification du contrat de louage. Dès lors que la fourniture de cette somme d'argent disparaissait, la nature même du contrat s'en trouvait modifiée. Un nouveau contrat innommé remplaçait alors l'ancien contrat de louage. Ce dernier a pu être défini de manière assez simpliste comme « ce que reçoit le travailleur en échange de son travail »[630]. En d'autres termes, il s'agit d'une somme

---

626 L.-R. Villermé, *De la santé des anciens ouvriers employés dans les fabriques de soie, de coton et de laine*, Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut sur l'état physique et moral des ouvriers, 1840.

627 L. du 9 avr. 1898 sur les accidents du travail, art. 1[er], al. 1, *précitée* : « Les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail [aux travailleurs visés par ladite loi], donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours ». Le texte ainsi rédigé ne conditionne nullement le bénéfice de l'indemnité à l'établissement d'une faute commise par le chef d'entreprise. Il s'agit donc d'un régime de responsabilité sans faute.

628 S'agissant du travailleur salarié, le terme de « salaire » conviendrait davantage, étant par définition le travailleur qui perçoit un salaire. Toutefois, l'affirmation selon laquelle « le travailleur perçoit une rémunération » a une vocation générale, puisque dépasse le spectre du travail salarié. En outre, cette affirmation doit être nuancée lorsqu'il s'agit d'un travail gratuit qui fait obstacle à toute rémunération en dehors d'une indemnité ou d'une gratification. Dans ce cas particulier du travail gratuit, la finalité de celui qui l'exerce est non lucrative. Or, même dans l'hypothèse du travail gratuit, il existe une exigence liée au fait que le travailleur exerce son travail « dans des conditions de vie décentes », lesquelles supposent que les prestations versées soient suffisantes. V. en ce sens : D. Gardes, « Travail gratuit et droit(s) du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 584. Le terme de rémunération permet ainsi de prendre en compte ces différentes situations.

629 V. notamment en ce sens : A. Le Saulnier, *Droit romain du travail salarié à Rome*, Thèse, Université de Paris, Éd. A. Rousseau, 1888, spéc. pp. 167 et suiv. Il convient cependant de relever que l'esclavage était très présent à cette époque. Le travail accompli par l'esclave ne faisait l'objet d'aucune contrepartie pécuniaire. Le contrat de louage pouvait à ce titre être perçu comme « un contrat où le travail, les services sont rémunérés par une somme d'argent » : J. Adnet, *Droit romain : Le louage de services. Droit français : le salaire et le collectivisme*, *op. cit.*, p. 17.

630 *Ibid.*, p. 56.

de monnaie ou d'une marchandise déterminée pouvant ainsi être versée en argent ou en nature, en paiement du travail fourni. Historiquement, le contrat de louage appliqué à la relation de travail était donc un contrat d'échange. Cette finalité du salaire semble parfaitement conforme au droit commun des contrats, en vertu duquel tout contrat synallagmatique fait l'objet d'obligations réciproques. En définitive, les parties s'engagent à fournir chacune une prestation, que cette dernière soit matérielle ou immatérielle. S'agissant de la relation de travail, le salarié s'engage à *accomplir un travail*, en contrepartie duquel il perçoit un *salaire*. Au XIX[e] siècle, le terme de salaire est principalement utilisé pour désigner la rémunération de l'ouvrier, c'est-à-dire ce qu'il reçoit en contrepartie de l'accomplissement de son travail[631]. Critiqué par les socialistes comme étant l'instrument d'une société capitaliste[632], il n'en demeure pas moins un instrument individuel pour les salariés leur permettant d'assurer leur propre subsistance ainsi que celle de leurs proches[633]. Le salaire permet plus exactement au travailleur de pouvoir « s'entretenir »[634], c'est-à-dire de subvenir à ses besoins inhérents à sa nature humaine, comme des besoins alimentaires. Contrairement aux autres prestations qui font l'objet d'un contrat synallagmatique, le salaire revêt donc une fonction spéciale. Outre l'entretien quotidien du foyer, le salaire jouait un rôle économique majeur dès lors qu'il permettait à l'ouvrier de se constituer une épargne contre certains risques tels que la maladie, l'accident ou la vieillesse[635]. Par ailleurs, le salaire permettant de satisfaire aux besoins alimentaires de l'ouvrier, il revêtait aussi un rôle de prévention au regard des risques accident ou maladie qui étaient susceptibles de survenir. En effet, « l'ouvrier qui fatigue et a souvent une mauvaise nourriture, est plus exposé que personne à contracter des maladies »[636]. Ainsi, le salaire lui permettait d'intégrer une société de secours mutuels lui garantissant la prise en charge de ses frais de maladie mais également des ressources, certes modestes, pendant la période où il serait forcé de cesser le travail en raison de son état de santé[637]. Le salaire lui permettait, en outre, de se constituer une épargne pour ses vieux jours au cours desquels il n'aurait plus la force de travailler. Hormis les besoins alimentaires immédiats, le salaire jouait donc un rôle majeur de subsistance tout au long de la vie et au bénéfice de plusieurs personnes : le salarié, mais aussi les membres de sa famille dépendant financièrement de lui. Le salaire non utilisé pour répondre aux besoins immédiats

631 *Ibid.*, p. 57.
632 V. en ce sens : M. De Vroey, « La théorie du salaire de Marx : une critique hétérodoxe », *Rev. économique* 1985, p. 451 ; P. Rimbert, *Du capital de Marx au socialisme*, Éd. EDI, 1987.
633 J. Adnet, *Droit romain : Le louage de services. Droit français : Le salaire et le collectivisme, op. cit.*, p. 79.
634 *Ibid.*
635 *Ibid.*
636 *Ibid.*
637 *Ibid.*

et élémentaires de la famille était donc épargné, en prévision de besoins qui subviendraient plus tard. Pour ces raisons, la sécurité économique du travailleur est apparue essentielle. Il était nécessaire de protéger le salaire, en assurant la continuité des revenus du travailleur qui se trouve temporairement privé de son travail. Le *salaire social* s'est ainsi progressivement substitué au *salaire échange*. Dans cette conception, la seule inexécution du travail – qui est la conséquence directe d'une situation d'absence – ne saurait suffire à priver le travailleur du salaire. La nécessité de mécanismes propres au droit social s'est donc fait jour, et donnera lieu à partir du XX^e^ siècle à des règles spéciales applicables au salarié absent. Toutefois, les risques liées à la perte de salaire – comme la maladie ou l'accident – ne peuvent être intégralement supportés par l'employeur dans le cadre du contrat de travail. En dehors de la relation individuelle de travail, la solidarité s'exprimera également entre les travailleurs de la société salariale. La place du contrat dans la réglementation du travail sera ainsi révisée, et les mécanismes de solidarité de la société salariale conduiront à une protection accrue du salarié.

Ainsi, la recherche d'une sécurité physique et économique du travailleur a contribué à rendre l'application des règles du droit commun des contrats inadaptée lorsque le travailleur était absent du travail. En effet, certaines raisons d'absence comme la maladie ou l'accident pouvaient contraindre le travailleur à ne pas être présent au travail. Il fallut alors dépasser la conception marchande de la relation de travail, en y intégrant une dimension solidariste entre les parties au contrat de travail.

*
* *

165.- Conclusion de la Section 1. Les raisons de la réception de l'absence par le droit social sont plurales. Elles reposent sur un changement des rapports de travail intervenu au XIX^e^ siècle et au début du siècle suivant. L'industrialisation a conduit le patronat à exiger davantage des travailleurs, dans une logique de rationalisation de la production. Des règles de contrôle et de discipline ont alors émergé. Dans cette perspective, l'absence du travailleur est considérée comme étant de nature à perturber l'activité de l'entreprise, parce qu'elle conduit à une perte de productivité. La présence des travailleurs est ainsi contrôlée ; l'absence est susceptible d'être sanctionnée par l'application de règles disciplinaires. Le renforcement des exigences envers les travailleurs a donné lieu à des revendications sociales, qui ont conduit *in fine* à renforcer juridiquement leur protection, notamment en matière d'absence. Aussi, le rapport de travail a évolué au cours du XIX^e^ siècle et s'est traduit, au début du XX^e^ siècle, par l'avènement d'un

contrat de travail au sein duquel les parties ont des obligations réciproques. D'un contrat d'échange (travail contre salaire), on passe alors à un contrat de solidarité. Le droit civil des contrats n'est alors plus en mesure de régir une situation d'absence au travail, qui ne peut plus être seulement perçue comme une inexécution contractuelle. Le droit social s'en saisi progressivement.

Section 2 – La définition de l'absence en droit social

166.- Intérêt d'une définition de l'absence en droit social. Bien que très présente en droit social, l'absence ne fait pourtant l'objet d'aucune définition universelle. Dans la littérature juridique, peu d'écrits s'intéressent à sa définition. Lorsque des réflexions juridiques sont consacrées à l'absence du salarié, elles s'intéressent essentiellement, voire exclusivement, à son régime juridique. Même au sein d'une étude sur l'absence en droit social, sa définition est éludée en début d'ouvrage comme un axiome dont la démonstration et les discussions apparaissent impromptues[638]. Malgré ces constats, il semble pourtant nécessaire de définir l'absence en droit social. En effet, le travail de définition permet de mettre en exergue le sens d'un terme et ainsi, de « passer de l'inconnu au connu »[639]. Il est source de clarté[640]. Juridiquement, le travail de définition permet notamment de déterminer un régime juridique[641]. Appliqué à l'objet d'étude, il convient de dégager une définition juridique de l'absence afin d'identifier les situations qui entrent dans le champ de cette notion.

167.- Plan. Pour ce faire, il apparaît nécessaire d'établir les critères déterminants de sa qualification[642]. Afin d'identifier des critères de définition, il convient de se référer à la définition juridique de l'absence donnée par le *Vocabulaire juridique*. Selon ce dictionnaire, l'absence est définie comme « le fait de ne pas être présent dans un *lieu* déterminé ». Par ailleurs, l'autorisation

---

638 Comme indiqué dans l'introduction, il n'existe que très peu d'études portant sur l'absence du salarié dans une dimension globale. Il est toutefois permis de citer la thèse de Colette-Marie Van Den Torren : C.-M. Van Den Torren, *L'absence du salarié*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1986, spéc. pp. 3-5. L'auteur établit les différentes acceptions de l'absence dans le langage courant mais également dans des rapports, tels que le rapport Weiss qui proposait de retenir au titre des absences uniquement celles qui résultent d'un fait du salarié, qu'il soit volontaire ou involontaire et d'exclure les absences qui sont le fait de l'entreprise ou des faits institutionnels qui résultent de la réglementation du travail (*ibid*, p. 4). Le rapport Heilbronner est également cité et propose quant à lui de retenir au titre de l'absence « la totalité des jours ouvrés d'absence pour toutes causes, à l'exception des congés payés, des jours de repos, de service militaire et de la grève » (*ibid*, p. 5). L'auteur ne semble guère attacher d'importance à la définition de l'absence, ne précisant pas la définition qu'elle retient dans le cadre de ce travail de recherche. Cela pourrait s'expliquer par le fait que la problématique de recherche semble porter sur les raisons pour lesquelles l'absence du salarié est au cœur des préoccupations (*ibid*., p. 5).

639 J. Rebeyrolle, *Forme et fonction de la définition en discours*, Thèse, Université Toulouse 2, 2000, p. 62.

640 L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, préf. J. Julien, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2017, p. 21. Comme l'observe l'auteur, « la définition apporte la clarté là où règnent l'équivocité des termes et l'incertitude des contours des choses qu'ils nomment ».

641 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., v° définition. En son deuxième sens, la définition s'entend de la « quintessence du régime juridique d'une institution ou d'une catégorie ».

642 Le vocabulaire juridique précise que la définition est l' « opération (et [l']énoncé qui en résulte) par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions prétoriennes consacrées) et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., v° définition, 1°. Cela est rappelé par Louis-Marie Schmitt dans son introduction de thèse : L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, *op. cit*., p. 33.

d'absence se caractériserait par la « permission donnée par un salarié pour un motif divers […] de ne pas se trouver au *lieu du travail* au *moment* prévu pour l'exécution de celui-ci »[643]. Deux critères apparaissent alors : un critère temporel **(§1)** et un critère géographique **(§2)**. Dès lors, il convient d'analyser la pertinence de ces critères pour la définition de l'absence en droit social.

§1 : Le critère temporel de l'absence

168.- Précisions terminologiques. Pour identifier un critère temporel de l'absence, deux notions qui pourraient paraître à première vue proches s'opposent : la *durée* et le *temps* de travail. Dans le vocable usuel, ces deux termes sont souvent confondus[644]. Pourtant, une distinction entend être établie dans le champ du droit social. S'ils sont complémentaires et étroitement liés, ils ne sont pourtant pas synonymes. Chacun de ces termes revêt un sens précis. Historiquement, le droit du travail s'est « constitué sur le principe cardinal d'un décompte du temps »[645]. C'est dans ce contexte qu'est apparue la notion de *durée du travail*. Dès lors, cette dernière a une fonction de quantification du travail. Pour la première fois en 1848, un décret-loi utilise ce terme pour limiter la durée journalière de travail à douze heures pour l'ouvrier adulte[646]. La durée de travail a donc une finalité protectrice. Par la suite, « la logique initiale de protection de la santé a fait place à une logique comptable, le coût du travail constituant le prisme essentiel de lecture de cette législation »[647]. Elle a d'ailleurs fait l'objet de nombreux changements au gré des alternances politiques, qui ont souvent fait de la durée du travail un élément phare de leur programme. Désormais, la durée légale hebdomadaire de travail est

---

643 G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° absence.

644 Par exemple, le Dictionnaire de l'Académie française définit le *temps*, selon sa deuxième acception comme la « portion, partie de ce tout continu, qui a un commencement et une fin ». Plus spécialement, s'agissant du temps de travail, ce dictionnaire définit ce terme comme la « *durée* fixée par la réglementation, pendant laquelle une personne doit travailler pour obtenir un salaire donné » : *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° temps. À l'inverse, la durée est un « espace de temps occupé par une action ou séparant le début et la fin d'un évènement » : *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° durée. Ce même constat se retrouve dans le Dictionnaire Larousse. En effet, l'une des acceptions données au *temps* par le dictionnaire Larousse est la « durée considérée comme une quantité mesurable ». Une autre définition du temps consiste à considérer qu'il s'agit de la « durée plus ou moins définie, dont quelqu'un dispose » : *Dictionnaire Larousse*, v° temps. À l'inverse, la *durée* est définie selon une première acception comme un « espace de temps, [une] période mesurable pendant lequel a lieu un évènement, un phénomène, une action, un état » ; dans un autre sens, comme un « espace de temps pendant lequel vit un être vivant » : *Dictionnaire Larousse*, v° durée. L'emploi de l'un des termes pour définir l'autre constitue l'illustration idoine de leur proximité dans le langage courant.

645 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

646 Décret-loi du 9 sept. 1848 *in* F. Brayer, *Recueil des règlements de Police*, imp. T. Jeunet, 2e éd., 1862, p. 54.

647 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

établie à trente-cinq heures hebdomadaires[648]. Actuellement, la durée du travail semble toujours revêtir la même fonction de réglementation du temps consacré au travail. Elle permet, en outre, le calcul des heures supplémentaires et du temps de repos. La lecture des dispositions du Code du travail relatives à la *durée du travail* permet de vérifier ce constat, puisqu'elles encadrent tour à tour la *durée hebdomadaire* de travail[649] et la *durée quotidienne* de travail[650]. Partant, la durée de travail demeure d'actualité. Elle est même fondamentale au regard des exigences du droit de l'Union européenne[651].

La notion de *temps de travail* paraît plus récente, puisqu'elle est intimement liée à l'évolution du travail[652]. Si la durée de travail est liée à la seule quantification du travail, le temps a des usages plus variés et subtils. L'organisation industrielle du travail, caractérisée par un travail posté – souvent à la chaîne – était encline à une organisation collective du travail. La cadence requise et exigée par l'employeur était identique pour l'ensemble de la communauté de travail d'une même usine[653]. En conséquence, le travail industriel accompli par l'ouvrier était relativement aisé à quantifier. Néanmoins, l'évolution des modes d'exercice du travail – liée notamment à l'essor de l'activité de service – a conduit à dépasser cette organisation. Le développement du travail intellectuel a contribué à rendre la quantification du travail moins évidente, puisque l'activité intellectuelle peut s'effectuer n'importe où et à tout moment, y compris en dehors du lieu et du temps de travail. Dans ce contexte, une déclinaison de *temps liés au travail* est apparue[654]. Divers temps ont ainsi été révélés et encadrés en vue de l'amélioration des

---

[648] L. n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, dite « Loi Aubry I » (*JORF* n° 136 du 14 juin 1998) ; L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, dite « Loi Aubry II » (*JORF* n° 16 du 20 janv. 2000). La durée légale hebdomadaire de travail fixée à trente-cinq heures a été codifiée à l'article L. 3121-27 du Code du travail : « La *durée légale de travail effectif* des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures ».

[649] V. en ce sens : C. trav., art. L. 3121-27 *précité* ; C. trav., art. L. 3121-20 : « Au cours d'une même semaine, la *durée maximale hebdomadaire* de travail est de quarante-huit heures » ; C. trav., art. L. 3122-22 : « La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heure », sauf dans certains cas expressément cités par le même article.

[650] C. trav., art. L. 3121-18 : « La *durée quotidienne de travail effectif* par salarié ne peut excéder dix heures », sauf exceptions prévues par le même texte.

[651] V. en ce sens : Dir. n° 2003/88/CE du 4 nov. 2003, spéc. art. 6. La CJUE considère qu'au regard des dispositions de cette directive, les États membres doivent imposer aux employeurs de mesurer « la durée du travail journalier effectuée par chaque travailleur » : CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18 ; *JCP E* 2020, n° 31, p. 50, note Th. Aubert-Monpeyssen ; *RTDE* 2020, n° 2, p. 332 ; *RTDE* 2020, n° 2, p. 332, chron. F. Benoît-Rohmer.

[652] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 1135.

[653] *Ibid.*

[654] La notion de « Temps au travail » est notamment utilisée dans un dossier publié à la revue Droit social. V. en ce sens : Dossier « Temps de travail, temps au travail », *Dr. soc.* 2022, p. 4. Sur les temps accessoires au travail et les « temps de non-travail », v. spéc. : S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5. Sur la distinction entre temps de travail et temps de repos des salariés en télétravail, et temps horaires de travail et horaires de « joignabilité », v. spéc. : J.-E. Ray, « Contrôler la durée du travail… chez soi ? », *Dr. soc.* 2022, p. 21. Sur les questions liées à la preuve du temps effectivement travaillé, v. spéc. : N. Léger, « La preuve du temps

conditions de travail[655]. Temps de travail effectif, temps de pause, temps de repos, temps de trajet ou encore temps d'habillage et de déshabillage sont autant d'exemples de temps liés au travail, qui ont fait l'objet d'une consécration légale[656]. Pour autant, la durée de travail n'a pas disparu puisqu'elle demeure l'instrument de limite et de mesure du temps de travail[657].
Les temps de travail incluent ainsi une dimension plus individuelle, contrairement à la durée du travail qui a une vocation davantage collective, voire générale. Pour cette raison, dans le cadre d'une recherche de critères de définition de l'absence du salarié, seule la notion de *temps de travail* sera utile, celle de la *durée de travail* étant ainsi exclue.

169.- Plan. Au sens du langage courant, la notion d'absence intervient lorsque la présence est exigée. Dans la relation de travail salarié, l'impératif de présence dont le travailleur est débiteur découle de son état de subordination. Sa présence au travail permet de satisfaire à l'exécution de la prestation de travail. Il est donc essentiel de déterminer, au sens du droit du travail, les temps durant lesquels la présence du salarié est exigée. À cet égard, un critère temporel doit être dégagé pour déterminer la situation de présence ou d'absence du salarié **(I)**. Toutefois, l'ambivalence de certains *temps liés au travail* comme les temps de pause ou les périodes d'astreinte pourraient remettre en cause la pertinence de ce critère temporel ou, à tout le moins, nécessiter certains aménagements **(II)**.

I- Le critère du temps de travail

170.- Plan. Lorsque les difficultés liées à l'absence du travailleur sont apparues à la fin du XIX^e^ siècle, le temps de travail était aisément identifiable parce que la relation de travail se caractérisait par l'exercice d'une activité à des heures fixées à la collectivité de travailleurs[658]. Actuellement, si certaines formes d'exercice du travail permettent toujours d'identifier le temps de travail, pour d'autres, cette détermination se révèle plus complexe. Comme le relève Pascal Lokiec, « le temps est révolu où le travailleur était sous la subordination quasiment permanente

effectivement travaillé », *Dr. soc.* 2022, p. 27. Sur les temps de déplacement du salarié, v. en ce sens : F. Petit, « Les temps des déplacements du salarié », *Dr. soc.* 2022, p. 32.
655 Sur ce point, v. notamment : S. Garnier, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.* 2022, p. 43.
656 Sur les divers temps liés au travail, v. en ce sens : S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5. L'auteur distingue les « temps du travail », au sein desquels il inclut le temps de travail effectif et les temps périphériques au travail, des « temps de non-travail » comme les temps de repos et les temps libres.
657 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 1147.
658 F. Schœnberger, « Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 31.

de son maître, selon la terminologie de l'époque »[659]. Depuis lors, l'organisation du travail a connu de nombreuses évolutions et la mesure du temps de travail est devenue bien plus complexe. C'est ainsi qu'un nouveau critère a émergé : celui de *temps de travail effectif*, qui permet d'appréhender la sujétion du salarié à l'employeur et par conséquent, sa présence ou son absence au cours d'une période déterminée **(A)**. Pour autant, ce critère n'est pas toujours aisé à définir en pratique. Un indice apparaît utile pour caractériser le *temps de travail effectif* : celui des horaires de travail **(B)**.

A) Le temps de travail effectif

171.- L'émergence de la notion de *temps de travail effectif* : la transposition juridique d'une distinction économique. L'avènement de la notion juridique de *temps de travail effectif* pourrait historiquement s'expliquer par la transposition juridique d'une distinction introduite par la pensée productiviste des économistes. En effet, Adam Smith, Karl Marx ou Jean-Baptiste Say distinguaient le travail *productif* du travail *improductif*, afin de déterminer quel type de travail était source de richesse et de croissance pour la Nation[660]. Cette analyse économique des temps de travail productifs et improductifs a été reprise en droit du travail, sous le prisme de la notion de *temps de travail effectif*. Selon cette conception, la notion précitée entend désigner le temps pendant lequel le salarié apportait à l'employeur un *travail productif*[661]. D'ailleurs, la notion de travail effectif est apparue en premier lieu dans diverses lois du XIX^e^ siècle qui visaient à encadrer la durée du travail. Elle serait apparue pour la première fois dans la loi de 1841 qui visait à encadrer la durée du travail des enfants travaillant dans les manufactures, usines et ateliers[662]. Il est permis de constater que dans ces structures, le travail fait l'objet de l'accomplissement d'un ouvrage. Partant, le *travail effectif* désigné par le législateur

[659] P. Lokiec, « Les transformation du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 418.

[660] L'analyse des économistes et les différentes théories relatives à la distinction entre le travail productif et le travail improductif n'entendent pas être développées. Sur ce point, la présente étude renvoie à différents travaux. V. en ce sens : M. Herland, « À propos de la définition du travail productif. Une incursion chez les grands anciens », *Revue économique* 1977, p. 109 ; M. Aglietta, « Quelques réflexions sur le travail productif à propos d'une incursion chez les grands anciens », *Revue économique* 1977, p. 134 ; M. Freyssenet, *Les rapports de production : travail productif et travail improductif*, Paris, CSU, 1971.

[661] A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif, op. cit.* Cet auteur qualifie cette approche du temps de travail effectif de « productiviste ».

[662] L. du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers (*Bull. des lois* 1841, n° 795, p. 461), art. 2 : « Les enfants devront, pour être admis, avoir au moins huit ans. De huit à douze ans, ils ne pourront être employés au *travail effectif* plus de huit heures sur vingt-quatre, divisées par un repos. De douze à seize ans, ils ne pourront être employés au travail effectif plus de douze heures sur vingt-quatre, divisées par des repos ».

semble référer au travail donnant lieu à la production d'un ouvrage. Cette conception économique a également été empruntée par le droit du travail. En effet, ce dernier joué un rôle majeur dans la construction d'un temps de travail collectif. Dans le cadre de l'exercice d'un travail posté et manufacturé, les *temps de travail productifs* doivent être concomitants entre les différents travailleurs, acteurs de la chaîne de production. En définitive, cette conception productiviste du temps de travail effectif a prévalu au cours du XX[e] siècle en droit du travail, et ce jusqu'aux années 1990[663].

172.- L'évolution du temps de travail effectif : le temps à la disposition de l'employeur. La jurisprudence puis le législateur ont consacré par la suite la seconde approche, qui consiste à considérer le temps de travail effectif comme celui pendant lequel le salarié est *à la disposition de l'employeur*[664]. La décennie des années 1990 a ainsi marqué le passage d'un *temps productif*, emprunté aux économistes et aux sociologues[665], à un *temps de mise à disposition*, marqué par la subordination juridique[666]. En d'autres termes, le temps de travail détermine les frontières de la subordination et par extension, la nécessité de la présence du salarié au travail[667]. Dès lors, le *temps de travail effectif* permettrait de mesurer le temps de sujétion du salarié et d'en établir les limites[668]. Ce changement de paradigme intervenu dans les années 1990 est mis en lumière par

---

663 P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 418.

664 Cass. soc. 13 novembre 1996, *Société générale*, *Bull. civ. V*, n° 386 ; *Dr. et Patrimoine* 1997, n° 45, p. 73, note P.-H. Antonmattei ; *JCP E* 1997, II, n° 911, note J. Barthélémy ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; RJS. 12/96, n° 1320.

665 Outre les économistes, les sociologues se sont pendant longtemps intéressés à la question du *temps productif*, et ce jusqu'aux années 1970. Cette idée est parfaitement exprimée par la sociologue Laurence Servel. V. en ce sens : L. Servel, « Temps, travail et organisations », *in* N. Alter (dir.), *Sociologie du monde du travail*, *op. cit.*, p. 332 : « La sociologie du travail, pendant une longue période qui va de l'après-guerre à la fin des années 1970, s'est intéressée au temps de manière restrictive. C'est le temps industriel, celui des systèmes techniques, des machines […] qui est au centre des réflexions. Il s'agit d'un temps mécanique et répétitif, divisible, programmé, cadre d'exercice de l'activité mais aussi mesure du travail salarié ».

666 A. Johansson, « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à la disposition" ? », *D.* 2006, p. 1711.

667 Sur le temps comme instrument de détermination des frontières de la subordination, v. en ce sens : P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 418.

668 Plus précisément, selon Anja Johansson, « dès lors que le salarié s'engage à mettre sa force de travail à la disposition de son employeur, le temps de travail est le temps pendant lequel le salarié ainsi placé sous la subordination de son employeur reste à la disposition de celui-ci, que l'employeur fasse ou non usage de la force de travail » : A Johansson, *La détermination du temps de travail effectif, op. cit.,* p. 7. Aussi, il convient de préciser que cette conception du temps de travail n'a pas toujours existé. Jusqu'aux années 1990, la conception du temps de travail obéissait à une logique d'efficacité économique. Dès lors, le temps de travail était celui durant lequel le salarié exécutait activement un travail pour l'employeur : A Johansson, *La détermination du temps de travail effectif, op. cit.,* pp. 5-6. Ainsi, l'avènement d'une conception du travail au temps aurait conduit à un changement de paradigme s'agissant du temps de travail, bien que la logique productiviste n'ait pas été totalement supprimée et subsiste. À titre d'illustration, Anja Johansson cite la retenue sur salaire pouvant intervenir à défaut d'exécution d'un travail « normal ». V. *Ibid.*, pp. 44-52. La logique productiviste est également appliquée aux heures

certains auteurs, qui considèrent que la personne du salarié constitue la pierre angulaire du contrat de travail[669]. Ce mouvement d'humanisation du travail intervenu à la fin du XX[e] siècle a ainsi pris en considération le fait que le temps de travail effectif s'entend de celui durant lequel le salarié est *à la disposition* de l'employeur, et non plus celui durant lequel il effectue un travail dans le sens de la conception d'un produit, comme l'approche économique le suggérait jusqu'alors. Aussi, cette nouvelle conception avait le mérite d'être mieux adaptée à la nouvelle société française qui, au sortir de l'ère industrielle, s'est davantage orientée vers une économie de services. Or, au regard de cette évolution, l'approche productiviste était moins adaptée car la production d'une activité de service est plus complexe à évaluer que celle d'un ouvrage industriel. En définitive, le nouveau concept de *temps de travail effectif*, assis sur le temps durant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur, présentait un double avantage. Il était mieux adapté à l'évolution de nouvelles formes de travail et conduisait également à une approche plus humaniste du travail.

173.- La définition du *temps de travail effectif* à la lumière de critères légaux et jurisprudentiels. Classiquement, le temps de travail effectif est défini en droit interne comme le « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »[670]. Inspirée par la directive de l'Union Européenne du 23 novembre 1993[671], cette définition légale a été consacrée lors de la codification des dispositions de la loi Aubry I de 1998[672]. Le *temps de travail effectif*

d'équivalence. Sur ce point, v. en ce sens : A. Johansson, F. Meyer, « La légalité des heures d'équivalence en question », *Dr. ouvr.* 2004, p. 153.

669 Sur ce point, v. notamment : T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, *op. cit.* ; J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », *Dr. soc.* 1990, p. 10 ; A. Jeammaud, « Les fonctions du droit du travail », *in* F. Collin, R. Dhoquois et a. (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, spéc. p. 173.

670 C. trav., art. L. 3121-1.

671 Dir. 93/104/CE du Conseil, 23 nov. 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. L'article 2, 1° de la directive précitée définit le temps de travail comme « toute période durant laquelle le travailleur est *au travail*, *à la disposition de l'employeur* et *dans l'exercice de son activité* ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ». Cette directive a été remplacée par celle du 4 novembre 2003. V. en ce sens : Dir. 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 2, 1°. Il est permis d'observer que le critère relatif au fait que le salarié est à la disposition de l'employeur a été repris en droit interne.

672 L. n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry), *précitée*. Avant cette loi, le travail effectif était défini à défaut, comme étant les périodes de travail, « à l'exclusion du temps nécessaire à l'habillage et au casse-croûte ainsi que des périodes d'inaction dans les industries et commerces » : C. trav., ancien art. L. 212 (version du Code du travail antérieure au 13 juin 1998). Avant cela, la jurisprudence avait défini le travail effectif comme celui pendant lequel le salarié restait « en permanence à la disposition de l'employeur pour participer à l'activité de l'entreprise » : Cass. soc., 15 fév. 1995, n° 91-41.025 ; *Dr. soc.* 1995, p. 381, note J. Savatier ; *D.* 1995, p. 375, note I. Launay-Gallot.

s'oppose classiquement au *temps de repos*, « qui n'est identifiable que par effet de miroir »[673]. Concrètement, cela signifie que les temps qui n'entrent pas dans la définition du travail effectif sont, à défaut, qualifiés de temps de repos. Trois critères de définition peuvent être déduits de cette définition : la *disponibilité* du salarié, son *obéissance* à l'employeur et l'*abandon temporaire de ses activités découlant de la vie personnelle*. En ce qui concerne les deux premiers critères, qui s'analysent selon Sébastien Tournaux comme un critère unique lié au fait que le salarié soit à la disposition de l'employeur[674], le lien étroit entre le temps de travail effectif et la subordination apparaît indéniable. Il se retrouve d'ailleurs dans les normes de droit externe[675]. Le dernier critère apparaît quant à lui relégué au second plan pour la qualification de temps de travail effectif. Selon ce critère, le temps de travail effectif serait caractérisé lorsque le salarié abandonne ses distractions et activités personnelles pour s'adonner, de manière presque exclusive, à l'exercice de son activité professionnelle[676]. Or, à la lecture de la jurisprudence, il semblerait que l'*abandon temporaire de ses activités découlant de la vie personnelle* soit davantage un indice de définition qu'un critère déterminant. Il est simplement utilisé pour apprécier la réunion des deux premiers critères. D'ailleurs, les juges ont pu considérer que le fait, pour le salarié, de ne pas pouvoir quitter le lieu de travail pendant les temps de pause « ne [permettait] pas de considérer que ces temps de pauses [constituaient] un temps de travail effectif ».[677] En définitive, le temps de travail effectif est celui que le salarié passe sous l'autorité de son employeur puisqu'il correspond au temps de la subordination[678]. En d'autres termes, il s'agit du temps durant lequel le salarié se trouve placé dans un état de subordination, en contrepartie de quoi il perçoit une

673 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

674 *Ibid.*, p. 5. Toutefois, comme l'observe Sébastien Tournaux, « la subordination n'est jamais évoquée par la chambre sociale de la Cour de cassation comme critère à part entière ».

675 Tout d'abord, certaines conventions de l'OIT reprennent expressément ce critère. C'est le cas de la convention n° 30 de l'OIT disposant que la durée du travail se caractérise par « le temps pendant lequel le personnel est *à la disposition de l'employeur* » (Conv. OIT n° 30 sur la durée du travail, 1930, art. 2). C'est également le cas de la directive temps de travail du 23 novembre 1993, dont l'article 2, 1° définit le temps de travail comme « toute période durant laquelle le travailleur est *au travail, à la disposition de l'employeur* et *dans l'exercice de son activité* ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales » (Dir. 93/104/CE du Conseil, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 2, 1°). Cette directive a été remplacée par celle du 4 novembre 2003. V. en ce sens : Dir. 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 2, 1°.

676 Il est ici fait exception des pauses non réglementées que les salariés utilisent, par exemple, pour aller aux toilettes, fumer une cigarette ou boire un café, qui échappent aux dispositions du Code du travail mais qui sont en pratique tolérées tant qu'elles ne sont pas disproportionnées et ne nuisent pas à l'intérêt de l'entreprise.

677 V. en ce sens : Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 05-43.061 ; *JCP S* 2006, n° 21, p. 25, note F. Dumont. Sébastien Tournaux en déduit d'ailleurs que « la chambre sociale de la Cour de cassation n'accepte jamais de se contenter de l'impossibilité pour le salarié de vaquer à des occupations personnelles et exige que celle-ci résulte de sa disponibilité à l'employeur et de ses directives » : S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

678 A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *op. cit.*, p. 947.

rémunération. Alain Supiot affirmait ainsi que le temps de travail permettait de « mesurer la subordination et la rémunération » du salarié[679]. Il permet aussi et surtout de mesurer le travail accompli[680]. Or, selon les termes de la directive temps de travail du 23 novembre 1993 qui a influencé cette définition en droit interne, il est nécessaire que le salarié soit « dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions » pour que le temps de travail soit considéré comme effectif[681]. Partant, cela impliquerait que la seule mise à la disposition de l'employeur ne suffirait pas à la qualification de temps de travail effectif dès lors qu'aucune activité n'est exercée. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne semble interpréter assez largement ce critère lié à l'exercice de l'activité. Pour exemple, elle a considéré dans l'arrêt *Simap* de 2000 que les périodes de gardes effectuées sur le lieu de travail doivent être considérées comme du temps de travail au sens de la directive de 1993, contrairement aux astreintes à domicile pour lesquelles seuls les temps d'intervention sont considérés comme du temps de travail[682]. Ainsi, si la définition légale du temps de travail effectif est utile à la qualification, cette dernière demeure complexe.

174.- La difficile frontière entre *temps de travail effectif* et *temps de repos*. Pendant longtemps, la subordination était omniprésente dans la vie du salarié et débordait largement le seul prisme de sa sphère professionnelle. Elle perdurait à son domicile, durant les temps de loisirs et s'étendait au-delà à « l'ensemble de ses comportements et activités extraprofessionnels »[683]. Toutefois, le salarié a progressivement conquis une certaine autonomie en dehors de ses temps et lieu de travail, sur le fondement du droit au respect de sa vie privée[684]. C'est ainsi qu'une binarité temporelle s'est construite, entre le *temps durant lequel le*

---

679 A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 96.
680 A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *op. cit.*, p. 947.
681 Dir. 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 (*précitée*), spéc. art. 2, 1.
682 CJCE, 3 oct. 2000, *Simap*, aff. C-303/98 : « Le temps de garde qu'effectuent les médecins des équipes de premiers soins selon le régime de la présence physique dans l'établissement de santé, doit être considéré dans sa totalité comme du temps de travail et, le cas échéant, comme des heures supplémentaires au sens de la directive 93/104. S'agissant des gardes selon le système qui veut que lesdits médecins soient accessibles en permanence, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps de travail ». La Cour de cassation rappelle d'ailleurs cette solution dans certains de ces arrêts. Pour un exemple récent, v. en ce sens : Cass. soc., 6 nov. 2024, n° 23-17.679 ; *RJS* 2025, n° 1, p. 71 ; *RDT* 2025, n° 2, p. 118, note Q. Pak.
683 P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 421. À titre d'illustration, un fort « paternaliste » patronal est observable au début du XXe siècle puisque les patrons exercent un « contrôle total » sur leurs ouvriers, « y compris en dehors des usines, puisqu'il se charge des écoles, des équipements sportifs, des hôpitaux, etc. et bien entendu, du logement » : P. Belda, « Le logement ouvrier patronal : du monopole privé à l'intervention publique (1850-1939) », *Rev. Droit et ville* 2020, pp. 94-114, spéc. pp. 105-106.
684 F. Guiomard, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *in* A. Lyon-Caen, P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, spéc. p. 80.

salarié se consacre au travail – au cours duquel il est subordonné à l'employeur – et celui *durant lequel il est libre* – au cours duquel il peut exercer les activités de son choix –. La frontière entre vie professionnelle et vie personnelle du salarié devient de plus en plus ténue. La qualification du *temps de travail effectif* ou du *temps de repos* est ainsi devenue sibylline. En outre, cette qualification est rendue plus complexe en raison de la reconnaissance d'un droit à la vie personnelle sur le lieu de travail, bien que celle-ci doive demeurer marginale pendant le temps de travail[685]. Le temps de repos se caractérise par le fait que le salarié recouvre sa liberté d'exercer l'activité de son choix. Le droit au repos est consubstantiel à la protection de la santé et de la sécurité du salarié[686]. Il permet de garantir la « récupération physique et mentale du travailleur, dans un objectif de protection de sa santé »[687]. La Cour de justice de l'Union européenne l'a d'ailleurs rappelé à l'appui de la directive 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, alors qu'une question préjudicielle lui était posée[688]. Dans cette logique de protection, le temps de repos doit permettre au salarié d'opérer une scission avec son activité professionnelle. En vertu des dispositions européennes, le temps de repos doit être suffisant et respecter un volume minimal[689]. *Temps de travail effectif* et *temps de repos* sont ainsi en parfaite opposition. Appliqué à l'absence, cela signifie que le salarié doit être présent au travail pendant le temps de travail effectif, c'est-à-dire celui durant lequel il est à la disposition de l'employeur. En dehors de ce temps, l'employeur est tenu de respecter le droit au repos du salarié. D'ailleurs, la Cour de cassation apprécie strictement le respect de cet impératif, ayant

685 La reconnaissance du droit à la vie personnelle sur le lieu de travail résulte du célèbre arrêt « Nikon », rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 octobre 2001 : Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 ; *SSL*, n° 1065, 2002, p. 5, note Ph. Waquet ; *RTD civ.* 2002, p. 72, note J. Hauser ; *JCP G* 2002, p. 10035, note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. soc.* 2001, p. 915, note J.-E. Ray ; *Dr. soc.* 2001, p. 1039, note J.-E. Ray ; *D.* 2002, p. 768, note M. Mercats-Bruns ; *D.* 2002, p. 2297, note A. Lepage. Plus généralement, sur le droit à la vie personnelle sur le lieu de travail, v. en ce sens : J.-D. Combrexelle, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 12 ; Ph. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 76 ; J.-E. Ray, « Vies professionnelles et vies personnelles », *Dr. soc.* 2004, p. 5.

686 V. notamment en ce sens : Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. V. également un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans lequel elle considère que « le seul constat que le salarié n'a pas bénéficié du repos journalier de douze heures entre deux services ouvre droit à réparation », rendu notamment au visa de l'article L 4121-1 du Code du travail qui prévoit l'obligation de prévention des risques professionnels : Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 21-22.809 et n° 21-22.994.

687 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

688 CJUE, 9 nov. 2017, n° C-306/16 ; *JCP S* 2017, n° 48, p. 25, note J.-P. Lhernould : « l'objectif de la directive […] a pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs ». V. en ce sens : Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

689 Dir. n° 93/104/CE du Conseil du 23 nov. 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ; Dir. 2003/88/CE, *précitée*. Sur le volume minimal, le temps de repos quotidien doit être d'au moins onze heures (Dir. *précitée*, art. 3) et le temps de repos hebdomadaire doit être d'au moins vingt-quatre heures consécutives (Dir. *précitée*, art. 5).

récemment réintroduit la théorie du préjudice nécessaire s'agissant du non-respect du temps de repos obligatoire[690]. Durant ce temps de repos, le salarié n'est plus à la disposition de l'employeur. Dès lors, la qualification d'absence ne peut recevoir application que pendant le temps de travail effectif, et non pendant le temps de repos. Ainsi, il est essentiel d'identifier quels sont les temps de travail effectif et les temps de repos, afin d'identifier si la qualification d'absence peut recevoir ou non application. Pour ce faire, un indice apparaît utile : celui des horaires de travail.

B) Les horaires de travail comme indice du temps de travail effectif

175.- L'horaire de travail du salarié comme indice du critère temporel de l'absence. Si on admet que le salarié doit être à la disposition de l'employeur pendant le temps de travail effectif, un critère permettrait de caractériser en pratique l'absence : celui des horaires de travail. En effet, la subordination est marquée par le fait que le salarié doit « demeurer à la disposition de l'employeur conformément à l'horaire établi par ce dernier »[691]. Dans la mesure où l'absence se caractérise par l'inexécution du travail, l'horaire de travail devient un instrument utile à la qualification juridique d'absence. Cette dernière est évaluée selon un indice temporel qui est celui des horaires de travail. Afin de déterminer si la situation du salarié répond à la qualification juridique d'absence, il convient de vérifier si ce dernier est présent au travail pendant ses horaires de travail. Si ce n'est pas le cas, la qualification d'absence doit être retenue. La non-présence physique du salarié pendant ses horaires de travail entraîne l'inexécution de son obligation principale au contrat de travail, caractérisant alors l'absence. Par opposition, l'absence ne saurait être retenue en dehors des horaires de travail du salarié – notamment pendant son temps de repos –. Ce dernier dispose d'une liberté de faire ce que bon lui semble, de « vaquer librement à ses occupations personnelles »[692] aussi longtemps qu'il n'est pas sous la subordination de l'employeur et plus exactement, à compter de la fin de sa période de travail jusqu'à la suivante. Cependant, l'horaire de travail doit être précisément identifié afin qu'il constitue un indice utile au critère temporel de l'absence.

---

690 Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 21-22.809 ; *JCP S* 2024, p. 1108, note M. d'Allende et A. Froz ; *JCP S* 2024, p. 1332 note T. Montpellier ; *SSL* 2024, p. 10, note A. Dejean de la Batie.

691 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 298.

692 Selon l'expression classiquement utilisée par les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette formule a été consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation en 1976. V. en ce sens : Cass. soc., 10 nov. 1976, n° 75-15.184.

176.- Le principe de l'horaire collectif de travail. L'*horaire collectif* de travail – qui est applicable à l'ensemble des salariés d'une entreprise ou à une partie d'entre eux – s'oppose classiquement à l'horaire individuel. L'horaire collectif se caractérise par les heures auxquelles commence et finit le travail dans une entreprise ou un service, incluant également les heures et la durée des repos[693]. L'horaire collectif de travail est ainsi garant du respect de la durée du travail, mais facilite également les contrôles de l'inspection du travail[694]. Initialement conçu pour le travail industriel[695], l'horaire collectif apparaît comme le principe[696]. D'ailleurs, que la Cour de cassation a rappelé en 2016 que les dispositions législatives en vigueur n'exigent pas que les horaires de travail figurent dans le contrat de travail[697]. Si les dispositions contractuelles ne précisent pas les horaires de travail, c'est donc l'horaire collectif qui s'applique au salarié qui est tenu de le respecter. Par conséquent, afin d'évaluer la présence ou l'absence d'un salarié à un instant précis, l'horaire collectif de travail semble être un indice utile. En dehors de cet horaire, l'absence du salarié ne pourrait, à l'évidence, pas être caractérisée. Toutefois, s'il demeure le principe, l'horaire collectif de travail est assorti de nombreuses exceptions. Dans un double objectif de flexibilité des entreprises et d'adaptation du travail à l'Homme, l'aménagement du temps de travail a été rendu possible[698]. De ce point de vue, l'horaire collectif de travail n'est plus un indice temporel suffisant pour caractériser l'absence d'un salarié. Pour de nombreux travailleurs, il apparaît nécessaire de se référer à leurs horaires individuels.

177.- L'exception liée à l'établissement d'horaires individualisés. Dans certaines situations, l'horaire de travail n'est pas appliqué et il ne permet pas de déterminer si le salarié est en *période de travail* ou en *période de repos*. La frontière entre temps de travail et temps de repos

---

693 C. trav., art. L. 3171-1, al. 1er. Cet article instaure le principe de l'horaire collectif, précisant que « l'employeur affiche les heures auxquelles commence et finit le travail ainsi que les heures et la durée des repos ».

694 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 1203 : « L'uniformité de l'horaire pour l'ensemble du personnel facilite les contrôles de l'inspection du travail ».

695 N. Léger, « La preuve du temps effectivement travaillé », *op. cit*., p. 27.

696 L'article D. 3171-1 alinéa 2 du Code du travail prévoit qu' « aucun salarié ne peut être employé en dehors de [l'horaire collectif] », sauf exception prévue expressément par les dispositions législatives du même Code. En outre, selon les dispositions du Code du travail, le dispositif d'horaires individualisés de travail est considéré comme un « aménagement du temps de travail », qui est à ce titre soumis à certaines conditions notamment celle de l'avis conforme du Comité social et économique. V. en ce sens : C. trav., art. L. 3121-48. Elle est également soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail : C. trav., art. R. 3121-29.

697 Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-16.131.

698 Il convient cependant de préciser que l'horaire collectif n'a pas été abandonné, puisque la durée hebdomadaire de travail s'inscrit en principe dans le cadre de l'horaire collectif de travail applicable à l'ensemble des salariés d'une entreprise – ou d'une partie d'entre eux – et en dehors desquels l'employeur est en principe interdit de les faire travailler. Il existe toutefois des exceptions à ce principe, notamment quant à l'accomplissement d'heures supplémentaires, qui doivent s'inscrire dans la limite du contingent. Sur ce point, v. en ce sens : N. Léger, « La preuve du temps effectivement travaillé », *op. cit*., p. 27.

devient ténue et complexe à établir. Par opposition à l'ère industrielle et au temps du travail manufacturé, l'organisation du travail n'est plus actuellement univoque[699]. Les horaires de travail et plus largement, le temps de travail, s'en trouvent par là même modulés[700]. Un premier exemple probant est lié aux horaires individualisés. Il s'agit d'un dispositif d'aménagement du temps de travail qui permet au salarié de choisir ses heures d'arrivée et de départ, tout en respectant la durée de travail prévue au contrat de travail. Ce dispositif s'est largement développé durant la seconde moitié du XXe siècle, et plus particulièrement dans les années 1970[701]. Cette évolution participe à l'amélioration des conditions de travail des salariés, puisque la possibilité de pratiquer ces horaires individualisés vise expressément cette finalité et doit être étrangère à un besoin de l'employeur[702]. À cet égard, les horaires individualisés de travail sont considérés comme un aménagement du temps de travail[703]. Ils sont un instrument de « maîtrise du temps » pour le salarié[704], qui peut moduler ses horaires de travail selon les impératifs liés à sa vie personnelle, dans la limite de plages horaires fixes. Ils permettent au salarié de s'émanciper afin qu'il recouvre une certaine maîtrise de son temps de travail, notamment par une meilleure articulation de ses temps de vie professionnelle et personnelle[705]. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que les horaires de travail n'entrent pas dans le champ

---

699 V. en ce sens : M. Bigi, *Reconnaissance et organisation du travail. Perspectives françaises et européennes*, Thèse de sociologie, Conservatoire des arts et métiers, 2016 ; L. Boyer, N. Equilbey, *Évolution des organisations du management, Rétrospective et prospective*, EMS Éd., 2013 ; X. de la Vega, « Les nouvelles formes d'organisation du travail », *Revue Sciences Humaines* 2010, p. 43 ; N. Greenan, J. Mairesse (dir.), *Réorganisations, changement du travail et renouvellement des compétences*, Presses de sciences Po, 2006 ; S. Boutillier, D. Uzunidis (dir.), *Réorganisations, changement du travail et renouvellement des compétences*, Presses de sciences Po, 2006.

700 V. en ce sens : F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 295 ; J. Barthélémy, « Les relations du salaire et des temps de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 581 ; F. Favennec-Héry, « Les trente-cinq heures, injonction ou incitation », *Dr. soc.* 1997, p. 1073 ; J. Barthélémy, « Temps de travail, cycle, modulation », *Dr. soc.* 1994, p. 955.

701 La possibilité pour un employeur de déroger au principe de l'horaire collectif en introduisant des horaires individualisés a été introduite par une loi de 1973. V. en ce sens : L. n° 73-1195 du 27 déc. 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail (*JORF* n° 0304, du 30 déc. 1973, p. 14146), spéc. art. 16 : « […] Pour répondre aux demandes de certains travailleurs, les employeurs ont été autorisés à déroger à la règle de l'horaire collectif et à pratiquer des horaires individualisés », sous réserves que les institutions représentatives du personnel ne s'y opposent pas (à cette époque, l'avis du Comité d'entreprise était requis ou à défaut, des délégués du personnel) et que l'inspecteur du travail en soit préalablement informé. Ce texte est désormais codifié à l'article L. 3121-48 du Code du travail, qui prévoit qu'un tel dispositif puisse être instauré après avis conforme du CSE (al. 1er) ou à défaut, c'est-à-dire si l'entreprise ne dispose pas d'un CSE, après autorisation de l'inspection du travail (al. 2). Or, l'obligation d'information préalable de l'inspection du travail qui avait été instaurée par la loi de 1973 a été supprimée par la loi du 8 août 2016 (*JORF* n° 0184 du 9 août 2016). Sur les limites et modalités du report d'heures ainsi que les modalités de récupération des heures perdues, pour les salariés bénéficiant d'horaires individualisés de travail, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3121-51 et L. 3121-52.

702 L'article 16 de la loi précitée prévoit expressément que la dérogation à l'horaire collectif est possible « pour répondre aux demandes de certains travailleurs ». Partant, un tel aménagement du temps de travail échappe à l'initiative de l'employeur et appartient en propre au salarié.

703 L'article 16 de la loi précitée est intégré dans le titre qui s'intitule « Aménagement du temps de travail ».

704 F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *op. cit.*, p. 295.

705 C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT* 2012, p. 677.

du socle contractuel, de sorte que « 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 ». L'employeur peut donc en principe, en vertu du pouvoir de direction dont il dispose, modifier les horaires de travail du salarié sans requérir son accord préalable[706]. En tout état de cause, lorsqu'un aménagement des horaires de travail est mis en place, il existe des plages horaires dites *fixes*, durant lesquelles le salarié est tenu de travailler, et d'autres plages horaires dites *mobiles*, durant lesquelles le salarié peut organiser sa présence comme il le souhaite, en faisant le choix d'arriver plus tôt le matin ou de terminer sa journée de travail plus tard. Il est cependant tenu de respecter la durée du travail prévue. À l'évidence, lorsqu'un salarié dispose d'horaires individualisés, son absence est plus complexe à appréhender. S'il est possible d'établir l'absence d'un salarié au cours des périodes d'horaires *fixes*, cela devient impossible au cours des périodes *mobiles*. Ces dernières semblent faire obstacle à la qualification d'absence. Pourtant, la mise en place d'horaires individualisés fait naître une obligation de décompte du temps de travail par l'employeur, ce décompte devant être quotidien et hebdomadaire selon les dispositions décrétales en vigueur[707]. Ce calcul du temps de travail peut donner lieu à un crédit ou à un débit d'heures. Dans ce dernier cas, cela signifie que le salarié n'a pas été suffisamment présent durant les périodes *mobiles*. Les dispositions législatives en vigueur ne prévoient pas expressément les conséquences d'un tel débit d'heures. En effet, les modalités de prise en compte des absences sont déterminées par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche[708]. L'analyse des accords collectifs apparaît ainsi intéressante. Certains accords collectifs prévoient que si le salarié n'a pas régularisé un débit d'heures à l'issue d'une

---

[706] Cass. soc., 22 fév. 2000, n° 97-44.339, Bull. civ. V, n° 67 ; *D.* 2000, p. 377, note T. Aubert-Monpeyssen. Il existe cependant des exceptions à ce principe. Il est important de préciser que si l'horaire de travail constitue, en principe, un élément du socle contractuel, une jurisprudence constante depuis 2000 considère que « 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 ». L'employeur peut donc, en vertu du pouvoir de direction dont il dispose, modifier les horaires de travail du salarié sans requérir son accord préalable.

[707] C. trav., art. D. 3171-8 : « Lorsque les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe […] ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail affiché, la durée du travail de chaque salarié concerné est décompté selon les modalités suivantes : 1° Quotidiennement, par enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies ; 2° Chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié ». En outre, il convient d'observer que ces modalités de décompte sont conformes à la jurisprudence européenne, qui impose qu'un système soit mis en place pour mesurer le temps de travail des salariés. V. en ce sens : CJUE, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras c/ Deutsche Bank SAE*, 14 mai 2019, n° C-55/18, *précité*.

[708] C. trav., art. L. 3121-44, 3°.

période de référence, l'employeur opère une retenue sur salaire[709]. Dans d'autres accords, un article est spécialement consacré aux absences[710]. Bien qu'étant plus complexes à appréhender, les absences peuvent être ainsi comptabilisées pour les salariés en horaires individualisés. Cependant, l'horaire de travail étant flexible, il sert d'indice mais non de critère pour caractériser l'absence. Apparaît ainsi une première limite de l'horaire de travail comme indice au critère temporel de l'absence.

178.- Des exceptions à la mesure du travail par le temps. Si le temps est l'unité de mesure du travail de principe, l'évolution du travail et l'émergence de nouvelles formes peuvent rendre plus complexe la mesure du temps de travail[711]. C'est notamment le cas du travail intellectuel, du travail à domicile ou du télétravail pour lesquels « le temps n'est pas, ou est difficilement, mesurable »[712]. C'est également le cas lorsque la performance des salariés est mesurée. Dans ces hypothèses, la mesure de la performance « aur[ait] vocation à remplacer le décompte en temps par un décompte en valeur »[713]. Elle renverrait à une mesure du travail au rendement comme c'était le cas lorsque le travail était mesuré compte tenu des pièces ou des tâches réalisées[714]. Le temps de travail comme unité de mesure est également remis en question lorsque la fonction exercée par le salarié se traduit non pas en tâches, mais en missions, dont

[709] Acc. d'entreprise sur les horaires individualisés variables du personnel de l'UES du groupe Valophis, 2023, art. 7. Cet accord prévoit plus exactement que le salarié qui présente un débit d'heures a jusqu'à la fin du mois suivant pour solder son débit du mois en cours. À défaut, « les heures correspondant au solde négatif seront décomptées comme de l'absence non rémunérée et donc déduites sur la paie du mois suivant ». Acc. d'entreprise relatif aux horaires individualisés Cosmeva, 2022, art. 8 : « Le solde négatif au 31 décembre sera déduit du salaire de Janvier ». Acc. d'entreprise de la société Betakron portant sur les modalités et limites du report d'heures dans le cadre d'un dispositif d'horaires variables individualisés, 2024, art. 2 : « Dans l'hypothèse où le compteur d'un salarié ferait apparaître un solde négatif supérieur au report maximal autorisé, le collaborateur aura jusqu'à la fin de la semaine pour solder son débit excessif. S'il n'est pas régularisé sur la semaine, les heures correspondant au solde négatif seront décomptées comme de l'absence non rémunérée, et donc déduit sur la paye du mois ».

[710] Acc. d'entreprise société Strasbourg Centre Energies, 2022, art. 7 : « La durée des absences, peu importe la nature de ces dernières, est déterminée au regard de l'horaire théorique et équivaut à : 7 heures pour une journée, 3h pour une demi-journée. À titre exceptionnel et sur accord préalable de la hiérarchie, les absences d'une durée inférieure à la demi-journée sont déduites pour leur durée réelle ». Acc. d'entreprise Aperam Stainless Services & Solutions France, 2021, art. 6, al. 4 : « Des relevés réguliers sont adressés aux hiérarchiques pour validation après corrections éventuelles aux fins de régularisation d'absences ou de retards ».

[711] P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, pp. 418-424.

[712] *Ibid.*, pp. 418-424, spéc. p. 419. Selon l'auteur, cela s'explique par le fait que dans ces cas, les tâches accomplies « ne s'exécutent pas sur le lieu de travail » ou « sont irréductibles aux horaires collectifs ».

[713] S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.* 2022, p. 5.

[714] P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *op. cit.*, p. 423-424. L'auteur souligne que « le travail au rendement revient sur le devant de la scène sous des habits parfois nouveaux tels le travail à la mission, en raison de son supposé impact sur la productivité des salariés (travail à la commission, au pourboire…) ».

les moyens d'exécution dépendent du libre choix du salarié[715]. Sont ici visés les salariés ayant conclu une convention de forfait-jours. Dans ces hypothèses, la dimension éminemment subjective de l'accomplissement du travail ne permet plus au temps de quantifier le travail accompli. Ces situations restent néanmoins marginales et le critère temporel apparaît comme l'unité de mesure de principe du travail.

179.- L'exception liée à la forfaitisation du temps de travail. Une seconde limite de l'horaire de travail comme indice au critère temporel de l'absence réside dans les conventions de forfait. Il s'agit de « l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale couvrant l'ensemble forfaitisé d'heures – ou de jours – de travail effectué, y compris les heures supplémentaires »[716]. En lien avec la réduction du temps de travail, la loi du 19 janvier 2000 avait consacré le dispositif de la convention de forfait-jours[717]. Désormais, ces conventions de forfait sont codifiées aux articles L. 3121-53 et suivants du Code du travail. La convention de forfait peut être en heures ou en jours[718]. Elle doit être établie sur une période de référence, qui peut être hebdomadaire mensuelle ou annuelle pour ce qui est du forfait en heures ; elle est obligatoirement annuelle s'agissant du forfait en jours[719]. Lorsqu'une convention de forfait est établie, les horaires de travail, qui apparaissaient jusqu'alors comme un critère déterminant pour la qualification de l'absence, deviennent en partie anachroniques en pareille hypothèse. En effet, la forfaitisation du temps de travail est substituée aux horaires de travail. Il apparaît donc nécessaire de rechercher d'autres indices qui permettront de déterminer la qualification d'absence. À cet égard, l'article L. 3121-64 donne des indications puisqu'il prévoit que « l'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine […] les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, *des absences* ainsi que des arrivées et départs en cours de période ». Dès lors, si la forfaitisation du temps de travail implique en principe que le temps de travail ne soit pas décompté à l'heure, il n'en demeure pas moins que les dispositions législatives en vigueur imposent qu'une méthode de décompte des absences soit établie. Aussi,

---

715 *Ibid*., p. 420-421.

716 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 1178.

717 V. en ce sens : C. trav., ancien art. 212-15-4, al. 1er : « Lorsqu'une convention de forfait en heures a été conclue avec un salarié […], la rémunération afférente au forfait doit être au moins égale à la rémunération que le salarié recevrait compte tenu du salaire minimum conventionnel applicable dans l'entreprise […] ».

718 C. trav., art. L. 3121-53 : « La durée du travail peut être forfaitisée en heures ou en jours dans les conditions prévues aux sous-sections 2 et 3 de la présente section ».

719 C. trav., art. L. 3121-54 : « Le forfait en heures est hebdomadaire, mensuel ou annuel. Le forfait en jours est annuel ».

l'article L. 3121-65 prévoit qu'à défaut de stipulations conventionnelles, l'employeur est tenu d'établir « un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées »[720]. Ces dispositions créées par la loi Travail du 8 août 2016 permettent de constater que la forfaitisation du travail ne remplace pas la réalité du temps de travail, qui reste décompté soit en heure, soit en jours sur une période de référence. Dès lors, le critère relatif au *temps de travail effectif* trouve ainsi application pour déterminer les absences du salarié en convention de forfait. Ce critère semble séduisant au regard de la corrélation établie avec la sujétion du salarié qui doit demeurer déterminante à la qualification d'absence. L'évaluation de la présence ou de l'absence du salarié pendant son temps de travail effectif est facilement observable. Il n'en va pas de même pendant d'autres périodes pour lesquelles la qualification de « temps de travail effectif » est bien plus difficile à déterminer, bien que le salarié demeure à certains égards en situation de sujétion vis-à-vis de l'employeur.

II- L'ambivalence de temps liés au travail

180.- Des zones temporelles complexes à qualifier. Il est désormais acquis que pendant le temps de travail effectif, le salarié est en situation de subordination puisqu'il est tenu de se mettre à la disposition de l'employeur. Des zones temporelles situées à mi-chemin entre le *temps de travail* et le *temps de repos*, durant lesquelles le salarié peut librement vaquer à ses occupations personnelles, ont cependant émergé. L'apparition de ces temps dont la qualification est parfois incertaine trouve son origine dans la diversification de la nature des prestations de travail. Plus précisément, elle résulte de l'essor du travail à caractère intellectuel, traditionnellement opposé au travail manuel qui était, quant à lui, largement prépondérant au XX^e^ siècle[721]. Elle peut également s'expliquer par l'éclatement des lieux et des rythmes de travail, qui a contribué à obscurcir les notions qui gravitent autour du temps de travail[722]. La durée effective du travail est ainsi passée « d'un temps objectif et mesurable à un temps

[720] C. trav., art. L. 3121-65, I-, 1°.

[721] À cet égard, Sébastien Tournaux relève qu'une partie de la doctrine soutient que le droit du travail « n'est plus toujours adapté aux évolutions sociologiques et technologiques du travail au XXI^e^ siècle » : S. Tournaux, « Les temps périphériques au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 634. À titre d'illustration, Jean-Emmanuel Ray a démontré que ces temps étaient particulièrement complexes à identifier dans une situation de télétravail : J.-E. Ray, « Contrôler la durée du travail… chez soi ? », *Dr. soc.* 2022, p. 21 ; J.-E. Ray, « De la question sociale du XXI^e^ siècle au télétravail », *Dr. soc.* 2018, p. 52. D'ailleurs, le Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT) appelait de ses vœux une modification substantielle en matière de droit du temps de travail, en instaurant la distinction entre les temps contraints et les temps libres : GR-PACT, « Pour un autre droit du temps de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 422.

[722] E. Dockès, « Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre », *Dr. ouvr.* 2022, p. 293.

nettement plus subjectif »[723]. En effet, il a été démontré que le régime du temps de travail s'est construit autour de la distinction binaire entre *temps de travail effectif* et *temps de repos*, en droit interne mais également en droit de l'Union européenne[724]. Or, la qualification de ces temps intermédiaires entre les deux notions précitées n'est pas aisée. Cela a pour conséquence de compliquer la qualification de l'absence en opposition aux horaires de travail « classiques » du salarié. En outre, le télétravail apparu à la fin du XX[e] siècle a contribué à éroder la frontière entre le temps de travail et « celui réservé à la vie privée »[725]. Dans ces circonstances, le temps de la subordination du salarié est difficile à déterminer. Ce dernier étant la clé de voûte de la caractérisation de l'absence en tant que manquement contractuel, il convient d'envisager tour à tour les différentes hypothèses afin de déterminer si le salarié est ou non en situation de sujétion vis-à-vis de l'employeur.

181.- Les temps de pause. Il existe un temps de pause légal et impératif. Dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié doit bénéficier d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes[726]. S'il est acquis qu'un temps de pause est reconnu au profit du salarié, sa nature juridique peut s'avérer complexe[727]. Cette question intéresse tout particulièrement la présente étude dès lors qu'il s'agit de déterminer si le salarié peut être considéré comme *absent* durant ce temps. A priori, le temps de pause est assimilé au *temps de repos*. Ce constat est d'autant plus vrai s'il s'inscrit en dehors des horaires de travail du salarié. C'est notamment le cas de la pause déjeuner, si ce temps est expressément exclu des horaires de travail. Cependant, dans certains cas – notamment si la pause déjeuner s'effectue sur le lieu du travail – l'employeur peut être tenté de solliciter le salarié. Dans ce cas, tout dépend en réalité de la sujétion du salarié imposée par l'employeur durant la pause. L'article L. 3121-2 du Code du travail prévoit que les temps de pause doivent être considérés comme du temps de travail effectif si le salarié doit demeurer à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives

[723] J.-E. Ray, « De temps… en temps », *Dr. soc.* 2000, p. 241.
[724] V. *supra*, n° 173.
[725] G. Gélineau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail », *op. cit.*, p. 238.
[726] C. trav., art. L. 3121-16 issu de la L. n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *précitée*, art. 6 (C. trav., ancien art. L. 220-2, al. 1[er] : « aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre six heures sans que le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes, sauf dispositions conventionnelles plus favorables fixant un temps de repos supérieur »).
[727] M. Véricel, « À quelles conditions le temps de pause doit-il être considéré comme du temps de travail effectif ? », *RDT* 2007, p. 532.

sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles[728]. La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application stricte de ce texte, et requalifie les temps de pause durant lesquels le salarié demeure assujetti à l'employeur, en temps de travail effectif[729]. Cette solution jurisprudentielle permet de garantir la protection du salarié, en lui octroyant une rémunération en contrepartie du fait qu'il demeure dans un état de subordination vis-à-vis de l'employeur. Ce constat porte néanmoins à interrogation en matière d'absence. Le salarié appelé à travailler pendant un temps initialement convenu comme étant un temps de pause, et qui ne se soumettrait pas à cette demande, doit-il être considéré comme absent du travail ? Si le salarié intervient, le temps de pause est dans ce cas requalifié en *temps de travail effectif*. Au regard du critère temporel précédemment établi, le salarié qui ne se soumettrait pas à une telle demande pourrait donc être considéré comme absent. Toutefois, ce serait méconnaître la finalité de l'article L. 3121-2 du Code du travail, qui est éminemment protecteur du salarié, puisqu'il lui garantit une rémunération pendant ce temps litigieux. En dehors d'une situation d'urgence, pour laquelle la Cour de cassation juge que « la période de pause […] n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité »[730], il paraît difficilement envisageable de faire grief au salarié de ne pas travailler alors qu'il bénéficie d'un temps de pause, qui participe de son droit au repos. Sur cette question, la Cour de cassation a apporté une précision importante dans un arrêt rendu le 4 septembre 2024. En effet, elle a rappelé que « le non-respect du temps de pause quotidien ouvre droit à réparation », consacrant ainsi la théorie du préjudice nécessaire en cas de violation du temps de pause obligatoire[731]. Dès lors, la requalification du temps de pause en temps de

[728] L'article L. 3121-2 du Code du travail renvoie aux trois critères dont dispose l'article L. 3121-1, en prévoyant expressément que le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis à l'article L. 3121-1 sont réunis ».

[729] V. en ce sens : Cass. soc., 25 mars 1998, n° 96-45.139 (l'obligation de rester à la disposition de l'employeur pendant la pause repas constitue du temps de travail effectif devant être rémunéré). Conf. not. par Cass. soc., 7 fév. 2008, n° 06-44.869 (le temps de repas des infirmiers d'un bloc opératoire régulièrement appelés à travailler doit être requalifié en temps de travail effectif) ; Cass. soc., 13 janv. 2012, n° 08-42.716 (les temps de pause d'un salarié d'une station-service qui travaille seul de nuit, durant lesquels il ne peut pas librement vaquer à ses occupations personnelles dans la mesure où il est tenu de recevoir d'éventuels clients, doivent être requalifiés en temps de travail effectif, conformément à la convention collective nationale applicable) ; *JCP S* 2010, 1198, note A. Martinon ; Cass. soc., 20 fév. 2013, n° 11-26.401 (même solution pour les salariés d'un Commissariat de sécurité atomique, bénéficiant de temps de pause de quatre heures et trente minutes durant lesquels ils peuvent être appelés à tout moment pour effectuer des « interventions immédiates de sécurité » qui sont relativement fréquentes et s'effectuent tant pendant le sommeil que le repas des salariés) ; *RJS* 2013, n° 5, p. 321 ; *JCP S* 2013, n° 27, p. 37, note M. d'Allende et J.-C. Moriceau.

[730] Cass. soc., 1er avr. 2001, n° 11-26.401, Bull. civ. V, n° 129.

[731] Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *D.* 2024, n° 31, p. 1520 ; *RDT* 2024, n° 11, p. 673, chron. J. Brunie ; *JCP S* 2024, n° 43, p. 22, obs. T. Montpellier ; *JCP G*, n° 41, 1685, obs. V. Rebeyrol ; *BJT* 2024, n° 10, p. 11, obs. S. Ranc ; *RTD civ.* 2024, n° 4, p. 958, obs. J. Klein ; *JA* 2025, n° 712, p. 26, comm. M. Julien et J.-F Paulin.

travail effectif ne saurait faire obstacle au temps de pause légal et impératif. D'ailleurs, la loi Travail du 8 août 2016 a introduit un droit à la déconnexion au profit du salarié dans le Code du travail[732]. Il implique le droit pour le salarié de ne pas être joignable en dehors de son temps de travail[733], incluant ainsi les temps de pause. Ce droit était jusqu'alors reconnu par la jurisprudence, qui considérait que le fait, pour le salarié, « de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier le licenciement disciplinaire »[734]. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour le 9 octobre 2024 réaffirme la précédente solution en reprenant cette même formulation[735]. Ainsi, il est impossible de considérer qu'un salarié est *absent* en dehors de son temps de travail et donc, pendant les temps de pause. En revanche, s'il est expressément convenu que le salarié doit demeurer prêt à intervenir pendant son temps de repos, cette période répond à la qualification d'astreinte, dont le régime juridique est ambivalent.

182.- Les périodes d'astreinte. L'astreinte est un exemple topique des temps dont la détermination de la qualification entre *temps de travail* et *temps de pause* semble complexe. Elle « s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise »[736]. Cette période s'apparente en droit français à un temps de repos, à la différence près que le couperet de l'appel au travail est susceptible de tomber à tout moment. La question de la qualification de l'astreinte en temps de *travail effectif* ou en *temps de repos* s'est posée à plusieurs reprises. En réalité, il convient de distinguer deux temps pendant la période d'astreinte : celui durant lequel le salarié n'est pas appelé, et celui qui court à compter du moment où il est appelé au travail. Bien que la qualification du premier soit la plus complexe, ce temps n'intéresse pas la présente étude puisque le salarié ne peut être considéré comme absent dès lors qu'il n'est pas appelé au

[732] L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (*JORF* n° 0184, du 9 août 2016), spéc. art. 55. Il existe désormais une obligation de négocier sur le thème du droit à la déconnexion. À défaut d'accord, l'employeur est tenu d'élaborer une charte, après avis CSE. V. en ce sens : C. trav., art. L. 2242-17.
[733] Le droit à la déconnexion ne s'applique pas aux périodes d'astreinte.
[734] V. en ce sens : Cass. soc., 17 fév. 2004, n° 01-45.889 : « […] le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier le licenciement disciplinaire […] » ; *JSL* 2004, n° 142, p. 21, note J.-E. Tourreil.
[735] Cass. soc., 9 oct. 2024, n° 23-19.063.
[736] C. trav., art. L. 3121-9, al. 1er.

travail[737]. Tant qu'il n'est pas appelé au travail, le salarié peut librement *vaquer à ses occupations personnelles*, si ce n'est qu'il doit nécessairement rester à proximité du lieu de travail où il est susceptible d'être appelé[738]. En revanche, lorsqu'il est appelé au travail, la durée de l'intervention emporte naturellement la qualification de *temps de travail effectif*[739]. Par conséquent, le salarié qui ne répond pas favorablement à un appel durant une période d'astreinte est considéré comme absent du travail. Au soutien de cette affirmation, la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément rappelé dans un arrêt rendu en 2022 que durant la période d'astreinte, le salarié « doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif »[740]. D'ailleurs, un arrêt rendu en 2023 semble accréditer ce constat. Il a été jugé que lorsque des salariés sont susceptibles d'être appelés, mais qu'ils ne sont pas obligés de répondre à l'appel, la qualification d'astreinte ne pouvait être retenue[741]. Dans les faits de l'espèce, les salariés n'étaient pas tenus d'être à la disposition de l'employeur lorsqu'ils étaient appelés. Or, il s'agit de l'élément déterminant de la qualification d'astreinte. Par conséquent, le salarié n'étant à la disposition de l'employeur lorsqu'il est appelé, il ne peut être considéré comme *absent* du travail. Le critère temporel relatif au *temps de travail effectif* est donc bien opérant en matière d'astreinte.

---

[737] Les difficultés relatives à la qualification de ce temps ont principalement trait aux conséquences en matière de rémunération et de durée de travail. En effet, la qualification de ce temps « fait l'objet d'une casuistique difficile, parfois ambigüe, parfois contradictoire » : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.,* p. 1155. Elle est particulièrement complexe, parce qu'il ne s'agit pas réellement d'un temps de travail effectif, dès lors que cette situation ne répond pas au triptyque caractéristique de la notion. La qualification en temps de repos est également peu opportune. En effet, le salarié est dans un état de semi-subordination. Il doit se rendre disponible s'il est appelé au travail, ne pouvant pas vaquer librement à ses occupations personnelles. Sur la qualification de ce temps atypique et les évolutions dont elle a fait l'objet, tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne, la présente étude renvoie à des articles exhaustifs sur l'évolution législative et jurisprudentielle. V. en ce sens : E. Dockès, « Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre », *op. cit.*, p. 293 ; A. Johansson, « Astreintes : organisation et lieu d'exécution après la loi "Travail" et à la lumière du droit européen », *Dr. ouvr.* 2017, p. 157 ; J.-E. Ray, « Les astreintes, un temps du troisième type », *Dr. soc.* 1999, p. 250.

[738] B. Acar, G. Bélier, « "Astreintes" et temps de travail », *Dr. soc.* 1990, p. 502.

[739] C. trav., art. L. 3121-9, al. 2 : « La durée de cette intervention est considérée comme du temps de travail effectif ». La jurisprudence a pu considérer que la durée des temps de trajet, tant aller que retour, permettant au salarié de se rendre au travail durant cette période d'astreinte devait être considérée comme du temps de travail effectif : Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834 ; *Lexbase soc.* 15 nov. 2007, note S. Tournaux ; *RDT* 2008, p. 41, note M. Véricel ; *JCP S* 2007, p. 27 note G. Vachet ; *JCP E* 2008, p. 38, note S. Béal, A. Ferreira ; *D.* 2007, p. 3109, note C. Lefranc-Harmoniaux ; *JSL* 2007, p. 14, note J.-E. Tourreil ; *Dr. soc.* 2008, p. 248 ; obs. C. Radé.

[740] Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178 ; *SSL* 2023, p. 9, obs. Ph. Flores ; *JCP E* 2023, p. 41, note B. Bossu ; *RDT* 2023, p. 46, note M. Véricel ; *JCP G* 2022, p. 2046, note G. Dedessus-Le Moustier ; *JCP S* 2022, p. 34, note G. François ; *SSL* 2022, p. 12, obs. F. Champeaux ; *D.* 2023, p. 408, chron. S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry.

[741] Cass. soc., 13 avr. 2023, n° 21-18.680 ; *Lebase Social* 2023, n° 943, pan. C. Langaney.

§2 : Le rejet du critère du lieu de l'absence

183.- Plan. Au regard de la définition donnée par le *Vocabulaire juridique*, un critère géographique semble associé à la qualification d'absence. Pourtant, il s'avère peu pertinent. C'est la raison pour laquelle il entend être écarté **(I)** au profit d'un critère plus large **(II)**.

I- Le rejet d'un critère géographique

184.- Le rejet du lieu de travail comme critère de l'absence. Au regard de la définition précédemment exposée, la détermination d'un *lieu* où la personne devrait se trouver constituerait un critère de définition de l'absence. Appliqué au droit social, cela signifierait que le salarié absent serait celui qui n'est pas présent dans le lieu où il est en principe tenu d'exercer son activité. Historiquement, l'absence du travailleur pouvait être caractérisée par sa non-présence physique sur le *lieu de travail* convenu. Ce constat est vrai pour l'ouvrier. En effet, il a été démontré qu'à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, l'absence de l'ouvrier pouvait être constatée par des dispositifs de pointeuse ou de feuilles de présence[742]. Or, de tels dispositifs ont pour finalité de contrôler la présence physique du travailleur sur le lieu de travail. Ce dernier était rendu possible en raison de la sédentarité inhérente à l'activité industrielle. En effet, le travail industriel était toujours exercé dans une manufacture. Toutefois, il convient de nuancer le fait que la non-présence physique du travailleur était un critère déterminant de la qualification d'absence. En réalité, il constituait d'avantage un *indice* de l'absence qu'un véritable critère. En effet, la non-présence physique permettait d'établir que l'ouvrier n'était pas à la *disposition de l'employeur*, se soustrayant ainsi à l'état de sujétion à l'employeur. Elle permettait en quelques sortes de présumer le fait que l'ouvrier n'était pas à la disposition du patron. Cependant, même à cette époque, l'indice relatif à la non-présence physique n'était pas toujours opérant. En effet, si la présence physique de l'ouvrier sur le lieu de travail conditionnait le fait qu'il soit à la disposition de l'employeur, ce constat n'était pas vrai pour d'autres secteurs d'activités tels que celui des services. Le lieu de travail n'était pas toujours unique. Le travailleur pouvait être mobile. C'était notamment le cas du secteur tertiaire, qui s'est fortement développé au cours du XXe siècle. Un indice aurait alors pu être pertinent : celui de la non-présence physique au poste de travail.

[742] V. *supra*, n° 141.

185.- La négation de l'absence du salarié au poste de travail. Le poste de travail pourrait être défini comme l'emplacement aménagé en vue de permettre au salarié d'exécuter sa prestation de travail[743]. À première vue, le poste de travail pourrait être un indice utile de définition de l'absence. Il suffirait de constater l'absence physique du salarié à son poste de travail, pour pouvoir qualifier juridiquement la situation d'absence. Ce critère semble d'autant plus pertinent qu'il serait applicable aux travailleurs à domicile et aux télétravailleurs, si l'on considère que le poste de travail de ces derniers s'établit à leur domicile[744]. En théorie, un poste de travail doit être prévu à cet effet. Le critère du poste de travail aurait l'avantage de faire entrer dans son champ d'application ces travailleurs. Néanmoins, le critère du poste de travail n'est pas pleinement satisfaisant à différents égards. Tout d'abord, le salarié peut être ponctuellement *absent* du poste de travail pendant les horaires de travail sans pour autant emporter la qualification de *salarié absent* au regard du droit social. C'est par exemple le cas lorsque le salarié est appelé ailleurs qu'à son poste de travail dans les locaux de l'établissement. À titre d'illustration, tel est le cas d'un salarié appelé dans le bureau d'un supérieur hiérarchique ou dans une salle de réunion, dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle. Ainsi, le poste de travail pourrait être un bureau avec un poste informatique, mais également tous les lieux dans lesquels le salarié serait amené à se déplacer dans le cadre de l'exercice de la prestation de travail qui lui est confiée. Dans l'hypothèse de déplacements, le véhicule le ou moyen de transport lui servant à se déplacer pourrait également être considéré comme étant un lieu de travail. En principe, les temps de trajet et de déplacement ne sont pas, en principe, considérés comme du temps de travail effectif[745]. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a contribué à faire évoluer celle de la Cour de cassation[746], qui considère

---

743 En vertu des dispositions réglementaires, le poste de travail doit permettre au salarié de disposer d'une liberté de mouvement suffisante. V. en ce sens : C. trav., art. R. 4214-22.

744 Sur la question du télétravail, v. en ce sens : J.-E. Ray, « De la question sociale du XXIe siècle au télétravail », *op. cit.*, p. 52 ; A. Probst, « Télétravail au domicile. Confusion des lieux et distinction des temps », *Dr. soc.* 2006, p. 1109. Sur le travail à domicile, v. en ce sens : C. Rey, *Le travail à domicile*, Rapp. du Conseil économique et social, 1999.

745 C. trav, art. L. 3121-4, al. 1er : « le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif ». Le second alinéa du même texte poursuit, en indiquant que « toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire ». Le Conseil constitutionnel a jugé que ce texte n'était pas contraire à la Constitution : Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2004-509.

746 La conformité de l'article L. 3121-4 du Code du travail au droit de l'Union a pu être contestée, puisque la Cour de justice de l'Union européenne a considéré s'agissant des salariés itinérants espagnols que leurs temps de trajet devaient être considéré comme du temps de travail effectif, dans la mesure où ils devaient se conformer aux directives de l'employeur : CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-266/14 ; *JCP S* 2015, n° 47, p. 20, note J.-P. Tricoit ; *RDT* 2016, n° 1, p. 46, note M. Véricel et G. Pignarre. La Cour de cassation a cependant maintenu sa jurisprudence s'agissant des temps de trajet des salariés itinérants, considérant que l'article L.3121-4 du Code du travail n'était

désormais que lorsque le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives durant certains trajets, ces derniers doivent être requalifiés en temps de travail effectif[747]. Enfin, il est des hypothèses dans lesquelles certains salariés peuvent avoir une pluralité de postes de travail[748]. La complexité réside dans le fait de déterminer quels sont précisément ceux qui doivent être pris en considération.

186.- Le défaut de pertinence d'un critère géographique lié à l'évolution du travail. En définitive, qu'il s'agisse du lieu ou du poste de travail, tous deux sont relatifs à des critères géographiques d'absence qui apparaissent actuellement inopérants pour différentes raisons. En effet, à l'époque du travail industriel et posté, l'indice de la non-présence physique apparaissait comme pertinent puisque l'accomplissement de la prestation de travail du salarié était conditionné au fait qu'il soit présent à son poste de travail. Cependant, l'évolution du travail et notamment l'essor du travail de services, caractérisé par un travail intellectuel, a conduit à une grande diversité des modes d'accomplissement du travail. Par conséquent, les lieux où le travail est accompli sont devenus nombreux. En outre, au sein d'une même entreprise, le lieu de travail de chaque salarié peut varier. À titre d'illustration, certains salariés peuvent faire le choix d'exercer leur activité en télétravail, alors que d'autres l'accompliront dans les locaux de l'entreprise. Dès lors, le critère géographique n'est donc plus un critère pertinent. Afin de déterminer un nouveau critère pertinent, il est donc nécessaire de déterminer un critère plus large.

---

pas contraire au droit de l'Union dans la mesure où il prévoyait expressément « des contreparties jugées pertinentes » : Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-20.634. Néanmoins, la CJUE a jugé en 2021 que lorsque les contraintes imposées au travailleur pendant les temps de déplacement étaient de nature à impacter de manière significative ses possibilités « de se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux », ce temps devait être requalifié en temps de travail effectif. La Cour de cassation a finalement assoupli sa jurisprudence, affirmant que « lorsque les temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients répondent à la définition du temps de travail effectif […], ces temps ne relèvent pas du champ d'application de l'article L. 3121-4 [du Code du travail] » : Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 22-22-335.

[747] V. en ce sens : Cass. soc., 7 fév. 2024, *précité* (pour les salariés itinérants) ; Cass. soc, 1er mars 2023, n° 21-12.068 ; *RDT* 2023, n° 7, p. 484, note M. Véricel ; *JCP S* 2023, n° 13, p. 23, note X. Aumeran (trajets imposés à un technicien de maintenance itinérant, utilisant un véhicule professionnel dans lequel il transportait des marchandises qu'il livrait aux clients, et qui devait se conformer à un planning d'intervention créé par son employeur) ; Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 20-21-924 (salarié qui organisait son planning d'intervention en appelant des contacts professionnels pendant ses temps de trajet grâce à un kit main libre fourni par l'employeur).

[748] La problématique liée à la pluralité de lieux de travail s'illustre notamment en matière de compétence juridictionnelle. Sur ce point, v. en ce sens : C. Chansenay, D. Boulmier, « Conseils de prud'hommes », *Dr. ouvr.* 2002, p. 498 ; F. Buy, « Compétence juridictionnelle et pluralité des lieux de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 967.

II- La nécessité d'un critère plus large

187.- La recherche d'un critère extensif. Un critère plus large que le lieu ou le poste de travail est préférable à un critère purement géographique, qui aurait pour principal écueil de ne pas inclure l'intégralité des situations d'absence. Cette dernière notion englobe, en droit social, une pluralité de situations disparates. Ainsi, est considéré comme *absent* au sens du Code du travail le salarié en arrêt de travail en raison de la maladie[749], en congé maternité[750], le conseiller du salarié pendant les temps d'exercice de sa mission[751] ou encore le salarié ayant abandonné son poste[752]. À cette qualification, s'ajoutent des qualifications jurisprudentielles. La chambre sociale de la Cour de cassation qualifie d'absences les arrêts de travail motivés par la grève[753], le congé de paternité[754] ou encore le congé parental[755]. Ainsi, bien que les régimes juridiques soient pluraux[756], entrent sous une même qualification juridique des situations très diverses. Dès lors, pour qu'un critère de définition soit envisagé, il est nécessaire de déterminer un dénominateur commun aux différentes situations qualifiées d'absences en droit social. À cet égard, les situations précitées se caractérisent par le fait que le salarié cesse le travail. Cette interruption de l'exercice du travail par le salarié, qui se cumulerait au critère temporel précédemment établi. Ainsi, le salarié absent serait celui qui *interromprait le travail pendant son temps*

---

749 C. trav., art. L. 1226-1, al. 1er. L'article précité évoque le « cas *d'absence* au travail justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou de l'accident […] ». Partant, la maladie ou l'accident apparaît expressément comme un motif d'absence.

750 C. trav., art. L. 1225-24, al. 1er. L'article précité dispose que « le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée avertit l'employeur du motif de son *absence* et de la date à laquelle elle entend y mettre fin ». Partant, la maternité apparaît expressément comme un motif d'absence.

751 C. trav., art. L. 1232-11 : « Les employeurs sont remboursés par l'État des salaires maintenus pendant les *absences* du conseiller du salarié pour l'exercice de sa mission ainsi que des avantages et des charges sociales correspondant ».

752 C. trav., art. L. 1237-1-1, al. 1er : « Le salarié qui a volontairement abandonné son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son *absence* et de reprendre son poste […] est présumé avoir démissionné […] ». Plus exactement, *l'absence* ici visée semble désigner l'absence injustifiée qui est elle-même constitutive de l'abandon de poste. Sur les liens entre absence injustifiée et abandon de poste, v. *infra*, n° 273 et suiv.

753 V. not. : Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833 : « Mais attendu, d'abord, que si l'employeur peut tenir compte des *absences*, même motivées par la grève […] » ; *LPA* 2019, n° 19, p. 11, note C. Gameleu Kameni ; *JCP S* 2018, n° 48, p. 41, note L. Dauxerre ; *BJT* 2018, n° 4, p. 247, obs. L. Bento de Carvalho.

754 V. not. : Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282 : « Et attendu qu'ayant constaté que le salarié avait […] informé l'employeur de son *absence* pour congé de paternité […] » ; *Dr. ouvr.* 2018, n° 839, p. 344, note D. Tharaud ; *LPA* 2012, n° 169, p. 9, note H. Peschaud ; *JCP S* 2012, n° 31, p. 34, note G. François.

755 V. not. : Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 10-16.369 ; *RJS* 2012, n° 4, p. 307 : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé que l'obligation prévue à l'article L. 1225-50 du code du travail, faite au salarié d'informer son employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, du point de départ et de la durée de la période pendant laquelle il entend bénéficier du congé parental d'éducation prévue à l'article L. 1225-47 dudit code […], l'employeur avait connaissance du motif de *l'absence* du salarié ; qu'elle a ainsi, légalement justifié sa décision ».

756 Sur les régimes juridiques de l'absence, v. *infra* : Partie I, Titre 2.

de travail. Si la cessation du travail peut apparaître comme un critère de définition pertinent pour caractériser l'absence en droit social, il convient de rechercher une qualification plus juridique, qui permettrait de caractériser la situation d'arrêt du travail. Ce dernier est en réalité un arrêt de l'exécution du travail par le salarié, qui résiderait dans les tâches ou missions professionnelles qui lui sont confiées. Or, dans le contrat de travail, ces dernières sont juridiquement qualifiées de prestation de travail. Il convient dès lors d'envisager cet élément comme critère de définition de l'absence.

188.- Le critère de l'inexécution de la prestation de travail. Pour qualifier l'absence en droit social, le critère de *l'inexécution de la prestation de travail* par le salarié pourrait être retenu. En effet, l'obligation principale du salarié au contrat de travail réside dans l'exécution de cette prestation. Plus précisément, le travailleur subordonné est « tenu d'exécuter la prestation de travail conformément aux instructions de l'employeur à la disposition duquel il se trouve placé »[757]. Cette obligation est toujours exigée, que le salarié effectue son activité dans les locaux de l'entreprise ou à l'extérieur de celle-ci, et quelle que soit la nature de l'activité ou les modalités d'exercice du travail. L'exécution de la prestation de travail semble séduisante puisqu'elle serait applicable à toutes les formes d'exercice du travail salarié, y compris au travail itinérant ou au télétravail. La jurisprudence rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation semble confirmer ce critère. En effet, dans un arrêt de 2021, elle a pu rappeler que « le salaire cesse d'être dû lorsque le salarié ne satisfait pas à son obligation de fournir le travail convenu »[758]. Dans la mesure où le salaire est la contrepartie de l'exécution de la prestation, il convient de déduire de la formulation précitée que la « fourniture du travail convenu » permet de caractériser l'accomplissement de la prestation de travail. Toutefois, la pertinence de ce critère se heurte à un certain nombre de limites. Le degré d'intensité de cette obligation fait l'objet de nombreux questionnements. Tout d'abord, comme le contrat doit être exécuté de bonne foi[759], l'employeur est tenu à certaines obligations, pour que l'obligation d'accomplir la prestation de travail dont le salarié est débiteur soit effective. Au regard du principe de bonne foi, il semblerait que cette obligation – qui constitue au sens du droit commun une obligation de faire[760] – soit conditionnée au fait que l'employeur ait mis à la disposition du salarié « les

[757] G.-H. Camerlynck (dir.), *Contrat de travail*, *op. cit.*, p. 238.
[758] Cass. soc., 6 janv. 2021, n° 19-12.759.
[759] C. trav., art. L. 1222-1 : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».
[760] G.-H. Camerlynck (dir.), *Contrat de travail, op. cit.,* p. 238.

moyens nécessaires à l'accomplissement de sa prestation de travail »[761]. Par ailleurs, l'employeur est tenu de « fournir un travail au salarié qui se tient à disposition »[762]. Dès lors, si l'employeur ne respecte pas ces obligations et qu'en réaction à cela, le salarié n'exécute pas sa prestation de travail, la qualification d'absence ne saurait être retenue. Le salaire est donc dû. Aussi, il ne semble pas nécessaire que le salarié exerce continuellement une activité productive pendant son temps de travail. Les temps durant lesquels le salarié attend qu'une mission lui soit confiée doivent être considérés comme du temps de travail effectif, et ce même s'il n'accomplit pas de prestation de travail pendant ces temps[763]. Là encore, la qualification d'absence ne saurait être retenue puisque le salarié demeure à la disposition de l'employeur et ne peut pas vaquer à ses occupations personnelles. En définitive, le critère relatif à l'exécution de la prestation de travail s'avère insuffisant à lui seul. Les jurisprudences précitées permettent d'envisager un critère pondérateur : celui de l'état d'indisponibilité du salarié.

189.- L'état d'indisponibilité du salarié comme critère pondérateur. Ce critère serait directement lié au fait que la présence au travail requiert que le salarié soit *à la disposition de l'employeur*. C'est d'ailleurs ce qu'ont rappelé expressément les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation. Ils ont relevé que la cour d'appel avait constaté que le salarié « était présent sur son lieu de travail » et « qu'il avait informé son employeur qu'il se tenait à sa disposition », pour considérer *in fine* que le paiement de sa rémunération était dû[764]. Cet état de disponibilité s'impose comme un préalable nécessaire afin qu'il puisse se conformer aux directives qui lui sont ordonnées et donc, qu'il se conforme aux obligations contractuelles dont il est débiteur. Or, en situation d'absence, le salarié n'est plus *à la disposition* de l'employeur. L'absence se caractériserait ainsi par un *état d'indisponibilité* du salarié pendant son temps de travail. Pour le salarié qui effectue son travail dans les locaux de l'entreprise, son état de disponibilité semble être présumé lorsqu'il est physiquement présent. À l'évidence, ce critère de disponibilité à l'employeur est cumulatif avec le critère temporel précédemment établi. Le salarié qui n'est plus à la disposition de l'employeur pendant son temps de pause ou de repos ne saurait être considéré comme *absent* au sens du droit social.

---

761 V. en ce sens : Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 12-28.895 ; Cass. soc., 31 oct. 2012, n° 11-15.552.
762 Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-18.903.
763 Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.282 ; *RDT* 2009, n° 10, p. 19, note S. Carré (temps d'attente de chauffeurs pouvant être amenés à intervenir à la demande de leur employeur ou d'un client) ; Cass. soc., 25 janv. 2023, n° 21-10.322 (qualification en temps de travail effectif des temps d'attente durant lesquels le salarié ne pouvait pas vaquer à ses occupations personnelles).
764 Cass. soc., 7 mai 2008, n° 06-45.580.

190.- La volonté du salarié, élément indifférent à la qualification d'absence. D'autres éléments apparaissent indifférents à la qualification de l'absence. Tel est notamment le cas de la *volonté délibérée* du salarié de se soustraire au travail – c'est-à-dire d'être en situation d'indisponibilité – et par conséquent, de s'absenter[765]. Or, cette attitude ne permet pas de qualifier l'absence. Il existe dans le champ de définition de cette notion certaines absences qui découlent directement de la volonté du salarié de se soustraire du travail. À cet égard, certains sociologues ont pu qualifier cette soustraction d'attitude de « riposte individuelle du travailleur »[766]. Cela influe seulement sur le régime juridique de l'absence applicable. Dans ce cas, la qualification d'absence injustifiée peut être retenue par l'employeur qui pourra alors sanctionner le salarié[767].

*
* *

191.- Conclusion de la Section 2. En définitive, la présente étude entend retenir la définition suivante de l'absence en droit social : il s'agit de la *situation dans laquelle le salarié n'exécute pas sa prestation de travail et n'est plus à la disposition de l'employeur pendant son temps de travail.* Cette définition permet de constater qu'il existe un lien entre la notion d'absence en droit social et celle qui existe en droit civil. En effet, toutes deux qualifient juridiquement un *état d'indisponibilité de la personne* : du travail pour la première, de la vie civile pour la seconde. Par ailleurs, qu'il s'agisse de l'absence en droit civil comme de l'absence en droit social, la volonté de la personne de s'absenter apparaît comme un élément indifférent de la qualification.

765 Sur la volonté du salarié, v. en ce sens : P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in La volonté du salarié,* T. Sachs (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 36.
766 H. Behrend, S. Pocock, « Absentéisme industriel : résultat d'une étude de six ans dans une entreprise », *Revue internationale du travail* 1976, p. 345.
767 V. *infra*, Partie I, Titre 2.

Conclusion du Chapitre 2

192.- À partir de la fin du XIX^e^ siècle, les spécificités liées à la relation de travail – au premier rang desquelles figure l'état de subordination du salarié – ont conduit à rendre les règles du droit commun des contrats inadaptées pour régir la situation du *salarié absent*. C'est ainsi qu'une notion d'absence propre au droit social a émergé.

193.- Les raisons de l'émergence d'une notion juridique de l'absence en au droit social sont plurales. À la fin du XIX^e^ siècle, la transformation du travail, liée notamment à l'avènement d'une société industrielle, a contribué à faire évoluer la conception de l'absence. Cette dernière ne pouvait plus être perçue comme une simple inexécution contractuelle. Pour contrebalancer l'état de subordination dans lequel le travailleur industriel est placé vis-à-vis de l'employeur, la protection du salarié a été renforcée. Par conséquent, le contrat encadrant la relation de travail n'était plus un contrat d'échange mais un contrat de solidarité. En raison de son état de subordination, le salarié est astreint à une obligation de présence au travail parce que cette dernière conditionne l'accomplissement de la prestation de travail. Pour cette raison, l'absence peut faire l'objet d'une sanction. Cependant, la protection accordée au salarié lui permet de s'absenter pour certains motifs, comme c'est le cas lorsqu'il est malade ou accidenté. Ainsi, l'avènement d'une notion d'absence propre au droit social réside dans la nécessité de créer un statut juridique pour le salarié absent.

194.- Avant d'envisager les régimes juridiques de l'absence en droit social, il est apparu essentiel de définir la notion. La qualification d'absence du salarié s'opère par opposition à la notion de présence. Pour qu'un salarié soit considéré comme absent, il est nécessaire que sa présence soit requise. À cet égard, le *temps de travail effectif* s'impose comme un premier critère de définition, qui s'apprécie au regard d'un indice : celui des horaires de travail. S'agissant du critère du lieu, il convient de l'écarter au profit d'autres critères : ceux de *l'inexécution de la prestation de travail* et de *l'état d'indisponibilité du salarié*. Partant, le salarié serait considéré comme absent au sens du droit social lorsqu'il *n'exécute pas sa prestation de travail et qu'il n'est plus à la disposition de l'employeur pendant son temps de travail*. Si leurs définitions sont bien distinctes, la notion d'absence en droit civil et celle de l'absence en droit social sont toutes deux liées à un état d'indisponibilité de la personne.

Conclusion du Titre 1

195.- La *notion juridique d'absence* est très ancienne puisque ses origines remontent au droit romain. Pourtant, la *notion juridique d'absence propre au droit social* est relativement récente, car elle n'a émergé qu'à la fin du XIX^{e} siècle.

196.- Pendant longtemps, la notion d'absence fut exclue du droit social. Il existait une *notion d'absence en droit civil*, qui permettait de qualifier juridiquement la situation de la personne dont il était impossible d'affirmer si elle est vivante ou décédée. La *notion d'absence en droit civil* a alors émergé afin de déterminer les conséquences juridiques applicables à cette situation. Toutefois, la notion civiliste d'absence s'est révélée inadaptée au travailleur, parce que la situation d'absence au travail avait pour conséquence le fait que le travailleur n'exécute pas – temporairement – son travail. Juridiquement, cette situation n'était donc pas liée à l'état de la personne, mais à l'inexécution du contrat. Or, les mécanismes du droit commun des contrats permettaient parfaitement de saisir juridiquement cette situation.

197.- Lors de l'avènement du droit du travail au début du XX^{e} siècle, l'apparition d'une notion juridique propre à cette nouvelle matière juridique aurait pu être envisagée. En effet, l'émergence du droit du travail a permis une meilleure prise en considération de l'état de subordination du salarié. Le droit du travail permet ainsi de tenir compte de l'état de la personne, à l'instar de *l'absence en droit civil*. Cependant, l'absence continua d'être considérée comme une inexécution contractuelle, parce que la relation de travail était régie par un contrat d'échange (travail contre salaire). L'avènement de la société industrielle marqua un changement de paradigme : l'émergence d'une solidarité entre les travailleurs, mais également entre le salarié et l'employeur ne permettaient plus d'envisager l'absence dans une dimension exclusivement contractuelle. En outre, il a semblé nécessaire d'assurer la protection du travailleur qui se trouvait involontairement privé de l'accomplissement du travail.

198.- L'ensemble de ces évolutions a conduit à l'émergence d'une notion juridique propre au droit social, mais qui inclut dans son champ de définition des situations disparates. Cette grande disparité de situations se traduit par une pluralité de régimes juridiques d'absence.

TITRE 2 : LA PLURALITE DES REGIMES JURIDIQUES D'ABSENCE

199.- La distinction entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées* comme catégorie analytique. La présente étude entend proposer une catégorisation des absences, autour de la distinction entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées*. Cette distinction n'est pas présentée comme telle dans le discours du droit. Elle ne constitue pas une classification systémique. Cependant, il s'agit d'une catégorisation analytique qui permet d'éclairer la manière dont l'absence est traitée en droit social. Cette distinction est parfois suggérée par la jurisprudence et ce, depuis le début du XXe siècle. En effet, dès 1935, l'analyse des arrêts rendus en matière d'absence permettait d'établir une classification des absences. Henri Morisot suggérait d'instaurer, « d'après la jurisprudence » une distinction entre quatre catégories d'absence : l'absence *justifiée*, l'absence *injustifiée*, l'absence *dont le motif est légalement admis, mais non régulièrement autorisée*, et l'absence *non autorisée*[768]. Actuellement, les deux dernières catégories sont considérées comme des absences injustifiées, ce qui permet d'établir une classification binaire : celle des *absences justifiées* et celle des *absences injustifiées*. La chambre sociale de la Cour de cassation opère parfois une telle qualification[769], de même que les juridictions d'appel[770]. Dès lors, les absences du salarié s'articulent au sein de cette *summa divisio*. En premier lieu,

---

[768] H. Morisot, *Patrons et salariés devant les lois sociales*, Gazette des Prud'hommes, 1938, p. 236. Les différentes catégories incluses au sein de ce qui est actuellement qualifié d'absences injustifiées donnait lieu à un régime juridique distinct. Ainsi, le contrat de travail permettait de rompre le contrat de travail s'il existait un règlement d'atelier le prévoyant expressément (Trib. Civ. Seine, 7e ch., 11 mai 1935). L'absence permise sur le fond mais non régulièrement autorisée qui ne justifiait pas le renvoi (Cass. civ., 3 déc. 1934). Enfin, l'absence non autorisée pouvait donner lieu en principe à une rupture du contrat de travail sans préavis (Cass. civ., 25 avr. 1936), exception faite pour le salarié qui se serait absenté le 1er mai, ce jour étant habituellement chômé (Cass. civ., 15 juin 1937) : v. *ibid.*

[769] Sur la qualification *d'absence justifiée*, v. en ce sens : Cass. soc., 13 avr. 2023, n° 21-15.210 (« absence justifiée par une maladie ») ; Cass. soc., 15 déc. 2021, n° 20-11.934 (« absence justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou d'un accident ») ; Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-23.869 (« absence justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou d'un accident, professionnel ou non ») ; Cass. soc. 18 déc. 2019, n° 18-18.864 (« absences justifiées par la maladie ou l'accident »). Sur la qualification d'absence injustifiée, v. en ce sens : Cass. soc., 6 mai 2025, n° 23-11.798 (défaut de justification de l'absence et refus du salarié d'exécuter son contrat de travail malgré les demandes réitérées de l'employeur) ; Cass. soc. 26 fév. 2025, n° 23-23.334 (cinq absences injustifiées au cours d'un même mois) ; Cass. soc., 5 avr. 2023, n° 21-21.319 (licenciement pour faute grave) ; Cass. soc., 3 mai 2016, n° 14-29.190 (défaut d'une demande de prolongation ou d'autres causes de son absence à l'issue du congé parental d'éducation).

[770] Sur la qualification d'absence injustifiée par les juridictions d'appel, v. en ce sens : CA Nîmes, 13 déc. 2022, n° 20/002231 ; CA Nîmes, 6 déc. 2022, n° 20/002771 ; CA de Toulouse, 21 oct. 2022, n° 21/016181 ; CA de Versailles, 9 août 2021, n° 19/045961 ; CA d'Orléans, 9 avr. 2020, n° 19/017051 ; CA de Douai, 29 mars 2019, n° 17/008578 ; CA de Versailles, 5 juill. 2017, n° 15/010958 ; CA d'Angers, 23 fév. 2016, n° 12/01014 ; CA d'Agen, 10 fév. 2015, n° 14/00603.

certaines raisons d'absence sont considérées comme autorisées, et permettent au salarié de s'absenter tout en étant protégé contractuellement voire économiquement. C'est notamment le cas lorsque l'état de santé place le salarié en incapacité de travail. En second lieu, certaines situations d'absence sont considérées comme prohibées. Le salarié est alors susceptible d'être sanctionné par l'employeur sur le terrain du droit disciplinaire. Les conditions relatives au fait que l'absence soit considérée comme autorisée sont relativement restrictives, car, pour ce faire, l'absence doit à la fois reposer sur un motif admis et observer des conditions de forme. Partant, le vocable *d'absence justifiée* désigne l'absence qui repose sur un motif admis, et qui satisfait aux conditions de forme, garantissant ainsi une protection au salarié. *L'absence injustifiée* est considérée, *a contrario*, comme une absence qui n'est pas justifiée parce qu'elle ne repose pas sur un motif d'absence autorisé ou parce qu'elle ne remplit pas les conditions de forme nécessaires à sa justification. Par conséquent, elle traduit une inexécution contractuelle injustifiée, pouvant à ce titre être sanctionnée par l'employeur.

200.- Plan. La définition de l'absence en droit social précédemment établie fait entrer dans son champ des situations disparates. Par exemple, elle inclut à la fois les absences pour maladie, mais également celles résultant de l'exercice d'un droit ou d'une liberté comme c'est le cas du droit de grève ou encore les absences injustifiées. Cette grande diversité de situations ne se traduit pas par des qualifications juridiques distinctes, puisque toutes ces situations sont qualifiées *d'absence*. Toutefois, elles donnent lieu à une pluralité de régimes juridiques, qui s'articulent autour de la distinction entre absences *justifiées* et *injustifiées*.

201.- Historiquement, l'absence du travailleur est considérée comme prohibée et donc injustifiée, puisqu'elle se traduit juridiquement par une inexécution contractuelle. Malgré l'évolution du droit et la reconnaissance d'absences autorisées, la catégorie des *absences injustifiées* demeure. Dès lors, il convient d'interroger les raisons pour lesquelles cette catégorie subsiste, de déterminer les situations qui donnent lieu à une telle qualification, et d'en analyser l'évolution. Enfin, il convient d'étudier le régime juridique applicable lorsque l'absence est considérée comme injustifiée **(Chapitre 1)**.

202.- L'évolution du droit applicable à la relation de travail salarié a permis de considérer que la survenue de certaines situations particulières pouvait contraindre le salarié à s'absenter. Les raisons qui permettent au salarié de s'absenter n'ont eu de cesse de se multiplier, particulièrement au cours du XX^{e} siècle. Pour ce faire, une typologie des *absences justifiées* sera recherchée. En outre, le construit et l'évolution des motifs d'absence justifiés feront l'objet d'une analyse. Enfin, il conviendra de déterminer les dispositifs juridiques applicables lorsque l'absence est justifiée. Concrètement, la présente étude entend mettre en lumière les régimes juridiques relatifs aux absences justifiées **(Chapitre 2)**.

CHAPITRE 1 : LES ABSENCES INJUSTIFIÉES, SANCTIONNÉES PAR LE DROIT SOCIAL

203.- Historiquement, la relation de travail s'est construite sur une exigence de présence du travailleur. En effet, seule la présence permettait de révéler l'exécution du travail. Par conséquent, toute situation d'absence était considérée comme prohibée, et donc injustifiée.

204.- Malgré les évolutions successives et la reconnaissance d'absences autorisées, la catégorie des *absences injustifiées* a demeuré. Actuellement, de nombreuses absences sont considérées comme injustifiées et peuvent donner lieu à une sanction par l'employeur. Dès lors, il convient d'interroger les raisons du maintien de cette catégorie en droit social. En effet, la reconnaissance de très nombreux motifs d'absence justifiés aurait pu conduire à la disparition ou, à tout le moins, au recul de la catégorie des absences injustifiées. Pourtant, cette dernière demeure la qualification *de principe* lorsqu'une situation d'absence survient. Cela pourrait s'expliquer par la situation de subordination du travailleur salarié, qui est contraint d'être présent au travail pour satisfaire à son obligation contractuelle d'exécuter le travail. Pour autant, cette seule explication serait incomplète. Les *absences injustifiées* forment en réalité une catégorie générique, qui embrasse une pluralité de situations d'absence qu'il conviendra d'analyser **(Section 1)**.

205.- Une fois que les situations considérées comme des *absences injustifiées* auront été établies, il conviendra d'envisager le régime juridique applicable. Considérée comme prohibée, l'employeur qui constate une situation d'absence injustifiée dispose d'un arsenal d'outils juridiques. Dans la mesure où le salarié en situation d'absence injustifiée commet un manquement contractuel, la sanction du salarié dont l'absence est injustifiée pourrait se réduire aux mécanismes de l'inexécution contractuelle. Or, les spécificités de la relation de travail salarié justifient que d'autres sanctions, notamment disciplinaires, puissent être prises par l'employeur. Ainsi, l'ensemble des dispositifs juridiques applicables à *l'absence injustifiée* donne lieu à une pluralité de régimes juridiques. Tous ont pour dénominateur commun la possibilité pour l'employeur de sanctionner le salarié. Cependant, il existe différents degrés de gravité s'agissant d'une situation *d'absence injustifiée* ce qui explique, par conséquent, la variation des sanctions pouvant être prises par l'employeur **(Section 2)**.

Section 1 : Les raisons de la prohibition des absences

206.- Plan. Sur le plan contractuel, la situation d'absence du salarié emporte pour conséquence l'inexécution de la prestation de travail et le fait que le travailleur subordonné n'est plus à la disposition de l'employeur. En réalité, les raisons pour lesquelles une situation d'absence est juridiquement considérée comme injustifiée peuvent être de deux ordres : l'absence peut être injustifiée sur le fond **(§1)** ou sur la forme **(§2).**

§1 : Une situation d'absence injustifiée sur le fond

207.- Plan. L'absence injustifiée sur le fond mérite une attention particulière puisqu'elle recouvre différentes situations. D'abord, la situation d'absence s'analyse en droit des contrats comme une inexécution contractuelle, justifiant en principe l'application des règles de l'inexécution contractuelle **(I)**. Toutefois, à partir de la fin du XIX[e] siècle, le législateur et la jurisprudence ont reconnu au salarié un droit d'absence dans certaines situations précises et limitées[771]. Les motifs juridiques d'absence justifiée étant strictement encadrés, toute raison alléguée par le salarié qui ne correspond pas précisément à l'un d'eux et pour lequel l'employeur n'a accordé aucune autorisation d'absence, doit être considérée comme injustifiée **(II)**.

I- L'absence injustifiée qualifiée d'inexécution contractuelle en droit commun des contrats

208.- Un rapport d'obligations interdépendantes entre l'employeur et le salarié. Le contrat de travail est avant tout un contrat consensuel, c'est-à-dire qu'il « se forme par le seul échange des consentements »[772]. Dès lors, la relation de travail naît de l'accord des parties. Françoise Favennec-Héry a eu l'occasion de le rappeler, en énonçant expressément que « le droit du travail se conforme aux principes du consensualisme »[773]. De ce principe découle celui de la force obligatoire, selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »[774]. Selon l'article 1106 alinéa premier du Code civil, « le contrat est

[771] Les motifs faisant l'objet d'un droit d'absence seront étudiés ultérieurement, dans le cadre du Chapitre 2 du présent titre consacré aux absences justifiées.
[772] Il s'agit de la définition du contrat consensuel dont dispose l'article 1109 alinéa 1[er] du Code civil.
[773] F. Favennec-Héry, « La rupture d'un contrat de travail non exécuté », *Dr. soc.* 1999, p. 484.
[774] C. civ., art. 1103. Est ici visé le principe qui découle de l'adage latin « *pacta sunt servanda* ».

synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». Le contrat de travail répond à cette qualification, puisqu'il fait naître des obligations réciproques entre les parties. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler le caractère synallagmatique du contrat de travail[775]. Ainsi, les parties s'engagent mutuellement à honorer leurs obligations respectives.

209.- L'obligation du salarié d'effectuer la prestation de travail. L'employeur est tenu de fournir du travail au salarié[776] et de lui verser un salaire[777]. Ce dernier doit, à son tour, exécuter la prestation de travail contractuellement convenue. Il s'agit là de l'obligation principale dont le salarié est débiteur. Pour Alexia Gardin, il s'agirait même de « l'objet premier du contrat de travail »[778]. Comme le souligne Gérard Couturier, « le rapport entre l'un et l'autre apparaît comme le nœud de cette relation »[779]. Paul Durand et André Vitu perçoivent plus exactement l'obligation de l'employeur comme trouvant sa cause dans l'accomplissement du travail[780]. André Brun et Henri Galland y voient quant à eux un « lien d'interdépendance » entre les obligations du salarié et de l'employeur[781]. En tout état de cause, le salarié satisfait à ses obligations lorsqu'il « se tient à la disposition de l'employeur pour exécuter sa prestation de travail »[782]. Le caractère synallagmatique d'un contrat s'illustre par le principe selon lequel l'obligation de l'une des parties est la réciproque de l'autre[783].

210.- Une difficile appréciation de l'inexécution contractuelle dans les contrats à exécution successive. Si la faute contractuelle du salarié dont l'absence est injustifiée semble indéniable, elle n'en demeure pas moins difficile à établir en droit commun des contrats. Selon les dispositions du Code civil, le contrat de travail est un *contrat à exécution successive* puisque les obligations du salarié « s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps »[784].

---

775 Cass. soc., 11 janv. 1962 : « mais attendu qu'en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail […] » (Bull. civ., n° 51).
776 V. notamment : Cass. soc., 3 nov. 2010, Bull. civ. V, n° 252 ; Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-44.662 ; Cass. soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.424.
777 V. en ce sens : Cass. soc., 26 oct. 1999 ; *CSB* 2000 p. 389, obs. A. Charbonneau.
778 A. Gardin, « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », *Dr. soc.* 1996, p. 363.
779 G. Couturier, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, p. 10.
780 P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz, 1950, n° 323.
781 A. Brun, H. Galland, *Droit du travail*, t. 1, Dalloz, 2e éd., 1978, p. 302.
782 F. Favennec-Héry, « La rupture d'un contrat de travail non exécuté », *op. cit.*, p. 484.
783 G. Pignarre, L.-F. Pignarre, « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », *RDT* 2011, p. 647.
784 C. civ., art. 1110 al. 2.

Si l'absence s'analyse en une inexécution contractuelle, le caractère *à exécution successive* du contrat de travail crée une difficulté. Pour ces contrats, l'inexécution contractuelle est plus complexe à établir[785]. Pour autant, elle n'est pas impossible. Dans le contrat de travail, les prestations se répètent dans le temps ; elles ne sont pas continues, contrairement à d'autres contrats comme le contrat de bail[786]. La doctrine civiliste distingue au sein des contrats à exécution successive, ceux dans lesquels les prestations sont *continues* de ceux dans lesquels les prestations sont *répétées*. Ainsi, Mathias Latina distingue les *contrats à exécution continue* – qui se caractérisent par une prestation ininterrompue, fournie de manière constante dans le temps – des *contrats à exécution échelonnée* – qui se caractérisent par une prestation unique répétée dans le temps – [787]. Pour ces derniers, au sein duquel entre le contrat de travail, il suffirait d'observer l'inexécution de l'une de ces prestations pour que l'inexécution contractuelle soit caractérisée. Or, dans la situation de l'absence du salarié, la prestation de travail – que ce dernier doit exécuter à un moment précis – n'est pas assurée. Ainsi, l'inexécution contractuelle et le manquement contractuel du salarié sont tous deux caractérisés. Cependant, l'inexécution contractuelle produit des effets en matière de résolution du contrat. De jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que l'anéantissement du contrat ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des parties, mais de simples conséquences pour l'avenir[788]. Les prestations antérieures du salarié sont considérées comme définitives et ne sauraient être restituées. Cette solution peut s'expliquer de façon pragmatique. En effet, dans la mesure où elles ont été accomplies quotidiennement, leur restitution paraît difficile, voire impossible, puisqu'elles s'avéreraient compliquées à évaluer et à quantifier[789]. En d'autres termes, la prestation de travail exécutée par le salarié a vocation à rester acquise par l'employeur.

[785] Ph. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution des contrats à exécution successive », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, 1985, Dalloz, p. 203.
[786] M. Latina, « Contrat : généralités – Classifications des contrats », *Rép. civ.* mai 2017, n° 234.
[787] *Ibid.*
[788] V. en ce sens : Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 93-18.620, Bull. civ. V, n° 292 ; Cass. soc., 3 oct. 1980, n° 79-40.129, Bull. civ. V, n° 704.
[789] Ph. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution des contrats à exécution successive », *op. cit.*, p. 207.

II- Un défaut de cause justificative

211.- La nécessité d'une limitation des motifs d'absence justifiés. La raison pour laquelle le salarié s'absente doit être considérée par le législateur comme justifiant le fait que le salarié ne se présente pas au travail et donc, qu'il n'exécute pas temporairement la prestation de travail. Il est permis de considérer ici que le motif d'absence justifie que le salarié soit temporairement défaillant à son obligation contractuelle. En outre, les raisons d'absence considérées comme justifiées permettent au salarié de ne pas exécuter sa prestation de travail, sans pour autant que cela constitue une faute disciplinaire. L'exercice, par l'employeur, de son pouvoir disciplinaire, se trouve ainsi paralysé tant que l'absence du salarié est considérée comme justifiée. La privation des effets habituels de l'inexécution contractuelle justifie que les raisons d'absence et plus largement, la procédure d'absence justifiée soient strictement limitées et encadrées. En dehors de ces cas limitatifs d'absence justifiée, toutes les autres raisons d'absence tombent sous le coup du régime juridique de l'absence injustifiée.

212.- Le principe des motifs d'absence justifiées prévus par la loi[790]. C'est en principe la loi qui prévoit les cas dans lesquels le salarié peut être autorisé à s'absenter ou à bénéficier d'un congé. En effet, de nombreuses situations peuvent justifier que le salarié s'absente en raison de difficultés qu'il peut rencontrer au cours de sa vie. C'est la raison pour laquelle la loi est la plus adaptée à édicter une liste exhaustive de motifs d'absence. Des adaptations et aménagements peuvent cependant intervenir par voie conventionnelle, contractuelle ou être prévus par le règlement intérieur. Cela permet de s'adapter aux spécificités de l'entreprise, de la branche d'activité voire à la situation particulière d'un salarié. En définitive, le seul fait que les dispositions législatives ne reconnaissent pas un droit d'absence pour un motif précis ne suffit pas à considérer que ce dernier ne donne pas lieu, sur le fond, à une autorisation d'absence pour l'employeur. En effet, le salarié pourra rapporter la preuve qu'il détenait une autorisation d'absence en vertu des dispositions conventionnelles entrant dans son champ d'application professionnel et géographique, parce que ce motif d'absence est expressément prévu dans son contrat de travail ou encore parce que le règlement intérieur le prévoit.

790 Ces motifs seront listés et examinés plus en détail dans le cadre du prochain chapitre. V. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

213.- La rareté des motifs d'absence justifiés consacrés par la jurisprudence. Outre les motifs d'absence reconnus par le législateur, certains ont été dégagés par la jurisprudence sans recevoir de consécration légale. Ces motifs sont rares, mais doivent être mentionnés. C'est le cas de l'incarcération du salarié[791], de la détention provisoire[792] mais également de l'exercice d'un mandat social par le salarié[793]. Ces motifs d'absence sont reconnus par la Cour de cassation comme des motifs de suspension du contrat de travail. Il semblerait que ce soit là les rares motifs d'absence jurisprudentiels, entraînant la suspension du contrat de travail, qui n'ont pas été repris par le législateur.

214.- La possibilité de créer des autorisations spéciales d'absence par voie conventionnelle ou contractuelle. En matière d'autorisation d'absence, il est fait application du principe de faveur. Cela signifie que toute norme qui donne lieu à une autorisation d'absence pour un motif prime sur une autre norme qui ne l'autoriserait pas, quand bien même cette dernière lui serait supérieure. À titre d'illustration, une autorisation spéciale d'absence peut résulter d'une convention ou un accord collectif de travail, alors même que la loi ne la prévoit pas. Dans la mesure où cette convention est applicable au salarié – à la double condition du champ géographique et professionnel de la norme conventionnelle – il pourra alors en bénéficier. Différentes normes conventionnelles prévoient ainsi des autorisations d'absence exceptionnelles non prévues par les dispositions législatives. Diverses illustrations peuvent être citées, notamment en matière de congés pour évènement familial[794]. Au-delà, le contrat de travail peut prévoir des autorisations d'absence spéciales, compte tenu par exemple d'une

---

791 V. en ce sens : Cass. soc., 15 oct. 1996, n° 93-43.668, Bull. civ. V, n° 326 (rejet de l'assimilation de l'incarcération du salarié à un cas de force majeure). Sur l'affirmation de l'incarcération comme cause de suspension du contrat de travail, v. Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-41.781 : « l'incarcération du salarié suspension l'exécution de son contrat de travail ». Pour l'heure, cette jurisprudence ne semble pas avoir été remise en cause.

792 V. en ce sens : Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-41.788 : « le placement d'un salarié en détention provisoire, présumé innocent alors que l'obstacle mis à l'exécution du contrat de travail ne lui est pas imputable entraîne la suspension du contrat de travail ». Conf. not. par Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-42.816 ; Cass. soc., 26 janv. 2010, n° 08-41.052.

793 V. en ce sens : Cass. soc., 12 déc. 1990, n° 87-40.596 « le contrat de travail se trouvait, en l'absence de convention contraire, suspendu pendant le temps d'exercice du mandat ». Conf. not. par Cass. soc., 12 nov. 2008, n° 07-44.636 ; Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72.632 ; Cass. soc., 12 fév. 2025, n° 23-11.369.

794 Les exemples sont nombreux. À titre d'illustration, il est possible de citer la convention collective nationale SYNTEC, qui prévoit une autorisation d'absence de trois jours ouvrés en cas de décès du père ou de la mère du partenaire de PACS du salarié, alors que les dispositions législatives ne prévoient un tel congé qu'au profit du père ou de la mère du conjoint du salarié : CCN des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 16 juill. 2021, art. 5.7. En outre, une autre convention collective nationale prévoit une autorisation exceptionnelle d'absence d'un jour ouvré lors du décès d'un « grand parent du salarié ou du conjoint, d'un beau-frère ou d'une belle-sœur [ou] d'un petit-enfant » : CCN du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juill. 2001, art. 7.5, 3). Les dispositions législatives en lien avec le décès d'un proche résultent de l'article L. 3142-1, 4° du Code du travail, et ne prévoient pas les situations précitées.

situation particulière pour le salarié. Les fêtes religieuses qui ne sont pas reconnues comme des jours fériés en France constituent un exemple probant. Si les fêtes chrétiennes sont considérées comme des fêtes légales et constituent des jours fériés[795], il en va différemment d'autres religions telles que la religion juive ou musulmane. Or, les salariés de confession juive ou musulmane pourraient souhaiter s'absenter pour participer aux fêtes propres à leur religion, comme Yom Kippour ou l'Aïd-El-Kébir. Les dispositions législatives en vigueur ne prévoient pas de congé pour ces fêtes religieuses juives et musulmanes. Toutefois, certaines dispositions semblent trouver ici application. C'est par exemple le cas de l'article L. 1121-1 du Code du travail, selon lequel « 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 ». Parmi ces libertés, figure la liberté de religion. En outre, selon les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail, les convictions religieuses constituent un motif discriminatoire prohibé[796]. S'ajoutent à ces textes les dispositions du droit externe comme l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il est prévu par ce même texte que ce droit implique, entre autres, « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuelle ou collectivement, en public ou en privé »[797]. Enfin, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose expressément que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi ». Dès lors, les absences liées aux fêtes religieuses pourraient être prévues par les dispositions conventionnelles. Il semble qu'on doive distinguer selon que l'absence pour fête religieuse entre dans le cadre d'un congé légal ou d'une demande d'autorisation d'absence. S'agissant du *congé légal* comme les congés payés, RTT ou repos compensateur, le salarié n'a pas, en principe, à justifier le motif de sa demande. Aussi, selon une décision rendue par la HALDE en 2009, l'employeur qui refuserait un congé légal en raison d'une fête religieuse commettrait une discrimination[798]. S'agissant des *autorisations d'absence*, il en va différemment. En effet, en dehors

[795] Ces fêtes sont expressément listées à l'article L. 3133-1 du Code du travail. Il s'agit du 1er janvier, du lundi de Pâques, du 1er mai, du 8 mai, de l'Ascension, du lundi de Pentecôte, du 14 juillet, de l'Assomption, de la Toussaint, du 11 novembre et du jour de Noël.

[796] Sur cette question, v. I. Desbarats, « Gestion du fait religieux en milieu de travail : le juge français, garant d'un équilibre des droits », *RDCTSS* 2023, p. 18.

[797] CEDH, art. 9 : « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[798] Délib. HALDE, 6 avr. 2009, n° 2009-117.

des motifs d'absence prévus par la loi, les dispositions conventionnelles ou contractuelles peuvent prévoir une telle autorisation d'absence. En effet, certaines conventions collectives prévoient expressément de telles autorisations[799]. Il peut également s'agir d'une tolérance de l'employeur qui, le cas échéant, pourrait prendre la forme d'un usage d'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rappelé, dans un arrêt publié, que l'employeur ne commet pas de faute en imposant au salarié d'exécuter une tâche pour laquelle il a été embauché – sauf clause expresse du contrat prévoyant le contraire[800]. En cas de refus d'une telle autorisation d'absence, le salarié devra donc prendre sur son reliquat de congés payés, ou renoncer purement et simplement à s'absenter. En outre, lorsque l'employeur accorde une autorisation spéciale d'absence à un salarié, il sera tenu de se conformer aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, et ne pourra accorder une autorisation d'absence spéciale à un salarié alors qu'il l'aurait refusée à un autre salarié placé dans une situation comparable ou similaire[801]. Au-delà de la création d'une autorisation spécifique d'absence pour un motif précis, les normes conventionnelles et contractuelles peuvent également étendre la durée d'un congé légalement prévu.

---

[799] Par exemple, certains accords collectifs accordent le bénéfice d'une journée d'autorisation d'absence rémunérée par an, sous réserve que la journée soit compatible avec le fonctionnement normal du service. C'est par exemple le cas d'un accord collectif d'entreprise SeMeCO en date du 13 novembre 2024, qui accorde le bénéfice d'une telle autorisation d'absence pour la fête de la nativité pour les salariés de confession arménienne, de l'Aïd El Fitr pour ceux de confession musulmane ou encore de Chavouot pour ceux de confession juive : v. acc. *précité*, art. 9. C'est également le cas d'un accord collectif de l'UES Arte du 12 septembre 2018, qui accorde cette même autorisation d'absence pour deux fêtes juives (Roch Hachana et Yom Kippour) et deux fêtes musulmanes (Aïd El Fitr et Aïd El Adha) : v. acc. *précité*, art. VI-2. C'est enfin le cas de l'avenant à l'accord collectif d'entreprise sur le temps de travail de la société beIN SPORTS France, qui accorde une autorisation d'absence d'un jour ouvré pour deux fêtes juives (Roch Hachana et Yom Kippour) et deux fêtes musulmanes (Aïd El Fitr et Aïd El Adha) : v. acc. *précité*, art. 23.

[800] Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738. En l'espèce, un salarié de confession musulmane recruté dans un magasin d'alimentation en qualité de boucher avait demandé à l'employeur sa mutation dans un autre service, considérant que ses convictions religieuses étaient incompatibles avec le fait qu'il soit en contact avec la viande de porc. Face au refus de l'employeur qu'il considérait comme fautif, il a saisi la juridiction prud'homale. Si la Cour d'appel avait jugé que le refus de l'employeur était effectivement fautif, la Cour de cassation a quant à elle indiqué que « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ».

[801] Le principe de non-discrimination est consacré à l'article L. 1132-1 du Code du travail, et prévoit qu' « aucune personne ne peut […] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ». V. en ce sens : L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (*JORF* n° 0123 du 28 mai 2008). L'article L. 1132-1 du Code du travail prévoit en outre une liste de motifs discriminatoires et notamment, au vu des exemples d'autorisations exceptionnelles d'absence citées, la situation de famille ou les convictions religieuses. En outre, une différence de traitement résultant d'autorisations d'absence doit être justifiée par un élément objectif et pertinent : Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484 ; *Dr. ouvr.* 2018, n° 845, p. 742, note I. Meyrat ; *RDT* 2018, n° 9, p. 610, note Y. Ferkane ; *RJS* 2018, n° 8, p. 615, note G. Loiseau ; *Lexbase soc.* 2018, n° 745, note C. Radé.

215.- La possibilité d'allonger la durée d'un congé légal par voie conventionnelle ou contractuelle. À titre dérogatoire, la voie conventionnelle ou contractuelle peut augmenter la durée légale d'autorisation d'un congé ou d'une absence. C'est notamment le cas du congé de maternité[802], mais aussi des congés pour évènements familiaux[803], des congés de solidarité familiale[804], des congés de proche aidant[805], des congés sabbatiques[806] ou encore des congés mutualistes de formation[807]. Il y a là une possibilité offerte aux partenaires sociaux d'octroyer des avantages supplémentaires à ce que la loi prévoit en matière de durée de congés, sans pouvoir déroger de manière défavorable au salarié en abaissant la durée de ces congés. Là encore, un principe de faveur est appliqué.

§2 : Le non-respect de la procédure d'absences justifiées

216.- Plan. Au-delà du fond, l'absence peut aussi être considérée comme irrégulière sur la forme. En d'autres termes, le salarié peut s'absenter pour un motif considéré comme autorisé, sans toutefois respecter la procédure inhérente au motif d'absence justifiée en cause. Le cas échéant, l'absence sera considérée comme *injustifiée*. La procédure relative à la justification formelle de l'absence repose, en principe, sur le fait pour le salarié de solliciter une autorisation préalable de l'employeur pour s'absenter. En effet, la plupart des motifs d'absence autorisés peuvent être anticipés **(I)**. Dans d'autres cas, le salarié ne pourra pas présenter une telle demande en raison du motif inopiné d'absence. C'est notamment le cas en matière de maladie. Pour ces raisons d'absence, le salarié sera tenu d'informer l'employeur de la raison de son absence dans un certain délai **(II)**.

I- Un défaut d'autorisation préalable de l'employeur

217.- Plan. En principe, pour pouvoir s'absenter, le salarié devra présenter une demande d'autorisation auprès de l'employeur. Une telle demande se justifie en raison du statut de travailleur subordonné caractéristique de la relation de travail salarié **(A)**. Ainsi, les absences

802 C. trav., art. L. 1225-17.
803 C. trav., art. L. 3142-4. Le possible allongement de la durée du congé est indiqué par l'expression « qui ne peut être inférieure à … ».
804 C. trav., art. L. 3142-14, 1°).
805 C. trav., art. L. 3142-26, 1°).
806 C trav., art. L. 3142-32, 1°).
807 C. trav., art. L. 3142-40, 1°).

soumises à une autorisation de l'employeur sont encadrées par un régime juridique particulier **(B)**.

A) La nécessité d'une autorisation préalable à l'absence

218.- Plan. En vue de prévenir les conséquences générées par l'absence **(2),** plusieurs raisons d'absence nécessitent une autorisation préalable de l'employeur **(1)**. Le législateur considère que si l'absence est prévue en amont, l'employeur doit en être informé suffisamment à l'avance. Dans certains cas, il dispose même d'un droit de refus. En effet, de telles absences sont susceptibles d'entraîner une désorganisation du service et, par conséquent, de causer un préjudice à l'entreprise[808].

1. Les raisons d'absence nécessitant une autorisation préalable

219.- Plan. Les absences soumises à une demande d'autorisation préalable sont, par définition, celles qui sont prévues et qui peuvent donc être anticipées. Il s'agit plus exactement des absences qualifiées de *congés* par le législateur. En effet, les *absences* au sens du Code du travail sont inopinées et ne peuvent donc faire l'objet d'une autorisation préalable. Les *congés* soumis à une autorisation préalable de l'employeur peuvent être en lien ou non avec le travail. Les raisons ayant motivé la reconnaissance d'un droit à congés diffèrent donc, selon que le congé est en lien avec le travail **(a)** ou qu'il est dépourvu de lien avec ce dernier **(b)**.

a- Les congés en lien avec le travail

220.- Les congés annuels payés. Le droit aux congés payés est d'ordre public. Le salarié en bénéficie donc de plein droit[809]. L'employeur doit prendre les mesures nécessaires, de nature à permettre aux salariés d'exercer effectivement leur droit à congé annuel. En effet, il s'agit d'un principe général du droit de l'Union européenne qui est intangible, puisqu'il a pour

[808] V. notamment : Cass. soc., 23 nov. 1989, n° 87-40.555. En pareil cas, l'absence est constitutive d'une faute grave. Cette attitude est considérée comme contraire à l'impératif de loyauté dans les relations de travail, exposé par l'article L. 1222-1 du Code du travail.

[809] C. trav., art. L. 3141-1 : « Tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur ». La durée du congé doit être au moins de « deux jours et demi ouvrables par moi de travail effectif » (C. trav., art. L. 3141-3). Les stipulations des conventions et accords collectifs et celles du contrat de travail peuvent prévoir une durée de congé plus longue (C. trav., art. L. 3141-9).

objet d'assurer au salarié un repos, dans une logique de protection de sa santé et de sa sécurité[810]. Plus précisément, la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'il s'agissait d'un principe particulièrement important du droit social communautaire[811]. Si les congés payés sont un droit pour le salarié, il n'en demeure pas moins qu'ils sont conditionnés à un ordre des départs[812]. Dès lors, le salarié doit présenter une demande de congés à l'employeur[813]. Cette dernière peut, à certains égards, s'apparenter à une demande d'autorisation qui ne porte pas sur le droit à exercer le congé, mais sur les dates auxquelles ce congé peut être pris[814]. À défaut, l'absence est considérée comme injustifiée et le salarié peut alors être licencié pour faute[815].

221.- Les congés de formation. La formation tout au long de la vie est un droit qui concerne tous les travailleurs. Cependant, en raison de son état de subordination, le salarié doit également solliciter l'autorisation préalable de l'employeur pour un départ en congé de formation exercé dans le cadre du compte personnel de formation[816], de la formation du défenseur syndical[817], de la formation du salarié membre d'un Conseil de prud'hommes[818], du congé économique et social[819] ou encore du congé de validation des acquis de l'expérience[820].

222.- Les congés pour la création ou la reprise d'entreprise. Le salarié qui crée ou reprend une entreprise a droit à un congé, sous réserve qu'il respecte une condition d'ancienneté[821]. Il doit en faire la demande à l'employeur, qui dispose du droit de différer le

---

[810] V. en ce sens : CJUE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, point n° 44 ; *RDUE* 2001, n° 3, P. 789, note A. Alemanno ; CJUE, 18 mars 2004, aff. C-342/01, point n° 30 ; *Dr. ouvr.* 2015, n° 802, p. 312, note V. Lacoste-Mary ; CJUE, 6 avr. 2006, aff. C-124/05, point n° 29.

[811] CJUE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, point n° 43, *précité.*

[812] C. trav., art. L. 3141-15, 2°. Plus largement, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe doit prévoir à la fois la période de prise de congés, l'ordre des départs pendant cette période et les délais que doit respecter l'employeur s'il entend modifier l'ordre et les dates de départs. En outre, l'article suivant (C. trav., art. L. 3141-16, b) prévoit que l'ordre des départs doit prendre en compte différents critères, notamment la situation de famille des bénéficiaires, leur ancienneté dans l'entreprise et leur activité chez un ou plusieurs autres employeurs.

[813] Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.029 ; *RJS* 2019, n° 12, p. 843 ; *JSL* 2020, n° 491, p. 19, note F. Vaccaro et T. Vaccaro ; *JCP S* 2019, n° 49, p. 31, obs. E. Jeansen.

[814] Il convient de préciser que le refus de l'employeur doit être « expressément formulé », le défaut de réponse valant acceptation tacite de l'employeur : Cass. soc., 6 avr. 2022, 20-22.055 ; *RJS* 2022, n° 7, p. 610.

[815] *Ibid.*

[816] C. trav., art. L. 6323-17.

[817] C. trav., art. L. 1453-7.

[818] C. trav., art. L. 1442-2.

[819] C. trav., art. L. 2145-5.

[820] C. trav., art. L. 6422-1.

[821] C. trav., art. L. 3142-105.

départ en congé s'il l'estime nécessaire au regard des besoins de l'entreprise[822]. Une telle autorisation d'absence pour ce motif interroge. En effet, il s'agit d'un congé pour convenance personnelle qui pourrait aller à l'encontre des intérêts de l'employeur. Ce dernier pourrait être incité à le refuser si ce congé venait à lui porter préjudice. Il s'agit en effet d'une situation de cumul d'activités préjudiciable aux intérêts de l'entreprise, d'autant plus si l'entreprise en cours de création ou de reprise est concurrente à celle dans laquelle le salarié est en contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation ne cesse de protéger strictement ce droit à congé, encadrant largement le refus de l'employeur de prendre un tel congé[823]. Au vu de ces difficultés, il apparaîtrait souhaitable que la demande d'autorisation d'un tel congé soit remplacée par une simple obligation d'information de l'employeur.

b- Les congés dépourvus de lien avec le travail

223.- Le congé sabbatique. Le salarié bénéficie d'un certain nombre de congés légaux qu'un événement de sa vie personnelle peut déclencher. La plupart d'entre eux se produisent de plein droit et ne nécessitent aucune autorisation préalable de l'employeur. Le salarié est seulement tenu d'en informer l'employeur[824]. Cependant, l'un de ces congés doit faire l'objet d'une demande préalable du salarié : il s'agit du congé sabbatique[825], qui peut être différé par l'employeur s'il l'estime nécessaire au vu des besoins de l'entreprise[826].

224.- Les congés liés à l'exercice d'un mandat. Le salarié doit également présenter une demande d'autorisation d'absence dans des cas plus particuliers, dont les dispositions apparaissent de manière éparse dans le Code du travail. C'est notamment le cas du salarié qui souhaite s'engager dans la réserve de la Défense nationale[827]. Les absences liées à l'exercice d'un mandat syndical peuvent également faire l'objet de demandes d'autorisation à l'initiative du salarié, bien que cela soit plus rare. Par exemple, c'est le cas du salarié qui souhaite participer à une formation syndicale[828]. En dehors de ces cas, il existe un crédit d'heures pour l'exercice d'un mandat de représentation – qu'il s'agisse d'une représentation élue ou syndicale – qui

[822] C. trav., art. L. 3142-107.
[823] V. en ce sens : Cass. soc., 26 mai 2016, n° 14-27.133 ; Cass. soc., 13 févr. 1991, n° 88-43.837.
[824] Sur ce point, v. *infra*, n° 242-244.
[825] C. trav., art. L. 3142-28.
[826] C. trav., art. L. 3142-29.
[827] C. trav., art. L. 3142-90.
[828] C. trav., art. L. 2145-5.

permet au salarié d'exercer de plein droit son mandat, sans qu'une demande préalable d'autorisation d'absence ne soit nécessaire. La mise en place de crédit d'heures a pour but d'apporter une protection renforcée du droit syndical et donc, la représentation collective des salariés.

2. La justification de l'exigence d'autorisation préalable

225.- Une gestion anticipée des conséquences générées par les absences. Bien que certaines raisons d'absence soient légalement prévues, il incombe au salarié, dans certains cas, de solliciter l'autorisation préalable de l'employeur. Cela permet à ce dernier d'anticiper les absences des salariés, afin qu'il soit en mesure d'en prévenir les conséquences. Cette exigence d'autorisation préalable permet ainsi de « prévenir toute perturbation excessive du fonctionnement de l'entreprise »[829]. La demande d'autorisation d'absence se justifie également par l'obligation de bonne foi qui s'impose au salarié dans l'exécution du contrat de travail[830].

226.- Un droit de refus strictement encadré. L'employeur est, en principe, libre d'accepter ou de refuser la demande d'autorisation d'absence émanant du salarié. En effet, les autorisations d'absence ne sauraient constituer « un droit automatique pour le salarié »[831]. L'employeur conserve son pouvoir de direction, et peut ainsi exiger la présence du salarié au travail, s'il l'estime nécessaire. En revanche, son refus ne doit pas être contraire aux dispositions applicables. De jurisprudence constante, le refus de l'employeur d'accéder à la demande d'autorisation d'absence ne doit pas être abusif[832]. Le caractère abusif du refus d'autorisation d'absence par l'employeur est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour éviter qu'il soit considéré comme abusif, l'employeur doit justifier et motiver son refus d'autorisation d'absence au regard de la perturbation causée au bon fonctionnement de l'entreprise[833]. Parfois, les dispositions légales et réglementaires prévoient expressément la possibilité, pour l'employeur, de refuser une demande d'autorisation d'absence. À titre d'illustration, l'employeur

---

829 P. Guilloux, *Le congé individuel de formation : Genèse et évolution d'un droit (1966-1996)*, L'Harmattan, 1996, p. 21.
830 C. trav., art. L. 1222-1.
831 B. Soinne, *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise*, préf. G.-H. Camerlynck, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, t. XII, 1970, p. 67.
832 V. en ce sens : Cass. soc., 27 mai 2021, n° 20-10.991 ; Cass. soc., 14 mai 1985, n° 83-42.926.
833 La chambre sociale de la Cour de cassation a pu considérer que le refus d'un employeur d'autoriser l'absence d'un salarié le jour de la fête musulmane de l'Aid-El-Kébir se justifiait par les nécessités relatives à l'organisation du travail et au bon fonctionnement de l'entreprise : Cass. soc., 16 déc. 1981, Bull. civ. V, n° 968.

peut refuser un congé de formation « s'il estime que l'absence du salarié pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise »[834]. Il peut également refuser un congé de validation des acquis de l'expérience « pour des raisons de service »[835]. Dans d'autres circonstances, l'employeur ne disposera pas d'un droit de refus, mais il aura la possibilité de différer le congé sollicité par le salarié, dans la limite d'un certain délai[836].

B) Le régime juridique de l'autorisation préalable de l'employeur

227.- Plan. Lorsqu'elle est requise, la demande préalable d'autorisation d'absence doit respecter certains impératifs **(1)**. À défaut, l'absence sera considérée comme injustifiée. Toutefois, il existe une gradation des sanctions de l'absence injustifiée sur la forme. Ainsi, le non-respect du délai d'information de l'employeur semble d'une gravité moindre que le fait, pour le salarié, de manquer purement et simplement à son devoir d'information **(2)**.

1. Les impératifs liés à la demande d'autorisation préalable

228.- Une demande d'autorisation préalable soumise à un délai de prévenance. Afin qu'elles répondent aux impératifs légaux, les absences soumises à une demande d'autorisation préalable de l'employeur doivent être présentées suffisamment à l'avance[837]. Cela permet à l'employeur d'anticiper les conséquences que l'absence génère dans le fonctionnement de l'entreprise. Ce délai permet à l'employeur d'avoir le temps d'étudier la demande d'autorisation présentée et de pouvoir donner sa réponse au salarié. Le respect du délai dans lequel la demande d'autorisation doit être présentée fait partie intégrante de l'obligation de

834 C. trav., art. R. 2315-19.
835 C. trav., art. L. 6422-1.
836 Pour le congé sabbatique, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-29 ; pour le congé pour création ou reprise d'entreprise, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-107 et L. 3142-114 ; pour le congé d'enseignement ou de recherche, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3143-127 et L. 3143-128.
837 Le délai dans lequel la demande d'autorisation d'absence doit être présentée varie selon le motif d'absence voire la durée de l'absence. Ce délai doit généralement être fixé par voie conventionnelle. Par exemple : pour les congés payés, v. en ce sens C. trav. art. L. 3142-26 ; pour le congé sabbatique, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-32 ; pour le congé mutualiste de formation, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-40. À défaut d'accord, les dispositions supplétives du Code du travail prévoient que ce délai est fixé par décret. Pour les congés payés, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-11 ; pour le congé sabbatique, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-41 ; pour le congé mutualiste de formation, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-41.

bonne foi du salarié. La réponse de l'employeur est, à son tour, encadrée par un délai de prévenance[838].

229.- Les modalités de transmission de la demande d'autorisation d'absence. Sauf dispositions conventionnelles plus précises, la demande d'autorisation d'absence peut être présentée « par tout moyen lui conférant date certaine »[839]. Ainsi, aucune modalité de transmission précise n'est à respecter concernant la demande d'autorisation préalable. Il peut s'agir d'une demande écrite ou envoyée par courriel, la demande verbale ne permettant pas de conférer date certaine. Les modalités de transmission de la demande n'ont aucune influence sur la justification de l'absence. Le salarié doit ainsi seulement répondre à l'impératif du délai de prévenance.

2. Les conséquences du non-respect de l'autorisation préalable

230.- Les conséquences du refus d'autorisation préalable. L'employeur peut refuser la demande d'autorisation d'absence présentée par le salarié. De jurisprudence constante, l'employeur peut faire usage de son droit disciplinaire si le salarié s'absente malgré son refus préalable[840]. Au-delà, la jurisprudence a pu retenir la qualification de faute grave pour l'absence d'une salariée qui avait décidé unilatéralement d'avancer la date de ses congés que l'employeur lui avait accordés[841]. En d'autres termes, l'absence du salarié, en dépit d'un refus d'autorisation d'absence, peut être sanctionnée[842]. Dès lors, le régime juridique du départ en congé malgré un refus d'autorisation de l'employeur pourrait s'assimiler à celui des absences injustifiées. Toutefois, la Cour de cassation a pu préciser que le défaut de réponse de l'employeur à la suite d'une demande d'autorisation d'absence ne saurait s'analyser en un refus tacite. Au-delà, elle considère que le salarié peut penser, de bonne foi, que sa demande a été

[838] Ce délai varie lui aussi selon le motif d'absence voire la durée de l'absence. Il doit généralement être fixé par voie conventionnelle. Par exemple : pour le congé sabbatique, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-32 ; pour le congé mutualiste de formation, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-40. À défaut d'accord, les dispositions supplétives du Code du travail prévoient que ce délai est fixé par décret. Pour les congés payés, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-34 ; pour le congé sabbatique, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-41 ; pour le congé mutualiste de formation, v. en ce sens C. trav., art. L. 3142-41.

[839] Pour le congé de solidarité familiale, v. en ce sens : C. trav., art. D. 3142-3 ; pour le congé de proche aidant, v. en ce sens : C. trav., art. D. 3142-13.

[840] Cette jurisprudence est constante depuis 1998. V. Cass. soc., 1er juill. 1998, 96-42.824. Conf. par : Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-40.820 ; Cass. soc., 6 avr. 2022, n° 20-22.055, *précité*.

[841] V. en ce sens : Cass. soc., 26 oct. 1989, n° 87-41.819.

[842] V. en ce sens : Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-41.300. Le caractère répété de l'absence sans autorisation permet également de caractériser la faute grave commise par le salarié : Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 97-40.822.

tacitement acceptée[843]. Cette attitude ne caractérise pas une faute et l'employeur ne pourra pas sanctionner le salarié pour abandon de poste.

231.- La possibilité de contester le refus d'autorisation préalable. Le refus du salarié doit être motivé et justifié de manière objective[844]. De ce fait, le refus d'autorisation d'absence de l'employeur peut être contesté par le salarié. Le cas échéant, ce dernier pourra saisir le Conseil de prud'hommes, et la juridiction pourra invalider le refus d'autorisation préalable d'absence s'il est abusif[845]. Le refus, par l'employeur, d'une demande préalable d'autorisation d'absence est largement encadré. En effet, les congés prévus par les dispositions en vigueur représentent un droit pour le salarié auquel l'employeur ne saurait s'opposer sans motif légitime. Ainsi, il est admis que l'employeur puisse s'opposer à une telle demande pour les besoins de l'entreprise, notamment pour assurer la continuité d'un service[846] ou en période de forte activité[847]. En dehors de ces raisons, voire de circonstances exceptionnelles, l'employeur sera privé d'un droit de refus lorsque la demande préalable d'autorisation d'absence est présentée par le salarié en bonne et due forme. Cela se conçoit aisément dans la mesure où c'est un droit légal et conventionnel qui lui est reconnu.

232.- Le défaut de demande d'autorisation préalable. Pour les congés précités qui nécessitent une demande d'autorisation d'absence, l'attitude du salarié qui s'absente sans présenter de demande préalable à l'employeur caractérise un vice de procédure. Au-delà, la jurisprudence considère que le salarié manque à ses obligations[848]. En effet, l'état de subordination du salarié lui impose d'obtenir une autorisation préalable d'absence pour que cette dernière ne soit pas caractéristique d'un acte d'insubordination et, partant, d'une faute. Ce vice de procédure permet de caractériser l'absence comme étant injustifiée. C'est ce que

---

843 Cass. soc., 14 nov. 2001, n° 99-43.454.

844 V. *infra*, n° 357 et suiv.

845 Sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé pour événement familial, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-3 ; sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé de solidarité familiale, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-13 ; sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé de proche aidant, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-25 ; sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé mutualiste de formation, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-39 ; sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé de participation aux instances d'emploi et de formation professionnelle ou à un jury d'examen , v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-45 ; sur la contestation du refus d'autorisation d'absence pour un congé de représentation, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-63 .

846 V. en ce sens : Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-45.541, *BJT* 2009, n° 213, p. 220.

847 V. en ce sens : Cass. soc., 27 mai 2015, n° 13-85.440 ; Cass. soc., 15 mai 2014, n° 11-22.800 ; Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-13.767.

848 V. notamment : Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 17-27.218.

Alexandre Fabre qualifie d'absences « autosatisfactrices »[849]. Les exemples en jurisprudence sont nombreux. Ainsi, le salarié qui a voulu imposer les dates de ses congés unilatéralement à l'employeur sans avoir obtenu son autorisation préalable commet une faute grave si son absence désorganise le service[850]. La répétition des absences sans autorisation préalable de l'employeur ne fait qu'aggraver la faute commise par le salarié[851].

II- Un défaut d'information de l'employeur

233.- Plan. Pour certaines absences à caractère soudain, comme c'est notamment le cas de la maladie, une demande d'autorisation préalable d'absence n'est pas nécessaire. En effet, l'employeur n'aurait pas le temps de la traiter et surtout, il s'agit de l'exercice d'un droit fondamental non soumis à l'acceptation de l'employeur. Dans ces situations, le salarié est tenu à une simple obligation d'information **(A)**. À défaut, l'absence sera considérée comme injustifiée. Malgré une procédure facilitée par rapport à celle de la demande d'autorisation préalable, le salarié n'en demeure pas moins tenu au respect de nombreux impératifs, rendant le régime juridique du devoir d'information d'absence relativement complexe **(B)**.

A) La nécessité d'une information de l'employeur

234.- Des absences de plein droit nécessitant une information de l'employeur. Certaines raisons d'absence ne peuvent faire l'objet d'une demande d'autorisation préalable en raison de leur survenance imprévue. D'autres ont un caractère prévisible, mais ne nécessitent pas de demande d'autorisation préalable puisque le législateur considère qu'elles sont acquises de plein droit. L'employeur ne peut en conséquence s'y opposer ; pas même les reporter. Cependant, en raison de l'obligation de loyauté qui incombe au salarié, ce dernier est tenu d'informer l'employeur de son absence. Cette obligation est apparue dès le début du XX^{e} siècle en matière de maladie. À cette époque, la maladie était considérée comme « empêchant l'exécution de la relation de travail [et apportant] un trouble, parfois grave, aux relations de travail » [852]. Il a d'abord été admis qu'elle ne conduisait pas nécessairement à la rupture du

[849] A. Fabre, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – motif personnel », Rép. trav. n° 85 et suiv.
[850] Cass. soc., 23 nov. 1989, n° 87-40.555, *précité.*
[851] Cass. soc., 27 sept. 2011, n° 10-20.915.
[852] P. Durand, *Traité de droit du travail*, *op. cit.*, p. 808.

contrat de travail. La jurisprudence a ainsi considéré que le salarié malade pouvait échapper à la rupture de la relation de travail et bénéficier de sa suspension[853] s'il respectait une double obligation : l'information de l'employeur de sa maladie et la justification de celle-ci par la production d'un certificat médical[854]. Au-delà du fait de prévenir les fraudes, l'obligation d'information permet également d'éviter de troubler la marche de l'entreprise[855]. Ainsi informé, l'employeur peut prendre les mesures nécessaires pour pallier les conséquences de l'absence. Le devoir d'information est une obligation à la charge du salarié, qui est cependant moins lourde que la demande d'autorisation d'absence. En effet, dans le cas d'un devoir d'information d'absence, le salarié ne peut se voir opposer un refus du droit de s'absenter par son employeur. Cependant, le manquement du salarié à son devoir d'information, conformément au régime juridique en vigueur, permettra le plus souvent à l'employeur de caractériser une absence injustifiée[856]. En d'autres termes, même si le salarié a un juste motif de s'absenter, son absence ne sera considérée comme autorisée que s'il « informe régulièrement son employeur du motif de son absence et respecte pour ce faire un certain délai de prévenance »[857].

235.- Une pluralité de raisons d'absence soumises à une obligation d'information de l'employeur. La plupart des absences autorisées sont conditionnées à une obligation d'information dont le salarié est débiteur. Cette dernière figure expressément dans les dispositions législatives et réglementaires du Code du travail. C'est le cas de certains congés, que l'employeur ne peut pas reporter parce que la date fait partie intégrante de sa vie personnelle et familiale. C'est notamment le cas du mariage, de la conclusion d'un pacte civil de solidarité, du mariage d'un enfant, d'une naissance, d'une adoption, d'un décès ou de la survenue d'une situation de handicap d'un enfant[858]. Cela concerne également le congé de présence parentale, qui concerne « le salarié dont l'enfant à charge […] est atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue

853 La suspension du contrat de travail est un mécanisme contractuel protecteur, qui fera l'objet d'une étude ultérieure. V. *infra*, n° 381 et suiv.
854 V. en ce sens : Cass. soc., 24 oct. 1947. À défaut de délivrer cette information à temps, l'employeur qui rompt la relation de travail ne commet pas de faute : Civ. Seine, 31 oct. 1938. Arrêts cités par Paul Durand : P. Durand, *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 809.
855 *Ibid.*
856 Cette affirmation doit être nuancée, puisque la jurisprudence admet parfois que le défaut de justification de l'absence n'est pas fautif lorsqu'il s'explique par des circonstances impérieuses ayant privé le salarié de la capacité d'informer l'employeur : v. *infra*.
857 L. Pécaut-Rivolier, « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.* 2013, p. 103.
858 C. trav., art. L. 3142-1.

et des soins contraignants »[859]. Il peut également s'agir du congé pour enfant malade, la maladie devant être attestée par certificat médical[860]. Certaines de ces raisons d'absence revêtent, en outre, un caractère inopiné qui ne permet pas au salarié d'effectuer une demande préalable d'autorisation d'absence. Pour ce qui est du congé de maternité, la salariée est, là encore, tenue d'informer l'employeur de la prise de ce congé[861]. Elle bénéficie également d'autorisations d'absence pour se rendre aux examens médicaux obligatoires[862], qui sont conditionnés à l'information préalable par la salariée de son état de grossesse[863]. Les absences pour raison de santé doivent, elles aussi, faire l'objet d'une information de l'employeur. Ainsi, le salarié absent en raison d'une maladie ou d'un accident est tenu de justifier cette absence dans les quarante-huit heures[864]. Pour ce qui est de l'exercice des mandats internes à l'entreprise, la jurisprudence considère depuis 2012 que l'employeur est réputé en avoir connaissance[865]. Pour ces mandats, aucune obligation d'information n'est exigée dès lors que le salarié peut, de bonne foi, considérer que l'employeur a connaissance de ce mandat[866]. En revanche, il convient d'observer que les cas dans lesquels l'absence n'est pas soumise à l'information de l'employeur sont très limités. L'exercice des mandats internes semble d'ailleurs être le seul exemple. En effet, même lorsque l'absence résulte d'un manquement de l'employeur comme c'est le cas du droit de retrait, le salarié se doit d'alerter – et donc d'informer – « immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle représente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection ». Dans ce cas, l'obligation d'information n'a pas pour but de permettre à l'employeur de pallier les conséquences liées à l'absence, mais de prendre des mesures dans les plus brefs délais afin de faire cesser la situation de danger. C'est ainsi que l'obligation d'information apparaît dans ce cas obligatoire, et au-delà même, s'impose comme une condition inhérente à l'exercice du droit d'alerte. Toutefois, le défaut d'information de l'employeur en cas d'exercice du droit de retrait ne peut ni être considéré comme une faute grave, ni comme un

[859] C. trav., art. L. 1225-62, al. 1er. Sur l'obligation d'informer l'employeur de la prise de ce congé, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-63 al. 1er.
[860] C. trav., art. L. 1225-61 al. 1er.
[861] C. trav., art. L. 1225-24, al. 1er.
[862] C. trav., art. L. 1225-26, al. 1er.
[863] C. trav., art. L. 1225-25, al. 1er.
[864] C. trav., art. L. 1226-1, 1°.
[865] Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307 ; *RLDS* 2012, n° 76, p. 43, obs. I. Cornesse ; *JCP E* 2012, n° 41, p. 14, veille sociale ; *RDT* 2013, n° 1, p. 48, note J.-M. Verdier ; *JCP S* 2012, n° 44, note D. Boulmier.
[866] *Ibid.*

motif de licenciement[867]. Dans ce cas, les magistrats semblent faire primer la faute de l'employeur liée au fait qu'il ait exposé un ou plusieurs salariés à un danger grave et imminent, sur le manquement du salarié au devoir d'alerte.

B) Le régime juridique de l'information de l'employeur

236.- Plan. L'obligation d'information de l'employeur en matière d'absence doit obéir à certains impératifs **(1)**. Si ces derniers ne sont pas respectés, l'absence sera, là encore, considérée comme injustifiée **(2)**.

1. Les impératifs inhérents à l'information de l'employeur

237.- La transmission à l'employeur d'un justificatif d'absence dans les délais. Pour satisfaire à cette l'obligation d'information de l'employeur, le salarié absent doit transmettre à ce dernier un justificatif d'absence. Pour ce qui est de l'absence pour raison de santé, le justificatif doit être transmis à l'employeur dans un délai de quarante-huit heures[868]. Dans certains cas de congés relativement exceptionnels, l'obligation d'information de l'employeur n'est assortie d'aucun délai. C'est notamment le cas du congé de maternité. L'absence de délai peut s'expliquer par le fait que la femme bénéficie d'un congé maternité d'une durée légale de seize semaines, dont la répartition antérieure et postérieure à la naissance de l'enfant dépend de l'état de santé de la salariée[869]. Cette absence de délai impératif prend en compte la protection renforcée dont bénéficie la femme enceinte. Elle se justifie notamment au regard du droit au silence, relatif à son état de grossesse, dont la salariée bénéficie pour éviter toute discrimination[870]. Cependant, la salariée enceinte demeure néanmoins tenue à obligation d'information afin de bénéficier des dispositions légales protectrices[871]. L'absence de délai reste néanmoins anecdotique puisque limitée au cas de la salariée enceinte. En tout état de cause, l'obligation d'information de l'employeur se justifie afin que ce dernier soit en mesure de se

[867] V. en ce sens : Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-45.086 ; *Dr. soc.* 2010, n° 6, p. 717, note P. Chaumette (exercice du droit de retrait par un salarié, employé en qualité de conducteur de véhicules poids lourds, ayant refusé d'effectuer un transport de marchandises au motif qu'il avait travaillé durant vingt-et-une heures trente la veille).
[868] C. trav., art. L. 1226-1, 1°.
[869] V. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-17, al. 2 et 3.
[870] V. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-2.
[871] C. trav., art. L. 1225-2.

conformer aux dispositions légales et conventionnelles protectrices de la salariée enceinte ou venant d'accoucher.

238.- La transmission à l'employeur d'un justificatif d'absence conférant date certaine. De manière générale, l'information doit être donnée à l'employeur par tout moyen lui conférant date certaine, sauf si les conventions et accords collectifs de travail prévoient d'autres modalités d'information[872]. Cependant, en vue de se constituer une preuve, le salarié a tout intérêt à justifier son absence par voie écrite, idéalement par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception, d'une lettre remise en main propre contre décharge ou d'un courriel avec accusé de réception. Elle permet au salarié de rapporter la preuve qu'il s'est conformé aux obligations qui lui incombent. Ainsi, il sera en mesure de revendiquer le bénéfice des dispositions protectrices qui lui sont applicables.

2. Les conséquences du non-respect de la procédure d'information de l'employeur

239.- Plan. Des sanctions sont prévues si le salarié manque à son obligation d'information. Elles sont plus ou moins sévères, selon que le salarié ne respecte pas le délai de transmission **(a),** ou qu'il manque résolument à l'obligation d'information **(b)**.

a- Le non-respect du délai d'information

240.- La violation du délai d'information relatif au droit au congé. Le salarié dispose du droit de bénéficier d'un certain nombre de congés. Pour autant, l'exercice de ce droit est encadré. Le salarié doit informer l'employeur de sa prise de congés dans un certain délai. Depuis la loi Travail du 8 août 2016[873], les délais d'information peuvent être fixés par les partenaires sociaux par voie de conventions et d'accords collectifs de travail. Cependant, les dispositions législatives en vigueur prévoient des règles supplétives[874]. Dans l'hypothèse où ni

[872] C. trav., art. D. 3142-35.
[873] L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (*précitée*).
[874] À titre d'illustration, pour le congé sabbatique : le salarié doit prévenir l'employeur au moins 3 mois avant la date convenue : C. trav., art. D. 3142-20. Pour le congé de solidarité internationale, le salarié doit prévenir l'employeur dans un délai minimum d'un mois : C. trav., art. D. 3142-56. Pour le congé pour création d'entreprise, le délai d'information est de 2 mois : C. trav., art. D. 3142-73. Pour le congé parental ou de maternité, le délai est

les dispositions conventionnelles ni les dispositions législatives ne prévoiraient de délai, il est fait application d'un délai raisonnable[875]. Le respect d'un délai d'information suffisant, permettant à l'employeur d'anticiper l'absence du salarié, est inhérent à l'obligation de loyauté. Partant, si l'employeur ne respecte pas les délais d'information convenus par voie conventionnelle ou à défaut, imposés par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la demande de congé n'est pas considérée comme irrecevable et l'employeur ne pourra pas refuser le congé sollicité. En effet, le droit à congé pour le salarié n'est pas subordonné au respect de ce délai. Il constitue seulement un moyen de preuve de l'information de l'employeur[876].

241.- La violation du délai d'information relatif aux absences : une procédure impérative. Bien que le motif d'absence soit admis, l'absence ne le sera quant à elle « que si le salarié informe régulièrement son employeur du motif de son absence et respecte pour ce faire un délai de prévenance »[877]. La Cour de cassation prend en compte les circonstances, et admet que le salarié n'a pas à respecter le délai de prévenance convenu lorsque sa situation l'en a empêché et qu'il a averti l'employeur dès que cela était possible[878]. Ainsi, la Cour de cassation prend ainsi en considération la bonne foi du salarié.

b- Le défaut d'information de l'employeur

242.- La mise en demeure du salarié de justifier son absence dans un certain délai. Lorsque le salarié n'a pas justifié son absence auprès de l'employeur, ce dernier peut le mettre en demeure de reprendre son travail ou, à défaut, de justifier son absence dans un certain délai. Au vu des dispositions législatives en vigueur, l'employeur doit attendre l'expiration du délai laissé au salarié pour justifier une absence pour maladie. Ce délai est en principe de

fixé à un mois : C. trav., art. L. 1225-50. Enfin, pour le congé de solidarité familiale, le délai d'information est de 15 jours : C. trav., art. D. 3142-5.

875 À titre d'exemple, on peut citer l'information relative aux revendications professionnelles ayant conduit les salariés à exercer leur droit de grève. La Cour de cassation a indiqué que cette information devait intervenir au plus tard au moment du déclenchement de la grève : Cass. soc., 19 nov. 1996, n° 94-42.635, Bull. civ. V, n° 391, *RJS* 1997, n° 85.

876 V. en ce sens : Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 10-16.369, *précité*.

877 L. Pécaut-Rivolier, « Donner l'information : les obligations du salarié », *op. cit.*, p. 103.

878 V. notamment : Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738 (départ du salarié malade pour se rendre, dans l'urgence, à une consultation médicale) ; *JCP G* 2002, n° 27, p. 1256, note C. Puigelier ; *JCP E* 2002, n° 24, p. 1006, note C. Puigelier ; *Dr. soc.* 2001, n° 12, p. 1045, note J. Savatier.

quarante-huit heures, mais peut être allongé par voie conventionnelle[879]. En principe, l'envoi d'une mise en demeure par l'employeur n'est pas imposé, sauf si ce dernier entend se prévaloir de la présomption de démission qui résulte d'un abandon de poste[880]. En tout état de cause, l'envoi d'une mise en demeure par l'employeur est nécessaire sur le plan probatoire. En effet, s'il envisage de prononcer une sanction disciplinaire à la suite d'une absence injustifiée, il est préférable pour l'employeur d'avoir envoyé une lettre de mise en demeure au préalable afin de se constituer une preuve. Cela permet aux juges de constater la faute du salarié qui résulte du défaut d'information de l'employeur[881].

243.- Un défaut d'information de l'employeur caractéristique d'une faute grave. Passé le délai qui lui est laissé pour justifier son absence, le mutisme du salarié sur les raisons de cette absence peut être considéré comme fautif. En effet, le respect du délai d'information est important puisque l'absence injustifiée peut parfois être de nature à caractériser une faute grave. Les exemples jurisprudentiels sont pléthores. À la lecture des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation, il semblerait que la faute grave soit plus aisée à caractériser lorsqu'est en cause un défaut de justification d'un arrêt de travail initial[882]. Elle peut également être retenue à l'encontre d'un salarié qui a manqué à son obligation d'informer l'employeur de la prolongation d'un arrêt, et que ce défaut d'information révèle une mauvaise foi significative du subordonné[883]. Bien que le salarié manque dans ce cas à son obligation d'informer l'employeur, cette faute semble plus relative dès lors qu'il avait justifié son arrêt de

879 Sur le délai légal de quarante-huit heures, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-1, 1°.
880 V. *infra*, n° 293.
881 V. en ce sens : Cass. soc., 3 mai 2016, n° 14-29.190 ; *JCP S* 2016, n° 27, note D. Everaert-Dumont ; *JSL* 2016, n° 412, note H. Tissandier (le défaut d'information de l'employeur d'une prolongation du congé parental et le défaut de réponse du salarié aux lettres de mises en demeure de reprendre le travail, envoyées par l'employeur, sont de nature à caractériser l'existence d'une faute grave de nature à justifier le licenciement).
882 La faute grave a pu être retenue par les juges à l'encontre d'une salariée qui avait attendu douze jours pour justifier son absence alors que la convention collective applicable prévoyait un délai de deux jours, et que la salariée était seule à tenir le commerce : Cass. soc., 19 mars 1981, n° 79-41.223. Même solution pour un salarié, chef de service, qui n'avait pas fourni de justificatif d'absence et qui n'avait remis que tardivement un certificat médical à l'employeur pour une autre absence pour laquelle il n'avait pas prévenu l'employeur, alors même que ces manquements ont perturbé le fonctionnement du service dont il avait la responsabilité : Cass. soc., 9 nov. 2014, n° 02-42.495. Même solution pour le salarié qui n'informe pas son employeur des motifs de son absence, n'avait pas informé l'employeur en dépit de plusieurs lettres de mise en demeure : Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-43.189. Même solution pour un salarié qui s'abstient d'informer l'employeur qu'il sera absent le lendemain pour subir une intervention chirurgicale dont il a connaissance depuis plusieurs mois et qui est de nature à entraîner un arrêt de travail de plusieurs semaines, cette absence étant susceptible de perturber le fonctionnement de l'entreprise : Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-18.686 ; *BJT* 2013, n° 248, p. 21, note F.-J. Pansier.
883 V. en ce sens : Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-45.906 (défaut de transmission de la prolongation de l'arrêt de travail alors que l'employeur l'avait sollicitée).

travail initial[884]. Les magistrats ont cependant pu retenir la faute grave du salarié qui n'avait pas justifié son absence, lorsque ce dernier n'a pas répondu à des lettres de mise en demeure de l'employeur[885].

244.- Un défaut d'information de l'employeur assimilé à une démission ? Jusqu'en 2022 et de jurisprudence constante, le défaut de justification de l'absence ne constituait pas une volonté claire et non équivoque de démissionner[886]. En effet, la démission est un mode de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, qui suppose une volonté claire et non équivoque de ce dernier de rompre la relation de travail[887]. Or, le simple défaut d'information de l'employeur d'une absence ne permettait pas, selon la Cour de cassation, d'établir une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail. La jurisprudence appliquait strictement cette condition. En effet, il a été jugé qu'elle s'appliquait également dans le cas où le salarié n'avait pas répondu à la lettre de mise en demeure de l'employeur de choisir entre la reprise du travail ou la démission[888]. En outre, les juges ont pu rejeter la démission, alors même que les dispositions de la convention collective applicable et du règlement intérieur prévoyaient que l'absence de justification du salarié entraînait sa démission[889]. Toutefois, une loi du 21 décembre 2022 a modifié le régime juridique applicable[890]. Depuis lors, « le salarié qui a abandonné volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste […] dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai »[891]. Dès lors, une présomption simple de démission est opposable au salarié qui n'a pas justifié son absence dans

---

884 Sur le rejet de la caractérisation de la faute grave du salarié n'ayant pas justifié de la prolongation de son arrêt de travail, v. en ce sens : Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.020 ; Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-41.231 ; *LPA* 2006, n° 51, p. 7, chron. G. Picca, A. Sauret ; *JCP S* 2006, n° 7, p. 20, note P.-Y. Verkindt ; Cass. soc., 26 oct. 2000, n° 98-41.582 ; *D.* 2001, n° 22, p. 1759, note C. Puigelier.

885 V. en ce sens : Cass. soc., 30 mai 2007, nº 06-41.385.

886 Cass. soc., 18 nov. 1997, n° 95-43.564 ; Cass. soc., 7 févr. 1990, n° 87-45.340.

887 Cette condition de « volonté claire et non équivoque » émanant de l'employeur fait l'objet d'une jurisprudence constante depuis 1990. V. en ce sens : Cass. soc., 7 fév. 1990, *précité*. Pour la première fois, la chambre sociale de la Cour de cassation utilise l'expression de « volonté non équivoque ». Cette même expression a été reprise et précisée. V. notamment : Cass. soc., 11 déc. 1991, n° 90-42.270 : « Attendu cependant, d'abord, que la démission ne se présume pas et ne peut résulter que de la volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin à son contrat de travail ». Cette expression de « volonté claire et non équivoque » a été confirmée à plusieurs reprises depuis lors, et reste fréquemment utilisée. Pour des illustrations récentes, v. en ce sens : Cass. soc., 17 sept. 2025, n° 24-14.384 ; Cass. soc., 5 mars 2025, n° 23-19.579 ; Cass. soc. , 7 mai 2024, n° 22-23.749.

888 Cass. soc., 24 nov. 1998, n° 95-41.538.

889 V. en ce sens : Cass. soc., 13 déc. 1995, n° 92-44.122.

890 L. n° 2022-1598 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi (*JORF* n° 0296, du 22 déc. 2022).

891 C. trav., art. L. 1237-1-1, al. 1er créé par la loi du 21 déc. 2022 (*précitée*).

un délai fixé par l'employeur, après envoi par ce dernier d'une lettre de mise en demeure. Il convient cependant d'observer, à la lecture du nouvel article précité, que la présomption de démission concerne l'abandon de poste. Or, si ce dernier semble relativement proche de l'absence injustifiée – ces deux notions étant souvent confondues – la présente étude entendra néanmoins les distinguer.

*
* *

245.- Conclusion de la Section 1. Bien que des règles juridiques spécialement applicables à la relation de travail aient émergé, la relation de travail demeure régie par le droit commun des contrats. Or, en application de cette matière, l'absence se traduit juridiquement par une inexécution contractuelle du salarié puisqu'il n'effectue pas sa prestation de travail. Ce n'est que par dérogation que l'absence sera considérée comme justifiée, à la double condition qu'elle repose sur un motif l'autorisant et que le salarié ait respecté la procédure relative au motif d'absence invoqué. Dès lors, si l'une de ces conditions fait défaut, l'absence sera considérée comme injustifiée. Cette qualification emporte pour conséquence la possibilité, pour l'employeur, de sanctionner le salarié.

Section 2 : La sanction du salarié en situation d'absence injustifiée

246.- Plan. Le salarié en situation d'absence injustifiée commet un manquement aux obligations contractuelles. Dès lors, le salarié est susceptible de se voir appliquer les règles civilistes de l'inexécution contractuelle. Pourtant, les spécificités de la relation de travail ont justifié l'émergence de règles spéciales, distinctes du droit commun **(§1)**. Le construit des règles de sanction des absences injustifiées et leurs évolutions permettent d'interroger la faible place accordée aux mesures de prévention de ces absences **(§2)**.

§1 : La reconnaissance d'un droit disciplinaire de l'absence injustifiée

247.- Plan. L'inexécution contractuelle donne lieu, en droit commun des contrats, à une pluralité de mécanismes[892]. Historiquement, l'application des sanctions de droit commun liées à l'inexécution contractuelle sont apparues propices, voire utiles à l'employeur pour répondre aux absences injustifiées. Il pouvait par exemple suspendre la rémunération du salarié, proportionnellement à la durée de l'absence injustifiée ou exiger que le salarié rattrape les heures de travail non accomplies à raison de son absence. Il convient d'ailleurs de constater que certains de ces mécanismes demeurent appliqués à l'heure actuelle, dans certaines situations d'absence **(I)**. Cependant, les particularités de la relation de travail liées à l'état de subordination du salarié ont conduit à l'émergence de mécanismes de sanction applicables lorsque le salarié n'accomplit pas sa prestation de travail. C'est ainsi que le pouvoir disciplinaire de l'employeur a vu le jour, recevant une consécration prétorienne en 1945[893] avant qu'un droit disciplinaire ne soit consacré par le législateur en 1982[894] **(II).**

---

[892] L'inexécution du contrat est sanctionnée par différents mécanismes de droit civil, codifiés aux articles 1217 et suivants du Code civil. Le créancier d'une obligation non exécutée ou exécutée de façon imparfaite dispose d'un choix s'agissant de la sanction qu'il envisage à l'encontre de son cocontractant. Ainsi, il existe cinq mécanismes liés à l'inexécution du contrat ou à l'exécution imparfaite de ce dernier : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution du contrat et la réparation du préjudice : C. civ., art. 1217.

[893] C'est plus exactement l'arrêt « Poliets et Chaussons » qui a consacré l'existence d'un pouvoir disciplinaire de l'employeur, précisant que la faute de l'employeur alléguée par le salarié, demandeur au pourvoi, « ne résultait pas du seul fait que la mesure prise n'était pas prévue par un règlement intérieur, cette circonstance ne pouvant, en effet, priver le patron de l'exercice du pouvoir disciplinaire, inhérent à sa faculté, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire » : Cass. sect. soc., 16 juin 1945, *Poliets et Chaussons*, inédit.

[894] L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (*JORF* n° 0182, du 6 août 1982, p. 2518).

I- Les mécanismes de droit commun inadaptés à l'absence injustifiée

248.- Plan. Si l'avènement du droit du travail au début du XXe siècle a conduit à l'émergence de règles spécifiques, certains mécanismes de droit commun demeurent applicables dès lors que le droit général s'applique à défaut de règles prévues par le droit spécial. En matière d'absence injustifiée, les règles liées à l'inexécution du contrat sont applicables. Or, le mécanisme de principe lié à l'inexécution contractuelle est l'exécution forcée en nature, qui prévoit que les parties ont l'obligation d'exécuter le contrat tant que cette exécution demeure possible[895]. Pour autant, la situation d'absence injustifiée rend bien souvent ce mécanisme inapplicable **(A)**. S'il existe d'autres mécanismes de droit commun permettant de traiter l'inexécution du contrat[896], celui de l'exception d'inexécution mérite une attention particulière. En effet, il semble être le mécanisme le plus adapté pour répondre aux absences injustifiées du salarié, bien qu'il nécessite certaines adaptations **(B)**.

A) L'inapplicabilité de l'exécution forcée en nature

249.- Plan. L'exécution forcée en nature est une sanction à l'inexécution contractuelle qui contraint le contractant défaillant à exécuter son obligation. Elle est la sanction de principe à l'inexécution contractuelle au sens du droit commun des contrats **(1)**. Elle apparaît pourtant inadaptée à l'inexécution de la prestation de travail et, partant, aux absences injustifiées **(2)**.

1. La sanction de principe à l'inexécution contractuelle

250.- La sanction de principe de l'inexécution d'une obligation de faire. En droit commun des contrats, l'exécution forcée en nature constitue la sanction de principe à l'inexécution contractuelle[897]. Si la primauté de cette sanction n'apparaissait pas clairement avant 2016, elle fut affirmée par l'ordonnance de 2016[898]. En vertu du mécanisme de l'exécution

---

[895] C. civ., art. 1221 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

[896] On peut citer ici la réduction du prix ou la résolution du contrat (C. civ., art. 1217). Pour autant, ces sanctions sont inadaptées à la situation d'absence injustifiée du salarié puisque la résolution du contrat nécessite qu'une clause résolutoire ait été stipulée au contrat ou faire l'objet d'une décision judiciaire (C. civ., art. 1224)

[897] C. civ., art. 1221.

[898] Cette affirmation concerne la lecture stricte des termes de l'ancien Code civil, puisque certains auteurs se plaisaient déjà à affirmer la suprématie de cette sanction en droit positif : V. Lonis-Apokourastos, *La primauté*

forcée, « tant que l'exécution du contrat est possible, les parties se doivent d'y procéder »[899]. Cette sanction semble relativement opportune en raison des effets produits par la conclusion d'un contrat. Lors de la conclusion d'un contrat, les parties s'engagent à honorer leurs obligations. En effet, en vertu de la règle selon laquelle « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »[900], les parties sont tenues d'honorer leurs obligations contractuelles respectives. À défaut, c'est-à-dire en cas de défaillance d'une des parties au contrat, les dispositions législatives prévoient que le débiteur d'une obligation non exécutée peut être contraint de l'exécuter. C'est alors qu'intervient l'exécution forcée en nature.

251.- L'intérêt de l'exécution forcée en matière d'inexécution d'une obligation de faire. La sanction de l'exécution forcée en nature présente l'atout majeur de ne pas pénaliser le contractant créancier de l'obligation inexécutée. En effet, son cocontractant est contraint d'honorer exactement l'obligation telle qu'elle avait été initialement convenue. Le créancier de l'obligation ne se voit pas bénéficier d'une exécution forcée par équivalent, ni d'une compensation financière qui se résoudrait en dommages et intérêts. Ces sanctions ont certes le mérite de compenser le préjudice subi par le contractant titulaire d'un droit de créance. En revanche, elles n'apparaissent pas pleinement satisfaisantes. D'ailleurs, cette sanction n'apparaît qu'en second lieu, après l'exception d'inexécution, comme sanction à l'inexécution[901]. À cet égard, la primauté de l'exécution forcée du contrat apparaît contestable[902].

2. Une sanction inadaptée au salarié absent

252.- Une impossibilité matérielle et morale d'exiger l'exécution forcée en nature. L'exécution forcée en nature peut s'avérer impossible[903]. Pour ce qui est du salarié

contemporaine du droit à l'exécution en nature », préf. J. Mestre, PUAM, 2003. Les termes de l'ancien Code civil étaient pourtant équivoques, puisque l'ancien article 1142 du Code civil disposait que : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

899 M. Poumarède, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action. V. Chapitre « Exécution forcée en nature ».

900 C. civ., art. 1103.

901 C. civ., art. 1217.

902 D'ailleurs, la première sous-section du Code civil qui concerne la Section 5 relative à « L'inexécution du contrat » (art. 1217 et suivants) est relative à « L'exception d'inexécution » (art. 1219 à 1220). L'exécution forcée en nature ne fait quant à elle que l'objet de la seconde sous-section, aux articles 1221 à 1222 du Code civil.

903 C. civ., art. 1221. Cette impossibilité légale était classifiée selon trois types d'impossibilité avant la réforme de 2016. Il s'agit de l'impossibilité matérielle, morale ou juridique. Selon Denis Mazeaud, ce triptyque d'impossibilité continue de s'appliquer depuis la réforme précitée. V. en ce sens : D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

absent, l'exécution forcée du contrat consisterait à imposer au salarié d'être présent au travail et d'accomplir sa prestation de travail. Cependant, dans un grand nombre de situations d'absence, cela apparaît impossible pour plusieurs raisons. D'une part, des raisons pratiques peuvent empêcher le salarié d'être présent au travail. C'est notamment le cas s'il réside loin de son lieu de travail ou s'il n'a pas la possibilité de s'y rendre, par exemple parce que sa santé le contraint à rester le domicile. D'autre part, le salarié peut être privé de se rendre au travail pour des raisons indépendantes de sa volonté. Ainsi, si son absence est juridiquement injustifiée, il n'en demeure pas moins que l'impossibilité d'être présent peut, quant à elle, être avérée. On peut ainsi arguer l'impossibilité morale d'exiger l'exécution forcée en nature de la prestation de travail du salarié. Cependant, il serait erroné d'affirmer que l'exécution forcée en nature est purement et simplement exclue en matière d'absence au travail. On trouve des applications sporadiques de ce mécanisme civiliste, notamment lorsqu'un rattrapage des heures perdues est prévu[904]. Or, il s'agit là d'une forme d'exécution forcée en nature.

253.- La difficile application de l'exécution forcée en nature aux contrats à exécution successive. En situation d'absence injustifiée, la mise en demeure du salarié de reprendre le travail apparaît possible. Elle est même fréquente en pratique. Ainsi, la sanction de l'exécution forcée en nature pourrait paraître adaptée à l'absence injustifiée. Cependant, l'exécution forcée en nature s'avère particulièrement complexe à mettre en œuvre en pareil cas. Les raisons de l'exclusion de ce mécanisme en droit du travail interrogent. Si elle est efficace et appropriée pour les contrats à exécution instantanée, elle est plus compliquée à mettre en œuvre dans les contrats à exécution successive comme c'est le cas du contrat de travail. Christophe Radé et Sébastien Tournaux constataient déjà qu'au début du siècle, l'exécution forcée n'était appliquée au contrat de travail par les juges de cassation que de manière très exceptionnelle[905]. Geneviève Viney objecte, elle aussi, l'ineffectivité de l'exécution forcée pour les contrats à exécution successive[906]. Les recherches jurisprudentielles conduisent en effet à constater que depuis la réforme de 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a fait aucune application

[904] Le régime de la récupération des heures perdues est strictement encadré : C. trav., art. L. 3121-50 : « Seules peuvent être récupérées les heures perdues par suite d'une interruption collective du travail résultant : 1° De causes accidentelles, d'intempéries ou de force majeure ; 2° D'inventaire ; 3° Du chômage d'un jour ou de deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire ou d'un jour précédant les congés annuels ».

[905] C. Radé, S. Tournaux, « Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », *RDC* 2005, p. 197.

[906] G. Viney, « L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire, préférée aux dommages et intérêts », *RDC* 2007, p.714.

des articles 1221 et 1222 du Code civil au droit du travail. Il y a donc lieu d'observer que l'exécution forcée en nature est un mécanisme jugé inapproprié à la relation de travail.

254.- La difficile application de l'exécution forcée en nature au contrat de travail. Le défaut d'application de l'exécution forcée en nature à l'absence injustifiée du salarié semble s'expliquer par les spécificités inhérentes au contrat de travail. L'exécution forcée en nature de la prestation de travail, appliquée à l'absence, porterait atteinte à la pérennité de la relation de travail et à celle du contrat de travail. Aussi, Stéphane Brissy indiquait à ce sujet que l'exécution en nature était rendue impossible par certains pouvoirs de l'employeur[907]. À titre d'exemple, l'employeur peut faire le choix du maintien dans l'emploi en dépit d'une faute d'une certaine gravité. La sanction de cette dernière est laissée à la libre appréciation de l'employeur, qui est intrinsèque à ses pouvoirs de direction et de sanction.

B) L'application relative de l'exception d'inexécution

255.- Plan. Le mécanisme de l'exception d'inexécution constitue une autre réponse à l'inexécution contractuelle. Il s'agit plus exactement d'un « moyen de défense qui permet à un débiteur d'être provisoirement dispensé d'exécuter son obligation envers son créancier tant que celui-ci, débiteur envers lui d'une obligation réciproque ou connexe, n'a pas rempli son propre engagement »[908]. Appliqué à l'absence, il s'agirait de procéder à une retenue sur salaire dans l'attente que le salarié retourne au travail. Si cette sanction peut à première vue paraître inappropriée à la situation d'absence au regard de l'interdiction des sanctions pécuniaires **(1)**, elle n'en demeure pas moins appliquée, dans certaines situations bien spécifiques, d'absences injustifiées **(2)**.

1. L'inapplicabilité de principe de l'exception d'inexécution

256.- Une sanction en apparence adaptée à l'inexécution de la prestation de travail. L'exception d'inexécution est une sanction de droit civil qui semble davantage appropriée au droit du travail. En effet, et contrairement à l'exécution forcée en nature, cette

[907] S. Brissy, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? » *Dr. soc.* 2007, p. 8.
[908] G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° exception (d'inexécution).

dernière paraît plus opportune aux contrats à exécution successive. Dans la mesure où l'exécution s'échelonne dans le temps, il suffirait à la partie créancière de l'obligation inexécutée de suspendre temporairement l'exécution de son obligation dans l'attente que le cocontractant exécute la sienne. Appliqué au salarié absent, cela reviendrait pour l'employeur à procéder à une retenue sur salaire strictement proportionnelle à la durée de l'absence. En outre, le mécanisme civiliste de l'exception d'inexécution semble particulièrement opportun dans les contrats commutatifs, c'est-à-dire au sein desquels « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit »[909]. Or, en dépit du déséquilibre contractuel qu'il crée, le contrat de travail doit être observé comme un contrat commutatif, ce qui conduirait à considérer là encore que l'exception d'inexécution apparaîtrait comme un mécanisme d'inexécution adapté au salarié absent[910]. Pour autant, l'employeur ne perçoit pas de prestation de travail en raison de l'absence du salarié. Cela permet de justifier que, dans la plupart des cas, ce mécanisme civiliste soit appliqué à la situation de l'absence injustifiée puisqu'elle présente certains atouts. Pourtant, là encore, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution par l'employeur n'apparaît pas toujours applicable, notamment compte tenu de l'impératif de sécurité économique.

257.- La protection économique du travailleur nécessitant la fourniture d'un salaire. Tout comme le mécanisme de l'exécution forcée en nature, l'invocation de l'exception d'inexécution par l'employeur semble se heurter à la sécurité économique du salarié. En effet, dans la mesure où le travail permet au salarié d'assurer sa subsistance, la privation même temporaire de son salaire serait susceptible d'entraîner un préjudice important pour le salarié, préjudice qui serait disproportionné à celui subi par l'employeur du fait de l'absence[911]. C'est ainsi qu'en droit du travail, le mécanisme de l'exception d'inexécution est bien plus largement exploité au profit du salarié qu'au profit de l'employeur[912]. En effet, le salarié peut faire usage de l'exception d'inexécution, c'est-à-dire refuser d'accomplir le travail dans un certain nombre

[909] C. civ., art. 1108, al. 1er.
[910] Sur la qualification du contrat de travail en contrat commutatif, v. en ce sens : V. Bonnin « Le contrat de travail éclairé par l'article 1108 (ex-1104) du code civil », *RDT* 2017, p. 771.
[911] Sur l'exigence d'une sanction proportionnelle à la faute commise, v. *infra*, n° 270.
[912] V. en ce sens : N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *op. cit.*, p. 565.

de situations. C'est notamment le cas si l'employeur refuse de rémunérer les heures supplémentaires accomplies[913] ou s'il modifie unilatéralement son contrat de travail[914].

2. L'application générale de l'exception d'inexécution

258.- Un intérêt certain à l'application du mécanisme. En dépit de sa contradiction apparente avec certains principes et mécanismes propres au droit du travail, l'exception d'inexécution est une sanction à l'inexécution qui n'est pas dénuée d'intérêt. En effet, elle permet d'éviter à l'employeur d'avoir à rémunérer le salarié absent qui n'accomplit pas l'obligation dont il est débiteur, à savoir l'exécution de sa prestation de travail. De ce fait, le mécanisme de l'exception d'inexécution permet de suspendre le versement d'un salaire indu en raison du défaut d'accomplissement de l'obligation du salarié. Ce mécanisme est souvent présenté en droit commun des contrats comme étant une sanction[915], c'est-à-dire comme ayant un *effet coercitif* sur le contractant défaillant. Appliqué au droit du travail, ce mécanisme aurait alors pour effet de contraindre indirectement le salarié à revenir au travail, en exerçant sur lui une forme de pression financière, tout en garantissant la stabilité de l'emploi[916]. Toutefois, il peut également être perçu comme ayant un *effet suspensif* sur l'obligation du cocontractant créancier à l'obligation litigieuse, comme ont pu le démonter certains auteurs de la doctrine civiliste[917]. Appliqué à la relation de travail, il s'agirait alors de suspendre le contrat de travail dans l'attente de la reprise par le salarié de l'exécution de ses obligations. Il est d'ailleurs permis de constater que ces deux effets de l'exception d'inexécution ont été repris par les mécanismes juridiques spécifiquement appliqués à l'absence du salarié[918].

---

913 Sur le non-paiement du salaire, v. en ce sens : Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-43.484 ; spéc. sur le non-paiement des heures supplémentaires, v. en ce sens : Cass. soc., 1er déc. 2004, n° 02-46.231 et n° 02-46.297 ; Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-42.878.

914 Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-66.134 ; *JCP S* 2011, n° 27, p. 1324, note L. Drai ; Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-19.339 ; *JCP S* 2012, n° 15, p. 13, chron. H. K. Gaba (modification des horaires de travail incompatibles avec les obligations familiales de la salariée).

915 V. en ce sens : Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, p. 47 ; S. Le Gac-Pech, « La direction de la sanction », *LPA* 2009, p. 3.

916 V. *infra*, § suiv.

917 V. en ce sens : M. Mekki, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, p. 37 ; A. Pinna, « Les justifications de l'évolution de l'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 42 ; J. Roche-Dahan, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1995, p. 255.

918 L'effet coercitif est appliqué à l'absence injustifiée, tandis que l'effet suspensif s'applique à l'absence justifiée.

259.- Une application générale de l'exception d'inexécution entre les mains de l'employeur. Le mécanisme civiliste de l'exception d'inexécution peut être, dans une pluralité de situations, utilisé par le salarié à l'encontre de l'employeur[919]. À titre d'illustration, il est possible de citer le droit de retrait[920], mais aussi le droit de grève qui est parfois analysé comme une forme d'exception d'inexécution[921]. Au-delà, il est admis que l'employeur puisse recourir à l'exception d'inexécution « en cas d'absence pour motif légitime du salarié [qui n'exécute pas sa prestation de travail] »[922]. Selon la jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation, le non-versement du salaire est la conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail. En conséquence, il est fréquemment rappelé que « tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail et que, par voie de conséquence, aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli »[923]. À ce titre, Jean-François Cesaro observe qu'il ne s'agit pas là d'une sanction pécuniaire, mais d'une simple « conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail »[924]. L'employeur fait donc usage du mécanisme de l'exception d'inexécution, en procédant à une retenue sur salaire lorsque le salarié n'accomplit pas la prestation de travail en raison d'une absence injustifiée.

260.- La difficile conciliation de l'exception d'inexécution et du principe de la prohibition des sanctions pécuniaires. En matière d'absence, il convient d'observer que l'exception d'inexécution a longtemps été un mécanisme utile pour sanctionner le comportement du salarié dont l'absence était injustifiée. En effet, avant que n'émerge la reconnaissance d'un droit disciplinaire, seuls les régimes de sanction de droit commun étaient applicables à l'inexécution contractuelle. Bien que certaines raisons aient été reconnues comme justifiant l'absence du salarié et comme étant de nature à suspendre le contrat de travail[925] – comme c'était le cas de la maladie ou de la maternité – la Cour de cassation affirmait que l'employeur n'était pas dans l'obligation de payer un salaire pour la période durant laquelle la prestation de travail n'était pas assurée[926]. Partant, l'absence injustifiée permettait naturellement

---

919 N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *op. cit.*, p. 565.
920 *Ibid.*
921 A Cristau, *Grève et contrats*, Thèse, Faculté de droit Paris I, 1999 ; J. Savatier, « L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations », *Dr. soc.* 1991, p. 322.
922 N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *op. cit.*, p. 565.
923 Ce principe a été rappelé dans différents arrêts. V. en ce sens : Cass. soc. 11 janv. 1962 ; *JCP* 1962. II. 12564 ; confirmé par Cass. soc. 4 mars 1970 ; Cass. soc., 8 juin 2017 n° 16-16.019 ; *JSL* 2017, n° 437, p. 31.
924 J.-F. Cesero, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur les rémunérations », *JCP S* 2008, 1466.
925 Sur la suspension du contrat de travail, v. *infra*, n° 380 et suiv.
926 Cass. civ., 12 mars 1934.

à l'employeur d'actionner le mécanisme de l'exception d'inexécution en ne versant pas le salaire, proportionnellement à la durée de l'absence. Partant, il convient d'osciller entre ces deux principes qui sont en apparence contradictoires : celui de la prohibition des sanctions pécuniaires et le principe de non-versement du salaire lorsque la prestation de travail n'a pas été accomplie. La jurisprudence semble faire primer le second principe sur le premier lorsqu'il est question d'absence injustifiée. En effet, la retenue du salaire semble prévaloir sur le principe de prohibition des sanctions pécuniaires. Dans un arrêt rendu en 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs expressément indiqué que la retenue sur salaire d'un salarié dont l'absence était injustifiée ne constitue pas une sanction pécuniaire[927]. Progressivement, l'application de l'exception d'inexécution à l'absence du salarié fut rejetée car considéré comme peu adapté au contrat de travail. Cette sanction fut ainsi remplacé, pour les absences injustifiées, par un mécanisme de sanction propre au droit du travail : celui du droit disciplinaire.

II- L'application du droit disciplinaire à l'absence injustifiée

261.- Plan. L'émergence du droit disciplinaire conduit à interroger la qualification de l'absence injustifiée en droit du travail. Si l'absence injustifiée est considérée comme une inexécution contractuelle, la qualification de faute disciplinaire semble lui être également applicable **(A)**. Cette dernière est le préalable nécessaire à l'exercice du droit disciplinaire, qui permet à l'employeur d'appliquer au salarié une sanction disciplinaire en cas d'absence injustifiée **(B)**.

A) La qualification de faute disciplinaire à une situation d'absence injustifiée

262.- L'exclusion de la responsabilité contractuelle du salarié comme origine de l'émergence du droit disciplinaire. Au sens du droit commun des contrats, le contractant qui ne satisfait pas à ses obligations contractuelles commet un *manquement contractuel*. Si ce dernier résulte directement d'un comportement fautif du contractant défaillant à l'obligation,

[927] Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-43.124 (retenue sur salaire consécutive à une absence injustifiée un lundi de Pentecôte, alors que cette journée avait été fixée dans l'entreprise comme une journée de solidarité permettant d'assurer le financement d'actions en faveur de personnes âgées et en situation de handicap). Selon la Cour de cassation, la retenue sur salaire consécutive à une telle absence injustifiée ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée ; *Lexbase soc.* 2009, n° 348, chron. C. Radé ; C. Willmann et S. Tournaux ; *SSL* 2008, n° 1369, note C. Goasguen ; *JCP S* 2008, n° 15, p. 32, note G. Talvard ; *D.* 2008, n° 6, p. 345, note J. Cortot.

la qualification de *faute contractuelle* peut être retenue[928]. Partant, une application pure et simple du droit commun des contrats conduirait à considérer que le salarié se verrait, dans ce cas, condamné à réparer le préjudice subi par l'employeur du fait de l'inexécution de son obligation, sur le terrain de la *responsabilité civile contractuelle*. Cependant, ce n'est pas la solution qui a été retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation. Depuis 1958, la juridiction refuse d'engager la responsabilité civile du salarié de manière systématique. Certains auteurs évoquent à cet égard une « immunité civile » du salarié[929]. À tout le moins, il s'agit d'un allégement de responsabilité qui s'explique par l'économie des obligations du contrat de travail. En effet, la chambre sociale conditionne le fait d'engager la responsabilité civile du salarié à la commission d'une *faute lourde*[930]. Partant, la caractérisation d'une faute lourde par le salarié fait obstacle au principe de la prohibition des sanctions pécuniaires. En effet, elle offre à l'employeur la possibilité d'engager la responsabilité civile – et donc pécuniaire – du salarié[931]. Or, il convient de relever que la faute lourde est strictement encadrée[932]. Par conséquent, elle est rarement retenue en pratique, et la responsabilité civile du salarié n'est qu'exceptionnellement engagée. L'émergence du droit disciplinaire a ainsi permis de contourner la responsabilité contractuelle

---

928 En droit de la responsabilité civile, la faute contractuelle s'oppose à la faute délictuelle, à laquelle elle est parfois assimilée. V. notamment : D. Mazeaud, « Relativité de la faute contractuelle, le retour ? », *D.* 2017, p. 1036 ; X. Lagarde, « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP G* 2008, p. 17 ; D. Bakouche, « Incertitude sur l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle ? », *Lexbase pr.* 2008, n° 325 ; Ph. Stoffel-Munck, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007, p. 587 ; C. Grimaldi, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, p. 563 ; Ph. Brun, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC* 2007, p. 5 ; L. Bloch, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA* 2006, p. 5 ; C. Ophèle, « Les déclinaisons de la faute : faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA* 2003, p. 78 ; D. Bakouche, « L'assimilation de la faute contractuelle et délictuelle », *Lexbase pr.* 2003, n° 69.

929 V. en ce sens : J. Mouly, « La remise en cause de l'immunité civile du salarié par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2025, p. 265 ; C. Radé, « Responsabilité civile du salarié – Pas d'immunité civile pour le préposé délinquant », *RCA* 2025, p. 29 ; A. Tardif, « Les incidences de l'action civile de l'employeur sur la responsabilité contractuelle du salarié », *SSL* 2025, 2133 (l'auteur évoque plus exactement une « immunité de responsabilité civile » et une « immunité de responsabilité contractuelle du salarié » ; P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié », *Dr. soc.* 2018, p. 465.

930 Cass. soc., 27 nov. 1958, *Société des forges stéphanoises*, Bull. civ. IV, n° 1259. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme expressément que « le salarié ne peut être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder relève par comparaison avec un ouvrier normalement diligent non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde ». Sur cet arrêt, v. en ce sens : J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 5e éd., 2008, pp. 255 et suiv. V. également : note Lindon, *D.* 1959, p. 20 ; note Brèthe La Gressaye, *JCP* 1959, 11143. Cette jurisprudence a été réaffirmée depuis lors. Sur la réaffirmation de cette solution, v. en ce sens : Cass. soc., 12 avr. 1995, Bull. civ. V, n° 131 ; Cass. soc., 21 oct. 2008, n° 07-40.809, Bull. civ. V, n° 197 ; *RDT* 2009, p. 112, obs. G. Pignarre ; *JCP S* 2009, n° 8, p. 37, note B. Bossu.

931 J. Cortot, « Caractérisation de la faute lourde du salarié », *D. actu.* 3 mars 2017.

932 La faute lourde se caractérise par une intention de nuire à l'employeur, ce qui implique la volonté du salarié de porter préjudice à ce dernier dans la commission des faits fautifs. Sur la définition prétorienne précitée de la faute lourde, v. Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, Bull. civ. V, n° 599 ; *Dr. soc.* 1991, p. 105, G. Couturier.

applicable en cas de manquement contractuel du salarié. La qualification de *faute disciplinaire* apparaît comme un préalable nécessaire à l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur[933]. Il convient cependant de relever que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation semble, dans un « chemin contraire à celui de la chambre sociale », plus encline à engager la responsabilité contractuelle du salarié et ce, même en l'absence de faute lourde[934]. Elle a notamment jugé, pour des faits de détournement de fonds dont le salarié avait été déclaré coupable, que le préjudice subi par la partie civile – employeur – résultait directement de l'abus de confiance et que la caractérisation de la faute lourde n'était pas nécessaire pour engager la responsabilité civile du salarié[935]. En outre, dans un second arrêt rendu le 14 novembre 2017, la chambre criminelle a confirmé sa position antérieure[936]. En l'espèce, un salarié de l'entreprise avait été reconnu coupable de harcèlement moral envers plusieurs collègues. Les juges du fond avaient retenu un préjudice d'image pour l'entreprise, constatant que le salarié harceleur avait fait usage de certains pouvoirs hiérarchiques – qui outrepassaient d'ailleurs ceux qui lui avaient été dévolus – et qu'il représentait ainsi, aux yeux de ses collègues, l'employeur. Toutefois, dans cet arrêt, la chambre criminelle n'a pas fait référence à l'intention de nuire pour engager la responsabilité civile du salarié. Dès lors, la faute lourde ne semble plus être une condition nécessaire à engager la responsabilité civile du salarié[937]. Dans le même sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé sa position dans un arrêt du 14 janvier 2025[938]. En l'espèce, un salarié avait été reconnu coupable d'infractions pénales dans le cadre de son travail. La chambre criminelle affirme qu'il peut être condamné à indemniser l'employeur sur le terrain de la responsabilité civile, sans qu'il ne soit nécessaire de « caractériser ni [une] faute lourde ni [une] intention de nuire du salarié »[939]. En définitive, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble consacrer l'autonomie de l'action en responsabilité civile devant le juge pénal, en contournant la condition relative à la faute lourde intentionnelle du salarié pourtant imposée par la chambre sociale[940]. Partant, le juge pénal semble éroder l'immunité civile du salarié et porter atteinte à l'économie des obligations du contrat de travail. En outre, cette

933 Sur les modalités d'application du droit disciplinaire à la situation d'absence injustifiée : v. *supra*, n° 247 et suiv.
934 P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié », *op. cit.*, p. 465.
935 Cass. crim., 25 fév. 2015, n° 13-87.602.
936 Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161 ; *JCP E* 2018, n° 7, p. 55, note D. Chenu ; *JCP S* 2018, n° 45, p. 13-19, note M. Segonds ; *Dr. soc.* 2018, n° 5, p. 465, P. Adam ; *JSL* 2018, n° 447, p. 18, note M. Hautefort ; *JCP S* 2018, n° 4, p. 33, note C. Leborgne-Ingelaere.
937 P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié », *op. cit.*, p. 465.
938 Cass. crim., 14 janv. 2025, n° 24-81.365 (publié) ; *RCA* 2025, p. 29, comm. C. Radé ; *Dr. soc.* 2025, p. 265, note J. Mouly ; *SSL* 2025, 2133, note A. Tardif.
939 *Ibid.*
940 C. Radé, « Responsabilité civile du salarié – Pas d'immunité civile pour le préposé délinquant », *op. cit.*, p. 29.

jurisprudence risque d'accroître le contentieux porté devant le juge pénal. En effet, l'employeur aura tout intérêt à solliciter une réparation financière de son préjudice[941]. Il convient cependant de relever que cela semble être sans incidence sur le droit disciplinaire de l'employeur, qui peut être exercé aux côtés d'une action en responsabilité civile en cas d'absence injustifiée.

263.- Définition de la faute disciplinaire. Comme l'observe Marie-Cécile Amauger-Lattes, la faute disciplinaire du salarié n'est pas définie par le législateur[942]. Il s'agit d'une « faute susceptible de sanction disciplinaire »[943]. En d'autres termes, la faute disciplinaire se caractérise par une *omission* voire une *violation* de nature à entraîner l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. De manière analogue, selon Jean Pélissier, la « violation des règles de discipline » permet de caractériser une faute disciplinaire[944]. Cette définition de la faute disciplinaire a pu être précisée par le conseiller d'État Alain Bacquet, qui observe que les règles disciplinaires résident dans les « mesures d'organisation générale de l'entreprise destinées à assurer le bon fonctionnement de l'ensemble et un minimum d'harmonie de vie collective »[945]. En effet, les spécificités liées à la relation de travail – et plus particulièrement aux rapports individuels de travail – ont donné lieu à la construction d'un droit disciplinaire. Cela s'explique par le fait que la relation de travail est empreinte d'un déséquilibre contractuel lié à l'état de subordination dans lequel le salarié se trouve placé[946]. Par conséquent, le contrat de travail se caractérise par une inégalité des parties. La relation de travail est ainsi hiérarchisée, puisque le travail salarié se caractérise par un « travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[947]. Le salarié est donc soumis aux ordres et aux directives de l'employeur.

---

941 Bernard Bossu relevait déjà cela dans un article en date de 1995 : B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p. 26.
942 M.-C. Amauger-Lattes, « La faute du salarié », *D.* 2001, p. 2698.
943 *Ibid.*
944 J. Pélissier, « La définition des sanctions disciplinaires », *Dr. soc.* 1983, p. 545.
945 A. Bacquet, « Règlement intérieur et libertés publiques », *Dr. soc.* 1980, p. 313.
946 Le déséquilibre contractuel à l'origine de l'avènement du droit du travail est à la fois lié à la situation de dépendance économique du salarié vis-à-vis de son travail, mais également à sa subordination juridique. Sur la dépendance économique du salarié comme source de déséquilibre des parties au contrat de travail, v. not. en ce sens : B. Bossu, « Quel contrat de travail au XXIe siècle ? », *Dr. soc.* 2018, p. 232 ; E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *op. cit.*, p. 546 ; O. Leclerc, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010, p. 83 ; O. Rivoal, « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006, p. 891 ; P. Cuche, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », *DH*, 1932, p. 101. Sur l'état de subordination juridique du salarié comme source de déséquilibre contractuel, v. not. en ce sens : T. Aubert-Monpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, Éd. du CNRS, 1988 ; D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, spéc. pp. 423-424 ; M. Despax, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 11.
947 Cass. soc. 13 novembre 1996, *Société générale*, *Bull. civ. V*, n° 386 (*précité*).

Le pouvoir disciplinaire dont est titulaire l'employeur traduit un « mode d'exercice particulier [de son] pouvoir de direction »[948]. Ainsi, le pouvoir disciplinaire est un « accessoire au pouvoir de direction » puisqu'il permet de faire respecter les ordres dictés par l'employeur[949]. D'ailleurs, la Cour de cassation assimile le pouvoir disciplinaire au pouvoir de direction, le premier étant la résultante du second[950]. Ce pouvoir disciplinaire permet ainsi à l'employeur de sanctionner les manquements du salarié à ses obligations contractuelles[951]. Plus précisément, la faute disciplinaire peut résulter d'un *manquement contractuel* commis par le salarié et plus exactement, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, d'un « manquement aux obligations résultant de son contrat »[952]. Elle est donc, entre autres choses, une faute contractuelle[953]. La désobéissance du salarié à un acte commandité par l'employeur constitue donc en principe une faute contractuelle de nature à justifier l'exercice de l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe, qui paralysent le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Dès lors, il convient de déterminer si une situation d'absence injustifiée peut recevoir la qualification de faute disciplinaire.

264.- L'assimilation de l'absence injustifiée à une faute disciplinaire ? Lorsque la notion d'absence a été reçue par le droit social à la fin du XIX^e^ siècle, l'absence entravait, à n'en pas douter, la bonne marche de l'entreprise. À cette époque, l'industrialisation du travail se caractérisait en effet par des tâches individuelles interdépendantes[954]. C'est ainsi que l'absence du salarié pouvait socialement être perçue comme portant atteinte à l'harmonie de la collectivité des travailleurs[955]. Partant, s'il peut exister des cas dans lesquels l'absence du salarié peut être justifiée[956], il n'en demeure pas moins que l'absence du salarié peut également être injustifiée et répondre à la qualification de faute disciplinaire. Le cas échéant, elle permet à

---

948 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Lefebvre Dalloz, coll. Précis, 37e éd., 2023, p. 1067. Il convient de relever que la dernière version de cet ouvrage, datant de 2025, ne définit plus le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

949 *Ibid.*, p. 1069.

950 V. en ce sens : Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-14.811 ; *JCP E* 2016, n° 22, p. 58, note F. Duquesne ; *Dr. soc.* 2016, n° 7, p. 650, chron. S. Tournaux ; *JCP S* 2016, n° 21, p. 26, note F. Broud et E. Mialhe.

951 À titre d'illustration, v. en ce sens : Cass. soc., 4 juill. 2000, Bull. civ. V, n° 263.

952 Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803 ; *D.* 2007, p. 2137, obs. J. Mouly ; *SSL* 2007, p. 1310, note Ph. Waquet ; *JCP* 2007, p. 10129, obs. T. Aubert-Montpeyssen ; *JCP* 2007, p. 10129, obs. G. Loiseau ; *Dr. ouvr.* 2008, p. 25, note S. Ducrocq ; Conf. notamment par : Cass. soc., 4 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 263.

953 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.,* p. 1069.

954 S. Schweitzer, « Industrialisation, hiérarchies au travail et hiérarchies sociales au 20e siècle », *Revue d'histoire* 1997, p. 103.

955 S. Schweitzer, *Des engrenages à la chaîne : Les usines Citroën (1915-1935)*, PUL, 1982.

956 V. Chapitre 2 du présent Titre, qui porte sur les absences justifiées.

l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire[957]. En effet, la jurisprudence semble assimiler la *faute contractuelle* à la *faute disciplinaire*. Cette dernière est caractérisée lorsque le salarié manque aux obligations résultant de son contrat[958]. Selon ces dernières, le salarié est tenu d'être à la disposition de l'employeur pour exécuter sa prestation de travail. Or, le salarié dont l'absence est injustifiée manque à cette obligation. Partant, l'absence injustifiée traduit à la fois une *faute contractuelle* en droit commun des contrats et une *faute disciplinaire* en droit du travail. Toutefois, il convient de relever que certaines situations échappent à la qualification de faute disciplinaire.

265.- Des situations échappant à la qualification de faute disciplinaire : réflexions sur le critère de l'intention du salarié à la commission de la faute. La faute du salarié échappe à la faute disciplinaire si elle résulte de l'exercice d'un droit, et notamment d'un droit d'absence. Ainsi, le salarié qui n'exécute pas sa prestation de travail parce qu'il fait usage de son droit de grève ou du droit d'absence en raison de la maladie ne peut être sanctionné sur le terrain disciplinaire. En conséquence, les absences justifiées échappent à l'exercice du droit disciplinaire de l'employeur dans la mesure où elles sont régulières et qu'elles répondent aux impératifs de fond et de forme inhérents aux absences justifiées. En outre, de jurisprudence constante, l'insuffisance professionnelle échappe à la qualification de faute disciplinaire[959]. Pourtant, il serait possible de penser que dans ce cas, l'exécution défectueuse de la prestation de travail pourrait être sanctionnée sur le terrain du droit disciplinaire. Au fil du temps, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu préciser sa jurisprudence. L'insuffisance professionnelle peut constituer une faute disciplinaire si elle résulte d'une « abstention volontaire ou d'une volonté délibérée » du salarié[960]. C'est donc le critère de l'intentionnalité de l'insuffisance professionnelle qui permet de la faire basculer vers la qualification de faute disciplinaire. Une telle analyse pourrait conduire à affirmer que la faute disciplinaire ne pourrait intervenir qu'en cas de *manquement volontaire* du salarié. L'intentionnalité du manquement serait ainsi un critère déterminant à la qualification de la faute disciplinaire. Une telle définition conduirait à considérer que toute absence injustifiée ne caractérise pas nécessairement une faute disciplinaire. Toutefois, une telle analyse échoue notamment en matière d'absence pour raison

[957] Sur ce point : v. *infra*, Section 2, §1 du présent Chapitre.
[958] V. en ce sens : Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-30.803. V. également : Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464 ; *RJS* 2011, n° 7, p. 541 ; *Dr. ouvr.* 2011, n° 759, p. 601, note C. Bottin-Vaillant ; *JCP S* 2011, n° 26, p. 38, note D. Corrignan-Carsin.
[959] Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163 : dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que « l'insuffisance professionnelle ne présente pas un caractère fautif ». Conf. notamment par Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-40.310 : « l'insuffisance professionnelle ne constitue pas en elle-même une faute ».
[960] V. en ce sens : Cass. soc. 22 sept. 2021, n° 19-22.166 ; Cass. soc. 23 juin 2010, n° 04-40.073.

de santé. Si le salarié n'envoie pas le certificat médical à l'employeur dans un délai de quarante-huit heures, bien que la maladie soit avérée, il commet cependant une faute disciplinaire puisqu'il encourt une sanction disciplinaire et ce, même s'il n'a pas eu la volonté délibérée de commettre un tel manquement[961]. Par conséquent, l'intention du salarié ne semble pas être un critère pertinent pour retenir la faute disciplinaire. Toute absence injustifiée semble donc, en principe, caractériser l'existence d'une faute disciplinaire[962]. En outre, la faute disciplinaire résultant de l'absence injustifiée peut être d'intensité variable.

266.- L'importance des circonstances dans lesquelles la faute a été commise. La qualification de la faute disciplinaire commise en raison d'absences injustifiées est appréciée *in concreto* par les magistrats. Si l'absence injustifiée caractérise une faute disciplinaire, cette dernière peut être d'intensité variable. En effet, elle fait l'objet d'une appréciation par les juges qui considèreront, au regard des circonstances dans lesquelles la faute a été commise et de l'attitude du salarié, qu'elle est d'une gravité plus ou moins importante. Le motif d'absence est également déterminant dans la qualification de la faute, notamment quant à la gravité de celle-ci. À titre d'illustration, les magistrats se montrent habituellement plus cléments lorsque l'absence injustifiée est due à un motif de santé ou à un motif familial[963]. De manière générale, l'analyse de la jurisprudence concernant la qualification de la faute consécutive à une absence injustifiée permet d'établir un constat. En effet, les circonstances urgentes d'une absence injustifiée et la bonne foi du salarié conduisent généralement les juges à ne pas retenir la qualification de faute grave. Cependant, les juges semblent se livrer à une appréciation plus sévère à l'encontre des salariés qui ne justifient pas leur absence alors même qu'ils auraient été

961 V. en ce sens : Cass. soc., 25 janv. 1990, n° 89-43.651 : la négligence du salarié dans l'affranchissement de la lettre d'envoi du certificat médical justifiant son absence pour raison de santé, ayant conduit l'employeur à recevoir ledit certificat dans un délai de 7 jours calendaires après le premier jour de l'arrêt de travail, confère au licenciement intervenu un caractère réel et sérieux.

962 Hors les cas dans lesquels l'absence injustifiée résulte de circonstances impérieuses privant temporairement le salarié d'être en mesure de justifier son absence. À titre d'illustration, c'est le cas du salarié victime d'un accident dans le cadre de sa vie personnelle, hospitalisée et dont l'état de santé le prive de pouvoir communiquer pour justifier son absence. Généralement, l'état de santé du salarié ou des circonstances exceptionnelles le priveront de justifier son absence, bien que la raison de celle-ci soit légalement admise. Il s'agira donc d'absences temporairement injustifiées.

963 Pour des exemples jurisprudentiels : les juges n'ont pas retenu la qualification de faute grave pour l'absence injustifiée d'un salarié qui s'est rendu urgemment à une consultation médicale en raison de son état de santé : Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738, *précité*. De même, les juges n'ont pas retenu la faute grave à l'encontre d'un salarié qui a quitté son travail une heure plus tôt et à plusieurs reprises pour aller récupérer son enfant à la crèche, sans avoir sollicité l'autorisation préalable de l'employeur ni même l'en avoir informé : Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-40.333.

en mesure de le faire. Cela traduit la mauvaise foi du travailleur subordonné, qui est sanctionnée par les juges par la qualification de faute grave.

267.- D'une faute sérieuse... Si l'absence injustifiée constitue la plupart du temps une faute disciplinaire, il convient cependant de relever que la qualification de faute grave a pu être écartée dans un certain nombre de situations. En effet, par définition, si la faute grave n'est pas définie par la loi, elle est pour les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation « celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise »[964]. Elle permet dès lors la rupture de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. L'absence injustifiée, unique et isolée, pourra être considérée comme étant d'une gravité moindre si le salarié s'est trouvé empêché de la justifier par des circonstances impérieuses, notamment personnelles[965]. L'ancienneté du salarié joue également un rôle prépondérant dans l'atténuation de la gravité de la faute. Ainsi, le fait pour un salarié d'être présent depuis de nombreuses années au sein de l'entreprise constitue une circonstance atténuante dans l'appréciation de la gravité de la faute[966]. De même, si le salarié reprend le travail après une mise en demeure de l'employeur, la faute grave ne saurait être retenue. Son absence ayant pris fin, elle ne rend plus impossible la poursuite des relations contractuelles[967].

---

964 Cette définition prétorienne fait suite à une ancienne définition de la faute grave qui avait été précédemment établie par cette même juridiction, selon laquelle la faute grave « résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis : Cass. soc., 26 fév. 1991, n° 88-44.908. La nouvelle définition de la faute grave a été dégagée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt de 2007, et fait l'objet depuis lors d'une jurisprudence constante. V. en ce sens : Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867 ; *JCP E* 2007, p. 42 ; *JCP S* 2007, p. 25, note A. Bugada ; *RDT* 2007, p. 650, obs. G. Auzero ; *JCP G* 2007, p. 55, note D. Corrignan-Carsin. Sur la confirmation de la définition de la faute grave, v. en ce sens : Cass. soc., 20 juin 2015, n° 14-11.077 ; *RDT* 2016, n° 2, p. 108, note Y. Ferkane ; *D.* 2015, n° 40, p. 2340, pan. P. Lokiec et J. Porta ; Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-41.294 ; *JCP S* 2011, n° 12, p. 17, note A. Martinon ; *BJT* 2010, n° 225, note F.-J. Pansier ; Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-21.196 (rappelé dans cet arrêt plus implicitement, puisqu'il est expressément indiqué au sujet d'un acte du salarié qu'il était « de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et constituait une faute grave ») ; *D.* 2018, n° 15, pan. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc* 2017, n° 10, p. 843, chron. S. Tournaux ; *Lexbase soc.* 2017, n° 699, note S. Tournaux.

965 Pour illustration, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu juger que l'absence du salarié, injustifiée et d'une durée de plus de trois semaines, ne pouvait revêtir la qualification de faute grave dans la mesure où elle s'expliquait par les circonstances tragiques du décès du frère du salarié dans un pays étranger : Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-43.283 ; *BJT* 2001, n° 127, p. 55, note F.-J. Pansier.

966 La faute grave n'a pas été retenue pour des salariés ayant plus de vingt ans d'ancienneté : Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-17.563. V. également : Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-43.782 (refus de qualification d'une faute grave à l'encontre d'un salarié ayant vingt-cinq années d'ancienneté, qui s'est absenté durant une semaine sans justification alors que son comportement était irréprochable depuis son embauche).

967 Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 10-23.183 (salarié ayant repris le travail à l'issue d'une période d'absence, comme le lui avait demandé l'employeur, n'empêchant pas selon la Cour de cassation « la poursuite de son contrat de travail »).

268.- … À une faute grave. Dans un arrêt rendu en 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé la définition de la faute grave, en précisant qu'elle « implique [l']éviction immédiate [du salarié] »[968]. Bernard Teyssié a d'ailleurs rappelé à cet égard que la faute grave « ouvre droit à la rupture immédiate du contrat de travail »[969]. La faute grave est généralement retenue en cas d'absence injustifiée[970]. Elle a pu être retenue par les juges à l'encontre d'un salarié qui n'a pas justifié son absence après plusieurs mises en demeure de l'employeur[971]. De même, elle l'est presque systématiquement en matière de congés, lorsque le salarié n'a pas suivi les dates convenues avec l'employeur. Ainsi, le salarié qui modifie ses jours de travail de sa propre initiative commet une faute grave[972]. Ce comportement fautif du salarié revêt une importance accrue s'il désorganise le fonctionnement du service[973]. Enfin, les magistrats ont pu considérer que le comportement d'un salarié ayant refusé de reprendre son poste à l'issue d'une période de congés payés, durant laquelle il avait épuisé l'intégralité de son droit à congés, était constitutif d'une faute grave de nature à justifier le licenciement disciplinaire[974]. La gravité de la faute commise par le salarié ne faisait ici nul doute, car il s'est délibérément soustrait à ses obligations contractuelles alors qu'aucun motif ne l'y autorisait et que ce comportement était guidé par une volonté d'allonger la durée de son congé payé. Par ailleurs, la durée importante d'une absence injustifiée conduit également les juges à qualifier le comportement du salarié de faute grave. La durée de l'absence est donc une circonstance aggravante de la faute commise. Le caractère répété des absences injustifiées est lui aussi caractéristique d'une faute grave[975]. Enfin, la faute grave sera systématiquement retenue lorsque

---

968 Plus exactement, la Cour de cassation dans un premier temps, a confirmé la définition préétablie de la faute grave, avant d'ajouter ce nouvel élément de définition. Ainsi, elle a exactement précisé que « la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et implique son éviction immédiate » : Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841 ; *Dr. soc.* 2022, p. 1052, obs. J. Mouly ; *RDT* 2022, p. 593, obs. F. Guiomard ; *Procédures* 2022, 250, comm. A. Bugada ; *JCP S* 2022, p. 1280, note M. Segonds. Cet arrêt a également permis de clarifier les conséquences d'une condamnation pénale sur le contentieux prud'homal et le contrôle du licenciement disciplinaire. Dans cet arrêt, la chambre sociale a ainsi considéré que l'autorité de la chose jugée au pénal faisait obstacle à l'action du salarié devant le juge prud'homal en contestation de la licéité du mode de preuve considéré comme probant par le juge pénal. Ainsi, c'est plus exactement sur cette partie de la solution que portent les notes, commentaires et observations de jurisprudence précités.

969 B. Teyssié, « Faute grave : état des lieux », *JCP S* 2024, 1219.

970 *Ibid.*

971 V. en ce sens : Cass. soc., 20 nov. 2014, n° 13-23.719 ; Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-25.823 ; *BJT* 2012, n° 240, p. 142, obs. F.-J. Pansier ; Cass. soc., 20 oct. 2011, n° 10-24.059 ; Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 06-41.671.

972 V. en ce sens : Cass. soc., 27 sept. 2011, n° 10-20.915, *précité* ; Cass. soc., 26 oct. 1989, n° 87-40.555, *précité.*

973 Cass. soc., 23 nov. 1989, n° 87-40.555, *précité* (le licenciement du salarié ayant pris un jour de congé, de sa propre initiative et pour convenance personnelle, sans se soucier de l'intérêt du service dont il avait la charge est considéré comme justifié).

974 Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.029, *précité.*

975 Cass. soc., 16 février 2012, n° 10-23.883 (absences et retards répétés, malgré des avertissements antérieurs pour des faits de même nature) ; Cass. soc., 19 mars 1987, n° 84-40.716 (les nombreux retards et absences étant de nature à désorganiser la bonne marche de l'entreprise sont constitutifs d'une faute grave).

l'employeur parvient à rapporter la preuve que les absences injustifiées, fréquentes et répétées, traduisent un refus du salarié de se soumettre à la discipline de l'entreprise[976]. Dans ce dernier cas, la faute grave se traduit par l'acte d'insubordination du salarié. Bien qu'elle ne soit pas nécessaire pour que l'employeur puisse prononcer un licenciement disciplinaire, la caractérisation de la faute grave n'en demeure pas moins importante, puisqu'elle donne lieu à une perte financière conséquente pour le salarié. En effet, lorsqu'elle est retenue, le salarié est privé – sauf dispositions conventionnelles plus favorables –du délai de préavis de rupture[977] ou à défaut, du bénéficie de l'indemnité compensatrice de préavis[978]. En outre, il ne bénéficie pas de l'indemnité de licenciement[979], sauf si une clause contractuelle en dispose autrement[980]. C'est la raison pour laquelle le doyen honoraire Philippe Waquet appelait les juges du fond à une certaine vigilance s'agissant de la caractérisation de la faute grave. Il semble déplorer que les juges du fond fassent souvent preuve d'une certaine sévérité à l'égard de son appréciation qui révélerait, selon lui, « une tendance à confondre le droit et la morale ». Or, il serait nécessaire de tenir compte du fait que, si certains cas sont relativement bénins et justifient éventuellement la rupture du contrat, il n'y a pas lieu d'ajouter une perte de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement[981]. Cependant, si la faute grave est généralement retenue en matière

---

976 Cass. soc., 30 oct. 1991, n° 88-44.351 (les absences injustifiées et retards réitérés, traduisant la volonté délibérée du salarié de refuser la discipline, rendent impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, y compris pendant la période de préavis).

977 Les modalités relatives au préavis de départ sont fixées par l'article L. 1234-1, qui prévoit que « lorsque le licenciement n'est *pas motivé par une faute grave*, le salarié a droit […] à un préavis », dont la durée varie selon son ancienneté dans l'entreprise.

978 À défaut d'exécution du préavis, le salarié « a droit, *sauf s'il a commis une faute grave*, à une indemnité compensatrice » : C. trav., art. L. 1234-5 al. 1er.

979 C. trav., art. L. 1234-9 : « Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, *sauf en cas de faute grave*, à une indemnité de licenciement ».

980 En effet, la Cour de cassation avait admis qu'une clause puisse prévoir en la matière une disposition plus favorable au salarié. En l'occurrence, elle pouvait prévoir le versement d'une indemnité de licenciement, y compris en cas de faute grave : Cass. soc., 4 juill. 1990, n° 87-40.433. La juridiction avait cependant précisé que pour ce faire, la clause devait expressément prévoir le versement d'une telle indemnité en cas de faute grave. En d'autres termes, le silence relatif à la situation de commission d'une faute grave ne devait pas être interprété comme ouvrant droit pour le salarié à une telle indemnité : Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-44.564 ; *JCP S* 2009, n° 27, p. 28, note F. Dumont ; *Lexbase soc.* 2009, n° 346, obs. S. Tournaux. La Cour de cassation a cependant infléchi une telle solution puisqu'elle a précisé dans un arrêt rendu en 2017 « il n'est pas interdit aux parties d'adopter une disposition plus favorable au salarié que celle de la loi en matière de licenciement et que la clause litigieuse n'excluait pas le versement de l'indemnité d'un montant minimum de neuf mois de salaire en cas de licenciement pour faute grave » : Cass. soc., 31 mai 2017, n° 16-10.354 ; *RDT* 2017, p. 542, note S. Tournaux. Partant, comme l'observe Sébastien Tournaux, « elle abandonne la directive d'interprétation rigoureuse donnée en 2009 pour admettre que le silence de la clause s'agissant de la faute grave, plus favorable au salarié, doit primer sur l'exclusion légale de l'indemnité dans pareille situation » : S. Tournaux, « L'indemnité contractuelle de licenciement en cas de faute grave du salarié », *RDT* 2017, p. 542.

981 Ph. Waquet, « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », *Dr. soc.* 2009, p. 1177. Au-delà, le doyen honoraire Philippe Waquet semble favorable à une distinction de la faute grave existante, en deux catégories de faute grave : la première viserait uniquement à priver le salarié du délai de préavis

d'absence injustifiée, il convient d'observer qu'elle ne l'est pas de manière systématique. Pour exemple, dans un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 janvier 2024, les magistrats ont exclu la qualification de faute grave d'un salarié en situation d'absence injustifiée prolongée. Dans cet arrêt, les juges du fond avaient constaté que bien que le salarié occupait un poste important dans l'entreprise, « au regard du contexte tenant à son ancienneté, à son passé disciplinaire irréprochable et à la nécessité de porter assistance à sa mère âgée, malade et isolée, [les faits reprochés d'absence injustifiée] ne rendaient pas impossible son maintien dans l'entreprise »[982]. Dès lors, si la faute disciplinaire est en principe établie en matière d'absence injustifiée, reste à déterminer son degré d'intensité afin que la sanction appliquée soit proportionnelle à la gravité de la faute commise.

B) L'application d'une sanction disciplinaire à une situation d'absence injustifiée

269.- La sanction disciplinaire, conséquence de la faute disciplinaire. La sanction disciplinaire est définie par le législateur comme étant « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif […] »[983]. Ainsi, la commission d'une faute disciplinaire par le salarié constitue la condition nécessaire à la prise d'une mesure disciplinaire par l'employeur[984]. La faute est donc la « cause de la sanction »[985]. À l'instar du droit de la responsabilité civile, il doit également exister en droit disciplinaire un lien de causalité entre la faute commise par le salarié et la sanction disciplinaire prise par l'employeur. Or, dans la mesure où l'absence injustifiée caractérise une faute disciplinaire, l'employeur peut alors faire usage de son droit disciplinaire en prenant une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié absent. Cette sanction disciplinaire revêt ainsi un double caractère punitif et coercitif, puisque le consentement du

ou de l'indemnité de préavis ; quant à la seconde, elle serait privatrice de l'indemnité de licenciement. La distinction reposerait sur l'existence ou non d'un préjudice en lien avec la faute, qui serait inexistant lorsqu'il s'agit simplement de priver le salarié du délai de préavis ou de l'indemnité compensatrice mais qui devrait être établie pour la privation de l'indemnité de licenciement.

982 Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-24.589 ; *BJT* 2024, n° 3, p. 13, obs. A. Charbonneau.

983 C. trav., art. L. 1331-1. L'article poursuit en indiquant que ladite mesure est « de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

984 Cette affirmation doit cependant être nuancée. Selon Patrice Adam, il convient de distinguer l'approche subjective et l'approche objective de la sanction. Patrice Adam relève ainsi que dans une approche subjective, peu importe que l'acte commis par le salarié soit constitutif d'une faute disciplinaire pour qu'une sanction soit envisagée ; il suffit qu'il soit perçu comme fautif par l'employeur. En d'autres termes, la réalité de la faute importe peu, pourvu qu'elle soit perçue comme telle par l'employeur. Dans une approche objective en revanche, la réalité de la commission d'une faute par l'employeur est une condition préalable à la sanction de l'employeur : P. Adam, « De quoi la "faute" et la "sanction" sont-elles le nom ? », *RDT* 2015, p. 590.

985 S. Frossard, « Les caractères de la sanction disciplinaire », *RDT* 2012, p. 685.

salarié à la sanction n'est pas requis[986]. Il doit cependant être informé de la sanction prise à son encontre[987]. Il peut également la contester s'il considère qu'il n'a pas commis de faute ou que la sanction prise est disproportionnée.

270.- L'exigence de proportionnalité entre la gravité de la faute et la sanction. La gravité de la faute commise a une incidence directe sur la *sanction* que l'employeur est habilité à prendre[988]. Il existe une grande pluralité de sanctions disciplinaires pouvant être prises par l'employeur à la suite d'une faute commise par le salarié. Depuis 1982, le législateur impose à l'employeur de prévoir expressément toutes les sanctions disciplinaires applicables aux salariés au sein du règlement intérieur[989]. Dès lors, seules les sanctions prévues par le règlement intérieur peuvent être prononcées par l'employeur[990]. La jurisprudence affirme en outre que lesdites sanctions peuvent être prévues par voie conventionnelle[991]. Ces dispositions tiendront lieu, le cas échéant, de règlement intérieur ou d'annexes de ce dernier[992]. Les sanctions disciplinaires sont graduelles. Elles peuvent, à titre d'illustration, aller du simple avertissement au licenciement disciplinaire du salarié. En outre, il existe une exigence de proportionnalité puisque la sanction disciplinaire doit être strictement proportionnelle à la faute commise. Dès lors, le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. Il apprécie *in concerto* la proportionnalité entre la sanction disciplinaire prise par l'employeur et la faute commise par le salarié. En matière d'absences injustifiées, la gravité de la faute commise dépend, comme il a été précédemment démontré, d'un ensemble d'éléments factuels.

---

986 *Ibid.*

987 C. trav., art. L. 1332-1 : « Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui ».

988 Cet impératif de proportionnalité de la sanction à la faute commise ressort des termes de l'article L. 1333-2 du Code du travail, qui précise que « Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction […] disproportionnée à la faute commise ». Cette règle a été introduite par la loi du 4 août 1982 et met fin à la jurisprudence selon laquelle le juge ne pouvait annuler une sanction qu'il jugeait excessive. Sur ce point, v. en ce sens : H. Sinay, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises », *Dr. soc.* 1979, p. 56.

989 C. trav., art. L. 1321-1.

990 V. en ce sens : Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090 : « une sanction disciplinaire autre que le licenciement ne peut être prononcée contre un salarié […] que si elle est prévue par le règlement intérieur prescrit par l'article L. 1311-2 du code du travail » ; *Dr. soc* 2017, n° 6, p. 573, note J. Mouly ; *Procédures* 2017, n° 6, p. 19, note A. Bugada ; *JCP S* 2017, n° 18, p. 27, note F. Dumont. Conf. not. par : Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740 : le prononcé d'une sanction disciplinaire est inhérent au pouvoir disciplinaire de l'employeur, « lequel a la faculté, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur ou d'une convention collective, d'en faire usage » ; *JCP E* 2011, n° 18, p. 42, chron. F. Bousez ; *RLDA* 2010, n° 55, p. 57, note I. Cornese ; *Dr. ouvr.* 2011, n° 752, p. 181, note S. Mess.

991 A. Barège, « Le droit disciplinaire et la convention collective », *JCP S* 2021, p. 18.

992 Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-43.387, Bull. Civ. V, n° 245.

271.- Une action enserrée dans un délai de prescription de deux mois. Sur le plan procédural, la sanction disciplinaire fait, elle aussi, l'objet d'un délai de prescription. En effet, elle doit impérativement intervenir dans un délai de deux mois à compter de la commission du fait fautif[993]. Passé ce délai, l'employeur ne pourra plus prendre de sanction à l'encontre de la faute disciplinaire commise par le salarié. Une telle sanction serait alors frappée de nullité[994]. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que ce délai de prescription était également applicable à une mise à pied disciplinaire prise à la suite d'absences injustifiées[995]. L'employeur doit donc veiller à prendre la sanction disciplinaire suffisamment tôt afin que cette dernière soit licite. Ce délai de prescription vise à préserver le salarié de la menace intemporelle d'une sanction relative à une faute commise. En outre, compte tenu du déséquilibre contractuel inhérent au contrat de travail, un délai de prescription trop long serait une menace trop importante pour le travailleur subordonné. Pour autant, le délai de prescription doit être suffisant, de sorte que l'employeur ait le temps d'entreprendre les démarches nécessaires pour se conformer à la procédure inhérente à la sanction disciplinaire qu'il envisage.

§2 : Une politique de sanction de l'absence au détriment de politiques incitatives de présence au travail

272.- Plan. Il vient d'être démontré que les dispositifs juridiques existant, notamment le droit disciplinaire, permettent à l'employeur de sanctionner le salarié en situation d'absence injustifiée. Une telle politique pourrait conduire l'employeur à un comportement attentiste en matière de mesures préventives. Tant que le salarié est présent au travail, il n'est pas encouragé à prendre de quelconques mesures de prévention des absences. Une fois que l'absence survient, l'employeur pourra prendre les mesures curatives[996]. Il convient de relever que les dispositifs juridiques existants peuvent inciter l'employeur à éloigner le salarié de l'entreprise, de manière temporaire, voire définitive. C'est notamment le cas pour l'abandon de poste **(I)**. Aux côtés de ces mesures curatives, il existe quelques dispositifs épars de prévention des absences

[993] C. trav., art. L. 1332-4. Ce texte prévoit cependant une exception à ce principe, si des poursuites pénales ont été exercées pendant ce délai.
[994] C. trav., art. L. 1333-2 : « Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ».
[995] Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.838. En l'espèce, les juges ont considéré que la mise à pied disciplinaire était prescrite et en conséquence injustifiée, dès lors que chacune des absences était antérieure au délai de deux mois.
[996] Le vocable de *mesures curatives* s'oppose ici à celui de mesures préventives. Par conséquent, il entend désigner le dispositif juridique mis en œuvre postérieurement à la survenue d'une absence injustifiée.

injustifiées. Le caractère très exceptionnel de ces mesures, mais également l'usage qui en est fait, interrogent. À ce titre, les dispositifs de prévention pourraient apparaître comme insuffisants **(II)**.

I- Une possible assimilation de l'absence injustifiée à un abandon de poste

273.- Plan. L'abandon de poste est souvent confondu avec l'absence injustifiée. Pourtant, si cette assimilation peut être admise dans certains cas, elle ne saurait l'être de manière systématique. L'abandon de poste apparaît en réalité comme une absence injustifiée aggravée, étant nécessairement constitutive d'une faute disciplinaire **(A)**. Pourtant, ses critères de définition sont relativement extensifs, ce qui peut inciter l'employeur à requalifier une absence injustifiée en abandon de poste. *In fine*, le caractère extensif des éléments déterminants de sa qualification pourrait inciter l'employeur à requalifier une absence injustifiée en abandon de poste, ce d'autant plus que le régime juridique de l'abandon de poste lui est particulièrement favorable **(B)**.

A) L'abandon de poste comme absence injustifiée aggravée

274.- Plan. L'abandon de poste a souvent fait l'objet de nombreuses réflexions juridiques. Pourtant, cette qualification d'origine prétorienne est relativement imprécise, parce qu'elle ne bénéficie pas d'une définition universelle. Les juges se livrent à une appréciation *in concreto* afin de déterminer si une situation d'absence entre dans le champ de définition de l'abandon de poste. Or, une telle qualification est importante puisqu'elle donne lieu à un régime juridique permettant à l'employeur de licencier le salarié et depuis 2022, de rompre le contrat de travail en faisant jouer la présomption de démission **(2)**. Ainsi, au vu des effets juridiques que l'abandon de poste produit, la présente étude entend clarifier sa définition **(1)**.

1. Essai d'une définition juridique de l'abandon de poste

275.- Plan. Selon une définition livrée par la DARES, l'abandon de poste caractériserait « une situation dans laquelle un salarié quitte son poste de travail sans avoir

prévenu ou obtenu l'autorisation de son employeur »[997]. Une telle définition semble ainsi rejoindre celle de l'absence injustifiée. Pour autant, est-ce à dire que *l'absence injustifiée* et *l'abandon de poste* sont parfaitement synonymes ? À la lecture de la jurisprudence, il semblerait que cette interrogation induise une réponse négative **(a)**. Pour s'en convaincre, les critères de définition de l'abandon de poste entendent être dégagés **(b)**.

a- Une discordance de définition avec l'absence injustifiée

276.- Origines et analyses historiques de la notion d'abandon de poste. L'abandon de poste est une expression ancienne. Des études du début du XXe siècle y étaient déjà consacrées[998]. En outre, les arrêts rendus par la Cour de cassation à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle l'évoquent pour justifier la rupture du contrat de travail du salarié. Plus exactement, les premières jurisprudences accessibles renvoient à un « abandon du travail »[999]. Dans certains arrêts, d'autres expressions sont employées de manière singulière, telles que l' « abandon des fonctions »[1000] ou l' « abandon du contrat de travail »[1001]. Ce n'est qu'à partir de 1965 que *l'abandon de poste* apparaît en tant que tel dans les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation[1002]. Il semblerait d'ailleurs qu'à cette époque, les magistrats assimilaient purement et simplement l'abandon de poste à l'absence injustifiée[1003]. En effet, les arrêts rendus par la Cour de cassation qualifiaient expressément l'abandon de poste d' « injustifié »[1004] ou de « momentané »[1005]. L'emploi de ces adjectifs démontre que l'abandon de poste n'était pas nécessairement fautif[1006]. Ainsi, l'abandon de poste, tel qu'usité par la

997 L. Brembilla, O. Dorothée, G. Graindorge, « Combien de salariés abandonnent leur poste et que deviennent-ils ? », *DARES publication* 22 fév. 2023, Focus n° 12.

998 V. en ce sens : A. Chevron, *De l'abandon de poste*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Nancy, 1919 ; A. Lestra, *De l'abandon de poste*, Thèse, Université de Harvard, 1917.

999 Les jurisprudences les plus anciennes dont il est fait allusion renvoient à une recherche par mot clé, effectuée sur le site www.legifrance.fr. V. en ce sens : Cass. soc., 21 juill. 1966 (Bull. civ., n° 727) ; Cass. soc., 12 mai 1966 (Bull. civ., n° 457) ; Cass. soc., 16 déc. 1965 (Bull. civ., n° 942) ; Cass. soc., 3 mars 1965 (Bull. civ., n° 177) ; Cass. soc., 21 nov. 1963 (Bull. civ., n° 819) ; Cass. soc., 9 déc. 1960 (Bull. civ., n° 1166) ; Cass. soc., 13 janv. 1960 (Bull. civ., n° 32).

1000 V. en ce sens : Cass. soc., 25 mars 1963 (Bull. civ., n° 289).

1001 V. en ce sens : Cass. soc., 18 juill. 1964 (Bull. civ., n° 635).

1002 Le premier arrêt que l'on trouve, d'ailleurs publié au bulletin de la Cour de cassation est le suivant : Cass. soc., 16 déc. 1965, *précité*.

1003 Dans l'arrêt précité, les magistrats concluent à l '« abandon de poste pour une raison personnelle » d'un salarié ayant quitté son travail, avant l'heure normale de sortie, sans autorisation et en violation du règlement intérieur de l'entreprise.

1004 Cass. soc., 16 déc. 1963 (Bull. civ., n° 882).

1005 Cass. soc., 12 mai 1966, *précité* ; Cass. soc., 16 déc. 1965, *précité*.

1006 En effet, l'emploi de ces qualificatifs laissent à penser par un raisonnement *a contrario* qu'il a pu exister des abandons de poste justifiés ou définitifs. Par conséquent, les abandons de poste *justifiés* s'assimileraient à des

chambre sociale dans les années 1960, renvoyait à l'absence, justifiée ou injustifiée, du salarié au travail. En somme, l'usage de l'*abandon de poste* par la Cour de cassation permet de constater qu'il désignait le fait que le salarié avait quitté son poste sans donner de nouvelle.

277.- L'évolution de la notion : l'impossible assimilation de l'abandon de poste à une simple absence injustifiée. Si l'abandon de poste n'était pas nécessairement considéré comme une absence fautive dans les années 1960, il l'est rapidement devenu. En effet, cette notion semblait être en tous points synonyme à celle d'absence, qui peut par nature être justifiée ou injustifiée[1007]. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'elle était considérée comme fautive[1008]. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de censurer des arrêts de cours d'appel ayant retenu un abandon de poste en lieu et place d'une situation juridique différente[1009]. La corrélation établie par les juges de la Cour de cassation, entre *absence injustifiée fautive* et *abandon de poste*, semble demeurer dans certains arrêts récents[1010]. Toutefois, la chambre sociale opère parfois une distinction. À titre d'illustration, elle a censuré le raisonnement d'une cour d'appel qui retenait un licenciement pour abandon de poste, « alors que la lettre de licenciement reprochait au salarié non un abandon de poste mais une absence injustifiée »[1011]. Cette jurisprudence pourrait conduire à considérer que la chambre sociale distingue la qualification d'*abandon de poste* de celle d'*absence injustifiée*. De même, un arrêt rendu par la Cour

absences justifiées, qui ne peuvent être sanctionnées puisqu'elles reposent à la fois sur un motif d'absence légalement admis, mais également parce qu'elles respectent les impératifs procéduraux requis pour une telle qualification. Par ailleurs, l'abandon de poste « momentané » s'apparenteraient actuellement à un oxymore, si l'on considère que la condition de durabilité de l'abandon de poste est un critère de définition. Sur ce point, v. *infra*, n° 280.

1007 À titre d'illustration, les juges ont pu retenir la qualification *d'abandon de poste justifié* pour un salarié absent en raison de l'exercice du droit de grève : Cass. soc., 4 mai 1966 (Bull. civ., n° 411). Concernant l'abandon de poste injustifié, il n'existe pas d'exemple jurisprudentiel clair. Cependant, au vu de l'arrêt précité, il est permis de considérer que si les magistrats ont pris le soin de préciser qu'il s'agissait d'un *abandon de poste justifié*, cela suppose *a contrario* qu'il existerait des *abandons de poste injustifiés*, qui s'apparenteraient à l'abandon de poste tel qu'entendu aujourd'hui. Un arrêt apparaît à ce titre assez évocateur : Cass. soc., 24 avr. 1968 (Bull. civ., n° 590). Dans cet arrêt, un salarié avait été licencié pour absence injustifiée en raison du fait qu'il n'avait pas repris le travail à l'expiration d'un arrêt de travail pour raison de santé. La société, demandeur au pourvoi, arguait qu'une telle absence injustifiée devait s'analyser comme un abandon de poste et était donc constitutif d'une faute lourde, de sorte qu'elle n'avait pas à verser à l'employeur l'indemnité de départ. Cet argument est écarté par la Cour de cassation, qui considère que le comportement du salarié s'analyse en une « négligence » de sa part, de sorte qu'aucune faute lourde ne puisse être retenue à son égard. Quant à la qualification d'abandon de poste, la Cour de cassation ne l'a pas reprise mais a simplement considéré qu'il s'agissait d'un licenciement pour absence injustifiée. Cet arrêt ne constitue donc pas véritablement un exemple dans lequel les magistrats ont pu considérer que l'abandon de poste s'apparentait à une absence injustifiée.

1008 *Ibid.*

1009 Pour un exemple relatif à la qualification d'un abandon de poste en lieu et place de l'exercice du droit de grève, v. en ce sens : Cass. soc., 14 déc. 1977, n° 76-41.014.

1010 V. en ce sens : Cass. soc., 12 mai 2021, n° 20-14.507 ; Cass. soc., 13 janv. 2021, n° 19-10.437.

1011 Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-14.215.

d'appel de Nîmes le 29 novembre 2022 distingue clairement *l'absence injustifiée* de *l'abandon de poste*[1012]. Pour autant, s'il n'existe pas d'assimilation parfaite de l'abandon de poste à l'absence injustifiée, il n'en demeure pas moins qu'il existe des similitudes puisque leur qualification résulte d'un comportement fautif du salarié. En définitive, l'abandon de poste caractérise une absence injustifiée aggravée.

b- Les critères de définition de l'abandon de poste

278.- Le caractère fautif de l'abandon de poste. L'analyse du terme *abandon* est utile à l'élaboration d'une définition de *l'abandon de poste*. Il est empreint d'une connotation dépréciative. En effet, ce terme est défini comme le « fait de délaisser une personne, un bien ou une activité au mépris d'un devoir »[1013]. Appliqué à l'abandon de poste, il s'agit donc, pour le salarié, de délaisser son poste de travail et par conséquent, son travail au mépris de l'obligation contractuelle qui lui impose de l'accomplir. L'abandon de poste caractérise ainsi, un « manquement [du salarié] aux obligations essentielles du contrat de travail »[1014]. Le terme « *délaisser* » revêt également une connotation péjorative. Contrairement à l'absence, l'abandon de poste semble systématiquement fautif tant sur le plan contractuel que disciplinaire. Partant, il doit être considéré comme une forme d'absence injustifiée aggravée[1015]. Comme il a été démontré, l'absence peut être injustifiée du seul fait qu'elle ne respecte pas les impératifs de procédure relatifs à l'absence justifiée, ou parce que le motif d'absence ne donne pas lieu, pour le salarié, à un droit d'absence. Pour autant, le motif peut être justifié *a posteriori*, ce qui entraînerait pour conséquence le fait qu'une absence *a priori* injustifiée soit *in fine* qualifiée d'absence justifiée. C'est notamment le cas d'un salarié malade, qui ne transmettrait le certificat médical qu'après le deuxième jour d'absence puisqu'il dispose en théorie d'un délai conventionnel ou du délai légal de quarante-huit heures. Durant la première journée, son absence n'est pas encore justifiée mais le fait qu'elle le soit *a posteriori* suffit à la qualifier

[1012] CA de Nîmes, 29 nov. 2022, n° 19/047261 : « L'absence injustifiée consiste dans le fait de ne pas se présenter à son poste, toute la journée. L'abandon de poste induit d'être venu travailler, pour ensuite partir, et quitter sans autorisation, avec donc le risque réel d'être licencié pour faute grave en raison du préjudice que peut entraîner le départ anticipé de son lieu de travail ».
[1013] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 1.
[1014] V. Manigot, D. Weiss, « La présomption de démission », *JCP S* 2023, 1301.
[1015] Ce même constat peut être observé en droit de la fonction publique. En effet, un tel comportement de l'agent entraîne pour conséquence de permettre à l'Administration, « une radiation des cadres l'auteur de l'abandon, sans plus de précaution procédurales ». V. en ce sens : A. Zarca, « Abandon de poste… Vraiment ? » *in* A. Zarca, S. Niquège, « Dispute sur l'abandon de poste », *AJFP* 2016, p. 181.

d'absence justifiée. De même, il a pu être jugé que le fait pour un salarié de quitter son poste pour raison de santé pour se rendre à une consultation médicale, même sans autorisation de l'employeur et sans l'en informer, ne saurait constituer une faute et donc, un abandon de poste[1016]. En revanche, une situation d'abandon de poste ne saurait muter vers celle d'absence justifiée, puisqu'étant par définition fautif, il est impossible pour le salarié de justifier ultérieurement son absence.

279.- Un défaut d'information formelle. Le second élément caractéristique de l'abandon de poste est son caractère inopiné. Le salarié qui abandonne son poste de travail le fait en principe de manière soudaine, presque brutale, sans en avoir averti au préalable l'employeur ou un supérieur hiérarchique. En effet, si le salarié a prévenu au préalable de son absence, l'abandon de poste ne saurait être caractérisé. Dans ce cas, l'absence peut seulement être injustifiée si le motif allégué n'est pas reconnu comme étant à l'origine d'un droit d'absence pour le salarié, ou s'il ne respecte pas les impératifs de forme inhérents à la raison pour laquelle il s'absente[1017]. L'abandon de poste constitue ainsi une absence injustifiée aggravée, puisqu'il revêt un caractère soudain et imprévisible pour l'employeur. Ce dernier se trouve dépourvu de la possibilité d'anticiper les conséquences liées à l'absence, et de prévoir le fait que le salarié abandonnera son poste. Par conséquent, l'abandon de poste est susceptible de porter atteinte au fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas, il est possible de considérer qu'une faute grave est caractérisée s'il est impossible pour l'employeur de maintenir la relation de travail. Les magistrats font cependant une appréciation relativement stricte de ce critère. Pour exemple, ils ont pu juger que si le salarié pouvait être facilement remplacé, il ne saurait être retenu que l'abandon de poste entraîne une grave perturbation aux intérêts de l'entreprise, rejetant en conséquence la qualification de faute grave[1018]. Dans le même sens, l'employeur qui attend

---

1016 C'est notamment le cas du salarié qui s'absente de manière inopinée en raison de son état de santé afin de consulter son médecin : Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738 ; *JCP G* 2002, n° 27, p. 1256, note C. Puigelier ; *JCP E* 2002, n° 24, p. 1006, note C. Puigelier ; *Dr. soc.* 2001, n° 12, p. 1045, note J. Savatier. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a pu considérer que « le fait [pour le salarié] de quitter son poste en raison de son état de santé afin de consulter un médecin ne constitue pas, en soi, une faute de nature à justifier le licenciement ». En l'espèce, le médecin avait remis un certificat médical au salarié lors de la consultation, permettant à ce dernier de justifier son absence de façon rétroactive.

1017 C'est notamment le cas si le motif d'absence allégué par le salarié requiert une autorisation préalable de l'employeur, comme c'est notamment le cas en matière de congés payés.

1018 Cass. soc., 1er mars 1995, n° 91-43.718. Dans cet arrêt, les magistrats ont expressément retenu que : « attendu qu'ayant relevé qu'il avait été facile à l'employeur de remplacer la salariée et que le fonctionnement de l'entreprise n'avait pas été gravement perturbé par son absence, la cour d'appel a pu décider qu'il n'était pas impossible de maintenir la salariée dans l'entreprise pendant la durée du préavis et qu'en conséquence la faute grave n'était pas caractérisée ».

plusieurs semaines avant d'engager une procédure de licenciement, sans avoir envoyé dans l'intervalle une lettre de mise en demeure, ne saurait se prévaloir du fait que l'abandon de poste est de nature à perturber gravement le fonctionnement de l'entreprise et donc, de se prévaloir de l'existence d'une faute grave[1019]. En tout état de cause, l'abandon de poste était, jusqu'en 2022, un motif largement utilisé par les employeurs pour rompre la relation de travail. En effet, une étude de la DARES rendue au début de l'année 2023 révélait que plus de 70% des licenciements pour faute grave ou lourde sont motivés par un abandon de poste[1020]. Le caractère inopiné de l'abandon de poste doit cependant être relativisé, puisqu'en pratique, l'employeur sait au préalable que le salarié entend abandonner son poste. Une enquête menée par l'Unédic a révélé que « la moitié [des abandons de poste] sont réalisés en accord avec l'employeur, voire, pour 23% des cas, suggérés par ce dernier »[1021]. Par conséquent, le défaut d'information préalable de l'employeur d'abandonner son poste réside dans un défaut d'information formelle, qui pourrait être assimilée par l'employeur à une lettre de démission.

280.- Une absence injustifiée durable. Pour être qualifiée d'abandon de poste, l'absence injustifiée doit être d'une durée suffisamment longue. En effet, une absence injustifiée d'une journée ou *a fortiori*, de quelques heures ne suffit pas à caractériser un abandon de poste[1022]. Il en va de même d'un retard isolé. Cependant, les retards peuvent être mentionnés comme motif de licenciement, en complément de l'abandon de poste, afin de caractériser l'existence d'une faute grave[1023]. Dans ce cas, l'abandon de poste s'inscrit dans un

---

[1019] Cass. soc., 15 janv. 2003, n° 01-40.939. En l'espèce, la salariée s'était absentée durant un mois sans justifier son absence. A l'expiration d'un délai de près de six semaines, l'employeur a licencié la salariée pour faute lourde. La Cour d'appel avait déduit à l'existence d'une faute grave de nature à justifier le licenciement disciplinaire. Toutefois, les magistrats de la Cour de cassation ont exactement relevé que « à aucun moment l'employeur n'avait invité la salariée à reprendre son poste et qu'il avait attendu plusieurs semaines avant d'engager la procédure de licenciement, ce dont il résultait que le comportement de la salariée n'était pas de nature à perturber gravement le fonctionnement de l'entreprise ni à rendre impossible son maintien dans celle-ci pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave ».

[1020] L. Brembilla, O. Dorothée, G. Graindorge, « Combien de salariés abandonnent leur poste et que deviennent-ils ? », *op. cit.*, Focus n° 12. Le licenciement pour abandon de poste apparaissait ainsi le premier motif de licenciement. Selon cette étude, les abandons de poste sont en très grande majorité définitifs, ces derniers représentant 94% contre seulement 6% d'abandons de poste temporaires.

[1021] E. Daudey, B. Koehler, F. Martin, « Les abandons de poste et l'Assurance chômage », *Unédic Analyses* 13 juin 2023.

[1022] À titre d'illustration, les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont pu considérer que le comportement d'une salariée ayant dix années d'ancienneté, durant lesquelles elle « s'était acquittée de sa tâche avec dévouement et compétence » et qui « avait interrompu son activité durant une quarantaine de minutes » avant de la poursuivre n'était pas constitutif d'une faute grave et que le licenciement intervenu était privé de cause réelle et sérieuse : Cass. soc., 7 mars 2000, n° 98-41.140.

[1023] V. en ce sens : Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.090. En l'espèce, il s'agissait plus exactement d'un abandon de chantier faisant suite à une multiplicité de retards, couplée à une insuffisance professionnelle.

comportement général d'insubordination, susceptible de caractériser une faute grave[1024]. En effet, la multiplication d'absences et de retards infondés est bien souvent perçue comme une négligence du salarié voire comme un comportement d'indiscipline justifiant une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement. En matière d'abandon de poste, la gravité de la faute se traduit par le fait que le salarié ne justifie pas son absence et laisse l'employeur sans nouvelle à l'expiration d'un délai qui lui est laissé pour reprendre le travail ou justifier son absence. En définitive, l'abandon de poste se traduit par une absence totale, injustifiée et prolongée du travail. C'est la raison pour laquelle il caractérise nécessairement une absence injustifiée fautive.

281.- Une absence intentionnelle. Malgré des critères de définition relativement larges, la jurisprudence encadre l'abandon de poste. Les juges vérifient que le comportement du salarié soit suffisamment grave pour justifier le licenciement. C'est la raison pour laquelle à la lecture de la jurisprudence, il semble que les magistrats recherchent si l'absence, injustifiée et persistante, est *intentionnelle* de la part du salarié. Ils recherchent si l'absence injustifiée du salarié et le défaut de réponse à la lettre de mise en demeure se justifient par son état de santé, ou toute autre situation suffisamment grave indépendante de sa volonté, qui le priverait de reprendre le travail ou de justifier son absence. Ainsi, les juges considèrent que le licenciement pour abandon de poste d'un salarié absent, en raison de son état de santé ou du décès d'un proche, est dépourvu de cause réelle et sérieuse[1025]. Par ailleurs, l'ancienneté du salarié et son comportement irréprochable pendant de nombreuses années ont pu être retenus par les juges comme des éléments de nature à priver de cause réelle et sérieuse un licenciement pour abandon de poste[1026]. Le salarié qui ne justifie pas son absence et garde le silence à la suite d'une

[1024] De manière plus générale, tout abandon de poste qui s'inscrit dans un comportement général d'insubordination du salarié permet de caractériser une faute grave, de nature à justifier le licenciement. Tel est notamment le cas de l'abandon de poste du salarié qui avait « été provoquant, insultant et menaçant envers le gérant de l'entreprise », qui avait occasionné des dégâts à un véhicule de l'entreprise. Le salarié avait également commis d'autres actes d'insubordination au cours des deux années précédant son licenciement, pour lesquels il avait été averti par l'employeur. Dans ce cas, les juges considèrent que l'ensemble des faits permet de caractériser l'existence d'une faute grave : Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-10.632.

[1025] Par exemple, il a pu être jugé que le licenciement pour faute grave consécutif à « l'absence injustifiée du salarié, qui rencontrait de nombreuses difficultés personnelles et de santé, et avait plus de vingt ans d'ancienneté » ne pouvait pas être considéré comme reposant sur une cause réelle et sérieuse : Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-17.563, *précité.*

[1026] V. en ce sens : Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-17.563, *précité* (absence injustifiée d'une salariée qui avait des difficultés personnelles et de santé et qui avait vingt ans d'ancienneté dans l'entreprise) ; Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-43.782, *précité* (absence injustifiée d'un salarié pendant une semaine, alors qu'il s'agissait de l'unique manquement du salarié ayant vingt-cinq ans d'ancienneté durant lesquelles il avait eu un comportement irréprochable. Dans ce cas, les magistrats ont considéré qu'un tel comportement ne constituait pas ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement).

réception d'une mise en demeure n'est pas nécessairement de mauvaise foi. Les juges apprécient souverainement la bonne foi du salarié, qui peut alors justifier que le licenciement pour abandon de poste soit invalidé par les juges. Aussi, l'absence injustifiée ne doit pas avoir un lien, aussi distendu soit-il, avec un comportement fautif de l'employeur. En pareil cas, il ne saurait caractériser un abandon de poste. Le licenciement pour abandon de poste serait dépourvu de cause réelle et sérieuse[1027]. Les juges considèrent alors que le licenciement ne peut pas être disciplinaire, dans la mesure où le motif de licenciement n'est pas aux torts exclusifs du salarié. En définitive, la Cour de cassation réserve la qualification d'abandon de poste à une catégorie spécifique d'absences : celles qui sont *intentionnelles*, *injustifiées* et *durables*.

2. Les conséquences juridiques de l'abandon de poste

282.- Plan. La qualification de l'abandon de poste induit des conséquences juridiques importantes pour les parties au contrat de travail, singulièrement pour le salarié. Lorsqu'elle est caractérisée, elle donne lieu à une présomption de démission **(a)**, bien qu'il semble que l'employeur puisse également prononcer le licenciement sur ce motif **(b)**.

a- Une présomption simple de démission

283.- Le refus historique de l'assimilation de l'abandon de poste à une démission dans le secteur privé. L'abandon de poste pourrait être perçu comme une volonté implicite du salarié de rompre le contrat de travail. Une telle acception se retrouve d'ailleurs en droit de la fonction publique. En effet, certains auteurs font reposer la théorie de l'abandon de poste sur « l'idée que la radiation des cadres procède d'un acte de volonté de l'agent de rompre avec le service »[1028]. Cette volonté est d'ailleurs souvent recherchée par le juge administratif et permet de qualifier l'abandon de poste[1029]. Or, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que « l'abandon de poste se [constatait] de manière objective, sans qu'ait d'incidence la circonstance

[1027] V. en ce sens : Cass. soc., 8 fév. 2017, n° 15-15.323 (absence de visite de reprise à la suite d'un arrêt de travail pour maladie) ; Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-42.672 ; *JCP S* 2006, n° 25, p. 28, note B. Bossu (refus du salarié de travailler en dehors de ses heures de travail) ; Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-42.525 ; *SSL* 2010, n° 1439, p. 148, supp. F. Champeaux ; *RDT* 2010, n° 1, p. 30, obs. M. Véricel ; (refus du salarié d'un reclassement proposé par l'employeur, non conforme à l'avis d'inaptitude) ; Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.146 (refus du salarié de passer d'horaires de jour à des horaires de nuit).

[1028] A. Zarca, S. Niquège, « Dispute sur l'abandon de poste », *AJFP* 2016, p. 181.

[1029] V. en ce sens : CE, 26 sept. 2016, req. n° 399389 ; CE, 30 déc. 2014, req. n° 373162 ; CE, ord., 7 juill. 2010, n° 338847 ; CE, 16 juin 1997, req. n° 153885 ; CE, 6 nov. 1995, req. n° 154732 ; CE, 20 juin 1990, req. n° 82797.

que le fonctionnaire ait manifesté ou non son intention de quitter le service »[1030]. L'intention manifestée serait donc davantage un indice permettant de retenir l'abandon de poste qu'un critère de définition. Jusqu'en 2022, il existait donc une conception duale de l'abandon de poste entre droit de la fonction publique et droit du travail. Pour le premier, l'abandon de poste était considéré comme la manifestation de volonté de l'agent de rompre la relation avec l'Administration. En droit du travail toutefois, il s'agissait d'un acte certes fautif mais non considéré comme un acte de volonté du salarié de rompre la relation de travail. L'abandon de poste du salarié n'était pas assimilé à une démission, car il ne permettait pas d'établir une volonté claire et non équivoque du salarié de rompre la relation contractuelle, ces critères étant les caractéristiques de la démission[1031]. D'ailleurs, les magistrats refusaient systématiquement que l'absence injustifiée prolongée, et par conséquent l'abandon de poste, ne soit assimilé à une démission puisque la volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail faisait défaut[1032]. Face à cela, l'employeur qui souhaitait rompre la relation de travail n'avait d'autre choix que de licencier le salarié sur ce motif. Le licenciement étant considéré comme un mode de rupture échappant à une quelconque volonté du travailleur subordonné, ce dernier pouvait ainsi prétendre à l'ouverture de ses droits à l'allocation d'assurance chômage puisqu'il était considéré comme ayant été privé involontairement d'emploi[1033]. Partant, certains salariés qui souhaitaient démissionner pouvaient être tentés d'abandonner leur poste afin de bénéficier de l'allocation d'assurance liée à leur statut de demandeur d'emploi[1034]. En septembre 2022, un projet de loi a été déposé par la Première ministre pour « améliorer le fonctionnement du marché du travail afin d'atteindre le plein emploi »[1035]. Lors de la discussion du projet de loi

---

1030 V. en ce sens : CE, 25 avr. 2003, req. n° 241526.

1031 V. en ce sens : L. Drai, « Rupture du contrat de travail : nécessité d'une volonté claire et non équivoque de démissionner », *JCP S* 2008, p. 26 ; C. d'Artigue, « La volonté claire et non équivoque de démissionner : une notion délicate à cerner », *Lexbase soc.* 2003, 61.

1032 La chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette règle à plusieurs reprises. V. en ce sens : Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 89-42.206 ; Cass. soc., 26 avr. 1979, n° 77-40.997.

1033 Est ici visée la première condition – alternative – d'attribution de l'assurance chômage. En effet, l'article L. 5422-1 du Code du travail prévoit une pluralité de conditions permettant au travailleur de prétendre au bénéfice de l'allocation chômage. Or, le salarié démissionnaire étant considéré ayant exprimé sa volonté claire et non équivoque du salarié de rompre la relation de travail, il échappe au bénéfice de l'assurance chômage.

1034 V. en ce sens : C. trav., art. L. 5421-2, qui prévoit que le revenu de remplacement prend, selon le cas, la forme d'une allocation d'assurance, d'allocations de solidarité, ou d'une allocation des travailleurs indépendants ou d'autres allocations et indemnités prévues par des régimes particuliers. S'agissant de l'allocation d'assurance, elle est ouverte au profit des travailleurs à condition qu'ils soient aptes, à la recherche d'un emploi et qu'ils remplissent des conditions d'âge et d'activité antérieure (v. C. trav., art. L. 5422-1, I-). En outre, la privation de leur emploi doit avoir été involontaire, ou consécutive à une rupture conventionnelle ou à une rupture d'un commun accord conclue dans le cadre d'un accord collectif.

1035 Projet de loi du 7 sept. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi. La citation est issue de l'Étude d'impact du projet de loi précité, rendue le 6 sept. 2022

devant l'Assemblée nationale, un amendement a été déposé par un groupe de députés, et a été adopté. Il a donné lieu à la création du nouvel article L. 1237-1-1 du Code du travail, introduisant la présomption de démission à l'encontre du salarié ayant volontairement abandonné son poste[1036].

284.- La reconnaissance d'une présomption simple de démission en cas d'abandon de poste dans le secteur privé. L'amendement relatif à la présomption de démission applicable en cas d'abandon de poste a été adopté par l'Assemblée nationale le 5 octobre 2022, avant d'être approuvé par le Sénat et consacré par la loi du 21 décembre 2022[1037]. Par conséquent, un nouveau régime juridique de l'abandon de poste a été créé[1038]. Revenant ainsi « sur plusieurs décennies d'une jurisprudence bien établie », l'employeur peut désormais se prévaloir d'une présomption de démission à l'encontre d'un salarié ayant abandonné son poste de travail[1039]. En effet, le nouvel article L. 1237-1-1 du Code du travail prévoit que le salarié ayant « abandonné *volontairement* son poste » et qui ne reprend pas le travail après avoir été en demeure par son employeur soit de reprendre le travail, soit de justifier son absence dans un délai fixé par l'employeur est présumé démissionnaire à l'expiration de ce délai. À première lecture, une précision textuelle doit être relevée : la présomption de démission ne s'applique qu'à l'abandon de poste *volontaire*. En application d'un raisonnement *a contrario*, cela signifierait que l'employeur du salarié ayant abandonné son poste de manière *involontaire* ne puisse se prévaloir d'une telle présomption[1040]. Cependant, le caractère *volontaire* n'est-il pas inhérent à la qualification d'abandon de poste ? Il est possible d'envisager des situations d'abandon de poste *involontaires*. C'est notamment le cas de la disparition ou de l'absence en

(v. spéc. p. 4). Il est d'ailleurs expressément précisé que « le présent projet de loi est une première étape en vue de la réalisation de cet objectif ».

1036 La présomption de démission est plus exactement issue d'un amendement déposé par un groupe de députés, au premier rang duquel figure le député Dominique Da Silva. V. amendement n° 388 déposé le 30 sept. 2022.

1037 L. n° 2022-1598 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, *précitée*.

1038 *Ibid.*, art. 4. Les modalités d'application de la présomption de démission ont été précisées par décret : D. 2023-275 du 17 avr. 2023 sur la mise en œuvre de la présomption de démission en cas d'abandon de poste volontaire du salarié.

1039 C. Radé, « La peur de l'abandon », *Dr. soc.* 2022, p. 857.

1040 Toutefois, les situations qualifiées comme telles semblent relativement restrictives et peu présentes en pratique. En outre, la notion de *volonté* du salarié dans ce cas précis semble porter à interrogation. Un abandon de poste *involontaire* doit-il être entendu comme un cas de force majeure, à savoir un évènement extérieur, imprévisible et irrésistible qui contraindrait *de facto* le salarié à abandonner son poste en dépit de sa volonté ? Sur la notion de volonté du salarié, la présente étude renvoie à l'ouvrage : T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012.

droit civil, de la force majeure[1041] mais également de l'incarcération, de l'accident ou de l'hospitalisation du salarié. Dans ces cas, la présomption de démission serait alors exclue puisque l'abandon de poste qui en résulterait serait *involontaire*.

La présomption de démission est simple, et peut donc être renversée par le salarié. Pour ce faire, le législateur a accordé au salarié une procédure accélérée[1042] qui se justifie, selon Alexandre Fabre, par le « caractère alimentaire des sommes en jeu »[1043]. Malgré les précautions procédurales prises pour cette présomption d'abandon de poste, ce mécanisme interroge. En effet, avant cette loi, l'abandon de poste offrait une issue favorable au salarié. C'était notamment le cas lorsqu'il se trouvait en quelque sorte pris au piège au sein d'une relation de travail pour laquelle l'employeur refusait la rupture conventionnelle. Dans ce cas, les parties pouvaient consentir à un licenciement pour abandon de poste, qui n'entrainait aucun préjudice financier pour l'employeur[1044] tout en ouvrant le droit aux allocations de retour à l'emploi pour le salarié. Vivement critiquée par de nombreux auteurs, l'utilité de cette réforme est remise en cause et ses incidences pratiques sont largement questionnées[1045]. Selon la doctrine, outre les critiques relatives au dévoiement du mécanisme de la démission, cette réforme serait source

---

[1041] Afin qu'un évènement soit qualifié de force majeure, il est nécessaire qu'il échappe au contrôle du débiteur, qu'il n'ait pu être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et que les effets n'aient pu être évités par des mesures appropriées, empêchant l'exécution par son débiteur : C. civ., art. 1218, al. 1er. Par conséquent, il s'agit d'un évènement imprévisible et irrésistible. Concernant les cas de force majeure qui pourraient être retenus pour considérer l'abandon de poste comme involontaire, Lucas Bento de Carvalho émet des hypothèses, telles qu' « une pénurie de carburant ou une grève des services de transport » : L. Bento de Carvalho, « Démission sur un coup de texte », *SSL* 2022, n° 2018. Toutefois même dans ces cas précis, il semblerait que le salarié soit tout de même en mesure de justifier son absence auprès de l'employeur, précisément en s'appuyant sur le motif de la force majeure. Si les arrêts rendus par la Cour de cassation en la matière font défaut, certaines cours d'appel ont rendu des arrêts en ce sens. V. par exemple : CA Versailles, 16 fév. 2012, n° 10/03926 (l'absence d'une salariée d'une durée de neuf jours, justifiée par une grève des transports et pour laquelle la salariée informait chaque matin son employeur qu'elle ne pourrait pas se rendre au travail, n'est pas de nature à justifier son licenciement). La jurisprudence à venir permettra de donner des exemples précis de cas dans lesquels l'abandon de poste doit être considéré comme involontaire et qui, par conséquent, ne sauraient faire l'objet de la présomption de démission prévue par l'article L. 1237-1-1 du Code du travail.

[1042] C. trav., art. L. 1237-1-1 al. 2 : « Le salarié qui conteste la rupture de son contrat de travail sur le fondement de cette présomption peut saisir le conseil de prud'hommes. L'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui se prononce sur la nature de la rupture et les conséquences associées. Il statue au fond dans un délai d'un mois à compter de sa saisine ». Cette procédure accélérée n'est pas sans rappeler celle applicable lorsque le conseil de prud'hommes est saisi à la suite d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail : v. C. trav., art. L. 1451-1.

[1043] A. Fabre, « Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues », *op. cit.*, p. 1000.

[1044] En principe, sauf condamnation de ce dernier à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

[1045] V. en ce sens : P. Adam, « Mécanique de la démission présumée », *RJS* 2023, p. 7 ; J. Mouly, « Une innovation déroutante : la démission sans volonté de démissionner », *Dr. soc.* 2023, p. 158 ; J. Icard, M. Latrace, « Autopsie prédictive du contentieux de la présomption de démission », *SSL* 2024, 2076 ; A. Fabre, « Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues », *op. cit.*, p. 1000 ; V. Manigot, D. Weiss, « La présomption de démission », *op. cit.*, p. 1301 ; C. Radé, « La peur de l'abandon », *op. cit.*, p. 852 ; L. Bento de Carvalho, « Démission sur un coup de texte », *op. cit.,* p. 2018 ; G. Duchange, I. Meftah, « La démission sans volonté de démissionner : quels effets aura cet Objet Juridique Non Identifié ? », *RDT* 2022, p. 685.

d'insécurité et serait susceptible d'accroître les contentieux au sein des entreprises[1046]. En définitive, cette modification du régime juridique de l'abandon de poste confirme le fait que les dispositifs juridiques incitent davantage l'employeur à rompre la relation de travail[1047] plutôt que « de faire en sorte que les salariés aient envie de rester dans l'entreprise »[1048].

b- Une faute de nature à justifier le licenciement

285.- Le licenciement comme sanction en réponse à une absence injustifiée aggravée. Une absence injustifiée de courte durée ne peut, en principe, être de nature à justifier le licenciement. Une telle sanction disciplinaire serait jugée comme disproportionnée. L'avertissement semble être la sanction proportionnée à une absence injustifiée. En pareil cas, la Cour de cassation considère que la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est dépourvue de cause réelle et sérieuse. En effet, l'abandon de poste se caractérise par une absence injustifiée aggravée dans la mesure où elle est durable, et parce que le salarié n'a ni repris le travail, ni justifié les raisons de cette absence. C'est précisément en considération de ce constat que la Cour de cassation considère que l'abandon de poste constitue une faute de nature à justifier le licenciement, puisqu'il caractérise une absence injustifiée aggravée. À certains égards, le licenciement pour abandon de poste s'apparente à un « licenciement auto-provoqué », puisque si ce mode de rupture du contrat de travail demeure un mode de rupture à l'initiative de l'employeur, le salarié qui abandonne son poste recherchait directement une telle rupture[1049]. Il convient cependant de nuancer l'apport de la jurisprudence, dans la mesure où les juges raisonnent au cas par cas.

286.- Un comportement préjudiciable à l'intérêt de l'entreprise comme cause d'aggravation de l'abandon de poste. De jurisprudence constante, l'abandon de poste est considéré comme un acte préjudiciable à l'entreprise, qui est de nature à justifier le licenciement

---

1046 *Ibid.*

1047 L'incitation à la rupture de la relation de travail est d'autant plus prégnante depuis la loi du 21 décembre 2022 dans la mesure où désormais, l'employeur peut se prévaloir d'un mode de rupture à l'initiative du salarié, tandis qu'avant il n'avait d'autre choix que de rompre le contrat de travail de sa propre initiative, en licenciant le salarié. Les risques sont moindres pour l'employeur, dès lors qu'il n'encourt plus la sanction d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais seulement le fait que la présomption de démission soit renversée, encore faut-il dans ce cas que le salarié parvienne à en rapporter la preuve.

1048 C. Radé, « La peur de l'abandon », *op. cit.*, p. 857.

1049 A. Fabre, « Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues », *JCP S* 2023, 1000.

du salarié[1050]. Parfois, l'absence injustifiée vient en complément de l'abandon de poste dans le motif de licenciement[1051]. Elle est alors avancée pour démontrer la gravité de la faute commise par le salarié. En tout état de cause, l'abandon de poste étant considéré comme une absence injustifiée aggravée, il est de nature à justifier le licenciement[1052]. Souvent, il permet de caractériser l'existence d'une faute grave[1053]. Cette jurisprudence apparaît cohérente au regard de la définition de la faute grave, cette dernière étant caractérisée par « une violation découlant du contrat de travail, d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise »[1054]. Dans une situation d'abandon de poste, la violation du salarié à ses obligations contractuelles semble relativement aisée à constater, puisqu'il n'est plus à la disposition de l'employeur et n'effectue plus sa prestation de travail et ce, de manière volontaire, injustifiée et durable. Bien que l'impossible maintien du salarié dans l'entreprise soit plus complexe à démontrer, l'employeur a la possibilité de licencier le salarié sur le fondement d'une faute sérieuse, comme le rappelle Christophe Radé[1055]. À ce titre, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une faute grave. D'ailleurs, la chambre sociale a eu l'occasion de rappeler que l'abandon de poste ne suffit pas à lui seul à caractériser l'existence d'une faute grave[1056].

287.- La présomption de démission, annihilant le licenciement pour abandon de poste ? Depuis l'instauration de la présomption de démission, se pose la question du maintien du licenciement pour abandon de poste. En effet, si les conditions relatives à la

---

1050 V. en ce sens : Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 98-43.847 (comportement du salarié exerçant une mission de surveillance d'un établissement, ayant quitté son poste une demi-heure avant la fin de l'horaire, laissant les portes ouvertes et sans attendre que son remplaçant n'arrive sur les lieux pour assurer la surveillance, jugé comme constitutif d'une faute grave) ; Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-44.077 (même solution pour le salarié en charge du nettoyage et du rangement des caddies dans un supermarché ayant abandonné son poste à deux reprises) ; Cass. soc., 26 oct. 1994, n° 93-40.749 (même solution pour l'abandon de poste d'une salariée chargée de la surveillance d'enfants lourdement handicapés, dont le comportement est considéré par les juges du fond comme étant constitutif d'une faute grave).

1051 V. en ce sens : Cass. soc., 13 juill. 2005, n° 03-44.980 (licenciement d'une salariée pour « absence injustifiée et abandon de poste ») ; *JCP S* 2005, n° 15, p. 25, note T. Lahalle.

1052 Cass. soc., 10 janv. 1980, n° 78-40.614. V. également : Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-41.006 ; *Lettre juridique Lexbase* 2004, n° 104, p. 2, note C. Radé ; Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154 ; JCP E 2001, n° 37, p. 1418, obs. Ph. D'Harcourt ; *Droit et Patrimoine* 2000, n° 83, p. 116, note P.-H. Antonmattei ; Cass. soc., 27 mai 1998, n° 95-44.218.

1053 V. par exemple : Cass. soc., 28 mai 2015, n° 14-13.166 ; *Lexbase soc.* 2015, n° 616, obs. C. Radé (l'abandon de poste de la salariée, consécutif à sa mutation géographique, laquelle était constitutive d'une simple modification des conditions de travail et non du contrat de travail, constitue une faute grave de nature à justifier le licenciement).

1054 Cass. soc., 26 févr. 1991, n° 88-44.908.

1055 C. Radé, « Abandon de poste : comment réagir ? », *Lexbase soc.* 2010, 104.

1056 Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-24.589, *précité* « le silence gardé par la salariée en situation d'absence injustifiée, malgré l'envoi d'une lettre de mise en demeure de l'employeur, ne permet pas de caractériser l'existence d'une faute grave dans la mesure où la salariée avait un « passé disciplinaire irréprochable » et où son absence injustifiée se justifiait par la « nécessité de porter assistance à sa mère âgée, malade et isolée ».

présomption de démission sont respectées, cette dernière s'impose-t-elle de plein droit à l'employeur, le privant ainsi de la possibilité de licencier le salarié ? En réalité, la loi de 2022 demeure muette sur ce point. Le ministère du travail avait diffusé, à la suite de la publication du décret d'application portant sur la mise en œuvre de la présomption de démission, une série de questions-réponses[1057]. La première question portait justement sur le fait de savoir si la démission était exclusive du licenciement en cas d'abandon de poste. De manière assez surprenante, la réponse donnée était affirmative, puisqu'il avait été précisé que « si l'employeur désire mettre fin à la relation de travail avec le salarié ayant abandonné son poste, il *doit* mettre en œuvre la présomption de démission. Il n'a plus vocation à engager une procédure de licenciement pour faute »[1058]. L'emploi du verbe « devoir » semble laisser peu de place au choix de l'employeur d'opter pour la présomption de démission ou le licenciement. Cette interprétation doit cependant être relativisée, dans la mesure où le questions-réponses a été supprimé du site internet du ministère[1059]. En outre, certains éléments semblent désormais contredire la réponse livrée par le ministère du Travail. À titre d'illustration, l'article R. 1237-13 du Code du travail semble éclairant, puisque le premier alinéa prévoit les conditions dans lesquelles « l'employeur qui […] *entend faire valoir* la présomption de démission » peut agir ». Cette formulation laisse à penser que la présomption de démission ne se substitue pas au licenciement, mais que l'employeur disposerait d'un choix en la matière. Il peut également choisir de ne pas rompre le contrat de travail, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt relatif à un abandon de poste[1060]. En outre, les déclarations de Marc Ferracci, député membre de la commission des affaires sociales et rapporteur de la loi « Marché du travail », semblent aller dans ce même sens, puisque ce dernier affirmait expressément que « rien ne retire à l'employeur la faculté de traiter un abandon de poste en faute grave »[1061]. En définitive,

---

[1057] D. n° 2023-275 du 17 avr. 2023 sur la mise en œuvre de la présomption de démission en cas d'abandon de poste volontaire du salarié.

[1058] Min. trav., Q/R sur la présomption de démission en cas d'abandon de poste volontaire du salarié, 18 avr. 2023 (publié sur le site internet du ministère du travail, supprimé le 29 juin 2023).

[1059] Cette suppression a fait suite à des recours en annulation qui ont été portés à l'encontre du questions-réponses précité devant le Conseil d'État par certains syndicats, notamment FO, la CGT, la FSU et Solidaires.

[1060] Cass. soc., 18 juin 2002, n° 00-41.978 ; *SSL* 2003, n° 1133, p. 28, suppl. J.-Y. Frouin. Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément indiqué que : « l'employeur n'est pas tenu de procéder au licenciement et à défaut d'un tel licenciement ou de toute autre manifestation de volonté équivalent à un licenciement, le contrat de travail n'est pas rompu ». Par conséquent, la décision de rupture du contrat de travail à la suite d'un abandon de poste appartient en propre à l'employeur, qui peut choisir de ne pas sanctionner le salarié. Une telle solution semble opportune, dans la mesure où la rupture du contrat de travail relève dans ce cas du pouvoir de sanction de l'employeur, qui s'analyse en une prérogative et non en un devoir.

[1061] « Vers une présomption de démission en cas d'abandon de poste : entretien avec Marc Ferracci, député Renaissance, rapporteur du PJL "Marché du travail" », *LSQ L'actualité* 27 oct. 2022, n° 18661. Aussi, le député précité affirme que si la voie du licenciement est envisagée, le salarié bénéficiera des indemnités de l'assurance-chômage, précisant à ce titre que « rien ne va changer là-dedans ». En outre, dans le cadre de cet entretien, le

il semblerait qu'en dépit de la présomption de démission, rien n'empêche l'employeur de licencier pour abandon de poste. Cependant, l'avènement de la présomption de démission a eu pour incidence un fort déclin du nombre de licenciements pour faute grave ou lourde[1062]. Cela se conçoit assez aisément, dans la mesure où l'employeur dispose désormais d'un choix discrétionnaire en cas d'abandon de poste, entre le fait de faire valoir la présomption de démission et celui de licencier le salarié pour faute grave. Or, cette dernière option semble bien plus sensible que la première, notamment parce que l'employeur encourt la sanction d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse voire nul en cas de contentieux.

B) Une incitation à la qualification d'abandon de poste

288.- Plan. L'abandon de poste génère des conséquences juridiques importantes pour le salarié puisque la plupart du temps, il donne lieu à une rupture du contrat de travail. Certes, l'employeur peut faire le choix contraire. Toutefois, le régime juridique de l'abandon de poste l'incite largement à mettre fin à la relation de travail. Particulièrement favorable à l'employeur, ce dernier pourrait ainsi être tenté de s'en prévaloir, à la place de celui de l'absence injustifiée, qui semble plus nébuleux **(2)**. Cette incitation à la qualification de l'abandon de poste s'explique par le fait qu'il jouit d'un champ de définition relativement large **(1)**.

1. Un champ de définition large

289.- Une absence injustifiée et prolongée. L'abandon de poste se caractérise par la situation où le salarié cesse de se présenter au travail, sans avoir obtenu d'autorisation préalable d'absence et sans avoir justifié cette dernière. Si aucune autorisation d'absence n'a été délivrée par l'employeur, le salarié est tenu d'informer l'employeur des raisons pour lesquelles il ne se présente pas au travail. En situation d'abandon de poste, le salarié manque à cette obligation, et ce de façon durable puisque pour que l'abandon de poste soit caractérisé, il est

député Marc Ferracci indique à ce sujet qu'un amendement déposé par le député Jean-Louis Thiériot proposait quant à lui de supprimer le bénéfice de l'assurance chômage aux salariés licenciés pour abandon de poste. Or, selon le député Marc Ferracci, cet amendement « ne donnait pas suffisamment de garanties », contrairement à la présomption simple de démission en cas d'abandon de poste.

[1062] V. Barry, A. Bendounan, « Les licenciements de CDI pour faute grave ou lourde refluent depuis l'été 2022 », *DARES publication* 31 oct. 2023. V. spéc. Graphique A, « Licenciements pour faute grave ou lourde de CDI et pour autres motifs non économiques de CDI, démissions de CDI et ruptures conventionnelles ».

nécessaire que l'absence injustifiée persiste et que le salarié ne reprenne pas le travail[1063]. L'abandon de poste bénéficie ainsi d'une définition relativement large, car l'absence injustifiée prolongée est en réalité le seul critère de définition. En outre, la condition inhérente à la durée de l'absence injustifiée fait l'objet d'une appréciation souple[1064]. Dès lors que le délai de quarante-huit heures requis pour la transmission du certificat médical d'arrêt de travail à l'employeur est dépassé, l'abandon de poste peut en théorie être caractérisé. Or, l'envoi préalable d'une mise en demeure semble nécessaire au prononcé d'une sanction disciplinaire par l'employeur, *a fortiori* s'il entend mettre fin au contrat de travail. En effet, la mise en demeure laissée sans réponse lui permet de rapporter la preuve d'un abandon de poste du salarié. S'agissant de la présomption de démission, si l'employeur entend s'en prévaloir, il s'agit alors d'un impératif procédural[1065].

290.- L'envoi d'une lettre de mise en demeure comme indice de définition de l'abandon de poste ou comme impératif procédural ? Si l'envoi d'une lettre de mise en demeure ne constitue pas un critère de définition, il permet cependant à l'employeur d'apporter la preuve que le salarié est en situation d'abandon de poste. Si les juges statuent au cas par cas, il est possible de relever un arrêt dans lequel les juges du fond ont, dans leur appréciation souveraine, considéré que l'abandon de poste était caractérisé car la salariée avait gardé le silence en dépit de la réception d'une lettre de mise en demeure de l'employeur[1066]. Il est possible de se demander si, à l'inverse, l'abandon de poste est exclu si le salarié retourne au travail après la réception d'une lettre de mise en demeure. Si les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain en la matière, il est possible de dégager certaines tendances qui apparaissent à la lecture des arrêts. Dans le cas d'une reprise du travail après réception de la lettre de mise en demeure, il semblerait qu'il s'agisse seulement d'une absence injustifiée qui peut tout de même être sanctionnée, sans pour autant caractériser un abandon de poste.

1063 Il s'agit là du critère de l'absence injustifiée prolongée, qui permet de caractériser l'abandon de poste : v. *supra*, n° 280.

1064 Par exemple, il a pu être jugé que le licenciement d'un salarié pour abandon de poste était justifié, dans la mesure où ce dernier « avait quitté son poste avant la fin de son service, sans autorisation et dans un contexte de forte activité » : Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-43.520. La même solution a été retenue à l'encontre d'un salarié ayant abandonné son poste de travail pendant deux jours : Cass. soc., 18 avr. 2008, n° 42.457.

1065 C. trav., art. L. 1237-1-1, al. 1er.

1066 V. en ce sens : Cass. soc., 18 mars 2014, n° 12-35.108 : « mais attendu d'abord, que la cour d'appel a retenu par une appréciation souveraine que, l'employeur avait agi dans un délai restreint en engageant la procédure de licenciement le 17 avril 2007, l'abandon de poste étant caractérisé par le silence gardé par la salariée après réception de la mise en demeure du 15 mars 2007 de reprendre le travail le 19 mars suivant, et par la prolongation de celui-ci […] ».

Par conséquent, la sanction envisagée par l'employeur devra répondre à l'exigence de proportionnalité. Si elle est isolée, elle pourra faire l'objet d'une sanction disciplinaire de moindre importance, comme un avertissement par exemple. En revanche, si elle s'inscrit dans le cadre d'absences injustifiées répétées, elle pourra faire l'objet d'une sanction plus importante pouvant aller jusqu'au licenciement. À la lecture de la jurisprudence, l'envoi préalable au salarié d'une mise en demeure de reprendre son travail à laquelle il refuse de se soumettre et n'apporte pas de réponse, constitue une preuve de nature à établir la qualification d'abandon de poste[1067]. Il semblerait d'ailleurs que le fait, pour l'employeur, d'avoir préalablement invité le salarié à justifier son absence ou à défaut, de reprendre le travail, constitue un élément permettant de reconnaître une faute grave et de qualifier l'abandon de poste[1068]. En définitive, l'envoi préalable par l'employeur d'une mise en demeure de reprendre le travail lui permet de se constituer une preuve de l'abandon de poste, d'autant plus s'il souhaite licencier le salarié pour faute grave. En revanche, si l'employeur souhaite se prévaloir de la présomption de démission, l'envoi d'une lettre de mise en demeure devient un véritable impératif procédural[1069]. En effet, pour que la qualification d'abandon de poste soit retenue, l'employeur devra avoir envoyé une mise en demeure au salarié de reprendre le travail ou, à défaut, de justifier son absence. Cette lettre devra être laissée sans réponse pour que l'employeur puisse se prévaloir de la présomption. En définitive, l'abandon de poste est relativement peu encadré, ce qui permet d'accéder assez aisément à une telle qualification, permettant ainsi l'application d'un régime juridique relativement favorable à l'employeur car, dès lors que l'abandon de poste est caractérisé, ce dernier pourra faire le choix de rompre la relation de travail. Par conséquent, la définition extensive de l'abandon de poste et son régime juridique relativement souple pour l'employeur peuvent conduire à un certain dévoiement de ce mécanisme juridique.

1067 V. en ce sens : Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-41.540 : « la cour d'appel a relevé [qu'] il était avéré qu'à la suite de la mise en demeure qui lui avait été adressé, l'intéressée ne s'était pas présentée à son poste et n'avait pas pris l'attache de son employeur », caractérisant en conséquence l'abandon de poste.

1068 *Ibid*., dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que « l'absence de la salariée à son poste *malgré une mise en demeure* constituait bien une faute grave » ; Cass. soc., 15 janv. 2003, n° 01-40.939, *précité* : à l'inverse, les magistrats de la chambre sociale ont rejeté la faute grave, considérant qu'il résultait des constatations de la cour d'appel « *qu'à aucun moment l'employeur n'avait invité la salariée à reprendre son poste* et qu'il avait attendu plusieurs semaines avant d'engager la procédure de licenciement ».

1069 L'alinéa premier de l'article L. 1237-1-1 du Code du travail prévoit expressément que « le salarié qui a volontairement abandonné son poste et ne reprend pas le travail *après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge*, dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai ».

2. Le dévoiement de l'abandon de poste par l'employeur

291.- Un attrait pour l'employeur de la rupture du contrat de travail en cas d'absence injustifiée. Le phénomène d'absence au travail est préoccupant pour les employeurs, particulièrement lorsque les absences sont injustifiées. Il s'agit là d'un phénomène endémique qui, loin de se tarir, s'est accru ces dernières années. Les absences injustifiées sont particulièrement préoccupantes parce qu'elles ne font pas l'objet d'un régime juridique clair[1070]. Partant, si les employeurs disposent d'un pouvoir de sanction qu'ils peuvent mettre en œuvre en cas d'absence injustifiée, la façon de traiter ces absences devient particulièrement complexe lorsqu'elles sont répétées. La sanction disciplinaire, proportionnelle à un tel comportement du salarié, n'est pas aisée à identifier. La jurisprudence peut parfois sembler contradictoire dans la mesure où elle se livre à une interprétation *in concreto* en la matière[1071]. Toutefois, lorsque l'absence injustifiée bascule dans la qualification de l'abandon de poste, le régime juridique se clarifie. En effet, l'abandon de poste constitue une faute qui est en principe de nature à justifier la rupture du contrat de travail. Par conséquent, l'abandon de poste apparaît comme une issue favorable à l'employeur lorsqu'il fait face à un salarié en situation d'absence injustifiée. Le dispositif juridique qui s'ouvre à lui est alors relativement clair : l'employeur dispose d'un motif de nature à justifier la rupture du contrat de travail.

292.- Un attrait historique de l'abandon de poste, ouvrant droit au licenciement pour faute grave. Le constat qui précède est d'autant plus vrai que depuis 2022, l'employeur semble disposer d'un choix, entre rompre le contrat de travail à son initiative en procédant au licenciement disciplinaire, ou faire jouer la présomption de démission si les conditions sont

---

[1070] Sur ce point, v. en ce sens : Ayming, AG2R La mondiale, *16e Baromètre de l'Absentéisme et de l'Engagement. Prévention de l'absentéisme et renforcement de l'engagement au cœur des enjeux managériaux*, Étude 2024. Au vu des derniers chiffres, bien que le taux d'absentéisme ait diminué entre 2022 et 2023, il n'en demeure pas moins que « si l'on regarde l'avant crise sanitaire, l'absentéisme s'est dégradé de 10% en 5 ans » : v. spéc. p. 6 de l'étude *précitée*.

[1071] Les exemples sont relativement abondants en la matière. À titre d'exemple, il a été jugé que le comportement du salarié ayant vingt-cinq années d'ancienneté, et s'étant absenté durant une semaine sans justification alors que son comportement était irréprochable depuis son embauche ne pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement : Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-43.782, *précité*. Par conséquent, l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et son comportement irréprochable semblent faire contrepoids à une absence injustifiée, même d'une durée relativement importante. A l'inverse, la faute grave et le licenciement disciplinaire ont pu être retenus à l'encontre d'un salarié qui avait moins de deux ans d'ancienneté et qui exerçait une mission de surveillance d'un établissement, qui avait quitté son poste une demi-heure avant la fin de l'horaire : Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 98-43.847, *précité*. Dans ce cas, un facteur aggravant semble avoir été retenu afin de considérer la faute comme étant de nature à justifier le licenciement. A la lecture de ces deux arrêts, il semblerait que l'ancienneté du salarié et son comportement irréprochable durant de nombreuses années prévale sur la durée de l'absence injustifiée. Toutefois, peut se poser la question de connaître le sort qui serait réservé au salarié en situation d'absence injustifiée qui, malgré de nombreuses années d'ancienneté, aurait commis quelques fautes disciplinaires de moindre importance.

remplies. L'abandon de poste est considéré en principe comme une faute justifiant le licenciement[1072]. Dans la mesure où il a été précédemment établi que l'abandon de poste est largement entendu, l'employeur pourra assez aisément procéder au licenciement du salarié, sauf si le salarié est relativement ancien dans l'entreprise et qu'il a eu, jusqu'alors, un comportement irréprochable[1073]. Bien que la faute grave soit dans certains cas écartée, elle demeure le principe en matière d'abandon de poste. Or, il a été précédemment établi que la qualification de faute grave « permet [à l'employeur] de se séparer d'un salarié sans payer une indemnité de préavis ni une indemnité de licenciement, au montant parfois très élevé ». Partant, elle constitue une solution attrayante pour l'employeur, qui aura tendance à privilégier la qualification d'abandon de poste. La faute grave étant inhérente à la qualification d'abandon de poste, elle sera inéluctablement caractérisée. Le seul risque encouru par l'employeur est qu'en cas de contentieux, les juges requalifient l'abandon de poste en absence injustifiée et rejettent par là même l'existence d'une faute grave. Dans ce cas, l'employeur devra s'acquitter de l'indemnité compensatrice de préavis ainsi que de l'indemnité de licenciement.

293.- La présomption de démission renforçant l'attrait de la rupture du contrat de travail pour abandon de poste. Outre le licenciement, il existe depuis 2022 un second intérêt majeur pour l'employeur à qualifier l'absence injustifiée en abandon de poste : celui de la présomption de démission. En effet, bien qu'elle soit conditionnée aux faits que le salarié ait *volontairement abandonné son poste*, ainsi qu'à l'envoi d'une *lettre de mise en demeure par l'employeur laissée sans réponse* dans un délai de quinze jours, une présomption simple de démission joue à l'encontre du salarié en situation d'abandon de poste. Or, tout mécanisme de présomption permet pour celui qui en bénéficie de jouir d'une exonération probatoire dans une situation déterminée[1074]. S'agissant de la présomption de démission applicable à l'abandon de poste,

[1072] Les cas dans lesquels l'absence injustifiée a évolué vers une absence justifiée, comme c'est par exemple le cas lorsqu'il s'avère que l'absence en question constitue l'exercice légitime par le salarié de son droit de retrait ou du droit de grève, entendent être écartés ici. Doivent uniquement être visés ici les cas dans lesquels la situation d'absence injustifiée est confirmée et ainsi, avérée.

[1073] Pour rappel, v. en ce sens : Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-17.563, *précité* (absence injustifiée d'une salariée qui avait des difficultés personnelles et de santé et qui avait vingt ans d'ancienneté dans l'entreprise) ; Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-43.782, *précité* (absence injustifiée d'un salarié pendant une semaine, alors qu'il s'agissait de l'unique manquement du salarié ayant vingt-cinq ans d'ancienneté durant lesquelles il avait eu un comportement irréprochable. Dans ce cas, les magistrats ont considéré qu'un tel comportement ne constituait pas ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement).

[1074] Comme en témoigne l'article 1352 alinéa premier du Code civil, « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». Si en principe elle ne pas peut être renversée, cette possibilité est néanmoins admise si la loi qui la prévoit a réservé la preuve contraire : C. civ., art. 1352, al. 2. De manière plus générale, de nombreuses études ont pu être consacrées aux présomptions légales : G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Thèse, Paris, 1895 ; M. Mekki, « Charge de la preuve et présomptions légales : l'art

l'employeur se trouve exempté de rapporter la preuve de la volonté du salarié de rompre le contrat de travail. Il y a là une première contradiction avec le principe même de la démission, qui suppose que le salarié exprime sa *volonté claire et non équivoque* de rompre le contrat de travail[1075]. Cela implique donc que la démission, en principe, ne se présume pas, comme l'a rappelé la chambre sociale de la Cour de cassation a de nombreuses reprises[1076]. En cas d'abandon volontaire de poste, le salarié est présumé démissionnaire, ce qui signifie que l'acte d'abandon de poste est en lui-même considéré comme la manifestation d'une volonté du salarié de rompre la relation de travail. Or, cela est largement contestable. Cependant, cette critique doit être nuancée dans la mesure où la possibilité est laissée au salarié de contester cette présomption devant le juge prud'homal, directement devant le bureau de jugement[1077]. Se pose toutefois la question du nombre de contentieux qui pourraient être portés devant les conseils de prud'hommes. Cet écueil est notamment mis en exergue par certains auteurs, qui affirment que « le législateur a introduit des risques de contentieux dans des ruptures qui, jusqu'ici, ne suscitaient que très peu de contestations »[1078]. Une seconde contradiction apparaît s'agissant de l'acteur à l'initiative de la rupture de la relation de travail. *A priori*, la démission est un mode de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié. À l'inverse, le licenciement est un mode de rupture à l'initiative de l'employeur, comme le prévoient expressément les termes de la convention n° 158 de l'OIT[1079]. En faisant jouer le mécanisme de la présomption de démission, l'initiative « de chacune des étapes du processus qui conduit à la cessation de travail » appartient bien à l'employeur et non au salarié. Au sens de la convention susvisée, elle s'apparenterait

---

de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* 2015, p. 36. Certains écrits s'attachent plus particulièrement à l'étude des présomptions dans le champ du droit social : V. Le Balch, *Les présomptions en droit social*, ANRT, coll. Thèse à la carte, 1999 ; Y. Saint-Jours, « La réhabilitation de la présomption d'imputabilité spécifique aux risques professionnels », *D.* 20003, p. 2975 ; Y. Saint-Jours, « Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité, *D.* 1995, p. 13.

[1075] Il s'agit là d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation. V. not. : Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-42.301 : « la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ».

[1076] V. en ce sens : Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-44.922 ; Cass. soc., 24 nov. 1999, n° 97-42.911 ; Cass. soc., 27 mai 1998, n° 95-41.984 ; Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 94-44.952 ; Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 93-44.972 ; Cass. soc., 6 mars 1996, n° 92-44.600 ; Cass. soc., 25 oct. 1994, n° 91-44.319 ; Cass. soc., 7 avr. 1993, n° 90-42.603 ; Cass. soc., 9 déc. 1992, n° 88-45.450 ; Cass. soc., 11 déc. 1991, n° 90-42.270, *précité* : arrêts utilisant la même formule selon laquelle « la démission ne se présume pas et ne peut résulter que de la volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin au contrat de travail ». V. également : Cass. soc., 7 mai 1987, n° 84-42.203 : dans cet arrêt, il est fait usage d'une formule quelque peu différente, puisque l'acte se substitue à la volonté : « la démission ne se présume pas et ne peut résulter que d'un acte clair et non équivoque ».

[1077] C. trav., art. L. 1237-1-1 al. 2 : « Le salarié qui conteste la rupture de son contre de travail sur le fondement de cette présomption peut saisir le conseil de prud'hommes. L'affaire est directement portée devant le bureau de jugement […] ».

[1078] V. Maginot, D. Weiss, « La présomption de démission », *op. cit.*, p. 1301.

[1079] Conv. n° 158 OIT concernant la cessation de travail à l'initiative de l'employeur, 1982, art. 3 : « le terme licenciement signifie la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur ».

davantage à un licenciement qu'à une démission[1080]. Par conséquent, la loi de 2022 ayant introduit la présomption de démission ne fait qu'entériner le constat selon lequel l'abandon de poste serait dévoyé, « instrumentalisé »[1081], permettant à l'employeur de rompre la relation de travail tout en s'exonérant d'un préjudice financier. En définitive, un tel dispositif semble davantage s'inscrire dans un objectif de maîtrise des dépenses sociales – en l'occurrence celles de l'Assurance chômage –. Ce constat peut être élargi à d'autres dispositifs juridiques qui, sous couvert de politiques de lutte contre les absences injustifiées, semblent avoir été avant tout créés en vue de diminuer les dépenses publiques.

II- Des politiques éparses de prévention des absences injustifiées

294.- Plan. Malgré la prégnance des dispositifs permettant à l'employeur d'agir en réaction à une situation d'absence injustifiée, il existe quelques dispositifs épars de prévention. Ces dernières s'illustrent principalement par deux mécanismes : celui des jours de carence et des primes d'assiduité. La finalité de ces deux dispositifs est la même : lutter contre les absences injustifiées et plus particulièrement, contre les abus existants en matière d'arrêt de travail **(A)**. Cependant, la logique poursuivie par chacun d'eux est foncièrement différente. Pour ce qui est des jours de carence, il s'agit d'un mécanisme qui a pour objet de dissuader le salarié d'obtenir un arrêt de travail qui aurait pour effet de masquer la réalité d'une situation d'absence injustifiée. S'agissant de la prime d'assiduité, la logique diverge : il s'agit d'encourager le salarié à être présent de manière régulière et continue dans l'entreprise, en lui promettant une récompense pécuniaire s'il y parvient. Malgré la finalité de ces dispositifs, il est permis de constater que ces derniers génèrent en réalité deux effets pervers : ils sont susceptibles d'encourager le présentéisme et d'inciter les salariés à s'absenter plus longtemps **(B)**.

[1080] Cette démonstration est mise en exergue par Lucas Bento de Carvalho, dans un article publié à la Semaine sociale Lamy. Après avoir écarté le fait que la présomption de démission ne puisse répondre, au regard des termes de la convention n° 158 de l'OIT, à la qualification de démission, l'auteur en conclut que « la qualification de démission écartée, la cessation du contrat s'analyse en un licenciement » : L. Bento de Carvalho, « Démission sur un coup de texte », *op. cit.*, n° 2018.

[1081] Cette expression est empruntée à Lucas Bento de Carvalho, qui évoque plus exactement une « instrumentalisation de l'abandon de poste », v. *ibid.*

A) L'effet escompté : une limitation des arrêts de travail injustifiés

295.- Plan. La lutte contre les abus des arrêts de travail est un objectif poursuivi à la fois par les employeurs, qui recherchent une stabilité de la main-d'œuvre, mais également par les pouvoirs publics, dans un objectif de maîtrise des dépenses de santé. Deux types d'outils juridiques poursuivent cette finalité : le délai de carence **(1)** et les primes d'assiduité **(2)**.

1. Le délai de carence

296.- Précisions liminaires relatives à l'objet d'étude. Le délai de carence n'est pas directement lié aux absences injustifiées car son champ d'application concerne exclusivement l'absence pour maladie ordinaire, qui est une raison d'absence justifiée[1082]. Pour autant, dans ce chapitre consacré aux absences injustifiées, le délai de carence sera étudié puisqu'il a justement été pensé pour dissuader les salariés, qui obtiendraient un arrêt de travail, de s'absenter alors que leur état de santé leur permettrait d'être présent au travail[1083]. Derrière la question centrale du déficit public[1084], comme a eu l'occasion de le rappeler la Cour des comptes[1085], les jours de carence ont également pour fonction de dissuader les salariés qui seraient tentés par des arrêts de travail abusifs[1086]. D'ailleurs, le plan national lancé par le Gouvernement à la fin de l'année 2024 fait clairement le lien entre *jours de carence* et *lutte contre l'absentéisme*[1087]. Ainsi, en encadrant strictement le délai de carence, le législateur a entendu lutter contre certaines absences injustifiées, qui deviennent justifiées lorsqu'elles sont dissimulées derrière le motif d'absence autorisé qu'est la maladie. Si le dispositif des jours de carence est souvent critiqué, la lutte contre

[1082] Cette cause d'absence fera l'objet de plus amples développements dans le Chapitre 2 du présent titre, consacré aux absences justifiées. V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
[1083] L'usage de l'adverbe « notamment » se justifie par le fait qu'il ne s'agit pas de la seule finalité avancée.
[1084] Par exemple dans le Projet de loi de finances pour 2025, débattu au Parlement à la fin de l'année 2024, le passage d'un à trois jours de carence dans la fonction publique entendait favoriser un rapprochement entre le secteur public et le secteur privé, avec une économie annuelle chiffrée à 1,2 milliard d'euros.
[1085] Cour des comptes, rapport de juin 2021, *La rémunération des agents publics en arrêt maladie* (en ligne) : « Les arrêts de travail des agents de la fonction publique connaissent depuis plusieurs années une nette tendance à la hausse […]. Ces arrêts fréquents ont des conséquences négatives à la fois sur le fonctionnement, l'efficacité, l'image et les coûts du service public ».
[1086] DRESS, Dossier *Solidarité et santé*, n° 58, janv. 2015, p. 12 : « Le niveau de couverture peut influencer les comportements des salariés […]. Leurs arrêts plus longs pourraient être dus à la détérioration de leur santé du fait d'une incitation au présentéisme, ou à une incitation à rentabiliser leurs arrêts en les prolongeant (se sachant mieux couverts par la suite) ».
[1087] Le 28 octobre 2024, le Gouvernement a lancé un plan national visant à lutter contre l'absentéisme dans la fonction publique. Ce plan ambitionnait, notamment, de faire passer le délai de carence d'un à trois jours.

les arrêts de travail abusifs milite en faveur de son maintien[1088]. Par conséquent, le délai de carence doit être analysé au regard de cet objectif visant à lutter contre les arrêts de travail abusifs.

297.- Des indemnités journalières de sécurité sociale indues pendant les premiers jours de la maladie. En vertu du délai de carence et en cas d'arrêt de travail pour maladie d'origine non professionnelle, le versement des prestations en espèces, qui prend la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale, n'est dû au salarié qu'à l'expiration d'un délai de carence de trois jours[1089]. En d'autres termes, cela signifie que durant les premiers jours de la maladie, le salarié ne perçoit en principe pas d'indemnités journalières de sécurité sociale. De même, il ne bénéficie pas en principe de l'indemnité complémentaire versée par l'employeur[1090], qui ne prend effet qu'à l'expiration d'un délai de sept jours[1091]. Or, il convient de relever que les dispositions conventionnelles applicables ou les usages d'entreprises peuvent prévoir des dispositions plus favorables[1092]. En dehors de ces cas, et si le salarié ne dispose pas d'une complémentaire santé qui assurerait la compensation de sa perte de salaire en cas d'arrêt de travail pour maladie, il se voit alors privé du bénéfice du revenu de remplacement en raison

[1088] Les études et travaux menés sur la pertinence du maintien du délai de carence rappellent fréquemment la finalité poursuivie par ce dispositif. V. en ce sens : M. Hillion, « Quel est l'effet du "jour de carence" sur les absences pour maladie des personnels de l'Éducation nationale ? », INSEE Analyses 2024 ; M. Hillion, E. Maugendre, « L'effet du "jour de carence" sur les absences pour maladie ordinaire, la santé perçue et le recours aux soins à court-terme », Document de travail INSEE, Mars 2023, spéc. p. 4.

[1089] CSS, art. R. 323-1, 1° : « le point de départ de l'indemnité journalière […] est le quatrième jour de l'incapacité de travail ». Le délai de carence est cependant supprimé en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Dans ce cas, le point de départ de l'indemnité journalière est fixé au premier jour de l'arrêt de travail. En comparaison, le délai de carence n'est que d'un jour dans le secteur public.

[1090] L'indemnité complémentaire de l'employeur est prévue par l'article L. 1226-1 du Code du travail. Elle est applicable à tout salarié ayant un an d'ancienneté dans l'entreprise.

[1091] Selon l'article D. 1226-3 du Code du travail, l'indemnité complémentaire de l'employeur doit être versée « à compter du premier jour d'absence si celle-ci est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, à l'exclusion des accidents de trajet » (art. *précité*, al. 1er). En revanche, l'alinéa 2 du même texte prévoit que « dans tous les autres cas [c'est-à-dire pour les absences consécutives à un accident ou à une maladie d'origine non professionnelle], le délai d'indemnisation court au-delà de sept jours d'absence ».

[1092] De nombreux accords et conventions collectifs prévoient en effet le bénéfice de l'indemnité complémentaire de l'employeur dès le premier jour de l'arrêt de travail. À titre d'illustration, v. not. : CCN des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 16 juil. 2021, art. 9.2, 1, al. 2 : « L'allocation maladie permettant le maintien du salaire est due dès le premier jour d'absence pour maladie ou accident dûment constaté par certificat médical » ; CCN de la métallurgie du 7 fév. 2022, art. 9.1.1.2.1 et 9.1.1.2.2 : l'indemnité du salarié est versée dès le premier jour entièrement non-travaillé, le montant de la rémunération variant selon la catégorie d'emploi du salarié et de son ancienneté ; CCN de la banque du 10 janv. 2000, étendue par arrêté du 17 nov. 2004, art. 54 : « l'indemnisation s'effectue dès le premier jour d'absence pour les 1er et 2e arrêt et dès le 4e jour d'absence pour les arrêts suivants » ; CCN du négoce et des prestations de services dans les domaines médico-techniques du 9 avr. 1997, art. 11.2, al. 2 : l'indemnité complémentaire aux indemnités journalières de sécurité sociale est versée, « pour les cadres de niveau N 4 ou N 5, sans délai de carence » ; Acc. coll. d'entreprise AVN, 23 janv. 2024, art. 1 : « Le présent accord a pour objet de mettre en place un maintien de salaire sans délai de carence lors de la survenue d'un arrêt de travail pour maladie ».

de délai de carence. Ce mécanisme a notamment pour objet de lutter contre les absences injustifiées et les arrêts de travail qui seraient considérés comme abusifs ou frauduleux[1093]. En effet, il vise à dissuader le salarié dont l'état de santé le rend apte à accomplir son travail, de s'absenter par des manœuvres ou des mensonges considérés comme abusifs ou frauduleux[1094]. Comme l'expriment Michel Borgetto et Robert Lafore, il sert à « décourager un absentéisme injustifié »[1095]. L'analyse historique de la création d'un délai de carence applicable en matière d'absence pour raison de santé permet d'ailleurs de vérifier ce constat. Toutefois, il convient de relever que la portée de ce mécanisme est assez réduite, car de nombreuses conventions collectives prévoient le versement de l'indemnité complémentaire de l'employeur pendant ce délai de carence. En outre, la prévoyance collective d'entreprise souscrite par l'employeur peut permettre de compenser tout ou partie de la perte de revenu lié à un arrêt de travail pour maladie ordinaire. Selon les chiffres révélés par le Centre technique des institutions de prévoyance, « plus de 14 millions de salariés, dans plus de 2 millions d'entreprises, [étaient] couverts par des contrats collectifs gérés par les institutions de prévoyance » en 2023[1096]. C'est également le cas de la prévoyance individuelle souscrite par un salarié à titre personnel.

298.- Un dispositif historiquement présenté comme un dispositif de compromis. S'il semble à première vue récent, ce dispositif des jours de carence est relativement ancien puisqu'il date de la fin du XIX[e] siècle. Il a fait son apparition lors des premières lois sociales. En effet, la loi sur les accidents du travail de 1898 a introduit ce dispositif[1097]. Ce texte prévoyait qu'en cas d'incapacité temporaire, l'indemnité journalière était

[1093] L'arrêt de travail « abusif ou frauduleux » doit ici être entendu comme l'obtention, par le salarié, d'un certificat médical d'arrêt de travail obtenu par des manœuvres ou des mensonges auprès du médecin prescripteur, alors même que les symptômes invoqués n'existent pas. Il vise également une seconde hypothèse : celle de l'arrêt de travail communément qualifié « de complaisance », c'est-à-dire qui est délivré par un médecin prescripteur à un salarié pour justifier son absence, alors même que le salarié est apte à travailler et que le médecin prescripteur est parfaitement conscient de cette aptitude.

[1094] Est ici visée la distinction entre la théorie de l'abus de droit et la fraude à la loi. S'agissant de la première, elle correspond à l'utilisation d'un droit par son créancier de façon détournée de sa finalité, sans nécessairement impliquer une faute intentionnelle de la part de son auteur. La fraude impliquerait quant à elle une intention délibérée : Ph. Le Tourneau, *Rép. civ.*, v° « Abus de droit », spéc. n° 39 à 41. Par conséquent, dans le cas précis de l'absence du salarié, le délai de carence vise davantage à prévenir une fraude qu'un abus de droit puisque l'intention du salarié d'obtenir un certificat médical d'arrêt de travail en dépit d'une aptitude conduit à la qualification de fraude. Le terme d'*absences frauduleuses* sera donc conservé, par préférence aux *absences abusives*, dans la suite de l'étude.

[1095] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 589.

[1096] CTIP, *Cahier statistique des institutions de prévoyances 2023*, Éd. 2024, p. 5.

[1097] L. du 9 avr. 1898 sur les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, *précitée*.

versée à compter du cinquième jour[1098]. Il existait donc, pour les incapacités temporaires de travail résultant d'un accident du travail, un délai de carence de quatre jours. Les raisons liées à l'avènement de ce délai de carence peuvent interroger. Il est d'abord permis de penser que ce dispositif pourrait être, à l'origine, une mesure de limitation des dépenses sociales puisqu'un délai de carence a également été institué pour l'assurance chômage. Il est également possible d'envisager qu'il ait été établi dans le sillage du compromis historique, car le salarié victime d'un accident du travail bénéficiait des indemnités de plein droit. Ainsi, le délai de carence apparaîtrait comme une concession faite à l'employeur de ne pas avoir à verser de revenu de remplacement pendant un délai court. Cela résultait de la contrepartie au fait que le salarié était exempté de rapporter la preuve du caractère professionnel de l'accident dont il avait été victime. Cependant, le dispositif des jours de carence applicable en matière d'arrêt de travail pour maladie a été repris très peu de temps après, pour lutter contre les absences abusives. Il a été repris par une loi de 1928 pour les commerçants et ouvriers de l'industrie, qui instaurait un délai de carence de cinq jours à compter de la date de la maladie ou de l'accident[1099]. Le montant de cette indemnité était toutefois limité au demi-salaire moyen quotidien. Ce même délai de cinq jours de carence a été repris par un décret-loi de 1935[1100], qui a cependant encadré et rehaussé le montant de l'indemnité journalière. Cette dernière a été encadrée de montants planchers et plafonds fixés par ce décret-loi, qui prévoyait que le barème exact serait fixé par un arrêté du ministère du Travail[1101].

299.- L'évolution vers un dispositif répressif. Assez rapidement, le délai de carence, est apparu comme un dispositif de sanction. Des discussions parlementaires sur des amendements déposés par des sénateurs en 1938 témoignent de ce constat[1102]. Le ministre du Travail de l'époque, Albert Sérol, exprimait son hostilité à maintenir un délai de carence dont il disait avoir pour but de « prévenir les abus, pour barrer la route à des fraudeurs », arguant

---

[1098] *Ibid.*, Titre premier « Indemnités en cas d'accidents », art. 3, al. 4 : en cas d'incapacité temporaire, l'ouvrier ou employé a droit […] « si l'incapacité de travail a duré plus de quatre jours, à une indemnité journalière […] égale à la moitié du salarié touché au jour de l'accident, à moins que le salaire ne soit variable ».

[1099] L. du 5 avr. 1928 sur les assurances sociales (*JORF* du 12 avril 1928), art. 5, 1° : « Si l'assuré malade ne peut, d'après attestation médicale, continuer ou reprendre le travail, il a droit, à partir du sixième jour qui suit le, début de la maladie ou l'accident, et jusqu'à la guérison ou jusqu'à l'expiration des six mois prévus à l'article 4, à une indemnité par jour ouvrable égale au demi-salaire moyen quotidien »

[1100] Décret-loi du 28 oct. 1935 relatif au régime des assurances sociales applicables aux assurés du commerce et de l'industrie (*JORF* n° 0256, du 31 oct. 1935).

[1101] *Ibid.*, art. 7 §1er.

[1102] Débats parlementaires (*JORF*), Sénat session ordinaire de 1938, 30e séance, Séance du 1er avr. 1938, 1938 n° 35.

qu'« il est difficile d'imaginer qu'un ouvrier se blessa volontairement en vue d'obtenir le payement de son demi-salaire au lieu du salaire entier qu'il touche en travaillant »[1103]. En outre, selon lui, les fraudes en la matière étaient trop peu nombreuses pour ériger un dispositif de sanction qui s'appliquait à toutes les victimes d'accidents du travail et qu'il percevait comme « une arme qui fatalement [atteignait] d'honnêtes gens et [faisait] commettre à leur égard une injustice »[1104]. Ces propos d'Albert Sérol semblent toujours d'actualité, à l'heure où ce dispositif est à la fois préventif, mais aussi et surtout coercitif.

300.- Un outil juridique exclusif de la maladie ordinaire. Le dispositif des jours de carence est désormais ancré dans le régime juridique des absences pour maladie ordinaire. Il est présenté comme un dispositif de lutte contre les congés maladie abusifs. Par conséquent, il concerne exclusivement le régime juridique de l'absence pour maladie et ne s'étend pas à d'autres raisons d'absence. Cet outil est donc limité à une cause d'absence en particulier. En outre, il ne s'applique pas aux accidents et maladies d'origine professionnelle puisque, pour ces motifs, il n'existe pas de délai de carence. Cela s'explique par le fait que les qualifications d'accidents du travail et de maladies professionnelles sont largement encadrées. Il serait donc inopportun de les assortir d'un délai de carence, qui a pour finalité de lutter contre les abus d'arrêt de travail. Par ailleurs, pour les absences pour accident du travail ou maladie professionnelle, il existe une obligation pour l'employeur de verser une indemnité complémentaire, sous réserve que le salarié respecte un certain nombre de conditions[1105]. Cette dernière est assortie d'une contrepartie offerte à l'employeur : la possibilité de solliciter une contre-visite médicale pour s'assurer de la réalité de la maladie[1106].

Au-delà des maladies et accidents d'origine professionnelle, le délai de carence a pu être supprimé, de manière temporaire cependant, lorsque des raisons de santé publique le justifiaient. Ce fut notamment le cas, entre 2020 et 2023, du salarié absent en raison de sa

---

[1103] *Ibid.*, n° 35, p. 461.

[1104] *Ibid.*

[1105] Sur les conditions liées au bénéfice de l'indemnité complémentaire de l'employeur, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-1. Ce texte mentionne une condition liée au fait d'avoir justifié son absence dans le délai de quarante-huit heures, une condition de prise en charge par la sécurité sociale et une condition liée au fait d'être soigné sur le territoire national, ou dans un État membre de la Communauté européenne, ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Sur les modalités de calcul de l'indemnité complémentaire, v. en ce sens : C. trav., art. D. 1226-1 et suiv.

[1106] C. trav., art. L. 1226-1 : le texte prévoit la possibilité pour l'employeur se solliciter une contre-visite médicale. Les modalités de cette contre-visite sont prévues à l'article R. 1226-11 du Code du travail, dont le premier alinéa prévoit qu'elle est « effectuée par un médecin mandaté par l'employeur, [qui] se prononce sur le caractère justifié de l'arrêt de travail, y compris sa durée ». Sur le contrôle de l'arrêt de travail, v. *infra*, n° 555 et suiv.

contamination au virus de la Covid-19[1107]. En effet, la pandémie sanitaire a conduit, dès janvier 2020, à devoir assouplir les règles en la matière. Quelques mois plus tard, un premier décret a supprimé le délai de carence aux personnes en arrêt de travail en raison de la Covid-19[1108]. Cet exemple permet d'illustrer que les exceptions à l'application du délai de carence s'étendent progressivement aux maladies qu'il est possible d'établir de manière certaine. En effet, pour la Covid-19, la présentation d'un test antigénique – dit « PCR »[1109] – attestait que la maladie était avérée. Cela exclut donc inéluctablement l'arrêt de travail abusif. En conséquence, la motivation de s'absenter sans véritable problème de santé ne saurait s'inscrire en filigrane derrière un arrêt de travail pour Covid-19. En outre, la suppression du délai de carence en cas de positivité à la Covid-19 s'explique par l'impératif de santé publique, afin de lutter contre la propagation du virus. Par la suite, la suppression du délai de carence a été étendue aux personnes dites « cas contact »[1110]. Enfin, il est permis d'interroger la finalité de ce dispositif dans la mesure où il s'applique à des absences qui sont indiscutablement justifiées, comme c'est le cas de l'hospitalisation du salarié.

2. Les primes d'assiduité

301.- Les primes d'assiduité comme complément de rémunération. Les primes d'assiduité constituent un second exemple de dispositifs juridiques qui visent à lutter contre les absences injustifiées. Plus exactement, elles visent à encourager l'assiduité des salariés. En effet, la prime d'assiduité est un complément de salaire faisant partie intégrante de la rémunération,

---

[1107] Malgré les dissensions relatives au genre du terme « covid », la présente étude accorde ce terme au féminin, conformément aux recommandations de l'Académie française. Selon cette institution, le terme « covid » serait l'acronyme de « corona virus disease ». Or, la règle de la langue française est que « les sigles et acronymes ont le genre du nom qui constitue le noyau du syntagme dont ils sont une abréviation ». Or, la traduction littérale de « corona virus disease » serait « maladie provoquée par le corona virus », et plus exactement « maladie provoquée par le virus en forme de couronne ». Par conséquent, l'Académie française relève que « on devrait donc dire *la Covid-19*, puisque le noyau est un équivalent du nom français féminin maladie ». V. en ce sens le site internet de l'Académie française, et plus précisément le lien suivant : www.academie-francaise.fr/le-Covid-19-ou-la-Covid-19. Consulté le 31/10/2025.

[1108] D. n° 2020-193 du 4 mars 2020 relatif au délai de carence applicable à l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière pour les personnes exposées au coronavirus. Le délai de carence fut supprimé par le même décret au profit des personnes dites « cas contacts ». Le délai de carence fut rétabli pour les salariés absents en raison de leur contamination à la Covid-19, mais également des salariés « cas contacts » à compter du 1er février 2023 : D. n° 2023 du 27 janv. 2023 relatif aux arrêts de travail dérogatoires délivrés aux personnes contaminées par la Covid-19.

[1109] Traduction anglaise de « Polymerase Chain reaction », littéralement traduit « réaction en chaîne par polymérase ». Cette technique consiste à effectuer un prélèvement naso-pharyngé afin de détecter la présence du virus de la Covid-19.

[1110] D. n° 2020-859, 10 juill. 2020 modifiant le D. n° 2020-73 du 31 janv. 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèces pour les personnes exposées au coronavirus.

qui est accordée au salarié par l'employeur, mais réduite voire supprimée en cas d'absence[1111]. Il s'agit d'avantages individuels – pouvant résulter d'une décision unilatérale de l'employeur, du contrat de travail, d'une convention collective voire d'un usage – qui ont pour but de récompenser financièrement le salarié assidu au travail. Ces primes contribuent à octroyer un avantage pécuniaire au salarié qui est présent dans l'entreprise de manière régulière.

302.- Le rejet d'une violation au principe d'interdiction des sanctions pécuniaires. Si ce dispositif poursuit *a priori* une finalité de lutte contre les absences injustifiées, il n'en demeure pas moins difficile à mettre en œuvre. En effet, il se heurte à certains droits et libertés du salarié. D'une part, la réduction ou la suppression de la prime d'assiduité contrarie le principe de la prohibition des sanctions pécuniaires. Pourtant, ce principe ne fait pas échec à une retenue sur salaire si la somme n'est pas due. Ce principe sert à justifier le défaut de rémunération proportionnelle à la durée de l'absence[1112]. Au regard des primes d'assiduité, le caractère proportionnel de la retenue ou de la répression de cet avantage est particulièrement difficile à appréhender. En réalité, la jurisprudence a contourné l'appréciation de l'exigence de proportionnalité au regard de la nature juridique de la prime. En effet, elle considère que les primes d'assiduité ne poursuivent pas de finalité répressive à l'encontre des salariés absents, mais visaient seulement à récompenser ceux dont la présence est régulière et assidue. Cette conception permet ainsi de procéder à une retenue partielle, voire intégrale de la prime, sans que l'employeur ne se voie opposer le principe de la prohibition des sanctions pécuniaires, mais également sans que le juge n'ait à apprécier le caractère proportionnel de la retenue sur salaire.

303.- Les primes d'assiduité partiellement protégées par le principe de non-discrimination. Ces primes se heurtent à une seconde difficulté relative au principe de non-discrimination. Un contentieux a émergé lorsqu'étaient en cause des raisons d'absence protégées au regard du principe de non-discrimination comme c'est notamment le cas de la maladie, de la maternité ou de la grève[1113]. La jurisprudence a érigé la règle suivante : les primes d'assiduité peuvent être supprimées pour toutes les raisons d'absence, sauf celles qui sont assimilées à du temps de travail effectif. Or, sont considérés cette assimilation s'applique au

[1111] G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° prime (d'assiduité).
[1112] La Cour de cassation a érigé en principe le caractère proportionnel de la retenue sur salaire à la durée de l'absence : Cass. soc., 21 mars 2012, n° 10-21.097.
[1113] C. trav., art. L. 1132-1 et L. 1132-2.

congé de maternité[1114], aux congés pour évènements familiaux[1115], au congé en raison de l'état de grossesse[1116] mais également aux heures de délégation et de formation imposées par l'entreprise[1117]. D'autres raisons d'absence permettent au salarié de conserver l'intégralité de la prime d'assiduité en raison de la protection des droits et libertés qui y sont attachés. Ces absences ont parfois fait l'objet d'une suppression partielle, voire totale de la prime d'assiduité par l'employeur. Toutefois, les juges considèrent qu'une telle retenue doit strictement respecter le principe de non-discrimination prévu aux articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail. L'absence pour exercice du droit de grève est ici un exemple particulièrement évocateur. La chambre sociale de la Cour de cassation condamne cette pratique sur le fondement du principe de l'interdiction des discriminations, et ce depuis un arrêt de principe de 1976[1118]. En effet, si les primes d'assiduité ont pour but de lutter contre des absences injustifiées, elles ne doivent cependant pas avoir pour but de restreindre l'exercice des droits et libertés fondamentaux[1119]. De la même manière, la retenue ou la suppression d'une prime d'assiduité a été condamnée par la jurisprudence lorsque les absences du salarié étaient en lien avec l'exercice de son activité syndicale[1120].

B) L'effet pervers : une incitation aux arrêts de travail de longue durée et au présentéisme

304.- Plan. Qu'il s'agisse du délai de carence ou des primes d'assiduité, ces mécanismes ont initialement pour finalité de lutter contre les absences injustifiées. Pourtant, ces outils juridiques conduisent parfois à des effets pervers. Le dispositif des jours de carence pourrait inciter le salarié, non réellement malade, à s'absenter plus longtemps **(1)**. À l'inverse, il peut encourager le salarié malade à être présent au travail pour éviter de subir une perte de

1114 Cass. soc., 1er déc. 2016, n° 15-24.693.
1115 Cass. soc., 22 mars 2017, n° 15-27.751.
1116 Cass. soc., 1er déc. 2016, n° 15-24.693, *précité*.
1117 Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 13-25.718 ; *Lexbase soc.* 2015, n° 622, obs. C. Radé.
1118 Cass. soc., 3 mars 1976, n° 74-40.537, conf. par Cass. soc., 4 juill. 1979, n° 78,40.602 ; Cass. soc., 8 janv. 1981, n° 79-41.253 ; Cass. soc., 25 févr. 1981, n° 79-41.570 et suiv. ; Cass. soc., 26 févr. 1981, n° 80-41.067 ; Cass. soc., 25 mars 1982, n° 81-11.175 ; Cass. soc., 1er juill. 1982, n° 80-41.056 ; Cass. soc., 21 oct. 1982, n° 80-41.211 et suiv. ; Cass. soc., 26 mai 1983, n° 81-41.052 ; Cass. soc., 8 janv. 1987, n° 84-40.537 ; Cass. soc., 19 nov. 1987, n° 84-44.421 ; Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-42.677 ; *JCP S* 2009, n° 39, p. 30, note D. Corrignan-Carsin ; Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766 ; *Dr. soc.* 2017, n° 5, p. 425, note P.-H. Antonmattei ; *JCP S* 2017, n° 16, p. 38, obs. R. Chiss ; *RDT* 2015, n° 4, p. 269, note H. Tissandier ; *JCP S* 2015, n° 6, p. 37, note L. Drai.
1119 À cet égard, Frédéric Géa a pu qualifier de manière évocatrice cette pratique des employeurs de « primes anti-grèves » : F. Géa, « Les primes anti-grèves », *Dr. ouvr.* 2000, p. 1.
1120 V. notamment : Cass. soc., 31 mars 2021, n° 19-16.378 ; Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-11.153 ; Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-18.008 ; Cass. soc., 3 févr. 2017, n° 14-28.999 ; Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.290 ; Cass. soc., 8 janv. 1981, n° 79-41.253 ; Cass. soc., 7 juill. 1965.

rémunération en raison de son état de santé. Dans ce dernier cas, il s'agit du risque de présentéisme[1121]. Ce dernier existe également pour les salariés pour lesquels une prime d'assiduité est prévue. Cette dernière peut être réduite ou supprimée dans des cas comme l'absence pour maladie **(2)**.

1. Une incitation à l'allongement de l'arrêt de travail

305.- Le risque d'un allongement de la durée des absences. S'il est juridiquement impossible de mesurer les effets d'une règle, certaines études et statistiques invitent à interroger l'efficacité des dispositifs applicables aux arrêts de travail. Par exemple, il a pu être démontré que le délai de carence pourrait dissuader le salarié de s'absenter peu de temps[1122]. Par un effet ricochet, il l'inciterait à s'absenter plus longtemps pour dépasser le délai des jours sans revenu de remplacement et ce, afin de compenser la perte de revenus pendant le délai de carence[1123]. Il existerait donc un risque : celui de l'effet de vases communicants entre les absences pour maladie de courte et de longue durée. Les premières seraient ainsi diminuées au détriment des secondes qui s'en trouveraient augmentées. Ce dispositif n'aurait donc pas pour effet de diminuer le nombre de jours d'absence par salarié et par an, comme le soulignent différents rapports[1124]. Aussi, la Covid-19 n'aurait fait qu'augmenter le taux d'absence dans les entreprises, ce dernier étant passé de 6,87% en 2020, soit un peu plus de vingt-cinq jours d'absence par

[1121] V. *infra*, n° 778 et suiv.

[1122] Il s'agirait d'ailleurs de la finalité de ce dispositif. Selon une économiste, « le délai de carence constitue une incitation monétaire visant à réguler les "petits risques" (les arrêts courts) ; la régulation des "gros risques" (les arrêts longs) reposant davantage sur le contrôle » : C. Pollak, « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *Dossier DRESS n° 58*, 2015, p. 5.

[1123] Ce constat s'observe tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Une analyse de l'INSEE rendue en juillet 2024 démontre que dans l'Éducation nationale, l'introduction du délai de carence a contribué à faire diminuer les congés pour maladie ordinaire de courte durée. Par exemple, les arrêts de travail pour maladie ordinaire d'une durée d'un jour ont diminué de 44% ; ceux de jours de 26% ; ceux entre quatre et sept jours de 4% : M. Hillion, « Quel est l'effet du "jour de carence" sur les absences pour maladie des personnels de l'Éducation nationale ? », *op. cit.*, pp. 2-3. Ce même constat d'observe également dans une analyse plus ancienne réalisée par l'INSEE, sur les incidences du jour de carence dans la fonction publique d'État. Ainsi, le délai de carence contribuerait à diminuer « la part des absences courtes […], particulièrement celles de deux jours voire de trois jours ». Toutefois, dans le même temps, on observerait une augmentation relativement significative des absences d'une durée d'une semaine à trois mois » : J.-B. Champion, C. Collin, C. Lesdos-Cauhapé, V. Quénechdu, « Le jour de carence dans la fonction publique d'État : moins d'absences courtes, plus d'absences longues », *INSEE Analyses n° 36*, 2017, p. 3.

[1124] V. M. Ali Ben Halima, V. Hyafil-Solelhac, M. Koubi, C. Regaert, *Quel est l'impact du système d'indemnisation maladie sur la durée des arrêts de travail pour maladie ?*, Rapp. IRDES et INSEE, DT n° 66, 2015 ; A. Cazenave-Lacroutz, A. Godzinski, *Les effets d'un jour de carence pour arrêt maladie sur les absences pour raison de santé dans la fonction publique de l'État français*, Rapp. INSEE, 2017.

salarié et par an, alors qu'il était respectivement de 5,54% en 2019[1125] et de 5,10% en 2018[1126]. Cette augmentation s'observerait pour toutes les absences, quelle qu'en soit la durée. La croissance serait d'autant plus significative que le nombre de jours d'absence augmenterait. En outre, l'ancien directeur de l'IRDES, Yann Bourgueil, souligne qu'il est intéressant d'établir une comparaison avec le dispositif applicable au territoire alsacien-mosellan, où il n'existe pas de délai de carence ni de condition d'ancienneté pour percevoir un revenu de remplacement[1127]. Or, il a pu être démontré que ce droit local, exempt de délai de carence, augmentait certes la fréquence des arrêts courts, mais diminuait considérablement celle des arrêts longs par rapport au reste du territoire national[1128]. Ce constat entérine l'hypothèse selon laquelle le délai de carence serait dissuasif pour les arrêts de courte durée, mais conduirait à une augmentation des arrêts de longue durée. Cependant, la prise en charge d'un arrêt de travail pour raison de santé ne repose pas uniquement sur un système de sécurité sociale, puisque s'ajoute à ces indemnités journalières l'éventuelle prise en charge par l'employeur via les indemnités complémentaires. Or, ces dernières jouent également un rôle prépondérant. Selon une étude, les salariés qui entrent dans le champ d'application de conventions collectives qui prévoient le versement de telles indemnités sont plus souvent absents, et le sont plus longtemps que ceux qui ne bénéficient pas de telles dispositions conventionnelles[1129]. L'indemnité complémentaire versée par l'employeur encouragerait donc, elle aussi, le salarié à s'absenter.

306.- La quête d'une maîtrise des dépenses en matière de santé. Des études, analyses et rapports rendus sur la pertinence du dispositif des jours de carence dans un objectif de lutte contre la maîtrise des arrêts de travail permettent d'établir différents constats. Les arrêts de travail pour maladie ont largement augmenté au cours de ces dix dernières années. Corrélativement, leur coût s'en est trouvé accru. À titre d'illustration, les arrêts de travail représentaient un coût de plus de cinq milliards d'euros en 2007[1130], de plus de six milliards d'euros en 2012[1131], pour atteindre près de sept milliards et demi d'euros en 2017[1132].

1125 Étude AG2R La mondiale, *13e baromètre de l'absentéisme*, 2021.
1126 Étude AG2R La mondiale, *11e baromètre de l'absentéisme*, 2019.
1127 Assemblée nationale, Commission des affaires sociales, P. Morange (prés.), Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale, Compte rendu n° 07, 2012.
1128 *Ibid.*
1129 M. Ali Ben Halima, V. Hyafil-Solelhac, M. Koubi, C. Regaert, *Quel est l'impact du système d'indemnisation maladie sur la durée des arrêts de travail pour maladie ?, op. cit.*
1130 *Ibid.*, p. 7.
1131 *Ibid.*, p. 7.
1132 J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, Rapp. fait à la demande du Premier ministre*, 2019, p. 53.

Cette croissance exponentielle des dépenses en matière de santé démontre que les dispositifs de prévention des absences se sont avérés insuffisants et peu dissuasifs. En effet, les dispositifs juridiques du délai de carence et des primes d'assiduité existaient antérieurement à cette augmentation des dépenses en matière d'arrêt de travail. Pourtant, il convient de constater que ces dispositifs n'ont pas permis de diminuer de manière significative et sur le long terme le nombre annuel de jours d'absence par salarié. Ils ont permis, cependant, de diminuer les absences de courte durée au détriment des absences de longue durée qui s'en sont trouvées augmentées. Un tel transfert n'est pourtant pas souhaitable. Il est préjudiciable aux intérêts de l'entreprise, qui se trouve confrontée à une instabilité durable de la main d'œuvre et à la nécessité d'un remplacement du salarié absent. Le salarié quant à lui, se trouve, pendant une période relativement longue, en rupture avec son travail et son environnement professionnel. Le retour au travail sera rendu bien plus complexe et devra être assorti de mesures d'accompagnement. Par ailleurs, l'organisation du travail s'en trouve bien souvent ébranlée, puisque les attributions du salarié absent doivent être confiées à un autre salarié de l'entreprise voire à un salarié remplaçant, spécifiquement recruté pour remplacer le salarié absent. Ce dernier cas peut donner lieu à un licenciement pour absences répétées ou prolongées[1133]. En outre, dans un objectif de réduction des coûts en matière de dépenses de santé des fonctionnaires, le délai de carence avait été introduit pour ces travailleurs du secteur public en 2018[1134]. Pourtant, aucune baisse du nombre d'absences n'a été recensée depuis lors et on note même une hausse de ce dernier[1135].

2. Une incitation au présentéisme

307.- Le présentéisme : un écueil à éviter[1136]**.** Il a précédemment été démontré que l'instauration du délai de carence en matière d'arrêt de travail a généré une diminution des

[1133] Ce régime d'origine prétorienne permet à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant multiplié les arrêts de travail pour maladie. Pour ce faire, deux conditions doivent être réunies. Les absences doivent d'une part entraîner une perturbation de l'entreprise ; d'autre part, contraindre l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié absent. V. en ce sens : Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 84, *Grands arrêts n° 71* ; Cass. soc., 16 sept. 2009 ; *JCP S*, 1504, note A. Martinon. Une étude plus approfondie sera menée sur ce mécanisme dans le chapitre suivant : v. *infra*, n° 435 et suiv.

[1134] L. n° 2017-1937 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018, art. 115.

[1135] A. Cazenave-Lacroutz, A. Godzinski, *Les effets d'un jour de carence pour arrêt maladie sur les absences pour raison de santé dans la fonction publique de l'État français, op. cit.*

[1136] De nombreuses études ont été menées sur cette question, dans différentes disciplines. Pour des études approfondies sur le phénomène de présentéisme, v. notamment : A. Vilbrod, *Travailler en étant malade*, L'Harmattan, 2022 ; Étude DARES, « *Quel lien entre les conditions de travail et le présentéisme des salariés en cas de maladie ?*, 2020 ; J. Lafranchi, P. Lemyne, « Motivation prosociale et présentéisme dans les secteurs public et privé », *Rev.*

absences de courte durée, au détriment des absences de longue durée. Ce constat pourrait s'expliquer par le fait que le délai de carence encouragerait le salarié à être présent au travail, en dépit d'une incapacité de travail. Est ici visé le présentéisme. Ce phénomène se définit comme le « fait d'être présent à son travail bien que malade et que cet état justifierait médicalement un arrêt maladie »[1137]. Ainsi, certains auteurs ont pu considérer que le présentéisme se substituerait en réalité à l'absentéisme pour maladie[1138]. Cela signifierait qu'un salarié qui devrait être absent en raison d'une incapacité de travail est tout de même présent au travail. Cette substitution n'est pas souhaitable dans la mesure où le présentéisme génère une dégradation de l'état de santé du salarié en raison du travail. Par extension, on pourrait envisager que le présentéisme entraîne, à terme, un arrêt de travail de longue durée pouvant être en lien avec le travail. Il pourrait ainsi conduire à la reconnaissance d'un accident du travail. D'aucuns constatent qu'il est impossible d'établir de manière certaine une corrélation entre l'augmentation du présentéisme et la diminution de l'absentéisme. Le phénomène inverse est même observable, puisque lorsque l'absentéisme est important, le présentéisme apparaît également plus prononcé[1139]. Le présentéisme serait pourtant délétère dans une entreprise puisqu'il aurait pour principaux facteurs la précarité de certaines formes d'emploi[1140] et la perception par les salariés de l'insécurité de leur emploi[1141]. La faible autonomie des salariés ainsi que la pression temporelle influeraient également en faveur du phénomène de présentéisme[1142]. Enfin, une corrélation est

économique 2020, p. 1124 ; A. Gaillard, « Déterminants psychosociaux de la durée annuelle de présentéisme au travail », *Rev. économique* 2019, p. 787 ; S. Hamon-Cholet, J. Lanfranchi, « Présentéisme au travail : mesures et déterminants », Rapport DARES 2016 ; D. Monneuse, *Le surprésentéisme. Travailler malgré la maladie*, Éd. De Boeck, coll. Méthodes & recherches, 2014 ; B. Huver, *Du présentéisme au travail. Mesures et facteurs explicatifs*, Thèse, Université de Lille, 2013 ; D. Monneuse, *Le surprésentéisme. Travailler malgré la maladie*, Préf. J.-P. Brun, Éd. De Boeck, coll. Méthodes et recherches, 2013 ; E. Gosselin, M. Lauzier, « Le présentéisme. Lorsque la présence n'est pas garante de la performance », *Rev. française de gestion*, 2011, p. 15.

[1137] N. Caverley, J.-B. Cunningham, J.-N. MacGregor, « Sickness presenteeism, sickness absenteeism, and health following restructuring in a public service organization », *Journal of management studies*, vol. 44, 2007, pp. 304-319 ; E. Demerouti, P.-M. Bakker, A.-B. Schaufeli, W.B. et J. Hox, « Present but sick : a three-wave study on job demands, presenteeism and burnout », *Career development international 14*, 2009, pp. 50-68.

[1138] N. Caverley, J.-B. Cunningham, J.-N. MacGregor, « Sickness presenteeism, sickness absenteeism, and health following restructuring in a public service organization », *op. cit.*, pp. 304-319.

[1139] Aronson, K. Gustafsson, M. Dallner, « Sick but yet at work. An empirical study of sickness presenteeism », *Journal of epidemiology and community health n° 54*, 2000, pp. 502-509.

[1140] *Ibid.*

[1141] N. Caverley, J.-B. Cunningham, J.-N. MacGregor, « Sickness presenteeism, sickness absenteeism, and health following restructuring in a public service organization », *op. cit.*, pp. 304-319.

[1142] E. Demerouti, P.-M. Bakker, A.-B. Schaufeli, W.B. et J. Hox, « Present but sick : a three-wave study on job demands, presenteeism and burnout », *op. cit.*, pp. 50-68.

établie par certains auteurs entre un suivi et un contrôle rigoureux des absences et l'augmentation du présentéisme[1143].

308.- Un présentéisme encouragé par le délai de carence. Le délai de carence encouragerait ce phénomène de présentéisme. En effet, les salariés réellement malades pourraient être dissuadés de s'absenter du travail en raison de la perte de revenus que cette absence générerait[1144]. Une perte de salaire d'un ou plusieurs jours peut avoir des conséquences financières délétères pour les personnes ayant des revenus modestes. Aussi, la souscription d'une assurance de prévoyance complémentaire permettant d'assurer au salarié un substitut de salaire pendant son arrêt de travail apparaît comme une nécessité pour l'employeur. Elle lui permet de pallier, ou, à tout le moins, de réduire le risque de présentéisme lié au délai de carence. De ce fait, les salariés renonceraient soit à s'absenter peu de temps, soit opteraient pour un arrêt de travail plus long, leur permettant de bénéficier d'un revenu de remplacement[1145]. D'ailleurs, une étude de la DARES révèle que « plus d'un jour de maladie sur quatre (27%) s'est traduit par du présentéisme »[1146]. Par ailleurs, le délai de carence a généré un présentéisme important et, en conséquence, une propagation de l'épidémie dans les environnements professionnels durant la pandémie de Covid-19. De nombreux juristes, économistes et sociologues ont d'ailleurs appelé de leur vœu la prise en charge par l'État des jours de carence en cas de positivité à la Covid-19 afin d'endiguer la propagation de l'épidémie[1147].

309.- Les primes d'assiduité comme mécanisme de récompense. L'objectif de ces primes, qui constituent un complément de rémunération, est d'encourager la présence effective et donc l'assiduité du salarié au travail. Toutefois, ce mécanisme de récompense n'est pas dénué d'effet pervers, au premier rang duquel s'inscrit le présentéisme. Ces primes, pour s'inscrire au mieux dans la fonction d'incitation à l'assiduité, peuvent être retenues partiellement, voire intégralement supprimées lorsque le salarié s'absente. Cette retenue ou

---

1143 D. Baker-McClearn, K. Greasley, J. Dale et F. Griffith, « Absence management and presenteeism : the pressures on employees to attend work and the impact of attendance on performance », *Human ressource management journal*, vol. 20, n° 3, 2010, pp. 311-328.

1144 C'est notamment ce qu'illustre une étude de la DREES : C. Pollak, « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *op. cit.*, p. 7.

1145 C. Pollak, « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *op. cit.*, p. 16.

1146 Étude DARES, « *Quel lien entre les conditions de travail et le présentéisme des salariés en cas de maladie ?*, 2020.

1147 B. Berthe, N. Dedessus-Le-Moustier, M. Dumas, « Le présentéisme du personnel soignant et son traitement par le droit », *Rev. française des affaires sociales* 2021, p. 215.

suppression peut, en principe, intervenir pour tout motif d'absence d'origine non professionnelle. En effet, l'employeur ne saurait procéder à une retenue de la prime alors même qu'il est à l'origine de l'absence. Aussi, les absences légalement assimilées à du temps de travail effectif ne sauraient être prises en compte pour la réduction ou la suppression d'une telle prime[1148]. Ce mécanisme de prime pose des difficultés à un double niveau. Il aurait pu être considéré comme étant en contradiction avec le principe de la prohibition des sanctions pécuniaires, remettant en cause la légalité d'un tel mécanisme. Rapidement, la chambre sociale a mis fin à ce débat[1149], considérant qu'il ne s'agissait pas d'une sanction relative à l'absence, mais d'une *récompense* de la présence et de l'assiduité, excluant ainsi toute qualification de *sanction*.

310.- Un présentéisme encouragé par la prime d'assiduité. Le deuxième effet pervers de la prime d'assiduité est l'incitation au présentéisme. Le sociologue Denis Monneuse établit d'ailleurs une corrélation étroite entre les primes d'assiduité et le présentéisme[1150]. Il apparaît que le salarié malade peut être encouragé à travailler dans l'unique but de percevoir la prime d'assiduité dans son intégralité. Ces incitations financières constituent une part, parfois considérée comme importante, de la rémunération du salarié. Pour un même montant, la prime d'assiduité constituera une part de la rémunération d'autant plus importante que le salaire du travailleur sera faible. La diminution ou la perte de ces primes constitue un préjudice financier. Ce dernier sera d'autant plus prégnant que le salarié a un revenu modeste. Ce dispositif juridique semble contre-productif puisqu'au lieu de lutter contre les absences injustifiées, il encourage le présentéisme. Il dissuade le salarié aux revenus modestes de s'absenter, bien qu'il soit réellement malade. À l'inverse, un tel dispositif ne produirait pas non plus l'effet escompté sur un travailleur aux revenus plus conséquents puisque la prime d'assiduité constitue, pour ce dernier, qu'une part infime de ses revenus. La perte de cette prime ne générerait sinon aucun, du moins un très faible préjudice financier.

311.- La prime d'assiduité comme discrimination indirecte. La seconde, plus complexe, a trait à la compatibilité de ce mécanisme avec le principe de non-discrimination. Les primes d'assiduité peuvent être partiellement voire intégralement retenues lorsque le salarié s'absente pour raison personnelle, y compris pour la maladie ou l'accident d'origine non

[1148] Pour une illustration sur le congé de naissance d'un enfant, v. en ce sens : Cass. soc. 10 déc. 1997, n° 94-44.887.
[1149] Cass. soc. 19 juill. 1994, n° 90-43.785.
[1150] D. Monneuse, *Le surprésentéisme. Travailler malgré la maladie, op. cit.,* p. 30.

professionnelle. Partant, ce dispositif apparaît contraire au principe de non-discrimination en raison de l'état de santé du salarié, dont dispose l'article L. 1132-1 du Code du travail. La chambre sociale valide néanmoins un tel dispositif lorsqu'il satisfait au principe d'égalité de traitement[1151]. En d'autres termes, ce dispositif est approuvé par la jurisprudence, tant que la retenue ou la suppression de ces primes s'applique de la même façon entre les salariés, et que « toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à du temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution »[1152]. C'est donc sur le fondement de l'exigence d'une retenue *objective* et non subjective que la Cour de cassation s'appuie pour justifier la légalité de ce dispositif. Or, un hiatus apparaît dans le raisonnement. Bien que le principe d'égalité de traitement soit respecté, il n'en demeure pas moins une discrimination indirecte du salarié liée à son état de santé. En effet, les travailleurs ayant des pathologies, et à plus forte raison les salariés en situation de handicap, sont les plus susceptibles de ne pas bénéficier de la prime d'assiduité. Pour l'heure, si la jurisprudence a invalidé des primes dont l'octroi avait pour effet une discrimination directe[1153], elle n'a jamais censuré des primes dont les conditions de versement auraient pour effet d'entraîner une discrimination indirecte.

*
* *

312.- Conclusion de la Section 2. Les spécificités relatives à la relation de travail ont justifié la création de mécanismes juridiques spéciaux, lorsqu'un salarié est absent de manière injustifiée. En effet, les règles du droit commun des contrats se sont avérées insuffisantes et inappropriées pour régir une telle situation. C'est ainsi qu'un système prenant en compte la situation de subordination du salarié a émergé : le droit disciplinaire de l'employeur.

1151 V. en ce sens : Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-23.139 ; *JCP S* 2012, 1149, comm. L. Drai ; *Lexbase soc.* 2012, n° 470, obs. S. Tournaux ; Conf. par : Cass. soc. 9 déc. 2020, n° 19-13.470 ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 16, p. 69, note V. Orif ; *Dr. soc.* 2021, n° 3, p. 268, obs. P. Adam ; Cass. soc. 8 janv. 2020, n° 18-17.553 ; Cass. soc., 3 juill. 2019, n° 17-28.769 ; Cass. soc. 26 sept. 2018, n° 17-18.011 ; Cass. soc. 22 mars 2017, n° 15-27.752 ; Cass. soc. 1 déc. 2016, n° 15-24.693, *précité*.

1152 Cass. soc., 23 juin 2009. Conf. par. : Cass. soc., 1 déc. 2016, n° 15-24.694 ; Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-23.139 ; *BJT* 2012, n° 239, p. 96, obs. F.-J. Pansier.

1153 V. par exemple : Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.553 à 18-17.557, *précité*. Dans ces arrêts, la Cour de cassation approuve le raisonnement des juges du fond qui ont considéré que les conditions de versement d'une prime d'assiduité, qui avait été établie par une convention collective dont les stipulations prévoyaient que les absences pour cause de maladie entraînaient la suppression de la prime d'assiduité dès que l'absence dépassait deux jours consécutifs, alors que d'autres motifs d'absence qui ne sont pourtant pas assimilés à du temps de travail effectif – comme les absences pour évènements familiaux ou déménagement – permettaient le maintien du versement de la prime, donnaient lieu à une différence de traitement liée à des absences pour maladie et constituait une discrimination en raison de l'état de santé.

L'application de ce droit permet à l'employeur de sanctionner le salarié en situation d'absence injustifiée, la sanction envisagée pouvant aller jusqu'au licenciement. Or, il apparaît regrettable que le régime juridique de l'absence injustifiée se restreigne à un mécanisme de sanction du salarié, au détriment de politiques incitatives de la présence au travail.

Conclusion du Chapitre 1

313.- Toute situation d'absence du salarié se traduit par une inexécution contractuelle. Elle est donc en principe considérée comme injustifiée *ab initio* – et à ce titre, susceptible de faire l'objet d'une sanction – sauf si ce dernier parvient à justifier son absence tant sur le fond que sur la forme.

314.- Au-delà de la conception contractuelle de l'absence, la qualification d'absence injustifiée s'explique par le fait qu'elle fasse l'objet d'un l'objet d'un raisonnement *a contrario*. À défaut de reposer sur un motif d'absence considéré comme autorisé et d'avoir strictement respecté les conditions formelles de justification de l'absence, elle est considérée comme injustifiée. Or, les raisons de nature à justifier l'absence du salarié *sur le fond* sont strictement encadrées, de même que ne l'est la procédure permettant de la justifier *sur la forme*. Les deux conditions précitées étant cumulatives, de nombreuses absences doivent être qualifiées d'absences injustifiées.

315.- Lorsque la qualification d'absence injustifiée fut établie, le salarié était considéré comme défaillant à son obligation d'exécuter la prestation de travail et pouvait, à ce titre, être sanctionné. Toutefois, les sanctions de droit commun se sont révélées inadaptées à la relation de travail, principalement en raison de la situation de subordination du travailleur salarié. C'est ainsi qu'a émergé un système de sanction propre au droit du travail : le droit disciplinaire de l'employeur. Les sanctions disciplinaires s'inscrivent davantage dans un mécanisme coercitif, dans la mesure où elles poursuivent une finalité répressive. Aux côtés de ces sanctions, il existe quelques dispositifs juridiques épars qui visent à lutter de manière préventive contre les absences. Or, il semble regrettable que ces dispositifs soient relégués au second plan par rapport aux sanctions classiques qui sont largement prépondérantes. L'étude des règles existantes en matière d'absence injustifiée, qu'elles soient répressives ou préventives, montre que l'employeur n'est pas encouragé à prévenir efficacement les absences du salarié mais à le sanctionner au point, parfois, de rompre la relation de travail.

CHAPITRE 2 : LES ABSENCES JUSTIFIÉES, PROTÉGÉES PAR LE DROIT SOCIAL

316.- Historiquement, l'absence injustifiée était la seule classification en matière d'absence du salarié. Cependant, en raison de l'évolution du droit, il a été admis que le salarié puisse s'absenter pour certaines raisons, tout en lui garantissant une protection contractuelle voire économique. C'est alors qu'un droit d'absence a été reconnu au salarié, et que la catégorie des *absences justifiées* a émergé.

317.- À l'origine, la catégorie des *absences justifiées* était limitée puisque le droit d'absence était principalement lié à son état de santé. On considérait alors que lorsque l'état de santé physique du salarié était incompatible avec l'exercice de son travail, il était autorisé à s'absenter. Le travail ne devait pas être source de dégradation de son état de santé déjà précaire. Progressivement, la reconnaissance de certains droits et libertés a conduit à une multiplication des motifs considérés comme justifiant l'absence du salarié. Les raisons d'absence justifiées sont désormais prolifiques. La présente étude entend ainsi clarifier les motifs d'absence autorisés, en proposant une typologie (**Section 1).**

318.- Quelle qu'en soit la raison à l'origine, l'absence justifiée donne lieu à une *protection* du salarié. Par opposition au régime juridique répressif dont fait l'objet l'absence injustifiée, l'absence justifiée offre en principe au salarié une protection contractuelle voire économique. Pour ce faire, des mécanismes de droit social ont été créés, comme la suspension du contrat de travail ou du revenu de remplacement. Toutefois, si ces mécanismes se sont largement diffusés, leur mise en œuvre ainsi que le degré de protection du salarié varient selon la raison d'absence qui est à l'origine. En outre, bien que l'absence justifiée fasse en principe l'objet d'une *protection contractuelle* du salarié, de nombreuses exceptions doivent être relevées. Dans certains cas, la possibilité est offerte à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié dont l'absence est justifiée. Si classiquement l'absence injustifiée donne lieu à une *sanction* du salarié, tandis que l'absence justifiée donnerait lieu à sa *protection*, il est permis de constater que cette dichotomie souffre de nombreuses exceptions. La question de l'équilibre entre la protection du salarié et celle des intérêts de l'entreprise entend être interrogée **(Section 2)**.

Section 1 : L'établissement d'une typologie des absences justifiées

319.- Plan. Les raisons considérées comme justifiant l'absence du salarié se sont construites au fil du temps. Au début du XXe siècle, si ces dernières se limitaient à l'état de santé du salarié, le champ de l'absence justifiée s'est progressivement étendu à d'autres motifs **(§1)**. Les raisons d'absence justifiées étant strictement encadrées, il est aisé d'établir une liste exhaustive de raisons reconnues comme justifiant, *sur le fond*, l'absence du salarié[1154]. Le caractère limitatif des raisons d'absence considérées comme justifiées sur le fond a le mérite de l'objectivité. Or, bien que limitatifs, de nouveaux motifs d'absence justifiés sont susceptibles d'être reconnus **(§2)**.

§1 : Les raisons de la protection du salarié absent

320.- Plan. Au début du XXe siècle, les évolutions sociales ont permis de prendre en considération de façon croissante la protection concrète des droits de la personne dans le rapport contractuel. Par conséquent, une protection de la santé physique a été assurée au salarié, qui était considéré comme un contractant vulnérable[1155]. Étant à l'origine de l'avènement du droit social, ce constat justifie également qu'un droit d'absence ait progressivement été reconnu au salarié. À ce titre, l'avènement de l'État social[1156] a permis l'émergence d'une protection du salarié absent **(I)**. Au fil du temps, la reconnaissance de droits et libertés fondamentaux dont certains sont propres aux travailleurs – comme le cas du droit de grève –. Cet élargissement a

---

1154 Pour rappel, afin que l'absence soit qualifiée de justifiée, le seul fait que le motif d'absence soit légalement admis ne suffit pas ; encore faut-il que le salarié ait respecté la procédure relative au motif d'absence en cause.

1155 Le salarié mettant à profit sa force de travail dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, il était considéré comme mettant en péril sa santé physique. Alain Supiot a notamment été précurseur de cette théorie. V. en ce sens : A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, pp. 68 et suiv. Les travaux universitaires de Thierry Revet illustrent également ce constat. V. not. : T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, *op. cit.* ; T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 859

1156 Les notions d'État social et d'État providence doivent ici être entendues dans le même sens. En effet, la présente étude n'entend pas révéler les dissensions terminologiques infimes, presqu'insaisissables qui existent entre ces deux notions. D'ailleurs, ces deux notions sont assimilées, y compris par des spécialistes : F.-X. Merrien, R. Parchet, A. Kernen, *L'état social. Une perspective internationale*, Armand Colin, 2005, p. 3 (nbp n° 5).
Comme le relèvent certains auteurs, « la notion [d'État social] véhicule de nombreuses ambiguïtés » : F.-X. Merrien, R. Parchet, A. Kernen, *L'état social. Une perspective internationale, op. cit.*, p. 1. Dans le cadre de cette étude, l'État social s'entend du système de protection sociale, du droit du travail, mais également des services publics et politiques économiques visant au soutien et au maintien dans l'emploi, comme le suggère l'économiste Christophe Ramaux : C. Ramaux, « Quelle théorie pour l'État social ? Apports et limites de la référence assurantielle », *RFAS* 2007, p. 13.

eu pour conséquence de nombreuses absences justifiées. Corrélativement, la protection du salarié absent s'en est trouvée élargie **(II)**.

I- L'émergence de l'État social, socle de la protection du salarié absent

321.- Plan. La protection concrète des droits du salarié dans le rapport contractuel a constitué la pierre angulaire d'une véritable évolution. Jusqu'alors, ce dernier était considéré comme un simple contractant. Son statut était alors régi par le droit commun des contrats. Ce n'est qu'à la fin du XIX^{e} siècle que le travailleur a été perçu comme un contractant en situation de vulnérabilité. En effet, il a été reconnu qu'en mettant sa force de travail au profit d'un employeur, le salarié pouvait mettre sa situation personnelle – tant sur le plan de sa santé que de sa situation économique – en péril. Cela a conduit à reconsidérer le salarié, qui fut davantage appréhendé comme un sujet de droit **(A)**. Cela a été permis, notamment, grâce à l'avènement d'un droit à la protection sociale **(B)**.

A) D'une protection de la sécurité physique à une protection de la sécurité économique du salarié absent

322.- Plan. La reconnaissance d'une protection du salarié dans le cadre de la relation de travail a évolué assez rapidement. Elle s'est d'abord illustrée par une protection de la sécurité physique du travailleur. En effet, le salarié a été protégé contre les risques de dégradation de son état de santé physique liés à l'exercice de son activité professionnelle **(1)**. En outre, l'exercice d'une activité professionnelle génère un revenu qui permet au travailleur d'assurer sa propre subsistance ainsi que celle de sa famille. C'est la raison pour laquelle, aux côtés de cette protection, la protection de la sécurité économique du travailleur a dû être assurée lors de la réalisation d'un risque social tel que la maladie **(2)**.

1. La protection de la sécurité physique

323.- L'exposition du salarié à des risques pour sa sécurité physique. Si l'objet du contrat de travail est le travail envisagé en tant que bien, il ne saurait être fait abstraction de la dimension corporelle dont le droit du travail est empreint. À cet égard, Alain Supiot déclarait que « le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa

peau. Et c'est d'abord pour sauver cette dernière que le droit du travail s'est constitué »[1157]. Le travail est ainsi source de danger pour le salarié, ce qui justifie que ce dernier soit protégé par un arsenal de règles juridiques. Le corps – *lato sensu*[1158] – du travailleur est ainsi mis en péril pour l'accomplissement du travail. Partant, la personne humaine du travailleur fait donc partie intégrante du contrat de travail puisqu'elle se retrouve immergée dans l'objet contractuel. Pour Alain Supiot, le corps du travailleur serait l'objet même du contrat de travail[1159]. Cette particularité du contrat de travail, selon laquelle on fait entrer un élément extrapatrimonial dans le contrat, à savoir le corps du travailleur, a dû être prise en considération. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit du travail a initialement œuvré, la sécurité physique du travailleur ayant dû être assurée, les règles de droit civil s'étant révélées inadaptées à la relation de travail.

324.- La recherche d'une préservation de la sécurité physique du travailleur. Dans le cadre des contrats de droit commun, les obligations ont trait à des échanges patrimoniaux au sein desquels la personne humaine n'est pas sujette à être mise en péril, voire malmenée par son cocontractant. L'avènement du droit du travail a ainsi permis d'assurer la sécurité physique des personnes[1160]. Cette idée demeure au cœur de la matière sociale[1161]. En outre, le droit du travail a également pour objet de contrebalancer l'ensemble des aléas physiques auquel le salarié fait face et qui pèse sur l'accomplissement de sa prestation de travail. Le corps du travailleur fait partie intégrante du contrat de travail. Or, toute altération de la personne humaine du travailleur a indubitablement une incidence sur l'exécution du contrat de travail. C'est ainsi que la maladie, la maternité ou l'invalidité sont autant de facteurs pouvant perturber la bonne exécution du contrat de travail. En sus des conditions de validité de droit commun issues de l'article 1128 du Code civil[1162], la conclusion du contrat de travail est soumise à la « condition particulière d'aptitude physique à l'emploi, dont le respect doit être vérifié

1157 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.*, p. 68.

1158 Il faut entendre par là le « corps » de l'individu dans son entièreté, c'est-à-dire envisagé dans sa double dimension corporelle et psychique.

1159 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.,* p. 74.

1160 *Ibid.*, p. 68 ; M. Bonnechère, *Le droit du travail*, La Découverte, coll. Repères, 2008, p. 43. Selon cet auteur, il s'agirait même de sa finalité historique : « la plus ancienne finalité du droit du travail [est] celle de la sécurité physique du travailleur ».

1161 La préservation de la santé et de la sécurité du travailleur a une valeur constitutionnelle, puisque le Préambule de la Constitution de 1946 alinéa 11 dispose que la nation « garantit à tous […] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». La protection de la santé doit ainsi être garantie au travailleur dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle.

1162 Cet article soumet la validité d'une convention à trois conditions préalables : le consentement des parties, leur capacité de contracter et le contenu licite et certain de la convention.

ensuite régulièrement »[1163]. Lors de la conclusion du contrat de travail, le salarié doit effectuer la visite d'information et de prévention pour les salariés dont le poste ne présente pas de risque particulier[1164]. Concernant les travailleurs affectés à des postes à risques, un examen médical d'aptitude, plus approfondi, se substitue à la visite d'information et de prévention[1165]. Il s'agit là d'une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat de travail. L'inaptitude au travail priverait ainsi le contrat de travail d'un objet licite et ne satisferait pas aux conditions de validité du droit commun des contrats[1166]. En effet, en cas d'inaptitude survenue en cours d'exécution du contrat de travail, l'absence du salarié apparaît nécessaire à la préservation de la santé et de la sécurité physique du travailleur[1167]. La maladie, la maternité ou l'invalidité sont autant d'exemples qui justifient qu'un droit d'absence soit accordé par le législateur[1168]. Partant, l'état de santé physique du salarié justifie l'inexécution de la prestation de travail[1169]. Le travailleur malade ou inapte et la salariée en fin de grossesse se trouvent dans un état de vulnérabilité de nature à entraîner une incapacité de travail. Cependant, en droit commun des contrats, le mécanisme de l'exception d'inexécution permet au cocontractant créancier d'une obligation non accomplie de « refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible »[1170]. Appliqué à l'absence, il s'agirait de considérer que si le salarié est dispensé de son obligation d'accomplir la prestation de travail, l'employeur s'en trouverait par là même dispensé de lui verser le salaire. La sécurité économique du travailleur s'en trouverait ainsi perturbée. C'est la raison pour laquelle des dispositifs juridiques assurant la sécurité économique du salarié ont été créés.

1163 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.*, p. 74.
1164 C. trav., art. L. 4624-1, al. 2. Ce texte précise d'ailleurs que la visite d'information et de prévention effectuée donne lieu à la délivrance, par le professionnel de santé, à une attestation.
1165 C. trav., art. L. 4624-1, I.
1166 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.*, p. 73.
1167 Sur ce point, pour de plus amples développements, v. en ce sens : Titre 2, Chapitre 2, Section 2.
1168 Pour les autorisations d'absence en raison de la maternité : v. C. trav., art. L. 1215 et suiv. Concernant la maladie et l'invalidité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2 et suiv.
1169 La chambre sociale de la Cour de cassation considère que lorsque le salarié est privé de l'exécution de sa prestation de travail en raison de la maladie, son contrat de travail doit être suspendu : Cass. soc., 24 oct. 1990, n° 87-44.969.
1170 C. civ., art. 1219.

2. Vers une protection de la sécurité économique

325.- Le bénéfice d'une sécurité économique par le travail. Le travail est un gage, pour le salarié, d'une sécurité économique qui doit à ce titre faire l'objet d'une protection[1171]. Il génère un revenu pour le travailleur, grâce auquel il peut assurer sa propre subsistance et, plus largement, celle des membres de sa famille[1172]. Cela fait écho au caractère alimentaire[1173]. Il ne suffit donc pas que sa sécurité physique soit préservée ; encore faut-il que l'individu soit à même de subsister et par là même, de perpétuer sa force de travail. Ce faisant, il est permis de considérer que « l'idée de sécurité économique prolonge ainsi naturellement celle de sécurité physique dans le travail »[1174]. Or, les spécificités de relation de travail révèlent que le droit civil ne permettait pas de prendre en considération cette approche de la sécurité économique.

326.- Un droit commun des contrats impropre à assurer la sécurité économique du salarié. Si l'on s'en tient à une approche purement civiliste, il y aurait lieu de considérer que la force de travail devrait être entretenue par le salarié puisqu'elle incombe à sa seule patrimonialité. Cependant, la force de travail transcende le domaine de la patrimonialité puisque le corps du travailleur est en jeu. Lorsque l'absence du salarié est la conséquence d'une nécessité de préserver sa santé et sa sécurité, il serait injustifié de le priver de son revenu et de faire peser sur lui le poids de la « réparation » de son outil de travail, à savoir son corps. Il a donc été nécessaire d'imaginer des mécanismes spéciaux qui permettent en pareil cas de préserver la sécurité physique mais aussi économique. L'avènement de l'État social a fortement contribué à permettre cette évolution.

1171 Cette protection revêt une valeur constitutionnelle. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 indique que « tout être humain qui, en raison […] de son état physique ou mental […] se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

1172 G. Deleplace, *Histoire de la pensée économique*, Éd. Dunod, 3e éd., 2018, p. 58.

1173 Plusieurs auteurs affirment le caractère alimentaire du salaire. Sur ce point, v. D. Pallantza, *La créance de salaire*, préf. G. Loiseau, L'Harmattan, coll. Thèses & travaux universitaires, 2014, n° 117 et suiv. ; J. Mouly, « La licéité des primes de fidélité remboursables à l'aune de la liberté du travail », *Dr. soc.* 2023, p. 654 ; J. Savatier, « Les incidences d'un redressement de cotisations sur les rapports entre employeur et salarié », *Dr. soc.* 1997, p. 451 (pour les revenus modestes) ; G. Vachet, « La compensation », *Dr. soc.* 1997, p. 600 ; P.-H. Antonmattei, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571 ; F. Gaudu, « Fidélité et rupture », *Dr. soc.* 1991, p. 419.

1174 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.,* p. 74.

B) Une consécration de la protection du salarié par l'État social

327.- Plan. La prise en considération du travailleur en tant que personne humaine a progressivement donné lieu à la protection du salarié. Plus exactement, elle a dans un premier temps permis de protéger l'individu contre la survenue de risques sociaux tels que la maladie ou la maternité. Ce mouvement de protection fut initié à la fin du XIX^e^ siècle et au début siècle suivant, lors de l'avènement des premières lois sociales, notamment en matière d'accident du travail et de maternité[1175] **(1)**. Dans le prolongement des lois sociales, la jurisprudence a également accordé au salarié absent pour raison de santé une certaine protection contractuelle. *In fine*, la création de la Sécurité sociale en 1945 a contribué à renforcer la protection économique du salarié sur le fondement d'un système assurantiel **(2)**.

1. Les prémices d'une protection du salarié par les lois sociales

328.- Les prémices d'une protection du salarié victime d'un accident du travail. Certaines manifestations de l'État social ont émergé au XIX^e^ siècle, au premier rang desquelles figure la loi de 1898 sur les accidents du travail. Ce texte a permis d'assurer une protection au salarié en incapacité de travail en raison d'un accident de travail. En la matière, c'est la « peau même du travailleur qui est en jeu » et qui justifie que la réparation soit réduite à ce type d'accidents[1176]. Les travailleurs victimes d'accidents du travail doivent en obtenir réparation dès lors que leur sécurité physique a été mise en péril et que le risque s'est réalisé *à l'occasion du travail*[1177]. Or, si les dispositions de cette loi ne prévoyaient pas expressément un droit d'absence au profit du travailleur victime d'un accident du travail, une lecture plus attentive permet de déceler en filigrane une telle autorisation. En effet, la loi évoque une « incapacité temporaire de travail », qui semble pour la première fois justifier l'absence du salarié dans la mesure où elle donne lieu à une indemnité journalière[1178]. Il ne s'agit là que des prémices à la protection contractuelle en cas d'accident du travail. Quant à la protection économique, cette dernière était

[1175] L'État social est notamment né de la loi du 9 avril 1898 : L. du 9 avr. 1898 sur les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, *précitée*.
[1176] C. Ramaux, « Quelle théorie pour l'État social ? Apports et limites de la référence assurantielle », *op. cit.*, p. 15.
[1177] V. en ce sens : CSS, art. L. 411-1 à L. 491-7.
[1178] L. du 9 avr. 1898, *précitée*, art. 3, al. 4. Ce texte prévoit que l'ouvrier ou l'employé, dont *l'incapacité temporaire de travail est liée à un accident du travail* et qu'elle est d'une durée de plus de quatre jours, a droit à « une indemnité journalière, sans distinction entre les jours ouvrables et les dimanches et jours fériés, égale à la moitié du salaire touché au moment de l'accident, à moins que le salaire ne soit variable […] ».

également sommaire. La loi de 1898 a introduit un régime de responsabilité sans faute de l'employeur, qui permet au salarié victime d'un accident du travail d'obtenir réparation de son préjudice sans qu'il n'ait à prouver la faute de l'employeur, par exception au régime de responsabilité civile de droit commun. Bien qu'il soit désormais critiqué[1179], le régime juridique des accidents du travail créé par la loi de 1898 apparaissait à cette époque comme une « innovation particulièrement remarquable en faveur de la protection des travailleurs »[1180]. C'était, en revanche, à la contrepartie d'une réparation limitée à une indemnisation forfaitaire, donc non intégrale. Il s'agissait là de la réparation d'une perte de gain liée à l'accident du travail. Bien que n'étant pas explicite, une forme de protection économique du salarié apparaît en creux. Elle constitue une première étape de la protection du salarié, qui bénéficie d'une indemnité d'incapacité. Toutefois, le rapport contractuel n'est pas encore véritablement protégé. Il faudra attendre le début du XX^{e} siècle pour qu'une telle protection voie le jour.

329.- Un droit d'absence reconnu au profit de la salariée enceinte et venant d'accoucher. Au début du XX^{e} siècle, la loi Engerand de 1909 a reconnu un droit d'absence au profit de la salariée en état de grossesse et venant d'accoucher[1181]. Ce dernier se traduisit par un congé maternité de huit semaines, pour lequel il était expressément prévu que « la suspension du travail de la femme, pendant huit semaines consécutives […] ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage, et ce à peine de dommages et intérêts au profit de la femme »[1182]. La protection contractuelle de la femme enceinte ou venant d'accoucher fut ainsi affirmée. Poursuivant en ces termes : « celle-ci devra avertir l'employeur du motif de son absence », la grossesse et la maternité furent alors considérées comme de véritables motifs d'absence justifiés. La protection économique faisait toutefois défaut, puisqu'il s'agissait là d'un congé non rémunéré[1183]. Il fallut attendre 1913 pour que ce congé soit assorti d'une indemnité visant à compenser la perte de revenu liée à l'exercice de ce droit à congé[1184].

[1179] Sur la remise en cause du régime de réparation forfaitaire des accidents du travail, v. notamment en ce sens : X. Aumeran, M. Keim-Bagot, « Accidents du travail et maladies professionnelles : l'éternelle ritournelle ? », *Dr. soc.* 2023, p. 572 ; M. Badel, « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, p. 644.

[1180] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 741.

[1181] L. du 27 nov. 1909 *précitée*.

[1182] L. du 27 nov. 1909, art. unique, *précitée*.

[1183] Paul Durand indiquait à cet égard que « la suspension du contrat de travail [en cas de grossesse ou de maternité] n'oblige pas au payement d'un salaire, mais l'employeur doit reprendre la femme, à l'expiration du délai, sous peine de dommages-intérêts » : P. Durand, *Traité de droit du travail*, *op. cit.*, p. 814.

[1184] L. du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couche (*Bull. des lois* 1913, n° 108, p. 1379). Avant l'adoption de cette loi, une loi du 15 mars 1910 reconnaissait au seul bénéfice des institutrices en couche un congé de deux mois avec traitement (*Bull. des lois* 1910, n° 29, p. 502).

S'agissant de la protection de la femme enceinte ou venant d'accoucher, la finalité de ce droit interroge néanmoins. Si cette loi semble en apparence garantir la protection de la santé de la femme, certains historiens ont cependant relevé que l'objectif de ce congé était d'encourager la natalité[1185].

330.- Les prémices d'une protection du salarié malade au début du XXe siècle.

En marge des lois sociales, la jurisprudence a également œuvré en faveur d'une protection du salarié absent pour maladie ordinaire, notamment par la mise en œuvre du mécanisme de la suspension du contrat de travail. En effet, « les conséquences juridiques de la maladie ont été définies par la jurisprudence de la Cour de cassation »[1186]. Ainsi au début du XXe siècle, une protection contractuelle était accordée au salarié absent en raison de la maladie ordinaire puisque la jurisprudence reconnaissait que la maladie n'était pas nécessairement une cause de rupture du contrat de travail. La suspension du contrat de travail – mécanisme contractuel permettant de préserver l'existence du contrat – pouvait ainsi être prononcée sur ce motif. Pour ce faire, une double condition était requise : le salarié devait informer l'employeur de sa maladie dans les meilleurs délais, et lui transmettre un certificat médical d'arrêt de travail[1187]. En revanche, la protection contractuelle était relativement limitée puisqu'il était admis que si le salarié manquait à l'une de ces deux obligations, la suspension était impossible et le contrat de travail était alors considéré comme rompu par l'effet de la force majeure[1188]. Aussi, il était admis que la rupture du contrat de travail du salarié malade pouvait intervenir si certaines conditions étaient remplies. C'était le cas si la maladie était suffisamment grave et prolongée[1189], ou si le salarié absent devait être remplacé[1190] et que l'employeur avait informé le salarié avant son congédiement qu'il allait devoir procéder à son remplacement définitif[1191]. En outre, même si la suspension du contrat de travail était prononcée, elle donnait lieu à la seule protection des rapports contractuels[1192]. La protection économique du salarié était inexistante, puisque

1185 Ce constat est relevé par Sébastien Tournaux : S. Tournaux, « Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail », *Dr. ouvr.* 2018, p. 330.
1186 P. Durand, *Traité de droit du travail, op. cit.,* p. 808.
1187 Sur l'information immédiate de l'employeur de sa maladie, v. en ce sens : Civ. Seine, 31 oct. 1938. Sur la transmission du certificat médical à l'employeur, v. en ce sens : Cons. prud. Le Havre, 2 avr. 1941. Cité par : P. Durand, *Traité de droit du travail, op. cit.,* p. 809, nbp n° 4 et 5.
1188 Cass. civ., 20 déc. 1926. Cité par : P. Durand, *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 810, nbp n° 8.
1189 Req. 19 juill. 1933. V. *Ibid.*, p. 808, nbp n° 3.
1190 Cass. civ., 27 nov. 1933. V. *Ibid.*, p. 809, nbp n° 1.
1191 Cass. soc., 27 oct. 1938. V. *Ibid.*, p. 809, nbp n° 3.
1192 Sur le maintien des rapports contractuels pendant la maladie, v. en ce sens : Cass. soc., 21 mai 1943 ; Req. 20 juin 1920. V. *Ibid.*, p. 810, nbp n° 6.

l'employeur n'était pas tenu au versement du salaire, ni même à un revenu de remplacement[1193]. Toutefois, la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales a reconnu au salarié absent en raison de la maladie le bénéfice d'une indemnité journalière[1194]. Cette dernière était cependant limitée aux travailleurs ayant des revenus modestes, qui avaient l'obligation de s'assurer aux assurances sociales[1195]. Il s'agissait donc d'un système assurantiel obligatoire, mais individuel et conditionné à un seuil de revenus. En définitive, les lois sociales ont permis de consacrer un *droit d'absence* au salarié dans certains cas relativement limités. Il faudra attendre la création de la Sécurité sociale pour qu'un système généralisé, unifié et solidaire soit créé.

2. La Sécurité sociale à l'origine d'un renforcement de la protection du salarié

331.- Un accroissement de la protection contre les risques sociaux. La protection contre les risques sociaux s'est étendue grâce à l'avènement de la Sécurité sociale. Les risques sociaux étaient pris en charge selon un mécanisme assurantiel obligatoire[1196]. Ainsi, la maladie, la maternité[1197], l'invalidité, la vieillesse et le décès ont été couverts par la Sécurité sociale[1198]. Au-delà de ce « simple filet de protection minimale » qui a vu le jour, l'État social a

---

[1193] Sur le défaut d'obligation de l'employeur de verser le salaire au salarié dont le contrat de travail était suspendu en raison de la maladie, v. en ce sens : Civ., 12 mars 1934. V. *Ibid.*, p. 810, nbp n° 4.

[1194] L. du 5 avr. 1928 sur les assurances sociales, (*Bull. des lois* 1928, n° 463, p. 957), mod. par la L. du 30 avr. 1930 sur les assurances sociales (*JORF* du 1er mai 1930, n° 0104, p. 4819), spéc. art. 5, 1. : « si l'assuré malade ne peut, d'après attestation médicale, continuer ou reprendre le travail, il a droit, à partir du sixième jour qui suit le début de la maladie ou de l'accident, et jusqu'à la guérison ou jusqu'à l'expiration des six mois prévus à l'article 4, à une indemnité par jour ouvrable égale au demi-salaire quotidien. Le chiffre de ce salaire moyen est obtenu en divisant par 300, soit le montant du salaire annuel résultant des cotisations payées dans les douze mois qui ont précédé la maladie, soit celui d'un ouvrier de même profession travaillant dans les mêmes conditions ».

[1195] Le champ des bénéficiaires couverts par la loi du 5 avril 1928 était relativement limité puisqu'il s'agissait des « salariés des deux sexes dont la rémunération totale annuelle, quelle qu'en soit la nature, […] ne dépass[ait] pas 18 000 francs ». La loi du 30 avril 1930 a limité le montant du salaire à 15 000 francs, « ce chiffre limité [étant] porté à 18 000 francs dans les villes de plus de 200 000 habitants et dans les circonscriptions industrielles dont la liste sera déterminée par décret rendu sur la proposition du ministre du travail » : L. du 30 avr. 1930, *précitée*, art. 1er, 2. En outre, « les métayers travaillant d'ordinaire seuls ou avec l'aide des membres de leur famille, conjoint, ascendants ou descendants et ne possédant aucune partie du cheptel [étaient] assimilés aux employeurs » : L. du 5 avr. 1928 *précitée*, art. 1er, 2.

[1196] Ce système a été consacré par la loi du 30 avr. 1930 qui protégeait l'ensemble des salariés contre les risques maladie, invalidité et vieillesse. La loi du 11 mars 1932 étendra cette protection en créant le système d'allocations familiales (*JORF* du 12 mars 1932). Il faudra attendre l'ordonnance du 4 octobre 1945 pour que le système de sécurité sociale soit généralisé à l'ensemble de la population (*JORF* du 6 oct. 1945, n° 0235, p. 6285). V. en ce sens : CSS, art. L. 111-1.

[1197] S'agissant de la maternité, Sébastien Tournaux remarque que « ce n'est qu'après la Deuxième guerre mondiale que d'autres considérations entraient en jeu. La volonté de protéger la santé de la femme enceinte ou qui vient d'accoucher se propage et se traduit, en particulier, par le souci de l'éloigner de risques auxquels elle peut être exposée en raison de son travail » : S. Tournaux, « Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail », *op. cit.*, p. 330.

[1198] Ord. n° 45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale (*JORF* n° 0235 du 6 oct. 1945, p. 6289).

aussi et surtout permis de garantir ce que l'économiste Christophe Ramaux a pu qualifier de « bien-être social », de « mieux-être social »[1199]. Ce nouvel État providentiel ne garantit pas seulement la protection d'un individu qui fait face à un risque social et qui se trouve contraint de se tourner vers le secours public. Il ne se limite pas à des « politiques d'essence minimaliste »[1200]. L'idée de prémunir l'individu contre une situation de misérabilisme a progressivement évoluée, tendant de ce fait vers le progrès social.

332.- La généralisation de la responsabilité de la survenue du risque social. Les notions d'assurance et de risque sont à la genèse de l'État social[1201]. Dans un premier temps, il a été nécessaire de reconnaître les risques comme des *risques sociaux*, c'est-à-dire par définition comme étant propres à la société et aux rapports qu'entretiennent les individus la composant[1202]. Grâce à cette acception du risque, l'immixtion de la société dans le champ économique a été rendue possible parce qu'elle poursuivait une visée sociale. Par conséquent, elle a introduit un changement de paradigme, puisqu'elle a permis de considérer que lorsque l'un de ces risques sociaux survient, une forme de responsabilité sociale s'engage. L'individu n'est alors plus le seul protagoniste lors de la survenue d'un tel risque. Aux côtés de ces *risques sociaux*, l'assurance a joué un rôle essentiel dans l'émergence de l'État social. Afin de se prémunir contre la survenue d'un risque social, un mécanisme assurantiel est mis en place : la Sécurité sociale[1203]. Chaque membre de la société alimente ainsi les caisses assurantielles en cotisant, afin que les prestations puissent être redistribuées auprès des personnes qui feront face à un risque social. L'État social est ainsi « né des affres des politiques de secours face au paupérisme »[1204] et a généré des incidences en matière d'absence au travail.

333.- L'État social à l'origine du développement de la protection physique et économique du salarié. L'État social peut être perçu comme étant à l'origine du

---

1199 C. Ramaux, « Quelle théorie pour l'État social ? Apports et limites de la référence assurantielle », *op. cit.*, p. 15.
1200 *Ibid.*
1201 *Ibid.*
1202 Cela a été permis grâce à l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, même si les lois sur les assurances sociales des 5 avril 1928 et 30 avril 1930 avaient posé les jalons de ce système.
1203 En France, ce droit de la sécurité sociale s'est principalement construit sur le modèle bismarckien allemand, qui repose sur une logique assurantielle. Ainsi, pour bénéficier des prestations sociales, il est en théorie nécessaire d'avoir préalablement cotisé. Sur le système assurantiel de la Sécurité sociale, v. en ce sens : L. Caussat, « Sécurité sociale : pour l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p. 902. Pour une approche de cette question en droit comparé, v. en ce sens : Z. Schicheng, « Le système d'assurances sociales », *Revue internationale de droit comparé* 1998, pp. 883-887 ; P. Laroque, « Sécurité sociale et assurances sociales : la mise en œuvre de la sécurité sociale », *Revue Vie sociale* 2015, p. 54.
1204 C. Ramaux, « Quelle théorie pour l'État social ? Apports et limites de la référence assurantielle », *op. cit.*, p. 15.

développement de la protection économique du salarié, dont les jalons avaient été posés par les lois sociales. C'est le cas du risque accident du travail – maladie professionnelle, pour lequel le travailleur est protégé contre les dommages corporels pouvant être générés par le fait du travail[1205]. C'est également le cas de la maladie, de la maternité et de l'invalidité. La survenue de ces risques ouvre droit, pour le salarié, à s'absenter du travail. Dans ce cas, l'absence est considérée comme protectrice de la santé et de la sécurité. Ce droit d'absence lui confère également une protection économique, puisqu'en dépit de l'inexécution de sa prestation de travail, il est indemnisé et bénéficie d'un maintien – partiel ou total – de sa rémunération grâce aux prestations en espèces. Ces dernières permettent notamment d'assurer un revenu de remplacement au salarié qui se trouve dans l'incapacité d'exercer son travail, notamment en raison de la maladie ordinaire[1206], de l'accident du travail, de la maladie professionnelle[1207] ou de la maternité[1208]. Le revenu de remplacement permet de « compenser la perte d'un revenu professionnel ou, plus précisément, d'en assurer une meilleure distribution sur les périodes d'activité et d'inactivité »[1209]. Ce mécanisme issu de la Sécurité sociale permet ainsi de parachever la sécurité tant physique qu'économique du salarié qui fait face à l'un des risques sociaux précités[1210]. Partant, l'État social a contribué à permettre la reconnaissance d'un droit d'absence au profit du salarié. Les risques sociaux font l'objet d'une réelle protection au bénéfice du salarié qui ferait face à l'un d'eux.

334.- L'État social à l'origine du développement de la protection contractuelle du salarié. Dans le prolongement de la protection économique du salarié, la protection du contrat de travail est apparue. L'avènement de l'État social a permis de consacrer cette protection. L'État ne se borne plus à indemniser le risque social ; il sécurise également le contrat de travail afin de protéger l'emploi. En effet, durant la seconde moitié du XX^{e} siècle, la protection du risque lié à la perte du revenu s'est élargie vers une protection de l'emploi. Ainsi, le contrat de travail ne pouvait plus être rompu à l'initiative de l'employeur en raison de la survenue d'un risque social comme la maladie du travailleur ou la maternité de la femme

[1205] Pour une illustration en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, v. en ce sens : F. Meyer, « Accidents du travail et maladies professionnelles : la longue quête des victimes pour obtenir une meilleure réparation du dommage corporel », *Dr. ouvr.* 2016, p. 603.
[1206] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, pp. 588-594.
[1207] *Ibid.*, pp. 666-668 ; *Ibid.*, pp. 790-814.
[1208] *Ibid.*, pp. 568-570 ; *Ibid.*, pp. 685-687.
[1209] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 237.
[1210] Il contribue ainsi à satisfaire le principe consacré à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, *précité.*

ouvrière[1211]. C'est ainsi que le droit du salarié au maintien de son contrat de travail en dépit de l'arrêt du travail a été consacré. Cela s'illustre par l'avènement d'un mécanisme juridique propre au droit du travail : celui de la *suspension du contrat de travail*[1212]. Cette dernière « consacre un "temps mort" avec arrêt complet de la convention et de toute relation entre les parties. Le contrat reprendra vie et les rapports se rétabliront après la fin de la suspension »[1213]. Dès lors, le mécanisme de la suspension du contrat de travail consacre une protection du travailleur lorsqu'un risque social survient, puisqu'il paralyse temporairement les obligations contractuelles, et interdit en principe à l'employeur de rompre le contrat de travail.

II- Les droits et libertés fondamentaux, cause d'élargissement de la protection du droit d'absence

335.- Plan. L'émergence de l'État social puis celle de la Sécurité sociale sont à l'origine de la reconnaissance du droit d'absence du travail. Elles justifient que le salarié s'absente lorsqu'il fait face à un risque social. Cependant, le droit d'absence a été progressivement étendu à d'autres causes qui ne sauraient être qualifiées de *risques sociaux*. La reconnaissance de libertés et droits fondamentaux a œuvré en ce sens. Ils ont servi d'assise à l'élargissement du droit d'absence pour d'autres causes. Le salarié peut ainsi s'absenter pour différents motifs qui sont sous-tendus par le principe de non-discrimination **(A)**. Ce dernier apparaît également, à l'instar de la Sécurité sociale, comme la pierre angulaire du droit d'absence. À ce principe fondamental, s'est ajoutée une pluralité d'autres libertés et droits fondamentaux qui sont de nature à justifier l'absence du salarié **(B)**.

A) Un droit d'absence protégé par le principe de non-discrimination

336.- Un principe inhérent à celui d'égalité. Le *principe de non-discrimination* est une composante de l'impératif d'égalité de traitement, bien connu du droit de manière générale et plus particulièrement de la matière sociale[1214]. Ce dernier découle plus généralement du *principe*

[1211] G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, t. 1, Dalloz, 2e éd., 1982, p. 273.
[1212] Le mécanisme de la suspension du contrat de travail fera l'objet de plus amples développements : v. *infra*, n° 380 et suiv.
[1213] G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail, op. cit.*, p. 276.
[1214] C. trav., art. 1132-1.

d'égalité, qui est proclamé par différents textes nationaux et supranationaux[1215]. En droit interne, l'égalité est un principe constitutionnel. Il a dans un premier temps été proclamé par l'article premier de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, qui dispose que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». Il figure également à l'article premier du préambule de la Constitution de 1946[1216]. Partant, le rejet de toute forme de discrimination repose sur le principe d'égalité. Ce principe est fervemment défendu par le Conseil constitutionnel qui a pu rappeler, à plusieurs reprises, le caractère constitutionnel du principe d'égalité des citoyens devant la loi[1217]. Outre sa valeur constitutionnelle, le principe d'égalité est également prégnant en droit de l'Union européenne puisque divers textes le consacrent[1218]. Ce principe d'égalité est donc à la genèse de l'émergence du principe de non-discrimination qui sert d'assise, dans certains cas, à la justification des absences au travail.

337.- D'un principe général d'égalité à celui de l'égalité de traitement et de non-discrimination. De cet impératif d'égalité découle celui de *l'égalité de traitement,* qui constitue l' « assise à une diversité de règles »[1219]. Les compétences sont partagées entre les institutions européennes et nationales[1220]. Le droit du travail a été amené à recevoir ce principe. Pourtant, comme le relevait Philippe Waquet, ce principe peut apparaître paradoxal dans cette discipline caractérisée par un « droit de la subordination par excellence », là « où l'inégalité est partout »[1221]. Ce principe a pourtant fait l'objet d'une réception particulière en droit du travail, tant dans la législation européenne que nationale. La loi Auroux de 1982 a instauré les prémices de la reconnaissance d'un principe de non-discrimination, prévoyant que l'interdiction de sanctionner ou de licencier un salarié « en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques,

---

1215 La Cour de justice des communautés européennes a consacré ce principe. V. en ce sens : CJCE, *SA Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*, 19 oct. 1977. Elle l'utilise depuis lors comme un principe cardinal en droit de l'Union européenne.

1216 Cet article dispose que « […] tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

1217 V. notamment : Cons. constit., décision n° 89-269, 22 janv. 1990 ; *RDSS* 1990, n° 4, note L. Dubouis. Cette décision a été rendue dans le cadre d'un contrôle *a priori* relatif à l'article 17 da loi du 23 janvier 1990 n° 90-86 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

1218 V. en ce sens : TUE, art. 2 : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, *d'égalité*, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités […] » ; TFUE, art. 8 : « Dans toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir *l'égalité*, entre les hommes et les femmes » ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 20 : « Toutes les personnes sont *égales* en droit »

1219 M. Sweeney, « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *La documentation française* 2012, p. 42.

1220 *Ibid.*, p. 42.

1221 Ph. Waquet, « Du principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 276.

de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses » est sanctionnée par la nullité[1222]. La liste des motifs discriminatoires demeurait relativement succincte, mais n'a eu de cesse d'être étendue par le législateur, parfois sous l'impulsion de la jurisprudence. Le principe de non-discrimination a finalement été consacré en droit de l'Union européenne par une directive du Conseil de 2000[1223], transposée en droit français par une loi de 2008[1224], et qui a donné lieu à l'article L. 1132-1 du Code du travail[1225]. Désormais, il consacre une liste de motifs discriminatoires, dont certains ont un lien direct avec le droit d'absence.

338.- Un renforcement de la protection de l'absence au prisme des motifs discriminatoires. Parmi ces motifs discriminatoires, certains d'entre eux font obstacle à l'exercice du droit disciplinaire par l'employeur en cas d'absence du salarié. Ils paralysent l'exercice du pouvoir de sanction de l'employeur. Certaines absences sont en conséquence protégées par ce principe. Parmi ces motifs, on peut citer la situation de famille, la grossesse, les activités syndicales, l'état de santé ou encore le handicap[1226]. Ces motifs sont déjà reconnus comme justifiant l'absence du salarié. Toutefois, le fait de les ériger en motifs discriminatoires tend à renforcer la protection du droit d'absence du salarié. En effet, toute sanction prise par l'employeur qui reposerait sur un motif expressément reconnu comme discriminatoire a pour conséquence la nullité de la mesure. La sanction de l'employeur est par conséquent accrue. Par exemple, en matière de licenciement, celui qui reposerait sur un motif discriminatoire ne serait pas seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il serait frappé de nullité, puisqu'il est considéré comme portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié[1227]. Par conséquent, le salarié peut demander sa réintégration et les indemnités de licenciement sont

[1222] V. en ce sens : art. L. 122-45 de l'ancien Code du travail.
[1223] Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
[1224] L. n° 2008-498 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (*JORF* n° 0123 du 28 mai 2028), spéc. art. 2.
[1225] Cet article dispose qu' « 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, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire ». Cette formulation est très générale puisqu'elle concerne au-delà du travailleur, le candidat à un emploi ou à un stage. En outre, le champ des mesures discriminatoires est tout aussi large dès lors qu'il peut concerner tant une action (une sanction, un licenciement et plus largement, une mesure discriminatoire) qu'une abstention (celle de ne pas embaucher). S'ensuit une liste de motifs discriminatoires. La liste est exhaustive, vise une pluralité de situations et n'a de cesse d'être allongée par le législateur.
[1226] Sur ce point, il convient de constater que la CJUE a une interprétation extensive de la discrimination fondée sur le handicap : v. CJUE, 11 sept. 2025, aff. C-38/24.
[1227] C. trav., art. L. 1132-4 : « Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre ou du II de l'article 10-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique est *nul* ».

déplafonnées[1228]. En définitive, le principe de non-discrimination renforce la protection contractuelle du salarié dont l'absence repose sur l'un des motifs expressément reconnu comme étant discriminatoire. En outre, d'autres motifs reconnus par le législateur comme étant discriminatoires contribuent à accorder un droit d'absence au salarié. C'est notamment le cas des convictions religieuses. En effet, si la religion ne constitue pas un motif d'absence reconnu par le législateur, le comportement de l'employeur qui refuse une autorisation d'absence pour fait religieux peut être considéré comme discriminatoire. Le défenseur des droits a considéré, dans une décision rendue le 9 mai 2019, que le refus par l'employeur d'accorder une autorisation d'absence pour célébrer l'Aïd-El-Fitr constituait une discrimination religieuse[1229]. En outre, la protection de l'absence liée aux droits et libertés fondamentaux est accrue en raison de la reconnaissance des discriminations indirectes. Le salarié victime d'une mesure ou d'un acte sanctionnant son absence peut ainsi être tenté de rattacher la décision de l'employeur à l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

B) Un droit d'absence justifié par d'autres droits et libertés fondamentaux

339.- Plan. Aux côtés du principe de non-discrimination qui recouvre un champ assez large de motifs d'absence, il existe également d'autres raisons d'absence qui se justifient par d'autres libertés et droits fondamentaux. Certains d'entre eux s'inscrivent dans le prolongement de l'exercice du travail par le salarié. Ainsi, ils font partie intégrante de l'exercice de son activité professionnelle **(1)**. Historiquement apparus en premier, d'autres libertés et droits fondamentaux dépourvus de lien avec le travail ont émergé plus tardivement. Ces derniers justifient également que le salarié s'absente du travail **(2)**. Ces droits relativement récents témoignent d'une évolution sociale et d'une amélioration de la condition du travailleur.

[1228] C. trav., art. L. 1235-3-1 : « L'article L. 1235-4 [qui prévoit des montants minimaux et maximaux d'indemnisation au bénéfice du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse] n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article […]. Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à : 1° La violation d'une liberté fondamentale ; 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1152-4 ; 3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 […] ».

[1229] Défenseur des droits, décision n° 2019-077 du 9 mai 2019 relative au refus d'accorder une autorisation d'absence pour fêter l'Aïd-El-Fitr à un détaché syndical suivi d'une retenue sur salaire caractérisant une double discrimination à raison des convictions religieuses et des activités syndicales du salarié, ce refus s'inscrivant dans un contexte de harcèlement discriminatoire. En l'espèce, une double discrimination avait été caractérisée (syndicale et religieuse) : « s'agissant du refus d'autorisation d'absence, [le défenseur des droits] conclut que le refus d'autorisation d'absence suivi d'une retenue sur salaire caractérise une discrimination syndicale et religieuse au sens des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail ».

1. Des absences justifiées par l'exercice de droits et libertés fondamentaux liés au travail

340.- La protection de l'exercice normal du droit de grève[1230]. Le droit de grève figure parmi les droits fondamentaux les plus anciens, justifiant l'absence du salarié[1231]. Il permet aux travailleurs « de faire valoir des revendications en cessant le travail et en créant de la sorte une contrainte, une gêne pour l'employeur »[1232]. Ainsi, la grève est classiquement définie par la chambre sociale de la Cour de cassation comme tout « arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »[1233]. L'arrêt du travail et en conséquence, l'absence du travail, sont ainsi inhérents au droit de grève et justifiés par l'exercice de ce droit. Les dispositions du Code du travail en vigueur prévoient qu' « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire […] en raison de l'exercice normal du droit de grève »[1234]. Cette règle est également rappelée à l'article L. 2511-1 du Code du travail qui assure une protection au salarié gréviste, sauf si ce dernier commet une faute lourde[1235]. Outre sa valeur législative, le droit de grève revêt également une valeur constitutionnelle, puisque le septième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 le consacre[1236]. Il est également consacré au niveau externe par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1237]. Le législateur ne saurait en conséquence entraver l'exercice de ce droit[1238]. De ce constat, résulte le fait qu'il existe une interdiction stricte de sanctionner le salarié qui s'absente pour exercer son droit de grève. D'une part, il existe une interdiction de principe

---

1230 Cette étude n'entend pas développer de manière exhaustive, ni apporter de réflexion sur le bien-fondé de ce droit. Sur ces questions, v. notamment : T. Lahalle, « Quelques suggestions anachroniques sur le droit de grève… Quoique », *Dr. soc.* 2017, p. 960 ; P.-Y. Gadhoun, « Les aléas du droit de grève dans la Constitution », *Dr. soc.* 2014, p. 349 ; V. Bonnin, « Les limitations du droit de grève fondées sur les droits des tiers au conflit », *Dr. soc.* 2013, p. 424 ; E. Dockès, « La finalité des grèves en question », *Dr. soc.* 2006, p. 881 ; J.-P. Laborde, « Conflits collectifs et conflits de lois » : entre réalité et métaphore, *Dr. soc.* 2001, p. 715.

1231 La loi dite « Ollivier » du 25 mai 1864 a aboli le délit de coalition, institué en 1791 et poursuivi sous le règne de Napoléon III au début du Second Empire (*Bull. des lois* 1864, n° 1206, p. 733). La loi de 1864 autorise le droit de grève, sous réserve que les salariés grévistes respectent deux impératifs. Ils ne doivent pas empêcher les non-grévistes d'accomplir leur travail, ni commettre d'actes à caractère violent.

1232 P.-Y. Gadhoun, « Les aléas du droit de grève dans la Constitution », *op. cit.*, p. 349.

1233 V. notamment : Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-17.802 ; *D.* 2008, note A. Bugada.

1234 C. trav., art. L. 1132-1.

1235 Cet article prévoit expressément que « l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-1 notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux ».

1236 V. en ce sens : Cons. const. 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

1237 Charte europ. des droits de l'Union européenne C-364/01 du 18 déc. 2000, art. 28.

1238 Préambule de la Constitution de 1946, al. 7 : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Le droit de grève n'est ainsi pas un droit absolu, et le législateur doit encadrer ce droit en posant des limites. C'est notamment la finalité de l'article L. 2511-1 du Code du travail, qui prévoit que la rupture du contrat de travail du salarié gréviste est possible en cas de commission d'une faute lourde.

de rupture du contrat de travail du salarié gréviste, sauf commission d'une faute lourde qui lui serait imputable[1239]. En conséquence, le licenciement prononcé à défaut de faute lourde est frappé de nullité[1240]. D'autre part, il existe un principe de prohibition des mesures discriminatoires qui concerne la rémunération et les avantages sociaux[1241]. Toutefois, la jurisprudence rendue sur ce sujet est relativement souple, puisqu'elle juge que la prohibition des discriminations en raison de l'exercice du droit de grève ne fait pas obstacle à la diminution ou à la suppression d'une prime liée à une condition de présence dans l'entreprise, comme c'est le cas des primes d'assiduité. La Cour de cassation a d'abord reconnu que la grève pouvait entraîner une réduction voire la suppression d'une prime d'assiduité, sans entraîner pour autant une atteinte au droit de grève[1242]. Par la suite, la juridiction a affirmé que la diminution ou la suppression d'une telle prime fondée sur les absences liées à la grève est possible dès lors que « toute absence, quelle qu'en soit la cause, entraîne les mêmes conséquences »[1243]. Néanmoins, elle considère que « si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution »[1244]. De même, elle juge que l'octroi d'une prime exceptionnelle au profit de certains salariés non-grévistes, en raison du surcroît de leur travail ou de la réalisation de tâches non prévues par le contrat de travail, n'est pas discriminatoire[1245]. Cependant, « l'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève » est jugée discriminatoire dans la mesure où seuls les salariés ayant participé à la grève se voient privés du bénéfice de la prime litigieuse[1246]. La nuance est subtile.

1239 C. trav., art. L. 2511-1, al. 1er : « L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ».

1240 C. trav., art. L. 2511-1, al. 3 : « Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».

1241 C. trav., art. L. 2511-1, al. 2 : « [L'exercice du droit de grève] ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux ».

1242 Cass. soc., 25 oct. 1961, Bull. civ., n° 894 : « [L']abattement ne constituait ni une amende déduite du salaire gagné par lui ni une sanction de la grève, mais l'application normale d'attribution de la prime ; que l'exercice licite du droit de grève ne doit pas être entendu au point de permettre aux grévistes de bénéficier sans contrepartie d'une récompense, dans un cas pour lequel celle-ci n'a pas été instituée ».

1243 Cass. soc., 1er juill. 1982, n° 80-41.056. Conf. par : Cass. soc., 25 mars 1982, Bull. civ. V, n° 224.

1244 Cass. soc., 23 juin 2009, n° 08-42.154 ; *JCP S* 2009, p. 30, obs. D. Corrignan-Carsin ; Conf. par : Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833, *précité*.

1245 Cas. soc., 3 avr. 2024, n° 22-23.321 ; *Lexbase soc.* 2024, n° 998, chron. M. Sweeney et D. Tharaud ; *JCP S* 2024, n° 22, p. 45, obs. C. Radé.

1246 Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40.144 ; *BJT* 2010, n° 223, p. 308, chron. F.-J. Pansier ; *JCP S* 2010, n° 39, note A. Martinon ; *Dr. soc.* 2010, n° 9, p. 998, note C. Radé ; *D.* 2010, n° 25, p. 1565, note L. Perrin. Même solution s'agissant de la variation du montant d'une prime fondée exclusivement sur le fait que « les salariés avaient fait grève ou non » : Cass. soc., 2 mars 1994, n° 92-41.134.

Cependant, la Cour de cassation semble rechercher si l'octroi, la diminution ou la suppression de la prime repose sur la participation du salarié à un mouvement de grève. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, la prime est alors considérée comme discriminatoire. *A contrario*, elle est licite. Partant, si la jurisprudence semble relativement souple, elle apparaît néanmoins conforme au principe de non-discrimination. En effet, comme l'observait Jean Savatier, pour juger si la prime est discriminatoire au regard des salariés grévistes, « on ne peut comparer leur situation à celle qu'ils auraient eue en continuant à travailler, mais à celle qu'ils auraient eue en cessant le travail pour un autre motif que la grève »[1247].

341.- Les congés payés[1248]. En contrepartie de l'exercice de son activité professionnelle, tout travailleur bénéficie chaque année d'un droit à un congé payé dont l'employeur assume la charge[1249] et ce, sans condition d'ancienneté et indépendamment de la taille de l'effectif de l'entreprise[1250]. Le bénéfice de ces congés est inhérent au « droit au repos effectif »[1251]. Le droit aux congés annuels payés revêt une certaine importance, puisque la Cour de justice des communautés européennes l'a érigé en 2001 en « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière »[1252]. La Cour de cassation rappelle quant à elle que ce droit « constitue un principe essentiel du droit social de l'Union européenne »[1253]. Il s'agit donc d'un droit inhérent à la condition humaine du travailleur. Dans un arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs pu préciser que le droit au congé annuel payé permet « d'assurer l'effet utile de l'article 7 de la directive 2003/88[1254] », ce texte imposant à l'employeur de « veiller concrètement et en toute transparence à ce que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre ses congés annuels payés en l'incitant […] à le faire […], tout en l'informant, de manière précise et en temps utile pour garantir que lesdits congés soient

---

1247 J. Savatier, « Grèves et primes complémentaires du salarié », *Dr. soc.* 1981, p. 485.

1248 Ces congés ont été créés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, par la loi du 20 juin 1936 instituant un congé annuel payé dans l'industrie, le commerce, les professions libérales, les services domestiques et l'agriculture (*JORF* du 26 juin 1936, n° 149, p. 6698). Une cinquième semaine de congés payés a été ajoutée au bénéfice des salariés par l'ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés. À l'origine, ce congé était d'une durée de quinze jours, comportant au moins douze jours » (art. 1er de la loi précitée).

1249 C. trav., art. L. 3141-1.

1250 C. trav., art. L. 3141-12.

1251 C. Willmann, « Le droit aux congés payés est un droit au repos effectif et ne peut être remplacé par une indemnité financière », *Lexbase soc.* 2013, n° 549.

1252 CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99 ; *RDUE* 2001, n° 3, p. 789, note A. Alemanno.

1253 Cour de cassation, chambre sociale, Notice au rapport relative aux arrêts du 13 septembre 2023, n° 22-17.340 et n° 22-17.638.

1254 Plus exactement : Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

encore propres à garantir à l'intéressé le repos et la détente auxquels ils sont censés contribuer »[1255]. Ainsi, le droit au congé annuel dont dispose la directive européenne précitée permet au travailleur de bénéficier d'un temps qu'il peut utiliser pour se reposer, à la suite de l'exécution des tâches qui lui incombent dans le cadre de son contrat de travail, mais également de bénéficier d'une période de détente et de loisirs[1256].

Le droit aux congés payés pendant un arrêt de travail pour maladie a fait l'objet de questionnements particulièrement houleux s'agissant de la conformité du droit français avec le droit de l'Union européenne. En droit interne, l'acquisition de congés payés est consubstantielle à l'exercice d'un travail effectif[1257]. Toutefois, certaines périodes non travaillées doivent être « assimilées à des périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé », comme le prévoit l'article L. 3141-5 du Code du travail qui en dresse une liste exhaustive. C'est notamment le cas des congés de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption, ou encore des périodes durant lesquelles le salarié est maintenu ou rappelé au service national[1258]. Le contentieux qui a émergé était relatif au fait que l'ancien texte ne prévoyait pas que les périodes d'arrêt de travail pour maladie ou accident non professionnel étaient assimilées à des périodes de temps de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés. En outre, il prévoyait que les périodes de suspension du contrat de travail pour accident du travail ou maladie professionnelles étaient assimilées à des périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé, « dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an »[1259]. Concrètement, si cette période de suspension était inférieure à un an ou qu'elle était discontinue, elle ne permettait pas au salarié d'acquérir des droits à congés payés. Dans une série d'arrêts rendus le 13 septembre 2023, la Cour de cassation a révélé le défaut de conformité des dispositions de droit interne aux règles du droit de l'Union[1260]. À la suite de ces arrêts, la

---

[1255] CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-619/16 ; *Dr. soc.* 2021, n° 12, p. 1017, note S. Tournaux ; *RTDE* 2019, n° 3, p. 651, note L. He ; *RDT* 2019, n° 4, p. 261, note M. Véricel.

[1256] M. Véricel, « Droit au congé payé et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un droit fondamental et transmissible », *RDT* 2019, p. 261.

[1257] C. trav., art. L. 3141-3, al. 1 : « Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur ».

[1258] Sur les périodes de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3141-5, 2°. Sur périodes durant lesquelles le salarié est maintenu ou rappelé au service national à un quelconque titre, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3141-5, 6°.

[1259] C. trav., ancien art. L. 3141-5, 5°.

[1260] Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340, n° 22-17.341 à n° 22-17.342 (sur l'acquisition du droit à congés payés pendant la suspension du contrat de travail pour maladie non professionnelle), n° 22-17.638 (sur la condition, pour l'acquisition du droit à congés payés pendant une suspension du contrat de travail liée à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, à une durée ininterrompue d'un an), n° 22-10.529 et n° 22-11.106 (sur le délai de prescription du droit de l'indemnité de congé payé) ; *JSL* 2025, n° 600, p. 36, note A. Lefebvre ; *Gaz. Pal.* 2025, n° 19, p. 35, obs. M. Atindéhou-Laporte ; *RDA* 2024, n° 28, p. 49, note S. Zientara-Logeay ; *Dr. soc.* 2024, n° 7, p. 580, note A. Martinon ; *D.* 2024, n° 08, p. 373, chron. S. Ala, M.-P. Lanoue, M.-A. Valéry ;

loi du 22 avril 2024[1261] est intervenue afin d'élargir les périodes assimilées à du temps de travail effectif pour l'acquisition des congés payés aux « périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'arrêt de travail lié à un accident ou une maladie n'ayant pas un caractère professionnel »[1262]. En outre, cette loi a supprimé la condition relative à la durée d'une année ininterrompue pour l'acquisition du droit à congés payés pendant la période de suspension du contrat de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle[1263]. En définitive, la nouvelle rédaction de l'article L. 3141-5 du Code du travail, qui résulte de la loi du 22 avril 2024, garantit une meilleure reconnaissance du droit à congés payés et étend son champ d'application à des situations d'absence au travail, qui en étaient jusqu'alors exclues. Plus largement, les évolutions actuelles – tant législatives que jurisprudentielles – témoignent d'une tendance à renforcer la protection du droit aux congés payés[1264].

342.- La formation professionnelle tout au long de la vie. Le temps de formation a pendant longtemps fait l'objet de dissensions quant à sa qualification. Il fut d'abord un temps

Dr. soc. 2024, n° 7, p. 602, note J. Icard ; *Dr. soc.* 2024, n° 7, p. 609, note P. Rodière ; *JA* 2024, n° 692, p. 40, note J.-F. Paulin, M. Julien ; *SSL* 2024, n° 2086, p. 8, chron. I. Taraud ; *SSL* 2023, n° 2060, note F. Favennec-Héry ; *D.* 2023, p. 936 ; *JCP S* 2023, n° 45, p. 9, obs. A. Teissier ; *BJT* 2023, n° 11, p. 12, obs. A. Charbonneau *; D.* 2023, n° 37, p. 1936, note R. Tinière ; *RDT* 2023, n° 10, p. 639, note M. Minié ; *JCP S* 2023, n° 41, 1264, comm. C. Terrenoire ; *JCP E* 2023, n° 49, 1362, comm. D. Chenu. V. également : Cour de cassation, chambre sociale, Communiqué relatif aux décisions rendues par la chambre sociale le 13 septembre 2023. Accessible sur le site internet de la Cour de cassation, depuis le lien suivant : https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2023/09/13/communique-conge-paye-et-droit-de-lunion-europeenne. Consulté le 31/10/2025. Il convient également de préciser que dans un des arrêts rendus le 13 septembre 2023, la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur celle de la CJUE, s'agissant du droit pour le salarié de retour de congé parental au report de ses congés payés ou, à défaut, à une indemnité compensatrice de congés payés. Rompant avec une jurisprudence antérieure (Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.314 ; *Dr. soc.* 2004, n° 04, p. 431, obs. C. Radé), elle considère désormais que « lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année de référence en raison de l'exercice de son droit au congé parental, les congés payés acquis à la date du début du congé parental doivent être reportés après la date de reprise du travail » : Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-14.043 (*précité*).

[1261] L. n° 2024-364 du 22 avr. 2024 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole, spéc. art. 37.

[1262] C. trav., art. L. 3141-5, 7° (créé par la L. *précitée* du 22 avr. 2024).

[1263] C. trav., art. L. 3141-5, 5°, modifié par la loi *précitée* du 22 avril 2024 : « Les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle » sont considérées comme des périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé payé.

[1264] Outre les exemples précités, on peut également songer à l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 10 septembre 2025 qui considère que les périodes de congés payés doivent être prises en compte dans l'assiette de calcul hebdomadaire des heures supplémentaires » : Cass. soc., 10 sept. 2025, n° 23-14.455 ; *D. actu.* 16 sept. 2025, obs. L. Malfettes ; *D.* 2025, n° 32, p. 1519 ; *JCP E* 2025, n° 38, 785 ; *JCP E* 2025, n° 38, 1038 ; *JCP S* 2025, n° 37, 483. Sur cet arrêt, v. en ce sens le communiqué publié sur le site internet de la Cour de cassation à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2025/09/10/communique-conge-paye-et-decompte-des-heures-supplementaires. Consulté le 31/10/2025.

préalable à l'entrée du travailleur dans l'emploi[1265]. Au fil du temps, la formation ultérieure[1266] est devenue sinon inévitable, du moins nécessaire en raison de l'évolution des techniques et de la remise en cause continuelle des connaissances et des compétences[1267]. C'est ainsi qu'au-delà d'un droit, la formation professionnelle est devenue une véritable « obligation nationale »[1268]. Cet impératif a d'ailleurs une valeur constitutionnelle[1269]. Chaque travailleur est invité à actualiser ses connaissances et à améliorer ses compétences au cours de sa vie professionnelle. C'est notamment par ce biais qu'il pourra prétendre accéder au niveau de qualification supérieur. La présente étude s'intéresse uniquement à la formation professionnelle étant à l'origine d'une autorisation d'absence pour le salarié. En conséquence, elle se désintéresse de la formation initiale[1270] et de la formation à destination des non-salariés[1271]. Elle s'intéresse plus exactement au *congé de formation*, qui caractérise une absence du salarié. L'interrogation qui a pendant longtemps innervé la formation professionnelle portait sur la qualification du *temps de la formation*. Plus précisément, il s'agissait de déterminer si ce dernier devait être considéré comme participant de l'exécution du contrat de travail, et devait en conséquence être assimilé à du temps de travail effectif. À cet égard, la loi du 20 décembre 1993 a apporté une précision intéressante[1272]. En effet, elle prévoit que « pendant la durée de la formation, les bénéficiaires du capital de temps de formation n'exécutent pas leur prestation de travail. Néanmoins l'utilisation du capital de temps de formation est assimilée à une période de temps de travail effectif pour la détermination des congés payés ainsi que pour l'ensemble des autres droits résultant pour l'intéressé de son contrat et ne peut être imputée sur la durée du congé annuel payé »[1273]. En effet, le salarié n'accomplit pas de prestation de travail pendant la durée de la

---

[1265] G. Gélineau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail », *op. cit.*, p. 238.

[1266] La notion de « formation ultérieure » s'oppose ici à celle de « formation initiale ».

[1267] G. Gélineau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail », *op. cit.*, p. 238.

[1268] C. trav., art. L. 6111-1, al. 1er : « La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale ». En vertu de l'alinéa suivant, la formation professionnelle « comporte une formation initiale ainsi que des formations ultérieures ».

[1269] Le droit à la formation professionnelle est plus exactement un principe particulièrement nécessaire à notre temps, dès lors qu'il est proclamé par l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946.

[1270] Concernant le socle commun de connaissance, v. sur ce point : C. éduc., art. L. 122-1-1 et D. 122-1.

[1271] Pour les indépendants, v. en ce sens : C. trav., art. L. 6331-48 et suiv. Pour les fonctionnaires, pour la fonction publique d'État : V. D. n° 2007-1470 du 15 oct. 2007, art. 24 à 30 et D. n° 2007-1942 du 26 déc. 2007 ; pour la fonction publique territoriale, v. en ce sens : L. n° 2007-209 du 19 févr. 2007 relative à la formation professionnelle des agents de la fonction publique territoriale et D. n° 2007-1845 du 26 déc. 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique territoriale ; pour la fonction publique hospitalière, v. en ce sens : L. n° 86-33 du 9 janv. 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 41 et D. n° 2008-824 du 21 août 2008 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique hospitalière.

[1272] L. n° 93-1313 du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

[1273] Cette disposition de la loi a été codifiée à l'ancien article L. 932-2 du Code du travail. V. en ce sens : C. trav. 1993, art. L. 932-2, al. 3.

formation professionnelle. Toutefois, il reste à certains égards à la disposition de l'employeur, non pas pour exécuter la prestation de travail mais pour se former. Dans ce cas, la formation professionnelle est susceptible de générer des intérêts pour les deux parties. L'employeur disposera d'un salarié ayant acquis davantage de compétences, et ce dernier pourra faire valoir les compétences acquises en vue d'une évolution de carrière et d'accéder à un emploi davantage qualifié. Dès lors, il a longtemps été considéré que si la formation était engagée à l'initiative de l'employeur, elle devait être qualifiée de *temps de travail effectif*[1274]. *A contrario*, si la demande émanait du salarié, il s'agissait alors d'un congé individuel ayant pour conséquence la suspension du contrat de travail. Plus exactement, il s'agit dans ce cas du congé individuel de formation[1275]. Dès lors, se distingue la formation professionnelle *par le travail* – qui s'assimile à du temps de travail effectif et donc, à la présence du salarié –, de la formation professionnelle *en dehors du travail* – qui entraîne quant à elle une situation d'absence du salarié.

343.- L'exercice d'un mandat interne à l'entreprise[1276]. L'exercice d'un mandat de représentation du personnel ou de représentation syndicale fait également l'objet d'une protection, notamment au regard du droit d'absence. Le salarié investi d'un mandat interne dans l'entreprise fait l'objet d'une protection totale dans la mesure où il œuvre à la défense des intérêts professionnels des salariés de l'entreprise. En effet, ce salarié que l'on pourrait qualifier d' « engagé » défend un intérêt collectif qui justifie sa protection[1277]. Pour ce faire, de nombreuses autorisations d'absence lui sont accordées pour exercer son mandat[1278]. La protection des absences de ces salariés s'explique d'une part par la protection de l'exercice

---

1274 F. Favennec-Héry, « Temps de formation, temps de travail : quelques observations », *Dr. soc.* 2004, p. 494.

1275 C. trav., art. L. 6322-1 et suiv. V. spéc. : C. trav., art. L. 6322-1, al. 1er : « Le congé individuel de formation a pour objet de permettre à tout salarié, au cours de sa vie professionnelle, de suivre à son initiative à titre individuel, des actions de formation, indépendamment de sa participation aux stages compris, le cas échéant, dans le plan de formation de l'entreprise dans laquelle il exerce son activité ».

1276 Dans la présente étude, les différents mandats de représentation dont un salarié peut être investi seront classifiés selon la distinction mandat externe et mandat interne, en vue d'une meilleure visibilité de l'ensemble des raisons pouvant justifier l'absence du salarié. En effet, les mandats de représentation sont très nombreux. Une seconde distinction aurait pu être retenue : celle s'articulant entre représentation syndicale et représentation élue. Toutefois, cette distinction ne permet pas d'inclure certains types de mandats comme c'est notamment le cas de celui de conseil ou d'administrateur d'une caisse de sécurité sociale. Partant, la distinction entre mandat interne et mandat externe apparaît plus englobante. Les articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail exposent les mandats légaux de représentation, auxquels il convient cependant d'ajouter les mandats conventionnels. Aussi, la liste exhaustive des mandats de représentation dont le salarié peut être investi n'entend pas être établie. La finalité est d'établir les motifs considérés comme justifiant l'absence du salarié, les mandats de représentation en faisant ainsi partie. Sur les mandats de représentation externes : v. *infra*, n° 345.

1277 F. Moreau, « Les protections du salarié engagé », *Dr. soc.* 2025, p. 28.

1278 V. par exemple : l'absence du délégué syndical pour congé de formation économique et sociale et de formation syndicale (C. trav., art. L. 2145-11), l'absence du délégué syndical pour les besoins de sa formation (C. trav., art. L. 1453-7, art. D. 1453-2-8).

du droit syndical, mais également par le fait qu'ils représentent l'intérêt collectif des salariés d'une même entreprise. À cet égard, leur mandat nécessite qu'ils s'absentent du travail pour pouvoir mener à bien l'exercice de ces missions de représentation.

2. Les libertés et droits fondamentaux dépourvus de lien avec le travail

344.- L'autorisation d'absence en raison du service national[1279]. Au XXe siècle, les dispositions du Code du travail prévoyaient différentes mesures en faveur des salariés qui s'absentaient afin de se conformer aux obligations relatives à l'accomplissement du service national. Ce dernier était obligatoire jusqu'en 1997[1280]. Il était prévu par les dispositions légales une protection contre la rupture du contrat de travail du fait du départ au service national[1281]. À son retour, le salarié devait être réintégré à son poste ou, si ce dernier avait été pourvu entre temps, il bénéficiait d'une priorité à l'embauche d'une durée d'un an à compter de sa libération du service militaire[1282]. Cette protection était parfois accrue par les dispositions conventionnelles, qui pouvaient prévoir que l'absence pour l'accomplissement du service national suspendait le contrat de travail du travailleur[1283]. L'exercice de droits civiques fait donc l'objet d'une protection du salarié par le droit du travail. Cette protection n'est pas désuète puisque bien que le service national repose désormais sur le volontariat des citoyens. Ceux qui y sont appelés voient leur contrat de travail « suspendu pendant toute la durée du service actif »[1284].

345.- L'exercice d'un mandat externe à l'entreprise. La liste des mandats externes à l'entreprise pouvant être exercés par un salarié est relativement longue. Pour cette raison, la présente étude ne prétend pas à l'exhaustivité mais entend établir un panel de mandats externes pouvant faire l'objet d'autorisations d'absence. Il peut, par exemple, s'agir de l'exercice d'un

[1279] Le service national vise ici le service militaire universel et obligatoire, instauré sous le Directoire par la loi Jourdan-Delbrel du 19 Fructidor An VI.
[1280] L. n° 97-1019 du 28 oct. 1997 portant réforme du service national (*JORF* n° 260 du 8 nov. 1997).
[1281] V. *infra*, n° 368.
[1282] C. trav., anciens art. L. 122-18 à L. 122-24, issus de la Convention collective nationale des cadres et agents de maîtrise de la distribution des films de l'industrie cinématographique du 30 juin 1976, étendue par arrêt 15 avr. 1977 (*JORF* du 29 mai 1977).
[1283] Sur ce point, une étude réalisée le 6 octobre 1986 a indiqué que sur 134 conventions collectives nationales, 62 prévoyaient la suspension du contrat de travail du salarié parti au service national universel : v. en ce sens L. Souvet, *Service militaire et suspension du contrat de travail* (*JORF* du 3 mars 1988, p. 565).
[1284] C. trav., art. L. 3142-95.

mandat de conseiller prud'homme[1285], de conseiller du salarié[1286] ou encore de membre d'un conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale[1287] ou d'une mutuelle[1288]. Les mandats externes à l'entreprise, qui sont à l'origine d'un droit d'absence, peuvent également être des mandats exercés au sein d'une collectivité territoriale. Ces mandats bénéficient d'autorisations d'absence en vertu des dispositions du code général des collectivités territoriales[1289]. Ces autorisations sont liées au fait que les mandats politiques exercés sont incompatibles avec l'exercice d'une activité professionnelle. Sous certaines conditions[1290], ces salariés peuvent suspendre la durée de leur activité durant l'intégralité de la durée de leur mandat[1291]. À l'issue de ce mandat, les salariés doivent être réintégrés dans leur emploi ou, si cela est impossible, à un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente. Des règles protectrices de l'emploi du salarié ont donc été établies afin de permettre l'exercice d'un mandat politique.

346.- Les congés relatifs à la conciliation entre la vie professionnelle et la « vie personnelle et familiale »[1292]. L'origine de la reconnaissance des interférences de la vie personnelle du salarié sur sa vie professionnelle est relativement ancienne, puisqu'elle est issue

---

1285 C. trav., art. L. 1442-6 : « Le temps passé hors de l'entreprise par les conseillers prud'hommes du collège salarié pour l'exercice de leurs fonctions est assimilé à un temps de travail effectif […]. Les absences de l'entreprise des conseillers prud'hommes du collège salarié, justifiées par l'exercice de leurs fonctions, n'entraînent aucune diminution de leurs rémunérations et des avantages correspondants ».

1286 Sur les autorisations d'absence du conseiller du salarié, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1232-9 : « Le temps passé par le conseiller du salarié hors de l'entreprise pendant les heures de travail pour l'exercice de sa mission est assimilé à une durée de travail effectif […]. Ces absences sont rémunérées par l'employeur et n'entrainent aucune diminution des rémunérations et avantages correspondants ».

1287 CSS, art. L. 231-9, al. 3 : « Les absences de l'entreprise des membres d'un conseil ou administrateurs salariés, justifiées par l'exercice de leurs fonctions, n'entraînent aucune diminution de leurs rémunérations et des avantages y afférents » et L. 231-10, al. 1 : « Les employeurs sont tenus d'accorder aux salariés de leur entreprise, membres d'un conseil ou d'un conseil d'administration d'un organisme de sécurité sociale, sur leur demande, des autorisations d'absence pour leur permettre d'assister aux sessions de formation organisées pour l'exercice de leurs fonctions ».

1288 C. mut., art. L. 114-34 : « Le temps passé hors du cadre du travail pendant les heures de travail par les administrateurs salariés ou agents publics, pour l'exercice de leurs fonctions mutualistes, est assimilé à une durée de travail effectif […]. Ces absences n'entraînent aucune diminution de leurs rémunérations et des avantages afférents ».

1289 Les mandats dont il est fait allusion ici sont les mandats municipaux (maires, adjoints au maire, conseillers municipaux et d'arrondissement), les mandats départementaux (président ou de vice-présidents ayant une délégation de l'exécutif du conseil départemental) et les mandats régionaux (président ou les vice-présidents ayant une délégation de l'exécutif du conseil régional).

1290 Le salarié doit avoir au minimum un an d'ancienneté dans l'entreprise et doit exercer son mandat dans une ville d'au moins 10 000 habitants.

1291 Il s'agit ici des mandats municipaux à savoir ceux de maires, d'adjoints au maire, de conseillers municipaux et d'arrondissement (CGCT, art. L. 2123-7 ; art. L. 2123-9 ; art. L. 2511-33), mais également de mandats départementaux à savoir ceux de président ou de vice-présidents ayant une délégation de l'exécutif du conseil départemental (CGCT, art. L. 3123-5 et suiv.) ou de mandats régionaux tels que le président ou les vice-présidents ayant une délégation de l'exécutif du conseil régional (CGCT, art. L. 4135- à L. 4135-8).

1292 Cette formulation est reprise de la Section 1, Chapitre II, Titre IV, Livre Ier de la Troisième partie « Droit du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale » de la Partie législative du Code du travail.

de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui impose la protection légale de la vie privée et familiale d'une personne contre toute immixtion arbitraire[1293]. La doctrine s'est emparée de la disposition précitée pour défendre la nécessité de concilier la vie professionnelle et la vie privée du salarié. Michel Despax démontrait déjà au milieu du XXe siècle, l'importance de concilier ces deux temps de la vie d'une personne ayant à la fois un travail et une vie familiale, cette dernière pouvant générer d'importantes conséquences sur le contrat de travail[1294]. Si cette nécessité de conciliation est désormais acquise[1295], elle se traduit par de nombreuses autorisations d'absences en lien avec ce motif. Des motifs inhérents à la vie personnelle du salarié ont émergé dans un premier temps, lorsque ce dernier fait face à un événement familial ponctuel[1296]. Les congés légalement autorisés en lien avec la vie familiale du salarié ont été étendus à l'aide ou au soutien de membres de la famille du salarié dans le besoin, comme le congé de solidarité familiale[1297], le congé de proche aidant[1298], le congé de paternité et d'accueil de l'enfant[1299], le congé pour enfant malade[1300]. Ainsi, dans certaines situations impérieuses, la vie familiale du salarié justifie son absence du travail. En revanche, il n'existe pas d'absence autorisée pour la pratique d'une religion ou d'un sport, sauf dispositions contraires dans la convention collective applicable. En dehors de cette exception, ce type d'autorisation d'absence est laissé au libre choix de l'employeur[1301]. Cela étant, le salarié qui souhaite pratiquer sa religion

---

1293 L'article 12 de cette Déclaration dispose que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille […]. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ».

1294 M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G* 1963, 1776.

1295 En effet, de nombreux « Congés d'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale » du salarié sont codifiées aux articles L. 3142-1 à L. 3142-35 du Code du travail. Au-delà de la question des congés, l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés figure parmi les thèmes relatifs à la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail : v. C. trav., art. L. 2242-17, 1°.

1296 Sont ici visés les cas de naissance, de mariage, de conclusion d'un PACS et de décès d'un proche du salarié. V. en ce sens C. trav., art. L. 3142-1 et suiv.

1297 C. trav., art. L. 3142-6 et suiv.

1298 Ce congé est relativement récent, puisqu'il date de la L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. Sur ce congé, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-16 et suiv. ; M. Rebourg, « La notion de "proche aidant" issue de la loi du 28 décembre 2015 : une reconnaissance sociale et juridique », *RDSS* 2018, p. 695

1299 Le salarié parent peut bénéficier de ce congé lors de la naissance ou de l'accueil d'un enfant. V. en ce sens C. trav., art. L. 1225-35.

1300 Le salarié parent peut bénéficier d'un congé "pour enfant malade", afin de s'occuper d'un mineur malade ou accidenté (C. trav., art. L. 1225-61), mais il peut également bénéficier d'un congé dit de "présence parentale" pour s'occuper d'un enfant à charge dont l'état de santé nécessiterait une présence soutenue et des soins particulièrement contraignants (C. trav., art. L. 1225-62 et suiv.).

1301 Il existe toutefois des aménagements possibles, ces derniers étant laissés à la libre volonté de l'employeur. Ainsi, un salarié peut obtenir un jour de congé le jour d'une fête religieuse s'il obtient une autorisation de la part de son supérieur hiérarchique. À défaut d'autorisation, l'absence est considérée comme fautive : Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-41.300. Il est à souligner que le salarié n'est pas tenu de faire connaître le motif religieux puisqu'il s'agit d'un élément relatif à sa vie privée.

ou le sport de son choix peut librement le faire sur son temps de repos. D'aucuns relèvent à cet égard que la loi Aubry de 1998 diminuant le temps de travail légal et hebdomadaire à trente-cinq heures a corrélativement augmenté la durée de temps libre des salariés. Ils peuvent en conséquence « utiliser davantage ce temps de liberté pour leur vie familiale ou culturelle et pourront davantage se consacrer à des activités militantes ou religieuses »[1302]. En outre, ces éléments sont de nature purement personnelle et ne sauraient interférer avec le travail, quand bien même il existerait une liberté du salarié dans le travail, comme a pu l'indiquer Jean Savatier[1303]. Le salarié demeure à la disposition de l'employeur, ce qui suppose que durant son temps de travail effectif, il doit exécuter sa prestation de travail.

§2 : Le cadre juridique étroit des motifs d'absence justifiés

347.- Plan. Lorsque l'employeur conclut un contrat de travail avec le salarié, il fait face à un besoin. Il contracte dans le but que le salarié accomplisse une prestation de travail. Dans une conception purement civiliste, le salarié doit donc être présent au travail pour accomplir sa prestation de travail. À ce titre, l'absence doit rester exceptionnelle. Le droit social traite d'ailleurs l'absence du salarié comme l'exception au principe intangible de présence **(I)**. C'est la raison pour laquelle les motifs d'absence justifiés sont strictement limités, bien qu'ils puissent être étendus pour tenir compte des évolutions sociales et sociétales **(II)**.

I- L'absence justifiée : une situation d'exception

348.- Plan. L'absence au travail, bien que justifiée, apparaît comme une situation exceptionnelle. Les règles qui régissent cette situation doivent être perçues comme étant dérogatoires. En effet, en principe, le salarié est tenu à une obligation de présence **(A)**. C'est la raison pour laquelle l'absence injustifiée est érigée en principe. Ce n'est que lorsqu'une situation exceptionnelle se présente, qui n'a en principe pas vocation à se pérenniser, que le droit d'absence est reconnu au salarié **(B)**.

[1302] P. Brocheton, « Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre », *SSL* 1999, n° 915.
[1303] J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p. 49.

A) Le principe de l'obligation de présence au travail

349.- La présence au travail comme garantie de l'exécution de la prestation de travail. En principe, le salarié est tenu à une obligation de présence au travail durant ses heures de travail. En considération de la définition de l'absence construite précédemment, la présence au travail consiste, pour le salarié, à être à la disposition de l'employeur pour accomplir sa prestation de travail. Il s'agit là de l'obligation principale dont le salarié est débiteur du fait de son contrat de travail. En effet, l'employeur recrute un salarié pour faire face à un besoin. Quelle que soit la nature du contrat de travail, l'employeur est animé par la volonté qu'une prestation de travail soit accomplie. Pour l'employeur, il s'agit là de la finalité même de la conclusion d'un contrat de travail. Au regard du droit commun des contrats, il s'agit de la cause de l'obligation. En contrepartie de l'accomplissement de la prestation de travail, le salarié bénéficie d'un salaire. Ainsi, au regard du droit commun des contrats, les parties à la relation de travail doivent exécuter leurs obligations réciproques[1304]. Selon le principe de la force obligatoire du contrat, ce dernier oblige les parties à ce qui y est exprimé[1305]. Le principe de la présence au travail découle donc directement de l'application du droit commun des contrats. Cependant, en dépit du principe de présence au travail, l'absence justifiée constitue une exception admise.

350.- Une obligation de présence justifiée par le préjudice subi par l'employeur en cas d'absence. Si la présence du salarié est considérée comme le principe, son absence reste autorisée dans un certain nombre de situations. La plupart des raisons d'absence justifiées garantissent une sécurité économique du salarié, ce dernier bénéficiant d'un revenu de remplacement[1306]. Il bénéficie donc d'un substitut de salaire, alors même qu'il n'accomplit pas sa prestation de travail. Partant, l'absence du salarié, même autorisée, porte inéluctablement

[1304] On peut rapprocher cette obligation du principe dont dispose l'article 1103 du Code civil, selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».
[1305] C. civ., art. 1994.
[1306] C'est notamment le cas de l'absence pour maladie ordinaire, le salarié bénéficiant d'un revenu de remplacement qui prend la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale qui sont versées à l'expiration du délai de carence de trois jours (CSS, art. L. 321-1), mais également de l'indemnité complémentaire de l'employeur, sous certaines conditions (C. trav., art. L. 1226-1). C'est également le cas en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, pour lesquels le salarié perçoit des indemnités journalières de sécurité sociale sans application du délai de carence (CSS, art. L. 433-1 et suiv.) mais également l'indemnité complémentaire de l'employeur (C. trav., art. L. 1226-1). Un revenu de remplacement s'applique également le cas en cas de congé maternité, paternité ou d'adoption (CSS, art. L. 333-1 et suiv. ; C. trav, art. L. 1225-16 et suiv.), du congé parental d'éducation (CSS, art. L. 531-4 ; C. trav., art. L. 1225-47), de solidarité familiale (CSS, art. L. 168-1 et suiv. ; C. trav., art. L. 3142-16 et suiv.), du congé de proche aidant (CSS, art. L 168-8 et suiv. ; C. trav., art. L. 3142-16 et suiv.).

préjudice aux intérêts de l'employeur. Cela justifie qu'il puisse procéder à une retenue sur salaire. Cependant, pour assurer sa sécurité économique, le salarié bénéficie parfois d'un revenu de remplacement, voire du maintien de son salaire dans le cas des congés payés par exemple. La plupart du temps, le substitut de salaire s'impose à l'employeur ou à d'autres acteurs[1307]. Ce sera notamment le cas de la caisse d'assurance maladie lorsque le salarié s'absente en raison d'une incapacité de travail[1308]. Cet organisme est alors tenu, sous certaines conditions, de verser un revenu de remplacement qui prennent la forme d'indemnités journalières. En revanche, dans une situation d'absence justifiée, l'employeur se trouve privé de l'exécution de la prestation de travail. C'est la raison pour laquelle l'absence justifiée est perçue comme une situation exceptionnelle. La pérennité d'une telle situation n'est pas souhaitable pour l'employeur. En d'autres termes, l'employeur subirait un préjudice économique puisqu'il est contraint de verser un salaire ou un revenu de remplacement, tout en étant privé de la prestation de travail, obligation dont il est créancier dans le cadre de la relation de travail.

B) La survenue d'une situation exceptionnelle comme fondement du droit d'absence

351.- Plan. Le principe étant celui de la présence du salarié au travail, l'absence justifiée du salarié apparaît comme une exception. C'est la raison pour laquelle elle a vocation à être temporaire. Le salarié devra retourner au travail dès qu'il le pourra **(1)**. En effet, la pérennité d'une absence justifiée n'est pas souhaitable dans la mesure où elle porte préjudice tant aux intérêts de l'employeur qu'à ceux du salarié, à différents égards **(2)**.

1. Une situation exceptionnelle et temporaire

352.- L'absence justifiée comme exception au principe de présence. L'obligation de présence au travail étant le principe, l'autorisation d'absence est perçue comme une exception. Ce n'est que si le salarié ne peut pas satisfaire à cette obligation que le droit

[1307] Sont ici visées les Caisses de sécurité sociale qui se substituent à l'employeur – du moins partiellement – pour le versement du revenu de remplacement (Caisse primaire d'assurance maladie pour les absences de raison de santé, ou la Mutualité sociale agricole pour les salariés agricoles absents pour raison de santé ; Caisse aux allocations familiales pour les absences liées à la vie familiale, auxquels peuvent s'ajouter des organismes de protection sociale complémentaire tels que les organismes de prévoyance ou de mutuelles essentiellement pour la couverture du risque lié à la santé du salarié). Sur les régimes de sécurité sociale : v. art. *précité*. Sur les régimes de protection sociale complémentaire : v. CSS, art. L. 991-1 et suiv. Sur les mutuelles : v. C. mut., art. L. 111-1.

[1308] L'employeur peut également être tenu de lui verser une rémunération au titre d'une indemnité complémentaire, notamment si les conventions collectives applicables le prévoient.

d'absence lui sera reconnu et ouvert. Ce sera le cas du salarié malade, de la salariée enceinte qui bénéficie d'une protection, mais également du salarié gréviste qui s'absente pour présenter collectivement des revendications professionnelles. Pour les motifs précités et sous réserve de respecter les impératifs procéduraux, le salarié pourra bénéficier d'un droit d'absence. En principe, le salarié bénéficiaire d'un droit d'absence pourra revendiquer la continuité de son salaire. L'exercice légal du droit de grève figure parmi les exceptions au principe précité[1309]. En effet, il permet à l'employeur de procéder à une retenue sur salaire strictement proportionnelle à la durée d'exercice du droit de grève par le salarié. Il s'agit là d'un droit individuel, dont l'exercice est laissé à l'entière discrétion du salarié, qui ne se trouve pas dans l'obligation de l'exercer. L'exercice du droit de grève étant un choix et étant par conséquent dépourvu de caractère fortuit, l'employeur est en droit d'effectuer une retenue sur salaire.

353.- L'absence justifiée, temporaire par nature. L'absence justifiée, quelle qu'en soit la cause, a vocation à être temporaire. En effet, il s'agit d'un régime exceptionnel puisque la présence au travail est le principe. S'il est admis que le salarié peut s'absenter dans certaines circonstances, ces dernières n'ont, en principe, pas vocation à se pérenniser. D'ailleurs, la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent est strictement conditionnée au caractère temporaire de l'absence[1310]. Partant, si l'absence a vocation à perdurer sur le long terme, il pourra être mis un terme à la relation de travail. En effet, dans ce cas, le préjudice porté aux intérêts de l'entreprise sera considéré comme supplantant l'exercice du droit d'absence. Parmi les causes d'absence autorisées, peu d'entre elles ont vocation à perdurer. En effet, la maternité, l'exercice du droit de grève ou les congés, quelle qu'en soit leur cause, sont par essence temporaires. Seuls la maladie ou l'accident,

---

1309 V. *infra*, Section 2 du présent Chapitre.

1310 Ce principe est affirmé à l'article L. 1242-1 du Code du travail, qui prévoit expressément que « un contrat à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Ce principe fait l'objet d'une application jurisprudentielle stricte. V. en ce sens : Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.249 ; *Lettre juridique Lexbase* 2005, n° 153, p. 7, note G. Auzero ; *LPA* 2004, n° 248, p. 3, chron G. Picca et A. Sauret : « ayant constaté que la salarié effectuait toujours des tâches identiques avec la même qualification pour remplacer les salariés absents dans six postes de péage et que la régularité des absences dans cette zone géographique étendue entraînait un renouvellement systématique des engagements conclus avec celle-ci, la cour d'appel a pu décider qu'elle avait été engagée pour occuper durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise […], [déduisant à bon droit] qu'il y avait lieu de requalifier ces contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée ». Conf. not. par Cass. soc., 21 juin 2017, n° 16-10.999 (même formulation s'agissant de la requalification d'un contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée) ; Cass. soc., 7 juill. 2016, n° 15-22.352 (à l'inverse, les contrats de mission temporaire conclus « pour le remplacement de salariés absents durant les congés d'été » et pendant une période d'accroissement de l'activité de l'entreprise « n'ont pas pour effet de pouvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise », de sorte que leur demande de requalification en contrat à durée indéterminée doit être rejetée).

qu'ils soient ou non d'origine professionnelle, peuvent priver le salarié d'exercer son travail sur le long terme. Le cas échéant, le salarié sera considéré comme inapte à reprendre le travail[1311]. Il devra être déclaré comme tel par le médecin du travail[1312]. L'employeur sera alors tenu à l'obligation de reclassement[1313]. Si cette dernière s'avère impossible, ou qu'une inaptitude à tout poste est prononcée et qu'il respecte les conditions requises, l'employeur sera alors considéré comme bien-fondé à licencier pour inaptitude[1314]. Hormis le cas bien particulier de la maladie ou de l'accident qui peuvent rendre l'absence justifiée durable, les autres raisons d'absence justifiées sont relativement brèves ou ont un terme prévisible, ce qui permet à l'employeur de pallier les conséquences de l'absence[1315].

2. Les risques liés à la durabilité de l'absence justifiée

354.- L'absence durable, préjudiciable aux intérêts de l'employeur. L'absence, même justifiée, peut générer des conséquences indésirables pour l'employeur. Il faut en effet repartir du postulat en vertu duquel la conclusion d'un contrat de travail est guidée, pour l'employeur, par le besoin d'une exécution de prestation de travail. Or, lorsque le salarié s'absente, l'employeur est temporairement privé de sa force de travail. Le maintien sur le long terme d'une telle situation n'apparaît pas souhaitable. Par ailleurs, il est possible que la tâche ou la mission devant être exécutée par le salarié durant son absence présente un caractère urgent. Le cas échéant, l'employeur ne pourrait pas attendre le retour du salarié. Il pourrait ainsi être

---

1311 L'inaptitude peut être prononcée, que la maladie ou l'accident qui en est à l'origine soit professionnelle ou non. Sur l'inaptitude consécutive à une maladie ou un accident d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 12226-2 et suiv. Sur l'inaptitude consécutive à une maladie ou un accident d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-10 et suiv. Sur les modalités de déclaration de l'inaptitude par le médecin du travail, v. en ce sens : C. trav., art. R. 4624-42 et suiv. Le régime juridique de l'inaptitude sera analysé plus en détail ultérieurement : v. *infra*, n° 438 et suiv.

1312 Pour l'inaptitude prononcée à la suite d'une maladie ou d'un accident d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2, al. 1er. Pour l'inaptitude prononcée à la suite d'une maladie ou d'un accident d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-10, al. 1er.

1313 Pour une étude générale sur la question de l'obligation de reclassement, v. en ce sens : F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, t. 34, 2000.

1314 Sur l'obligation de reclassement du salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie ou d'un accident d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2, al. 1er : « […] l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités, au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel ». Sur l'obligation de reclassement du salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie ou d'un accident d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-10, al. 1er. Le contenu dudit texte est strictement identique à celui de l'article L. 1226-2 alinéa 1 précité.

1315 Des dispositifs pourront être mis en œuvre pour assurer le travail du salarié absent, notamment par le recrutement d'un salarié remplaçant en contrat à durée déterminée puisque les dispositions législatives en vigueur prévoient expressément ce motif : C. trav., art. L. 1242-2, 1°, a).

contraint de recruter un salarié remplaçant, ce qui représenterait pour lui un coût supplémentaire ainsi que des démarches administratives[1316]. Une fois la période d'absence terminée, l'employeur devra organiser son retour. En outre, si les missions du salarié ne sont pas urgentes, elles pourront être temporairement confiées à un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise dans l'attente du retour du salarié absent. Ces derniers verront alors leur charge de travail accrue. Une telle situation n'ayant pas vocation à durer, l'employeur pourrait devoir rompre le contrat de travail du salarié si l'absence venait à se pérenniser. Il devrait alors licencier le salarié pour absences répétées ou prolongées, ou pour inaptitude. Là encore, une telle situation n'est pas souhaitable puisqu'il serait nécessaire de respecter l'ensemble des impératifs procéduraux inhérent au licenciement envisagé. Par la suite, il sera souvent nécessaire de pourvoir le poste vacant, en organisant un recrutement en vue de la conclusion d'un contrat de travail avec un nouveau salarié qu'il faudra former.

355.- L'absence durable, préjudiciable aux intérêts du salarié. L'absence au travail, bien que justifiée, peut également porter préjudice au salarié. C'est le cas pour certaines raisons d'absence, notamment pour la maladie. Le préjudice subi par le salarié absent s'illustre à double titre. D'une part, le salarié absent verra son salaire diminuer. Pour ce qui est de l'absence pour maladie ou pour accident d'origine non professionnelle, le délai de carence le contraindra à une perte partielle voire totale de son salaire durant les trois premiers jours[1317]. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai que le salarié percevra un revenu de remplacement qui prendra la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale[1318]. Généralement, le revenu de remplacement ne sera que partiel[1319] – sauf si les mécanismes de la protection sociale complémentaires permettent au salarié de tendre vers un substitut de salaire intégral –. Il perdra donc une partie de sa rémunération, sauf si des dispositions conventionnelles prévoient le maintien intégral du salaire, notamment s'il est prévu que l'indemnité complémentaire de l'employeur voire la protection sociale complémentaire compense les indemnités journalières de sécurité sociale afin de garantir au salarié malade le maintien presque intégral de sa

[1316] Les mécanismes contractuels permettant de remplacer un salarié absent seront analysés ultérieurement dans la présente étude : v. *infra*, n° 431 et suiv.
[1317] CSS, art. L. 323-1, al. 1er et art. L. 323-1, 1).
[1318] Sur les modalités de calcul de l'indemnité journalière de sécurité sociale versée en cas de maladie, v. en ce sens : CSS, art. L. 323-4.
[1319] CSS, art. R. 323-5 : « L'indemnité journalière est également à la moitié du revenu d'activité antérieur […] ». Ce dernier est calculé selon les modalités de l'article R. 323-4 du même Code.

rémunération[1320]. Une absence durable n'est donc pas souhaitable pour le salarié qui fera face à une perte importante de revenus. En outre, le salarié absent pourra subir dans certains cas un préjudice lié à l'emploi. À cet égard, l'importance du préjudice sera corrélative à la durée de son absence. En effet, plus l'absence du salarié sera longue, plus ce dernier rencontrera des difficultés à réintégrer le poste qu'il occupait avant son départ. Le salarié qui s'est absenté durant plusieurs semaines pourra ressentir un sentiment d'isolement ou, dans certains cas, sera victime d'un reclassement à un autre poste de travail voire dans une autre entreprise. Est ici visée l'hypothèse de l'inaptitude[1321]. Dans les cas d'absence les plus longs, le salarié pourrait voir son contrat de travail rompu. Il pourrait alors faire face à un éloignement de l'emploi.

II- Une limitation des motifs d'absence autorisés

356.- Plan. Les raisons d'absence qui sont considérées comme autorisées, et qui permettent à l'absence d'être revêtue d'un caractère justifié, sont expressément mentionnées comme telles par le législateur. Cet encadrement légal est lié au fait que les raisons d'absence doivent être objectives. Le caractère subjectif des motifs d'absence justifiés présenterait l'écueil de créer une inégalité de traitement entre les salariés **(A)**. Cette liste n'est néanmoins pas figée ; elle a vocation à évoluer au gré des évolutions sociales et sociétales. De nombreuses nouvelles causes d'absence autorisées ont été reconnues au cours des XX^{e} et XXI^{e} siècles, comme c'est notamment le cas de celles qui ont pour objet d'assurer une conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié **(B)**.

A) Des raisons d'absence autorisées objectives

357.- Plan. Afin que les absences autorisées répondent à l'exigence de non-discrimination et à son corollaire, celui de l'égalité de traitement, le législateur a été contraint de rechercher des éléments objectifs autorisant le salarié à s'absenter. Au fil du temps, il a donc établi des motifs d'absence autorisés, pouvant à ce titre entrer dans la catégorie des *absences justifiées* lorsque le salarié respecte les impératifs de forme. Ainsi, il existe une liste exhaustive

[1320] Sur les conditions relatives au bénéfice de l'indemnité complémentaire de l'employeur, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-1 (conditions générales) et L. 1226-1-1 (conditions particulières en cas de risque pour la santé publique, comme ce fût le cas lors de la crise sanitaire liée à la Covid-19). Sur les modalités de calcul de l'indemnité complémentaire de l'employeur, v. en ce sens : C. trav., art. D. 1226-1 et suiv.

[1321] La présente étude attachera de plus amples développements à l'inaptitude dans la section 2 du présent chapitre. Sur ce point, v. *infra*, n° 438 et suiv.

des motifs d'absence qui peuvent donner lieu à des absences justifiées **(1)**. S'agissant des congés, ce même constat s'observe puisqu'il existe des motifs et durées précis **(2)**.

1. Des motifs limitatifs d'absence justifiée

358.- La détermination des raisons d'absence justifiées. Les causes d'absence considérées comme autorisées sont prévues par le législateur. Elles ouvrent droit, pour le salarié, au régime juridique d'absence justifiée qui correspond au motif d'absence en cause. Quel qu'il soit, le régime juridique d'une absence justifiée poursuit une finalité de protection des intérêts du salarié. Il protège en premier lieu son contrat de travail puisqu'en théorie, le salarié dont l'absence est justifiée ne saurait voir son contrat de travail rompu à l'initiative de l'employeur[1322]. Les régimes juridiques des absences justifiées sont en principe protecteurs de la situation économique du salarié, qui peut ainsi percevoir un revenu de remplacement[1323]. En raison de cette protection, il est essentiel que les raisons d'absence justifiées soient encadrées. C'est la raison pour laquelle le législateur a dû très tôt se saisir de cette question. Partant, les absences justifiées sont limitées. Il est nécessaire que le législateur détermine avec

[1322] Il s'agit là d'un principe qui souffre cependant de nombreuses exceptions. Toutefois, même lorsqu'il est autorisé, le licenciement est largement encadré. A titre d'illustration, l'employeur ne pourra licencier le *salarié gréviste* que s'il parvient à établir l'existence d'une faute lourde qui lui est personnellement imputable : C. trav., art. L. 2511-1, al. 1er. Un second exemple réside en matière de *maladie*. L'employeur ne pourra licencier le salarié absent pour maladie ordinaire que dans trois conditions strictes : soit si l'obligation de reclassement légalement prévue est impossible à mettre en œuvres, soit si que le salarié refuse expressément l'emploi proposé dans le cadre de cette obligation de reclassement, soit, enfin, si le médecin du travail considère que « tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi ». Pour la maladie ordinaire, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2-1, al. 2. En matière de maladie ou d'accident d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-12 al. 2). À cet égard, il convient de préciser que cette possibilité est appréciée strictement par la Cour de cassation. Par exemple, dans un arrêt rendu le 13 septembre 2023, elle a considéré que cette dispense supposait qu'elle soit expressément prévue par le médecin du travail, considérant que l'avis d'inaptitude qui mentionnait que « tout maintien du salarié dans un emploi dans cette entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé », n'exonérait pas l'employeur de son obligation de reclassement : Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-12.970, *Dr. soc.* 2023, n° 11, p. 895, obs. F. Héas ; *JCP S* 2023, n° 40, p. 29, obs. T. Lahalle ; *Lexbase soc.* 2023, n° 961, obs. L. Joly. L'employeur pourra également rompre le contrat de travail du salarié fréquemment absent pour raison de santé – la maladie ou l'accident à l'origine des absences devant être d'origine non professionnelle – ou en cas d'absence pour maladie ordinaire de longue durée. Pour ce faire, il devra parvenir à rapporter la preuve que les absences du salarié portent gravement atteinte au fonctionnement de l'entreprise (v. not. : Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 14-17.642), de sorte qu'elles entraînement « la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié » (v. not. : Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-21.179 ; *JCP S* 2014, n° 24, p. 19, note D. Everaert-Dumont ; *BJT* 2014, n° 261, p. 169, note J. Icard). Ces régimes de l'absence justifiée seront développés plus amplement dans le cadre de la section 2 du présent chapitre : v. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

[1323] S'il s'agit là d'un principe général, des exceptions sont toutefois notables, notamment en matière d'exercice du droit de grève pour lequel l'employeur est en droit de procéder à une retenue sur salaire, dans la mesure où celle-ci est strictement proportionnelle à la durée d'absence pour grève : Cass. soc., 27 juin 1989, n° 88-42.591. A défaut, la suspension du salaire sera considérée comme une sanction pécuniaire prohibée : Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-42.563.

précision les causes d'absence justifiées. L'autorisation d'absence du salarié étant une exception au principe de présence, les causes d'absence justifiées ne sauraient être indéfinies. Un tel écueil conduirait à priver l'obligation de présence au travail de sa substance. Il est donc essentiel d'encadrer et de limiter fermement ces causes, afin de conserver le principe de l'obligation de présence au travail. Un juste équilibre a ainsi dû être établi entre la bonne mise en œuvre du principe de la présence au travail, et celui de la protection du salarié dont l'absence est justifiée. Ainsi, le législateur a établi une liste limitative de motifs autorisant le salarié à s'absenter. En dehors de ces cas et sous réserve de respecter la procédure, les autres causes d'absence sont considérées comme injustifiées – sauf si l'employeur y a consenti préalablement. En effet, en dehors des causes d'absence légales, conventionnelles voire contractuelles, l'employeur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser toute demande d'autorisation d'absence présentée par le salarié[1324]. En revanche, pour les motifs d'absence admis – qu'ils aient été reconnus par voie législative, conventionnelle ou contractuelle – l'employeur ne peut s'opposer à l'exercice du droit d'absence par le salarié dès lors que ce dernier a bien respecté la procédure propre à l'absence en question[1325]. Partant, la liste exhaustive des motifs d'absence justifiés garantit au salarié, pour ces causes précises, le plein exercice de son droit d'absence par le salarié.

359.- La nécessité de raisons objectives d'absence. Les raisons d'absence justifiées qui permettent au salarié d'être régi par le système des absences justifiées sont objectivement encadrées. En effet, les dispositions en vigueur laissent peu de place à l'application d'un statut protecteur individualisé, qui serait subjectif par nature. Pourtant, il est possible d'imaginer que la situation particulière d'un individu puisse justifier que des causes d'absence lui soient reconnues. Toutefois, en vertu du principe d'égalité de traitement, de telles causes devraient être reconnues à tous les salariés qui se trouvent dans la même situation, ou une situation comparable. Toutes les raisons qui justifient que le salarié ne puisse pas être présent au travail doivent donc être retenues et légalement consacrées pour éviter un tel écueil. La qualification d'absence justifiée doit ainsi reposer sur des critères purement objectifs.

[1324] C'est le cas des évènements qui ne sont pas légalement reconnus comme faisant l'objet d'un droit d'absence. À titre d'exemple, on peut citer le fait pour un salarié d'accompagner un proche à un rendez-vous médical, de déménager ou encore, le jour de son anniversaire – sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires.

[1325] S'agissant du droit à congés payés, l'employeur peut certes refuser les dates proposées par le salarié, sur le fondement de l'ordre des départs fixé par voie conventionnelle ou à défaut, par l'employeur après consultation du comité social et économique : C. trav., art. L. 3141-15 et L. 3141-16. Toutefois, il ne peut pas priver un salarié de l'exercice même de ce droit, qui est légalement admis : C. trav., art. L. 3141-1.

360.- La nécessité d'établir des causes suffisamment larges. Si les conventions collectives peuvent en théorie prévoir des causes d'absence justifiées qui ne sont pas prévues par le législateur, cela reste très rare. En effet, les causes d'absence justifiées sont établies par la loi. Elles sont relativement larges, de sorte que tout salarié puisse en bénéficier. En effet, ces dernières ont vocation à s'appliquer à tous les salariés, quels que soient leur secteur d'activité, la nature de leur contrat de travail ou leur catégorie socioprofessionnelle. À titre d'illustration, les congés justifiant l'absence du salarié sont de nature variée. Comme il a été vu précédemment, ils peuvent être avec ou sans lien direct avec le travail. Pour ceux qui sont étrangers au travail, ils peuvent se justifier par l'état de santé du salarié ou, depuis plus récemment, par sa situation personnelle ou familiale. Par ailleurs, le législateur prévoit que la maladie est un motif d'absence, sans préciser les maladies qui sont de nature à justifier que le salarié s'absente du travail. En cela, la maladie constitue une catégorie générique d'absence justifiée.

361.- La maladie comme catégorie générique justifiant l'absence du salarié. Pour être un motif d'absence au travail, le médecin doit attester que l'état de santé du salarié est incompatible avec l'exercice du travail. Outre la maladie, c'est donc bien l'inaptitude du salarié qui est recherchée. Dans ce cas, le salarié peut bénéficier d'un arrêt de travail, qui permettra de justifier son absence, sous réserve de respecter des conditions de forme comme la communication dans les meilleurs délais du certificat médical, ce délai ne pouvant excéder quarante-huit heures. Il convient de constater qu'il existe un très grand nombre de maladies pouvant priver le salarié de l'exercice de son travail. Il peut s'agir d'un virus, d'une maladie chronique, mentale ou encore d'un trouble musculosquelettique. La maladie est donc une raison d'absence relativement large. Elle permet d'inclure les maladies rares[1326], mais également toutes les nouvelles maladies épidémiques comme la grippe H1N1 de 2009 ou plus récemment, le virus du SARS-Cov-2 apparu à la fin de l'année 2019. L'utilisation du terme générique de *maladie* comme motif d'absence permet ainsi d'inclure toutes les nouvelles pathologies qui étaient jusqu'alors inconnues ou inexistantes, sans que le législateur n'ait à créer un nouveau motif d'absence. La maladie constitue ainsi une catégorie générique relativement large, qui

[1326] Une maladie est considérée comme « rare » lorsqu'elle touche un nombre très limité de personnes. Plus exactement, la qualification concerne les pathologies qui « touchent une personne sur 2 000, soit pour la France moins de 30 000 malades par pathologie ». Définition donnée par le site du ministère de la santé, des familles, de l'autonomie et des personnes handicapées, accessible à l'adresse : https://sante.gouv.fr/soins-et-maladies/prises-en-charge-specialisees/maladies-rares/article/les-maladies-rares. Consulté le 31/10/2025.

permet par exemple que la découverte par la science d'une nouvelle maladie donne lieu à un congé pour maladie, sans qu'il n'y ait besoin de mettre à jour les dispositions en vigueur. Par ailleurs, le médecin bénéficie d'une liberté de prescription, « dans les limites que la loi autorise et compte tenu des données acquises de la science »[1327]. Cette liberté est donc l'assise d'une décision d'arrêt de travail arbitraire du professionnel de santé, sous réserve toutefois d'un contrôle qui serait exercé *a posteriori* sur la prescription d'arrêt de travail[1328]. En outre, ce dernier bénéficie du secret médical, qui lui permet de taire toutes les informations qui lui ont été confiées, mais également « ce qu'il a vu, entendu ou compris »[1329]. Le médecin prescripteur est ainsi l'acteur majeur de l'arrêt de travail[1330]. L'employeur ne dispose d'aucun pouvoir, sauf à solliciter une contre-visite médicale[1331] auprès du médecin de son choix, pour vérifier l'inaptitude du salarié à exercer son travail[1332]. La maladie est donc un motif d'absence relativement large, laissé à la discrétion du médecin prescripteur de l'arrêt de travail. Cependant, malgré les constats qui précèdent, de nouveaux motifs d'absence liés à la maladie ont pu émerger parce qu'ils justifiaient la création de régimes juridiques dérogatoires. Ce fut le cas de la Covid-19.

2. L'établissement de motifs et d'une durée légale de congés

362.- Le cadre légal des motifs de congés. La définition donnée de l'absence par la présente étude revêt une acception relativement large. Elle entend inclure dans son champ de définition les congés, quel qu'en soit le motif. En outre, ce constat est confirmé par les dispositions législatives en vigueur qui qualifient expressément certains congés *d'absence*[1333].

1327 CSP, art. R. 4127-8.

1328 Ce contrôle peut être sollicité par l'employeur, par une Caisse de Sécurité sociale ou par un organisme de prévoyance ou un assureur. Sur cette question, v. *infra*, n° 555 et suiv.

1329 CSP, art. R. 4127-4.

1330 Il n'est cependant pas le seul acteur, puisque le *médecin du travail* peut également être mobilisé pour la visite de reprise dans certains cas (après un congé de maternité, un arrêt de travail pur maladie professionnelle, un arrêt de travail pour accident du travail de plus de trente jours, mais également après un arrêt de travail pour maladie ordinaire de plus de trente jours) : C. trav., art. R. 4624-31. En outre, le *médecin conseil de la Sécurité sociale* peut également être sollicité pour une contre-expertise médicale à la suite d'un arrêt de travail : CSS, art. L. 315-1, II, al. 3 . Enfin, le *médecin mandaté par l'employeur* est également un acteur de l'arrêt de travail. Il peut effectuer une contre-expertise médicale, en cas de demande de l'employeur : C. trav., art. R. 1226-11.

1331 Le régime juridique de la contre-visite patronale sera développé ultérieurement : v. *infra*, n° 560-561.

1332 CSS, art. L. 315-1, II, al. 3 (*précité*).

1333 La présente étude entend donner des exemples, sans toutefois tendre vers l'exhaustivité dans la mesure où les illustrations sont très nombreuses. S'agissant du congé maternité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 12225-24 al. 1er : « Le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée avertit l'employeur du motif de son *absence* et de la date à laquelle elle entend y mettre fin ». S'agissant du congé d'adoption, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-42 al. 1er : « Le salarié avertit l'employeur du motif de son *absence* et de la date à laquelle il

À l'instar des motifs d'absence, les congés font l'objet d'évolutions et certains d'entre eux ont été reconnus récemment. C'est notamment le cas du congé de soutien familial qui avait été créé par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, et qui est devenu en 2017 le *congé de proche aidant*, qui permet au salarié de s'absenter pour aider un proche atteint d'un handicap ou d'une perte d'autonomie[1334]. C'est également le cas du *congé pour l'annonce du handicap, d'une pathologie chronique ou d'un cancer* d'un enfant qui a été créé par la loi Travail du 8 août 2016[1335]. La création relativement récente de ces nouveaux congés témoigne d'une volonté des pouvoirs publics, légitimée par le processus législatif, d'améliorer la conciliation entre les vies professionnelles et personnelles du salarié. Les congés légalement admis font ainsi l'objet d'une liste exhaustive – et extensive – dans le Code du travail, aux articles L. 3141-1 à L. 3142-130 du Code du travail qui exposent expressément les régimes juridiques des « congés payés et autres congés »[1336]. Ces dispositions énoncent donc expressément les congés légaux dont le salarié bénéficie. Pourtant, tous les congés reconnus au salarié ne sont pas inclus dans ces articles du Code du travail. Ainsi, les dispositions législatives mentionnent expressément une vaste pluralité de motifs de congés, qui ne sont pas rassemblés au sein d'une même partie du Code du travail, mais sont disséminés à différents endroits. Chaque congé dispose donc d'un régime juridique spécifique. Or, le régime juridique d'un congé dont le salarié dispose se résume peu ou prou à sa durée, au montant de son indemnisation par les organismes de sécurité sociale mais également aux conditions permettant au salarié de bénéficier de ces congés. On observe ainsi une très grande disparité de durée de congé en fonction du motif qui en est à l'origine. Cette hétérogénéité de la durée de congé s'observe également au sein d'un même motif de congé, puisque la durée légale du congé peut être modifiée par voie conventionnelle.

---

entend mettre fin à la suspension de son contrat de travail ». S'agissant des congés payés, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3141-6 : « *L'absence* du salarié ne peut avoir pour effet d'entraîner une réduction de ses droits à congés plus que proportionnelle à la durée de cette *absence* ». S'agissant du congé sabbatique, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-29, al. 1er : « L'employeur peut différer le départ en congé dans la limite de six mois à compter de la demande, en fonction de la proportion des *salariés absents* dans l'entreprise au titre du congé ou en fonction du nombre de jours *d'absence* prévus au titre du même congé […] ». S'agissant du congé pour catastrophe naturelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-51 al. 1er : « Le bénéfice du congé peut être refusé par l'employeur s'il estime que cette *absence* est susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ». La même formulation est reprise pour le congé de représentation (C. trav., art. L. 3142-63, al. 1er), mais aussi pour le congé de solidarité nationale (C. trav., art. L. 3142-69, al. 1er). S'agissant des congés des candidats ou élus à un mandat parlementaire ou local, v. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-80 : « Le salarié bénéficie à sa convenance des dispositions de l'article L. 3142-79, à condition que chaque *absence* soit au moins d'une demi-journée entière. Il avertit son employeur vingt-quatre heures au moins avant le début de chaque *absence* ».

1334 C. trav., art. L. 3142-16 à L. 3142-27.

1335 C. trav., art. L. 3142-1, 5°

1336 Ces articles font l'objet du Titre IV, du Livre 1er portant sur la « Durée du travail, repos et congés » de la troisième partie de la partie législative du Code du travail.

363.- La fixation légale de la durée des congés. La fixation de la durée légale d'un congé résulte d'un choix politique légitimé par un processus législatif. Ainsi, la durée légale d'un congé donne souvent lieu à sa réduction ou à son allongement par le pouvoir législatif. Elle fait parfois l'objet de promesses de campagne des candidats à la présidence de la République, comme ce fut le cas de l'allongement du congé de paternité et d'accueil de l'enfant annoncé par Emmanuel Macron lors de sa campagne présidentielle en 2022. L'allongement de la durée du congé de paternité figurait parmi les propositions dans le rapport rendu par la Commission des 1000 premiers jours en 2020, qui appelait de ses vœux un allongement de deux à neuf semaines[1337]. La durée de ce congé était jusqu'alors de onze jours[1338] a été allongée à vingt-cinq jours au 1er juillet 2021[1339]. Cette mesure initiée par le Président de la République Emmanuel Macron était annoncée comme une mesure « favorable à l'égalité entre les femmes et les hommes »[1340]. Pourtant, la durée de ce congé est loin d'être identique à celui dont disposent les mères, qui est d'une durée totale de seize semaines, dont six semaines en congé prénatal et dix semaines en congé postnatal[1341]. Cette différence peut s'expliquer pour partie par la protection de la santé de la mère du fait de sa grossesse et de l'accouchement. En effet, cette différence de la durée du congé ne se fonde pas uniquement sur le sexe puisque les personnes ayant eu recours à l'adoption bénéficient également d'un congé parental de vingt-cinq jours au titre du congé de paternité et d'accueil de l'enfant[1342]. Ainsi, si la durée de ce dernier congé est relative par rapport au congé de maternité, cette différence se justifie au titre de la protection de la femme en état de grossesse et venant d'accoucher. Toutefois, la fixation de la durée de ce congé – et de, manière générale, de tout autre congé – porte à interrogation. Comment le pouvoir législatif fixe-t-il la durée légale d'un congé ? Cette dernière met en balance la protection du droit au repos dont bénéficie le salarié avec la nécessaire prise en considération des dépenses de sécurité sociale générées par ce congé. En effet, la plupart des congés ouvrent droit pour le salarié bénéficiaire à des indemnités journalières de sécurité sociale[1343] voire à une ou au maintien partiel ou total de la rémunération par l'employeur.

1337 Rapport de la Commission des 1000 premiers jours, « Là où tout commence », Septembre 2020, p. 103.
1338 C. trav., ancien art. L. 1225-35 al. 1er, modifié par la L. n° 2012-1404 du 17 déc. 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.
1339 C. trav., art. L. 1225-35 al. 1er, modifié par la L. n° 2020-1576 du 14 déc. 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021.
1340 Déclaration du Président de la République Emmanuel Macron à l'Élysée, 23 septembre 2020.
1341 C. trav., art. L. 1225-17 al. 1er.
1342 C. trav., art. L. 1225-35 al. 1er.
1343 C'est notamment le cas du congé maladie (CSS, art. L. 321-1), du congé maternité (CSS, art. L. 331-3), du congé de paternité et d'accueil de l'enfant (CSS, art. L. 331-8), du congé de soutien familial (CSS, art. L. 378) et du congé de deuil en cas de décès d'un enfant (CSS, art. L. 331-9).

364.- Un allongement conventionnel de la durée légale du congé. Les dispositions relatives à la durée légale de congés étant d'ordre public social, cette dernière peut ainsi être allongée par voie conventionnelle. À titre d'illustration, la durée légale du congé de proche aidant ne peut excéder vingt-quatre jours ouvrables par an[1344]. Cependant, il est prévu que la durée de ce congé puisse être étendue par voie conventionnelle[1345]. Dans d'autres cas, le législateur laisse le soin aux partenaires sociaux de déterminer la durée maximale d'un congé, comme c'est le cas du congé de solidarité familiale[1346]. En cas d'échec de la négociation, la loi fixe néanmoins la durée maximale de ce congé à trois mois, renouvelable une fois[1347]. Partant, des disparités considérables de la durée des congés peuvent être observées. Si la loi fixe une durée minimale de congés, cette dernière peut être largement étendue par voie conventionnelle. Par ailleurs, la rémunération des salariés pendant le congé peut également être majorée par un accord ou une convention collective. Cela reste cependant assez exceptionnel. En outre, le mécanisme d'indemnisation ne réside pas dans le maintien du salaire, mais dans un minimum.

365.- Réflexions sur la pertinence d'une durée fixe de congés. De telles règles ont pour but d'uniformiser la durée et la rémunération de congés dont bénéficient les salariés au sein d'une entreprise ou d'une branche d'activité. En conséquence, elles se fondent sur des critères objectifs qui permettent d'assurer une égalité de traitement, pour des salariés qui sont placés dans une situation identique[1348]. Néanmoins, il est permis d'observer que la recherche perpétuelle d'une égalité de traitement des salariés fait obstacle à l'adaptation de la durée des congés à la situation personnelle des salariés. En d'autres termes, la recherche d'une objectivation de la durée des congés ne permet pas de s'adapter à des situations spécifiques.

1344 C. trav., art. L. 3142-25-1 al. 2.
1345 C. trav., art. L. 3142-26, 1°.
1346 C. trav., art. L. 3142-14.
1347 C. trav., art. L. 3142-15, 1°.
1348 Ce principe a été dégagé pour la première fois par la chambre sociale de la Cour de cassation en 1996, pour l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680. Il a par la suite été généralisé et appliqué à d'autres éléments, comme le bénéfice d'une semaine de congés payés supplémentaires au bénéfice d'une catégorie socioprofessionnelle supérieure : Cass. soc. 1er juill. 2009, n° 07-42.675 ; *JCP E* 2009, n° 51, p. 40, note T. Aubert-Monpeyssen. Depuis, il a été généralisé dans plusieurs arrêts pour faire échec aux différences de traitement résultant de dispositions conventionnelles, selon une formule employée par les magistrats de la Cour de cassation, qui consiste à indiquer que « lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale ». V. en ce sens : Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666 ; *BJT* 2011, n° 230, p. 157, obs. F.-J. Pansier ; *D.* 2012, n° 39, p. 2622, pan. P. Lokiec et J. Porta ; *JCP S* 2011, n° 20, p. 30, note J.-F. Cesaro ; *Dr. soc.* 2011, n° 5, note C. Radé ; Cass. soc. 25 juin 2015, n° 13-25.986 ; Cass. soc. 14 nov. 2018, n° 17-10.829 ; Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 18-20.210 ; *JCP S* 2020, n° 50, p. 35, note J. Kovac.

Par exemple, un salarié qui est parent d'une famille nombreuse – *a fortiori* si les enfants sont en bas âge et si son conjoint travaille – aura davantage de difficulté à concilier sa vie professionnelle avec sa vie personnelle, qu'un de ses collègues célibataire, sans enfant et plus largement, sans personne à charge. Ainsi, il est permis de s'interroger sur le fait de se demander si la durée de certains congés – notamment ceux qui ont pour finalité la conciliation des vies professionnelle et personnelle du salarié – ne devrait pas être adaptée aux spécificités du salarié, pour davantage d'équité. C'est le cas du congé pour garde d'un enfant malade, puisque sa durée maximale de principe, qui est de trois jours par an, est portée à cinq jours « si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de seize ans »[1349]. Aussi, pour diminuer les effets pervers liés à l'objectivation de la durée du congé, le législateur prend en compte depuis quelques années les situations particulières. Le mécanisme solidaire du don de jours de congés entre salariés a ainsi été créé, d'abord au bénéfice du salarié parent d'un enfant gravement malade[1350], puis au bénéfice du salarié aidant[1351]. De tels mécanismes juridiques sont ainsi salutaires, puisqu'ils permettent de s'adapter aux situations particulières de certains salariés dont la situation nécessiterait un allongement de la durée de congés. Or, ce dispositif est conditionné à l'acceptation discrétionnaire des salariés de l'entreprise de faire don de leurs jours de repos. Cela fait nécessairement entrer en jeu la question des relations humaines entre les salariés et reste, pour l'heure, relativement exceptionnel[1352].

B) Des raisons d'absence autorisées évolutives

366.- Plan. Si les raisons d'absence légitimes sont objectives, elles n'en demeurent pas moins évolutives. De nouvelles raisons d'absence autorisées ont ainsi vocation à être reconnues, au gré des évolutions sociales et sociétales **(1)** ou de la survenue de circonstances exceptionnelles **(2)**. Selon qu'elles ont ou non vocation à se pérenniser, ces causes nouvelles peuvent être temporaires ou définitives.

[1349] C. trav., art. L. 1225-61, al. 2.
[1350] L. n° 2014-459 du 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade (*JORF* n° 0108 du 10 mai 2014).
[1351] L. n° 2018-84 du 13 fév. 2018 créant un dispositif de don de jours de repos non pris au bénéfice des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou présentant un handicap (*JORF* n° 0037 du 14 fév. 2018).
[1352] C. Chauzal-Larguier, S. Rouquette, « Le don de RTT, révélateur des enjeux de la solidarité salariale », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2016, p. 87.

1. Des évolutions causées par des mutations sociales et sociétales

367.- Plan. Les évolutions sociales et sociétales intervenues principalement au cours du XXe siècle ont constitué le fondement à la reconnaissance de nouvelles raisons d'autorisation d'absence du salarié[1353]. Sans prétendre à l'exhaustivité, c'est notamment le cas de l'engagement citoyen et du bénévolat **(a)**, mais également d'autorisations d'absence qui résultent d'une recherche d'égalité entre les femmes et les hommes **(b)**[1354].

a- L'essor de l'engagement citoyen

368.- L'engagement civique comme fondement à la création de nouveaux congés et autorisations d'absence. L'engagement citoyen s'est érigé au cours du XXe siècle comme une nouvelle raison d'absence justifiée. Pourtant, d'autres formes d'engagement citoyen sont survenues bien plus tôt, sans toutefois faire l'objet d'un droit d'absence pour le travailleur. Le service militaire est historiquement très ancien. À l'origine, il était distinct de l'exercice d'une activité professionnelle puisqu'il s'imposait à tout homme de nationalité française âgé de 20 à 25 ans[1355]. Par conséquent, la personne qui effectuait le service militaire devait s'y consacrer exclusivement, sans exercer d'activité professionnelle de manière concomitante. Il convient de préciser que le service militaire, ou plus précisément le « service national actif », a été suspendu

[1353] Le terme *d'évolution sociale* s'entend comme la mutation des comportements des individus et de leurs interactions. Le terme *d'évolution sociétale*, quant à lui, est propre à l'évolution structurelle et institutionnelle de la société.

[1354] La présente étude ne prétend pas à l'exhaustivité s'agissant des raisons sociales et sociétales ayant conduit à la reconnaissance de nouvelles absences au travail. Toutefois, elle entend démontrer de façon générale que les évolutions sociales et sociétales ont des incidences en matière de reconnaissance de nouveaux motifs d'absence au travail. Pour illustrer ce propos, deux exemples sont pris, bien que qu'il en existe d'autres.

[1355] Le service militaire obligatoire, qualifié à l'époque de « conscription universelle et obligatoire », fût créé au lendemain de la Révolution, sous le Directoire en 1798. La loi Jourdan-Delbrel du 19 fructidor an VI (5 sept. 1798), dont l'article 1er instaurait un principe selon lequel « tout Français est soldat et se doit à la défense de la patrie ». Sur cette loi, v. en ce sens la thèse d'Alain Pigeard : A. Pigeard, *La loi Jourdan-Delbrel du 19 fructidor an VI : application et évolution en France du 5 septembre 1798 au 4 juin 1814*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 1997. Le service militaire obligatoire s'est maintenu jusqu'au XXe siècle, bien qu'il ait connu certaines évolutions. Parmi elles, il est possible de citer la loi Gouvion-Saint-Cyr du 10 mars 1818 qui a assoupli l'obligation d'effectuer le service militaire puisqu'il était possible d'en être exempté en qu'acquittant du paiement d'une somme pour se faire remplacer. V. en ce sens : A. Crépin, « Gouvion-Saint-Cyr et la loi refondatrice de 1818 », *in* M. Biard, A. Crépin, B. Gainot, *La plume et le sabre. Hommage offert à Jean-Paul Bertaud*, Éditions de la Sorbonne, coll. Histoire moderne, 2002, pp. 313-325. A la suite de la guerre franco-prussienne, la possibilité préétablie de se faire remplacer fut supprimée : L. du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée. Plus largement, sur l'évolution historique du service militaire en France, v. en ce sens : V. Bureu, Du service militaire au service national universel. Entre regrets et opportunités, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2023, spéc. pp. 19-27.

par le président Jacques Chirac par une loi du 28 octobre 1997[1356]. La lecture de l'article L. 122-18 du Code du travail, dans sa version antérieure à ladite loi de 1997, nous enseigne que le travailleur, libéré du service national, pouvait reprendre l'emploi qu'il occupait au moment où il a été appelé[1357]. Depuis lors, des dispositions prévoient l'exercice d'une autre forme d'engagement citoyen par le biais de l'accomplissement d'un engagement citoyen fondé sur le volontariat, comme c'est le cas du service national universel[1358]. En vue d'encourager un tel engagement citoyen, la protection contractuelle et économique du salarié souhaitant s'engager a dû être assurée. Des dispositions législatives assurent ainsi la protection du salarié ou de l'apprenti appelé au service national, en prévoyant la suspension du contrat de travail avec réintégration de droit à l'issue[1359]. Elles prévoient également une autorisation exceptionnelle d'absence au profit du salarié participant à l'appel de préparation à la défense[1360]. Cette même protection est garantie aux volontaires pour servir dans la réserve opérationnelle[1361], qui bénéficient d'une autorisation d'absence annuelle d'une durée minimale de dix jours ouvrés par année civile, qui peut être étendue par voie contractuelle[1362]. En définitive, la reconnaissance de la qualité de réserviste comme motif d'absence justifiée semble s'expliquer par le fait que la finalité de protection du territoire national constitue un intérêt supérieur, qui doit être

---

1356 L. n° 97-1019 du 28 oct. 1997 portant réforme du service national, *précitée*. La suspension du service militaire obligatoire reposait sur une volonté de professionnaliser les armées : B. Boëne, « La professionnalisation des armées : contexte et raisons, impact fonctionnel et sociopolitique », *Rev. fr. de sociologie* 2003, p. 647 ; B. Irondelle, « La réforme des armées en France : genèse d'une décision politique », *in* P. Vennesson (dir.), *Politiques de défense : institutions, innovations, européanisation*, L'Harmattan, 2000, pp. 209-260.

1357 C. trav., art. L. 122-18 (version en vigueur du 23 nov. 1973 au 8 nov. 1997).

1358 Il est prévu aux articles L. 111-1 et suivants du Code du service national. Il comprend plusieurs obligations : le recensement, l'appel de préparation à la défense ainsi que l'appel sous les drapeaux (C. serv. nat., art. L. 111-2, al. 1er). Il comprend également « des volontariats » (C. serv. nat., art. L. 111-2, al. 2 et art. L. 111-3). L'engagement de service civique est cependant exclu du champ d'étude, puisque devant être accompli à temps plein pour une durée allant de six mois à un an, il fait l'objet d'une rupture du contrat de travail et non d'autorisations d'absence au travail. Sur l'engagement de service civique, v. en ce sens : C. serv. nat., art. L. 120-1. Il repose sur le volontariat de la personne qui souhaite « s'engager en faveur d'un projet collectif en effectuant une mission d'intérêt général en France ou à l'étranger auprès d'une personne morale agréée » (art. *précité*, I.-).

1359 C. trav., art. L. 3142-95 : « Le contrat de travail d'un salarié appelé au service national en application du livre II du code du service national est suspendu pendant toute la durée du service national actif » (art. *précité*, al. 1er). Sous réserve qu'il avertisse son employeur, le salarié qui souhaite être reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment est réintégré de droit dans l'entreprise, tout en bénéficiant des avantages qu'il avait acquis au moment de son départ (art. *précité*, al. 2, 3 et 4).

1360 C. trav., art. L. 3142-97. Est ici visée l'ancienne journée d'appel à la défense (JAPD), qui a été remplacée par la journée de défense citoyenne (JDC). V. C. serv. nat., art. L. 114-1 à L. 114-13.

1361 Sur la réserve opérationnelle militaire, v. en ce sens : C. défense, art. L. 4221-1 et suiv. Sur la réserve opérationnelle de la police nationale, v. en ce sens : CSI, art. L. 411-7 et suiv. Sur la question de la réserve opérationnelle militaire, v. en ce sens : B. Lopez, « Le droit à l'engagement du salarié : le cas de la réserve opérationnelle », *RDT* 2025, p. 22.

1362 C. trav. ; art. L. 3142-89, al. 1er et al. 3. L'alinéa 4 de l'article précité prévoit cependant que l'autorisation d'absence annuelle du réserviste salarié peut être abaissé à cinq jours dans les entreprises de moins de cinquante salarié, « afin de conserver le bon fonctionnement de l'entreprise ».

encouragé[1363]. C'est la raison qui justifie la protection contractuelle du salarié réserviste. Enfin, bien qu'elles ne soient pas codifiées dans le Code du travail, le sapeur-pompier volontaire bénéficie également, pour un certain nombre d'activités, d'autorisations d'absence[1364]. Les raisons de la reconnaissance de la qualité de sapeur-pompier volontaire comme motif d'absence justifiée diffèrent, puisqu'il s'agit là d'encourager l'exercice de la mission de sécurité civile, notamment en matière d'incendie et de secours, qui leur incombe[1365].

369.- L'engagement associatif et le bénévolat comme fondement à la création de nouveaux congés et autorisations d'absence. Outre l'engagement civique, l'engagement associatif apparaît comme un second exemple topique de la reconnaissance de nouveaux congés et autorisations d'absence au profit du salarié. L'engagement associatif comme motif d'absence au travail est apparu dans la seconde moitié du XX^{e} siècle. Les exemples sont relativement nombreux, et la présente étude n'entend pas en établir la liste exhaustive. Toutefois, l'étude de certains d'entre eux est intéressante, car elle permet de comprendre les raisons pour lesquelles ils sont devenus des motifs d'absence justifiés. Ainsi, le congé de représentation pour un représentant d'une association est historiquement celui qui est apparu en premier. Créé en 1991, il permettait au salarié membre d'une association ou d'une mutuelle ayant un intérêt public[1366], et qui y était désigné en qualité de représentant, de bénéficier d'autorisations d'absence pour participer aux réunions[1367]. Désormais, un tel engagement fait l'objet d'autorisations d'absence qui prennent la forme d'un congé[1368]. Ce dernier entend ainsi favoriser et soutenir l'engagement associatif. En outre, le congé de solidarité internationale,

---

1363 Sur la mission de « défense de la nation » et de l'objectif de « renforcer les capacités des forces armées » de la réserve militaire, v. en ce sens : C. défense, art. L. 4211-1. Sur les missions de « renfort temporaire des forces de sécurité intérieure » de la réserve opérationnelle de la police nationale, v. en ce sens : CSI, art. L. 411-7.

1364 CSI, art. L. 723-12.

1365 CSI, art. L. 723-4.

1366 En effet, le droit au congé de représentation ne peut intervenir que pour quatre instances ayant toutes un intérêt public : le Conseil national de l'habitat, la Commission nationale de concertation, le Conseil département de l'habitat et la Section des aides publiques au logement.

1367 L. n° 91-772 du 7 août 1991 relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique (*JORF* n° 186 du 10 août 1991). Codifiée à l'ancien article L. 225-8 du C. trav.

1368 Le droit à congé n'est toutefois pas absolu, dans la mesure où l'employeur peut refuser, après avis du comité social et économique, le bénéfice du congé s'il estime que l'absence du salarié est susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise : C. trav., art. L. 3142-63. Toutefois, si ce congé est accordé, le salarié bénéficie d'autorisations d'absence, mais également d'une protection économique puisque le congé ouvre droit au bénéfice d'une indemnité compensatrice et au-delà, l'employeur peut choisir de maintenir la rémunération du salarié en tout ou partie au-delà de l'indemnité précitée : C. trav., art. L. 3142-61. En outre, la durée maximale du congé est fixé par voie conventionnelle (C. trav., art. L. 3142-65, 1°) et les dispositions supplétives la fixent à neuf jours ouvrables par an (C. trav., art. L. 3142-66, 1°).

apparu en 1996, a été créé sur le fondement de cette même finalité. Il permet au salarié exerçant une « mission hors de France pour le compte d'une association à objet humanitaire » de bénéficier d'autorisations d'absence qui prennent la forme d'un congé[1369]. Il en va de même du congé des responsables associatifs bénévoles[1370]. En définitive, la grande majorité des activités précitées participant à l'engagement associatif donnent lieu à l'exercice d'un travail gratuit, non rémunéré. Par conséquent, si on peut regretter que le travail gratuit ne bénéficie pas d'un cadre juridique particulièrement protecteur pour celui qui l'exerce[1371], la reconnaissance d'autorisations d'absence – et le fait d'ériger ces activités en motif de congé – permet, dans une moindre mesure, d'encourager l'exercice de telles activités[1372]. Au-delà de l'engagement citoyen, d'autres évolutions sociales et sociétales ont été à l'origine de nouveaux droits d'absence au cours du XXe siècle.

b- La recherche d'une égalité entre les femmes et les hommes

370.- Le développement du travail des femmes en dehors du foyer, à l'origine de la reconnaissance d'autorisations d'absence pour raison familiale. Les évolutions sociales ont contribué à la reconnaissance de nouveaux motifs d'absence justifiés. En effet, il a précédemment été démontré que l'absence en droit social est née sur le modèle social du début du XXe siècle. Or, à cette époque, le modèle familial était bien différent de celui que l'on connaît aujourd'hui. L'homme travaillait pour assurer sa propre subsistance ainsi que celle de sa famille. La femme s'occupait principalement de son foyer, tant dans l'éducation des enfants que dans la gestion des tâches ménagères[1373]. L'activité professionnelle et la gestion du foyer étaient ainsi dissociées et réparties entre l'homme et la femme. Selon l'historienne Florence Montreynaud, « la répartition conventionnelle des sexes attribue [à la femme] la sphère privée,

[1369] C. trav., art. L. 3142-69 et suiv. Ce droit à congé n'est toutefois pas absolu, dans la mesure où l'employeur peut refuser, après avis du comité social et économique, le bénéfice du congé s'il estime que l'absence du salarié est susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise : v. spéc. C. trav., art. L. 3142-69.

[1370] C. trav., art. L. 3142-54 et suiv.

[1371] Cette idée a été avancée et étayée par Delphine Gardes, dans un article publié à la revue droit social : D. Gardes, « Travail gratuit et droit(s) du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 584.

[1372] En effet, il est permis de constater que « le droit du travail privilégie ainsi le maintien, plus ou moins complet, de droits nés du contrat de travail pour "compenser" la cessation temporaire de l'activité professionnelle, sans permettre à l'exercice d'un travail gratuit d'être en tant que tel à l'origine de ces droits » : D. Gardes, « Travail gratuit et droit(s) du travail », *op. cit.*, p. 584.

[1373] J.-M. Wailly, « Les différentes phases du travail des femmes dans l'industrie », *Cahiers d'économie et de l'innovation* 2004, p. 131. L'auteur précise à ce sujet que « la fonction des femmes restait la maternité et les activités ménagères au sein du mariage, l'éducation des enfants se trouvant au centre de leur activité qui à cette époque comportait une pénibilité certaine ».

tandis que l'espace public est réservé à l'homme »[1374]. La garde des enfants et plus généralement, la gestion du foyer, étaient assumées par la femme. De ce fait, la reconnaissance d'un droit d'absence lié à la vie familiale n'avait pas véritablement de raison d'être[1375]. Au début du XXe siècle, la Première Guerre mondiale a conduit les femmes vers le monde professionnel. Les femmes furent contraintes d'exercer des emplois initialement masculins, les hommes étant mobilisés au front[1376]. Cependant, si la femme fut de plus en plus intégrée au monde du travail[1377], elle conservait en plus de son activité professionnelle les tâches domestiques liées à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants[1378]. Le mouvement de mai 1968 marqua un tournant sociétal en matière de modèle familial[1379]. Ainsi, le droit à un congé parental d'éducation a d'abord été reconnu à la femme salariée qui souhaitait, à l'expiration de son congé maternité, élever son enfant. Il a ensuite été étendu à tout salarié, homme ou femme, durant l'année qui suit la naissance de son enfant[1380]. Par la suite, d'autres droits d'absence relatifs à la vie familiale ont été reconnus, parmi lesquels on peut citer le congé pour garde d'un enfant malade créé en 1994[1381]. Ce fut également le cas du congé pour décès d'un proche, du congé pour mariage ou PACS ou encore du congé pour mariage d'un enfant.

371.- La reconnaissance de nouvelles raisons d'absence pour assurer une meilleure conciliation entre les vies personnelle et professionnelle du salarié. Progressivement, de nouveaux motifs d'absence justifiée ont été créés en vue de permettre une

---

1374 F. Montreynaud, *L'aventure des femmes XXe-XXIe siècle*, Nathan, 2011.

1375 Bien qu'en lien avec la vie familiale, l'état de grossesse ainsi que la maternité ne sont pas considérés comme telles puisqu'elles avaient avant tout pour finalité de protéger l'état de santé de la femme enceinte ou venant d'accoucher. Ainsi, bien que datant du début du XXe siècle, ces raisons d'absence ne doivent pas être incluses dans la catégorie relative aux absences pour raison familiale.

1376 Les femmes furent appelées notamment dans des usines d'armement (qualifiées de « munitionnettes »), mais également dans la fonction publique (Poste, secteur ferroviaire, etc.) et dans les hôpitaux principalement en tant qu'infirmières.

1377 Cette double activité des femmes au sein du foyer et dans le monde du travail s'est notamment développée lors de la Première Guerre mondiale, au cours de laquelle les femmes ont été tenues d'exercer des emplois initialement masculins, les hommes étant retenus sur le front.

1378 L. A. Tilly, J. W. Scoot, (trad.) M. Lebailly, *Les femmes, le travail et la famille*, Payot, 2002.

1379 Sur les incidences du mouvement de mai 68 sur le modèle familial, v. en ce sens : F. Hurstel, « Mai 68, le Paterfamilias est mort… que vivent les pères ! Les fonctions du père, avant, pendant et après Mai 68 », *Sc. Educ.* 2008, p. 95. Selon l'auteur, Mai 68 a conduit à « la fin d'une certaine institution des pères de type patriarcal, et de l'ouverture à des formes nouvelles de paternité et de parentalité dans les liens familiaux à caractère démocratique et égalitaires. Toutes les fonctions des pères tant sociales que psychiques en sont bouleversées car inscrites dans une organisation historique nouvelle caractérisée par l'émergence d'une démocratie dans le rapport à l'enfant et aux femmes » : v. art. *précité*, spéc. p. 97.

1380 L. n° 78-753 du 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (*JORF* du 18 juill. 1978). Mesure codifiée aux articles L. 122-28 et suivants de l'ancien Code du travail.

1381 L. n° 94-629 du 25 juill. 1994 relative à la famille (*JORF* n° 171 du 26 juill. 1994). Mesure codifiée à l'article L. 122-28-8 de l'ancien Code du travail.

meilleure conciliation des vies personnelle et professionnelle du salarié. La plupart de ces nouvelles raisons d'absence sont apparues à l'extrême fin du XXe siècle et au XXIe siècle. C'est notamment le cas du congé de solidarité familiale, créé en 1999, ouvert à tout salarié dont un membre de sa famille souffre d'une pathologie mettant en jeu son pronostic vital[1382], du congé pour proche aidant instauré en 2017, ou du congé de deuil créé en 2020 en cas de décès d'un enfant âgé de moins de vingt-cinq ans, à la « charge effective et permanente » du salarié[1383].

372.- Réflexions sur la reconnaissance du congé menstruel. Les menstruations douloureuses ou invalidantes ne font pas l'objet d'un congé spécifique en droit interne. Si elles relèvent de l'état de santé, le droit positif leur permet déjà de s'absenter pour ce motif grâce à l'arrêt de travail pour maladie. Dès lors, la reconnaissance du congé menstruel répond davantage à un objectif d'égalité entre les femmes et les hommes. L'admission de cette pathologie comme nouveau motif d'absence peut porter à interrogation dans la mesure où l'un de nos pays voisins l'a adopté, et qu'il a fait l'objet de diverses propositions de lois en France. Au début de l'année 2023, l'Espagne fut le premier pays européen à l'adopter[1384]. Ce nouveau motif d'autorisation d'absence permet à la femme souffrant de menstruations douloureuses médicalement constatées et attestées par un certificat médical, de bénéficier d'un congé de trois jours financé par le système de protection sociale espagnol[1385]. En France, cinq propositions de loi ont été déposées, dont quatre à l'Assemblée nationale et une au Sénat. Pour l'heure, elles ne sont jamais allées au terme du processus législatif : soit parce qu'elles ont été simplement

---

1382 L. n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs (*JORF* n° 132 du 10 juin 1999). V. Anc. C. trav., art. L. 225-15.

1383 C. trav., art. L. 3142-1-1. La durée du congé de deuil est de huit jours.

1384 En février 2023, le Parlement espagnol avait adopté une loi visant à créer un congé menstruel au profit des travailleuses souffrant de règles douloureuses. V. en ce sens : Ley Orgánica 1/2023, de 28 febero, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/2010, de 3 de marzo, De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE-A-2023-5364). Bien que cette loi n'ait pas pour unique objet la création de ce congé, elle vise notamment à améliorer le traitement des situations pathologiques qui affectent la santé pendant les menstruations » (trad. de l'espagnol : « la norma mejora el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan en la salud durante la menstruación ») : Loi préc, Préambule, III. Aussi, il est reconnu par la loi que des menstruations invalidantes – couplées à d'éventuelles pathologies telles que l'endométriose, l'adénomyose, les ovaires polykystiques – peuvent donner lieu à une incapacité temporaire de travail qui justifie la création d'un congé spécifique : (trad. et résumé de l'espagnol : « asimismo, se reconoce expresamente que tendrá la consideración de situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros. Se trata de dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral ») : Loi préc, Préambule, III.

1385 N. Maggi-Germain, « La création d'un congé pour menstruations incapacitantes : un enjeu d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ? Première partie », *Dr. soc.* 2024, p. 804.

déposées, soit parce qu'elles ont retirées par leur auteur, soit parce qu'elles ont été rejetées en première lecture[1386]. La création d'un congé menstruel en droit français conduit à de nombreux questionnements et fait l'objet de controverses. L'a finalité de la création d'un tel congé est salutaire, puisqu'elle vise à « favoriser une égalité réelle entre les femmes et les hommes », mais également à assurer une protection économique accrue de la salariée souffrant de menstruations dites incapacitantes, en permettant une prise en charge intégrale de l'arrêt de travail et ce, sans jour de carence. Cependant, la reconnaissance d'un congé menstruel en droit interne pourrait se heurter à des difficultés d'ordre sociologique, liées notamment à la perception sociale des menstruations[1387]. En outre, la création de nouveau motif d'absence pourrait également être à l'origine d'effets indésirables, notamment d'une discrimination à l'embauche. En réalité, « l'un des enjeux principaux, sinon essentiels du traitement des menstruations incapacitantes […] réside dans l'objectivation, par le droit, d'un problème qui touche à l'intime des personnes afin de circonscrire le risque d'essentialisation »[1388]. Il convient toutefois de constater que c'est dans l'essence même des motifs d'absence liés à la santé de susciter des questionnements en matière d'objectivation. En dehors des cas de virus largement répandus qui posent également des difficultés en matière de santé publique – comme ce fut le cas de la Covid-19 – la reconnaissance d'un nouveau motif d'absence lié à la santé revient à encadrer juridiquement et

---

[1386] S'agissant des quatre propositions de loi déposées à l'Assemblée nationale, v. en ce sens : Proposition de loi n° 1221 rect. du 10 mai 2023, visant à soutenir les femmes qui souffrent d'endométriose (rejetée par la commission saisie au fond) ; Proposition de loi n° 1219 du 10 mai 2023, relative à la prise en compte de la santé menstruelle (renvoyée à la commission des affaires sociales) ; Proposition de loi n° 1386 du 15 juin 2023, portant diverses mesures relatives à la reconnaissance de la santé menstruelle et gynécologique dans le monde du travail (renvoyée à la commission des affaires sociales) ; Proposition de loi n° 2227 du 20 février 2024, visant à reconnaître et protéger la santé menstruelle et gynécologique dans le monde du travail (texte rendu par la commission aux affaires sociales le 27 mars 2024). S'agissant de la proposition de loi déposée au Sénat, v. en ce sens : Proposition de loi n° 537 rect. Bis du 18 avril 2023, visant à améliorer et garantir la santé et le bien-être des femmes au travail (rejetée à l'issue de la première lecture).

[1387] Sur une étude sociologique de la perception des menstruations, v. en ce sens : D. Séhili, « Les paradoxes de la prise en compte des douleurs menstruelles dans le milieu professionnel », *in* D. Séhili, M. Shibuta, V. de Filippis, « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *RDT* 2024, p. 9. L'auteur démontre notamment que les menstruations sont un sujet délicat dans notre société, en s'appuyant sur une étude qui révèle que pour « 55% des françaises et des français, parler des menstruations en public serait "inapproprié" et un tiers d'entre elles et eux "ne parle jamais des règles" ». Par conséquent, ce tabou se transposerait naturellement dans la sphère professionnelle, de sorte que la question menstruelle serait considérée comme « extérieure à l'entreprise ». Cette exclusion serait renforcée par « l'organisation encore très sexuée du travail ». En outre, l'exemple du Japon qui reconnait depuis 1947 un congé menstruel au profit des salariées qui éprouvent « une difficulté extrême à travailler » peut également être relevé. En effet, les salariées ne font que très peu usage de ce congé, ce qui peut s'expliquer, selon un auteur, par le fait que les menstruations sont également un sujet tabou au Japon, et que le congé en question ne fait pas toujours l'objet d'une rémunération. Sur ce point, v. en ce sens : M. Shibuta, « Nécessaire, mais peu utile ? Les raisons de l'échec du congé menstruel au Japon », *in* D. Séhili, M. Shibuta, V. de Filippis, « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *op. cit.*, p. 9.

[1388] N. Maggi-Germain, « La création d'un congé pour menstruations incapacitantes : un enjeu d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ? Première partie », *op. cit.*, p. 915.

donc, à objectiver une infirmité vécue subjectivement par certaines personnes seulement. Par conséquent, l'objectivation d'un motif – notamment d'absence – se heurte nécessairement au risque d'une discrimination. Dès lors, l'établissement des menstruations douloureuses comme motif de congé réanime le débat sur la pertinence de conserver un délai de carence pour les arrêts maladies[1389]. En effet, le principal intérêt lié à la reconnaissance de ce congé est qu'il épargnerait la salariée du délai de carence. Or, si ce dernier n'existait pas, les douleurs menstruelles pourraient faire l'objet d'un arrêt de travail pour maladie ordinaire. La salariée pourrait ainsi bénéficier des indemnités journalières de Sécurité sociale dès le premier jour[1390]. Le défaut de reconnaissance de ce congé interroge également s'agissant de la place de la prescription médicale. En effet, la salariée souffrant de menstruations douloureuses et invalidantes est contrainte de consulter régulièrement son médecin traitant pour un arrêt de travail. Or, ce dernier pourrait être rétif à prescrire des arrêts de travail réguliers, dans la mesure où la prescription des arrêts de travail fait l'objet de contrôles voire de sanctions. Au-delà des évolutions sociales et sociétales, la survenue de situations exceptionnelles peut également être à l'origine de la reconnaissance de nouvelles raisons d'absence. La pandémie mondiale de Covid-19, apparue en France au début de l'année 2020, constitue là un exemple intéressant.

2. Des évolutions causées par des situations exceptionnelles

373.- La Covid-19 comme nouvelle cause d'absence justifiée. Les raisons d'absence justifiées peuvent parfois résulter de l'avènement de circonstances exceptionnelles. Dans certains cas, l'apparition d'une maladie virale nécessite l'émergence d'un régime juridique spécifique lorsqu'elle devient un problème de santé publique. Dans ce cas, le régime juridique n'a plus pour unique finalité la protection de l'état de santé du salarié. Il vise également à préserver la santé publique. La crise sanitaire liée à l'apparition de la Covid-19 apparaît comme un exemple des plus évocateurs. La proclamation de l'état d'urgence sanitaire au début de l'année 2020[1391], prorogée à de multiples reprises[1392], a conduit à des circonstances

1389 V. *supra*, n° 296 et suiv.
1390 V. de Filippis, « Le congé menstruel : une fausse bonne idée », *in* D. Séhili, M. Shibuta, V. de Filippis, « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *op. cit.*, p. 9.
1391 L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (*JORF* n° 0072 du 24 mars 2020).
1392 V. en ce sens : L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (*JORF* n° 0116 du 12 mai 2020) ; L. n° 2020-1379 du 14 nov. 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire (*JORF* n° 0277 du 15 mai 2020) ; L. n° 2021-160 du 15 févr. 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire (*JORF* n° 0040 du 16 févr. 2021).

exceptionnelles de nature à justifier l'émergence de règles spécifiques. Jusqu'à présent, la Covid-19 est le seul exemple de virus ayant conduit à la proclamation de l'état d'urgence sanitaire. D'autres virus sont survenus en France, tels que la grippe A ou le virus de la dengue. La qualification de cas de force majeure avait été exclue, contrairement à la pandémie de Covid-19 pour laquelle elle fut retenue[1393]. En matière sociale, les nouvelles règles ont été nombreuses. En vue de lutter contre la propagation de l'épidémie, de nouveaux motifs ont permis de justifier l'absence du salarié, notamment le fait d'être contaminé par le virus de la Covid-19, ou le simple fait d'avoir été « en contact » avec une personne porteuse du virus. Ces autorisations d'absence ont toutefois muté au gré de l'évolution épidémiologique.

374.- Des autorisations d'absence variables au gré de l'évolution épidémiologique. Lors du premier confinement, au début de l'année 2020 et à la suite de la proclamation de l'état d'urgence sanitaire[1394], la présence au travail était la règle lorsque le travailleur pouvait être placé en télétravail[1395]. La continuité de l'activité professionnelle sur le lieu de travail ordinaire ne devait être autorisée qu'en cas de nécessité absolue et ce, en vue de lutter contre la propagation de l'épidémie[1396]. Pour tous les autres travailleurs, un dispositif d'activité partielle était en place pour favoriser la continuité de l'emploi[1397]. Ainsi, durant cette première phase épidémique, la contamination au Covid-19 était très limitée par le confinement. Les absences au travail liées à une contamination au virus s'en trouvaient corrélativement limitées. En revanche, des arrêts de travail dérogatoires étaient accordés aux personnes dites « vulnérables », dont la continuité du travail en présentiel était rendue nécessaire[1398]. Ces travailleurs ont pu bénéficier d'un certificat médical en vue de leur placement en activité partielle. Ce n'est qu'au sortir du premier confinement, notamment avec le retour des salariés

---

1393 Pour le virus de la grippe H1N1 apparue en 2009 en France, v. en ce sens : CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229 ; pour le virus de la dengue, v. en ce sens : CA Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003 ; pour le virus du chikungunya, v. en ce sens : CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739. Pour la Covid-19, v. en ce sens : CA Saint-Denis, 5 mai 2022, n° 21/015841. Certains auteurs prônaient toutefois la reconnaissance de la Covid-19 comme cas de force majeure comme cas de force majeure. V. notamment : C. Radé, « Covid-19 et force majeure », *Dr. soc.* 2020, p. 598.

1394 L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *précitée.*

1395 La ministre du Travail, Muriel Pénicaud, avait prononcé un discours le 17 mars 2020, sur les chaînes de télévision française, relatif à « la mise en place systématique du télétravail pour lutter contre l'épidémie du coronavirus ». V. la retranscription intégrale du discours sur le site internet www.vie-publique.fr.

1396 En effet, dans son discours du 17 mars 2020 (*ibid.*), Muriel Pénicaud appelait les Français dont la mise en place du télétravail était rendue possible à « rester chez [eux] », indiquant à ce sujet qu'il s'agissait d'un « droit automatique » pour les salariés. Les entreprises étaient ainsi appelées à « mettre en place systématiquement le télétravail ».

1397 V. en ce sens : L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *précitée*, art. 11, I, 1°, b.

1398 D. n° 2021-1162 du 8 sept. 2021

dans les entreprises, que les contaminations à la Covid-19 se sont multipliées. C'est dans ce contexte sanitaire et épidémiologique que des autorisations spéciales d'absence se sont largement développées et qu'une nouvelle raison d'absence est apparue : l'absence liée à la Covid-19. Par exemple, le salarié seulement « contact à risque de contamination »[1399] pouvait bénéficier d'un arrêt de travail mais également du versement des indemnités journalières de sécurité sociale et ce, sans condition d'ouverture des droits ni délai de carence[1400]. La qualification de « cas contact » pouvait être retenue sur le fondement d'une simple déclaration de la personne auprès de l'Assurance maladie. Ce régime juridique dérogatoire de l'arrêt de travail traditionnel a donné lieu à des fraudes et abus[1401], ce d'autant plus que la téléconsultation a été largement encouragée pendant la pandémie de Covid-19[1402]. Si de lourdes sanctions pénales et administratives étaient encourues, elles étaient en pratique complexes à déceler[1403].

375.- Une pérennisation de la Covid-19 comme cause d'absence autorisée ? Cette nouvelle cause d'absence faisait l'objet d'un régime juridique propre, différent des autres maladies, en raison de l'impératif de santé publique. En effet, sur le plan de la qualification, la Covid-19 s'apparente donc à une absence pour maladie. La situation de crise sanitaire étant inédite en France, pouvait se poser la question de la pérennisation d'une telle raison d'absence, en marge du congé maladie classique. Dès 2022, grâce à l'immunité collective et vaccinale, les conséquences et la propagation du virus semblaient plutôt encourageantes[1404]. Cela a justifié la suppression des mesures spéciales. La Covid-19 est désormais traitée comme un virus classique,

---

[1399] La personne « contact à risque de contamination » inclut à la fois le « cas contact » et celle « co-exposée ». Sur les définitions précises de ces deux qualification, v. en ce sens : D. n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, spéc. art. 1er, II- 2° (pour le cas contact) et 3° (pour la personne co-exposée).

[1400] Plusieurs décrets sont successivement intervenus en ce sens pendant l'épidémie de Covid-19. V. en ce sens : D. n° 2021-13 du 8 janv. 2021 prévoyant l'application de dérogations relatives au bénéfice des indemnités et de l'indemnité complémentaire prévue à l'article L. 1226-1 du code du travail ainsi qu'aux conditions de prise en charge par l'assurance maladie de certains frais de santé afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19, art. 1er ; D. n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 1er ; D. n° 2020-73 du 31 janv. 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèces pour les personnes exposées au coronavirus, art. 1er.

[1401] Pour des exemples de fraudes pendant la pandémie de Covid-19, v. en ce sens : P. Morvan, « Arrêts maladie fictifs et Covid-19 : une pratique contagieuse », *Dr. soc.* 2020, p. 373.

[1402] D. n° 2020-227 du 9 mars 2020 adaptant les conditions du bénéfice des prestations en espèces d'assurance maladie et de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes exposées au Covid-19.

[1403] K. Meiffret-Delsanto, « "Mesures Covid-19", quels risques pour les fraudeurs ? », *Dr. soc.* 2020, p. 678.

[1404] Cela s'illustre en premier lieu par la sortie de l'état d'urgence sanitaire le 31 juillet 2022. V. en ce sens : L. n° 2022-1089 du 30 juill. 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19 (*JORF* n° 0176 du 31 juill. 2022).

à l'instar de la grippe. Les absences relatives à la Covid-19 sont désormais incluses dans le régime juridique de l'absence pour maladie ordinaire. D'ailleurs, le terme de « Covid-19 » a disparu du Code du travail[1405]. Partant, l'exemple de la Covid-19 permet de démontrer que les nouvelles causes d'absence liées à des circonstances exceptionnelles n'ont pas vocation à être pérennisées. Bien qu'elles puissent durer pendant plusieurs années, elles ont à terme vocation à être incluses dans des causes d'absence déjà existantes.

376.- Une temporalité des raisons d'absence spécifiques. La survenue de circonstances exceptionnelles peut ainsi avoir des incidences en matière d'absence, et être à l'origine de nouvelles raisons d'absence justifiées. Toutefois, celles déjà existantes sont relativement larges et permettent d'inclure, à terme, de nouvelles causes d'absence dans leur champ de définition. Cette affirmation trouve à s'illustrer par la Covid-19, qui a d'abord été une cause spécifique d'absence en raison de la crise sanitaire. Depuis que la propagation épidémiologique a été contrôlée, la Covid-19 est rattachée à la maladie, à l'instar de tout autre virus, comme cela a été le cas par le passé avec d'autres virus comme la dengue ou le chikungunya.

*
* *

377.- Conclusion de la Section 1. Les motifs reconnus comme pouvant donner lieu à des absences justifiées ont évolué au fil du temps. À l'origine, l'absence était considérée comme justifiée sur le fond lorsque l'état de santé du salarié était incompatible avec l'exercice de son travail. Par la suite, la reconnaissance de droits et libertés fondamentaux au profit du salarié ont conduit à un élargissement des motifs d'absence justifiés. Depuis la fin du XX^{e} siècle, la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié ont donné lieu à la reconnaissance de nouveaux motifs d'absence. En définitive, il existe une liste limitative de motifs reconnus comme permettant de justifier, sur le fond, l'absence du salarié. Cette justification donne lieu à des mécanismes juridiques de protection du salarié, qu'il convient à présent d'analyser.

[1405] À l'exception toutefois d'un article de la partie réglementaire du Code du travail, qui prévoit les modalités de calcul de l'indemnité de l'allocation d'activité partielle et au sein duquel il est précisé que pour une certaine catégorie de travailleurs, « le nombre d'heures non travaillées retenu […] correspond à 7 heures par cachet contractuellement programmé, mais non réalisé en raison d'une annulation liée à l'épidémie de Covid-19 » : C. trav., art. D. 5122-15, II.-, 4°.

Section 2 : La protection du salarié absent

378.- Plan. Les régimes juridiques d'absences justifiées sont assortis de mécanismes propres au droit social. En effet, les particularités de la relation de travail n'ont pas permis de transposer de manière immuable les mécanismes existant en droit commun des contrats. Certains ont dû être adaptés aux spécificités du droit social **(§1)**. Pour autant, ces mécanismes n'assurent pas toujours au salarié en situation d'absence justifiée une protection absolue. En effet, la prise en compte des intérêts de l'employeur aux côtés de ceux du salarié donne lieu à une protection ambivalente du travailleur subordonné **(§2)**.

§1 : Des mécanismes propres au droit social

379.- Plan. En raison du caractère autorisé de l'absence justifiée, mais également pour garantir la protection économique du salarié absent, des mécanismes juridiques propres au droit social ont dû être créés. C'est ainsi que le mécanisme de la suspension du contrat de travail a spécifiquement été créé en droit du travail pour assurer la protection contractuelle du salarié **(I)**. S'agissant de sa protection économique, les mécanismes du droit de la protection sociale contribuent à garantir au salarié dont l'absence est justifiée un revenu de remplacement **(II)**.

I- La suspension du contrat de travail : un mécanisme contractuel propre au droit du travail

380.- Plan. Comme l'exprime Arnaud Martinon, « la suspension du contrat de travail est un phénomène énigmatique »[1406]. En effet, ce mécanisme contractuel n'a fait l'objet que de peu d'études. Il est essentiellement évoqué dans la littérature juridique au prisme de son régime juridique, et donc des effets qu'il produit. Pour en saisir les contours, il apparaît pourtant intéressant de questionner les raisons de l'émergence d'un tel mécanisme propre au droit du travail **(A)** et d'analyser les effets juridiques qu'il produit **(B)**.

[1406] A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. B. Teyssié, Dalloz, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 48, 2005, p. 13.

A) Les raisons de l'émergence de la suspension du contrat de travail

381.- Précisions liminaires. Comme a pu le souligner Grégoire Loiseau, le Code civil de 1804 mettait à l'œuvre « des postulats de liberté et d'égalité pour le service d'un droit aveugle à la réalité de la relation de travail »[1407]. Aussi, le droit des contrats appliqué à la relation de travail n'avait d'autre conséquence que de « [véhiculer] un parti-pris favorable à l'employeur »[1408]. Au demeurant, la transposition immuable des règles civilistes à la relation de travail n'était pas souhaitable. Un corpus de règles désolidarisées du droit civil est apparu au début au XX[e] siècle. Toutefois, en dépit de cette émancipation, le droit commun des contrats a conservé une certaine influence sur la relation de travail. Cette dernière s'illustre à double titre. D'une part, le droit commun a vocation à s'appliquer à défaut de dispositions particulières. D'autre part, « parce qu'il fait fond sur une relation contractuelle, le droit du travail ne peut organiquement s'abstraire des pièces maîtresses du droit commun »[1409]. Partant, certains principes et règles du droit du travail ont été empruntés au droit civil et adaptés à la relation de travail[1410].

382.- Plan. La suspension du contrat de travail constitue une illustration de ce second constat. Bien qu'étant propre au droit du travail et souvent considérée comme un mécanisme contractuel propre à cette matière juridique, la suspension du contrat de travail fait écho à un mécanisme civiliste : celui de l'exception d'inexécution **(1)**. Cependant, l'exception d'inexécution du droit commun des contrats s'est avérée profondément inadaptée à la situation d'absence justifiée du salarié, notamment en raison de sa nature coercitive **(2)**.

[1407] G. Loiseau, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019, p. 477.
[1408] G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229.
[1409] G. Loiseau, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *op. cit.*, p. 477.
[1410] Dans la littérature juridique, de très nombreux écrits mettent en exergue l'influence toujours actuelle du droit commun sur le droit du travail. Sur ce point, v. not. en ce sens : G. Couturier, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *Dr. soc.* 2019, p. 471 ; G. Loiseau, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *op. cit.*, p. 477 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, p. 151 ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *op. cit.*, p. 229.

1. Le mécanisme civiliste de l'exception d'inexécution : une forme de suspension du contrat

383.- Un mécanisme coercitif et incitatif. En matière civile, une fois le contrat conclu, il est en phase d'exécution jusqu'à ce que les obligations réciproques des parties au contrat soient satisfaites. En effet, la conclusion d'un contrat génère diverses obligations. Lorsque les dispositions contractuelles respectent les impératifs légaux[1411], les contrats « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »[1412]. Le contrat a ainsi force obligatoire, c'est-à-dire qu'il « oblige les parties »[1413]. Les stipulations qui y sont mentionnées, dès lors qu'elles sont conformes aux dispositions législatives, entraînent pour les parties l'obligation de s'y conformer[1414]. En droit commun des contrats, il existe un mécanisme permettant d'inciter l'autre partie à exécuter ses obligations : celui de l'exception d'inexécution[1415]. Selon les dispositions législatives en vigueur issues de l'ordonnance de 2016[1416], « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »[1417]. Partant, l'exception d'inexécution est un mécanisme provisoire, qui n'a pas vocation à durer dans le temps[1418]. Il suspend temporairement l'obligation du cocontractant dans l'attente que le débiteur défaillant exécute la sienne. En d'autres termes, « elle autorise le créancier d'un engagement inexécuté à suspendre l'accomplissement de ses propres obligations dans le but de faire pression sur son débiteur »[1419]. Il s'agit là d'un « moyen de défense donné dans les contrats synallagmatiques au créancier d'une obligation inexécutée »[1420]. Ce mécanisme peut ainsi être analysé comme une contrainte exercée par le créancier, au même titre que pourrait l'être *l'astreinte*, ce premier mécanisme étant parfois

---

1411 Cet impératif est rappelé à l'article 1102 alinéa 2 du Code civil, qui dispose que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».
1412 C. civ., art. 1103, remplaçant l'ancien article 1134 du Code civil qui disposait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».
1413 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 208.
1414 *Ibid.*, p. 631. Comme le souligne Muriel Fabre-Magnan, les obligations contractuelles sont néanmoins d'intensité variable puisqu'elles peuvent être de moyens ou de résultat. Il n'en demeure pas moins que le débiteur devra impérativement satisfaire à l'obligation convenue, conformément aux termes du contrat.
1415 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 792.
1416 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
1417 C. civ., art. 1219.
1418 Lucas Bento de Carvalho évoque à ce titre la « nature provisoire de la suspension » : L. Bento de Carvalho, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. G. Auzero, LGDJ, Bibl. de droit social, 2018, p. 312.
1419 L. Bento de Carvalho, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 293.
1420 J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, préf. J. Pélissier, t. 7, Sirey, coll. Bibl. de Droit du travail et de la Sécurité sociale, 1980, pp. 27-28.

assimilé au second[1421]. L'exception d'inexécution revêt ainsi un caractère de sanction[1422]. En effet, cette sanction de l'inexécution contractuelle peut être analysée comme une sanction portée par le créancier de l'obligation à l'encontre de son cocontractant, en vue de l'inciter à y satisfaire.

384.- Une paralysie temporaire du contrat de travail. Une fois mise en œuvre, l'exception d'inexécution paralyse temporairement le contrat. L'exécution du contrat reprendra là où le contrat s'était arrêté lorsque le débiteur aura satisfait à son obligation. Partant, l'exception d'inexécution n'a pour effet que de « différer l'accomplissement de [la] prestation, [de] reporter purement et simplement à une date ultérieure l'exécution du contrat »[1423]. Elle n'a pas pour effet d'altérer le contenu obligationnel du contrat, ni le rapport d'obligations liant les parties[1424]. En réalité, la suspension du contrat poursuit un objectif général de pérennité du contrat[1425]. Pourtant, il peut arriver parfois que ce lien soit altéré de manière définitive dans les contrats à exécution successive. Le contrat de fourniture de service, comme le contrat de fourniture de courant électrique, est ici un exemple particulièrement évocateur. Si le cocontractant ne paie pas la prestation, le créancier qui invoque l'exception d'inexécution privera en conséquence temporairement le débiteur de fourniture de courant électrique, et ce de manière irrémédiable. Lorsque le débiteur aura satisfait à son obligation de paiement et que les obligations contractuelles reprendront, il sera impossible de procéder de manière rétroactive à la fourniture de courant électrique dont le débiteur a été antérieurement privé. Le lien obligationnel serait alors altéré de manière définitive. Dans ce cas, il convient cependant de relever que cet effet n'était pas recherché par la partie ayant invoqué l'exception d'inexécution. Pourtant, il est permis de s'interroger sur un tel caractère définitif de l'exception d'inexécution appliquée au contrat de travail, puisqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive[1426].

1421 R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Sirey, 1914, p. 407.

1422 À cet égard, Lucas Bento de Carvalho distingue la suspension comme sanction de la suspension comme adaptation. Or, il indique que « s'agissant d'une sanction, la suspension demeure associée à l'exception d'inexécution » : L. Bento de Carvalho, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 293.

1423 *Ibid.*, p. 652.

1424 J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail, op. cit.*, p. 29.

1425 Sur cette question, v. en ce sens : A.-S. Lavefve-Laborderie, *La pérennité contractuelle,* préf. C. Thiberge, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 447, 2005, pp. 66-84.

1426 En effet, « le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » (C. civ., art. 1111-1). Or, dans le contrat de travail, l'accomplissement de prestations de travail est l'obligation dont le salarié est débiteur. Les prestations de travail sont bien plurales et échelonnées dans le temps, ce qui permet de qualifier le contrat de travail de « contrat à exécution successive ».

385.- L'exception d'inexécution : une suspension des effets du contrat. L'exception d'inexécution a souvent été comparée à une suspension du contrat ou plus exactement, à une « suspension des effets du contrat »[1427]. En effet, ce sont bien là les effets du contrat qui sont temporairement paralysés et différés dans l'attente que le débiteur défaillant se conforme à ses obligations. La suspension du contrat est classiquement définie comme l' « arrêt provisoire de tous les effets du contrat »[1428]. Elle est donc relative aux *effets* du contrat et non aux *obligations* ou à *l'exécution* de ce dernier. Évoquer la suspension des effets du contrat apparaît en cela pléonastique. L'exception d'inexécution s'apparente à une suspension du contrat puisque, dans ce cas, ce sont bien les effets du contrat qui sont temporairement arrêtés, dans l'attente que le débiteur exécute son obligation. Cet arrêt temporaire est juridiquement qualifié de suspension. *A contrario*, il serait erroné d'affirmer que l'exception d'inexécution suspend les *obligations des parties*. Si elle suspend l'obligation du créancier de l'obligation non exécutée, celle du débiteur n'est en revanche pas suspendue. Or, la finalité de ce mécanisme est de faire en sorte que ce contractant exécute son obligation, conformément au principe de la force obligatoire des contrats. Il s'agit donc d'un mécanisme incitatif qui vise à le contraindre à exécuter son obligation contractuelle. Enfin, l'exception d'inexécution ne suspend pas *l'exécution du contrat* puisqu'au contraire, l'exécution est la finalité poursuivie par ce mécanisme. L'exception d'inexécution s'assimile donc à une suspension du contrat.

2. L'exception d'inexécution inadaptée à l'absence justifiée du salarié

386.- Un mécanisme contraire à la protection économique du salarié. S'agissant de l'application du mécanisme de l'exception d'inexécution par l'employeur lorsque le salarié est absent, il a été démontré qu'il s'agissait d'un mécanisme civiliste inadapté à la relation de travail de manière générale. Ce constat est d'autant plus vrai en matière d'absences justifiées. Appliqué à une telle situation, il s'agirait de priver le salarié du versement du salaire alors même que la raison pour laquelle il s'absente est considérée comme légitime, et qu'il a satisfait à l'ensemble des impératifs permettant d'ouvrir droit à une protection contractuelle voire économique. L'absence pour maladie ordinaire constitue là un exemple probant. En la matière, il ne saurait être fait application du mécanisme d'exception d'inexécution puisque l'objet du

[1427] R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, op. cit.*, p. 363.
[1428] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° suspension du contrat.

contrat de travail réside précisément dans la mise à disposition, par le salarié, de sa force de travail. Cette dernière met à l'épreuve, selon la nature de la prestation à accomplir, ses facultés physiques, intellectuelles ou cognitives. Or, l'arrêt de travail pour maladie vise précisément à œuvrer contre la dégradation de l'état de santé du salarié, dont les facultés sont altérées en raison de la maladie. La finalité du mécanisme de l'exception d'inexécution est, dans ce cas, en totale contradiction avec celui de l'arrêt de travail dont bénéficie le salarié malade. La mise en œuvre du mécanisme de l'exception d'inexécution apparaît alors profondément inappropriée, puisqu'elle porterait atteinte à la protection de l'état de santé du salarié en raison de la maladie.

387.- Un mécanisme inadapté en raison de sa nature comminatoire. Si ce mécanisme est applicable en droit civil, c'est en raison de l'équilibre des parties au contrat. L'exception d'inexécution met entre les mains du créancier à l'obligation une forme de sanction, qui a pour but d'inciter le débiteur à l'obligation de l'exécuter. Toutefois, un tel mécanisme n'est utile que si le débiteur de l'obligation est en capacité d'exécuter l'obligation litigieuse. C'est le cas si l'inexécution résulte ainsi d'une négligence du débiteur à l'obligation, alors sanctionnée par un mécanisme coercitif. À cet égard, outre le fait que ce mécanisme est inadapté à la relation de travail en raison de l'objet du contrat de travail, il l'est également en raison du fait que l'inexécution de l'obligation repose sur un motif d'absence autorisé. En effet, la situation d'absence justifiée ne caractérise nullement une négligence du salarié, puisqu'elle résulte en réalité d'un évènement pour lequel le salarié est considéré comme bien-fondé à s'absenter. Le salarié fait donc usage d'un droit d'absence qui lui est reconnu par le législateur, voire qui fait l'objet d'une tolérance de l'employeur. Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, faire usage de l'exception d'inexécution pour contraindre le salarié à accomplir la prestation de travail s'avérerait inopportun. Au-delà, il contreviendrait au droit d'absence reconnu au salarié. Par conséquent, ce mécanisme par essence coercitif est inadapté à la situation d'absence justifiée qui, en raison de son caractère autorisé, doit donner lieu à un régime juridique de protection du salarié. Ce dernier fut ainsi permis grâce à la création d'un mécanisme propre au droit du travail : celui de la suspension du contrat de travail.

B) La nécessité d'un mécanisme propre au droit du travail

388.- Plan. À l'origine, la suspension du contrat a été créée en droit du travail pour protéger le contrat de travail du salarié dont l'absence est justifiée. Ce mécanisme visait ainsi à

assurer la pérennité du lien contractuel en dépit de son absence et donc, de l'inexécution de son obligation contractuelle[1429] **(1)**. Cette finalité initiale a pourtant évolué. La suspension du contrat de travail peut conduire, dans certains cas, à la rupture de la relation de travail. Plus encore, dans certaines situations certes exceptionnelles, ce mécanisme peut apparaître comme revêtu d'un caractère comminatoire voire répressif pour le salarié **(2)**.

1. Une finalité originairement protectrice

389.- La protection contractuelle du salarié. La suspension du contrat de travail garantit la protection de la santé et de la sécurité du travailleur. Cette technique contractuelle « permet de mettre le corps du salarié à l'abri des risques inhérents au travail, tout en préservant la pérennité de l'emploi »[1430]. Elle est d'ailleurs saluée par Alain Supiot, qui constate qu'elle « est une illustration remarquable de la dynamique propre à l'idée de sécurité du travailleur »[1431]. En effet, elle permet au salarié de garantir la protection de la santé du salarié, notamment lorsqu'un risque social survient comme la maladie ou de la maternité. Toutefois, la protection de la santé du travailleur n'est pas inhérente au mécanisme de la suspension du contrat de travail. Ce dernier peut également être mis en œuvre pour d'autres causes d'absence justifiées, bien que dépourvues de lien avec l'état de santé du salarié. C'est par exemple le cas lorsque le contrat de travail est suspendu en raison de l'exercice légitime du droit de grève. En tout état de cause, la suspension du contrat de travail permet d'assurer une protection contractuelle du salarié et donc, la pérennité de l'emploi. En effet, pendant la période de suspension, les obligations principales du contrat de travail sont suspendues dans l'attente que la cause d'absence cesse et qu'elles puissent être à nouveau exécutées. Ainsi, la suspension du contrat de travail permet en principe de protéger le salarié contre le risque de rupture du contrat de travail, bien que ce principe souffre de nombreuses exceptions[1432]. C'est la raison pour laquelle

---

1429 A.-S. Lavefve-Laborderie, *La pérennité contractuelle, op. cit.*, p. 72 : « le droit du travail constitue le premier domaine d'intervention législative qui montre clairement l'admission du phénomène de pérennité contractuelle par le mécanisme de la suspension ».

1430 A. Supiot, *Critique de droit du travail, op. cit.*, p. 74.

1431 *Ibid.*

1432 Ce principe est expressément énoncé à l'article L. 1226-9 du Code du travail, qui dispose : « au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la maladie ou la grossesse ». Si le principe de l'interdiction de la rupture du contrat de travail est ainsi posé, le texte précité instaure d'ores et déjà deux exceptions. Si ces dernières semblent relativement restrictives, la jurisprudence a néanmoins multiplié les cas dans lesquels l'employeur peut rompre le contrat de travail du salarié dont le contrat

elle est souvent considérée comme garante de la pérennité de l'emploi. La finalité protectrice de la suspension du contrat de travail s'est d'ailleurs renforcée car, si les obligations principales sont suspendues, le salarié conserve certains avantages pendant la période de suspension. C'est notamment le cas des congés payés, puisque de nombreuses causes d'absence justifiées ouvrent droit à l'acquisition de congés payés pendant la période de suspension[1433].

390.- Le critère déterminant de la suspension du contrat de travail. Selon certains auteurs, il y a suspension du contrat de travail lorsqu'il y a disparition du critère de *subordination*[1434]. En d'autres termes, lorsque le salarié n'est plus subordonné, le contrat de travail s'en trouverait corrélativement suspendu. Il s'agirait donc du critère déterminant à la qualification. Or, il a précédemment été démontré que l'absence a pour effet le retrait du travail par le salarié et, en conséquence, la réduction temporaire du lien de subordination juridique. Est-ce à dire que la subordination disparaît intégralement pendant les absences ? La réponse à cette interrogation est résolument affirmative. Si on s'en tient à la lettre de l'arrêt *Société Générale* de 1996, le lien de subordination juridique se caractérise « par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[1435]. Dans la situation d'absence, un certain nombre de critères déterminants à la qualification font défaut, à commencer par l'exécution de la prestation de travail par le salarié. L'employeur se trouve alors privé de son pouvoir de donner des ordres et des directives et il ne peut contrôler l'exécution du travail. Le fait que le lien de subordination juridique soit atrophié attise la curiosité concernant la suspension du contrat de travail. Une corrélation peut ainsi être établie entre les absences au travail et le mécanisme de la suspension contractuelle. Cependant, cette corrélation est-elle parfaite ? Toute absence salariale est-elle protégée par la suspension du contrat de

---

de travail est suspendu. Ces derniers seront présentés et analysés ultérieurement dans l'étude : v. *infra*, n° 418 et suiv.

1433 C'est le cas du congé de formation, du congé de maternité, du congé de paternité et d'accueil de l'enfant, du congé d'adoption, du congé épargne-temps, du congé pour évènements familiaux, de l'arrêt de travail pour accident du travail, de trajet ou maladie professionnelle et depuis peu, de l'arrêt de travail pour maladie ordinaire. Sur ce point, la chambre sociale de la Cour de cassation a mis en conformité le droit français au droit européen par une série d'arrêts rendus le 13 septembre 2023 : Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *précités*. Dans ces arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation a purement et simplement rendu une solution *contra legem*, en décidant « d'écarter partiellement l'application des dispositions de l'article L. 3141-3 du code du travail en ce qu'elles subordonnent à l'exécution d'un travail effectif l'acquisition de droits à congé payé par un salarié dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle et de juger que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période en application des articles L. 3141-3 et L. 3141-9 du code du travail » : v. spéc. Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340, *précité.*

1434 J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail, op. cit.*, pp. 80 et suiv.

1435 Cass. soc. 13 novembre 1996, *Société générale*, *Bull. civ. V*, n° 386 (*précité*).

travail ? Il semblerait que non. Pour que l'absence du salarié soit à l'origine d'une suspension de son contrat de travail, encore faut-il qu'elle repose sur un motif autorisé, et qu'elle soit dument justifiée. Dans le cas contraire, le travailleur se trouve privé du bénéfice de la suspension du contrat. L'employeur peut alors faire usage de son pouvoir disciplinaire en sanctionnant l'absence, considérée comme manquement fautif, de son subordonné.

2. La remise en cause de la finalité protectrice

391.- Plan. La finalité originelle de la suspension du contrat de travail liée à la protection contractuelle du salarié et à son maintien dans l'emploi, semble parfois quelque peu détournée. En effet, la suspension du contrat de travail peut donner lieu à une rupture du contrat de travail, privant par là même le salarié dont le contrat de travail est suspendu d'une protection contractuelle absolue **(a)**. Au-delà du fait que ce mécanisme prive parfois le salarié d'une protection contractuelle, la suspension du contrat de travail peut à certains égards revêtir une forme d'incitation voire de contrainte à l'encontre du salarié absent **(b)**.

a- Un défaut de protection absolue

392.- La porosité de la frontière entre les périodes de suspension et de rupture du contrat de travail. À l'origine, le mécanisme contractuel de la suspension avait pour but de protéger le contrat et de concilier les intérêts en présence[1436]. Ce mécanisme contractuel poursuivait donc une finalité de protection du contrat de travail. Pour vérifier cette théorie, il convient d'ailleurs d'observer que les obligations secondaires du contrat sont maintenues pendant cette période. Cela marque la persistance et donc, la protection du lien contractuel entre les parties[1437]. En d'autres termes, le maintien des obligations secondaires au contrat de travail comme c'est notamment le cas de l'obligation de loyauté poursuivrait une finalité de pérennisation du contrat. Pourtant, il est permis de constater que le contrat de travail oscille entre trois périodes. Il est alternativement *exécuté*, *suspendu* ou *rompu*, cette dernière phase marquant alors la fin des relations contractuelles. Dans certaines situations, il n'est pas aisé d'identifier exactement l'une ou l'autre de ces périodes contractuelles. La frontière entre deux de ces périodes peut s'avérer ténue. C'est notamment le cas entre les périodes de suspension et

[1436] Ce mécanisme protège à la fois les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. V. en ce sens : G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », *in Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.
[1437] V. en ce sens : J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail, op. cit.*, pp. 127-130.

de rupture. En effet, les périodes de suspension et de rupture peuvent se succéder ou être concomitantes, interrogeant ainsi le caractère protecteur de la suspension du contrat de travail. Partant, la suspension peut alternativement précéder la reprise de l'exécution contractuelle ou la rupture du contrat de travail. Dans cette seconde situation, il convient de distinguer selon que le licenciement intervient *à l'issue* de la période de suspension du contrat de travail, ou *pendant* cette période.

393.- La possibilité d'une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur *à l'issue* de la période de suspension. En principe, le salarié dont le contrat de travail est suspendu « retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire » à l'issue de la période de suspension[1438]. Au regard du principe précité, l'exécution du contrat de travail reprend donc à l'issue de la période de suspension. Cependant, ce principe souffre de nombreuses exceptions. Il se peut que le contrat de travail ne puisse pas reprendre à l'issue de la période de suspension. C'est notamment le cas si, à la suite d'un arrêt de travail, le salarié est déclaré inapte à tout poste par le médecin du travail et que l'obligation de reclassement qui incombe à l'employeur ne peut être satisfaite ou si le salarié a refusé les emplois proposés[1439]. Ainsi, l'inaptitude à tout poste avec impossibilité de reclassement constitue une cause de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur à l'issue d'une période de suspension du contrat pour maladie ordinaire[1440]. Cette situation dans laquelle la suspension du contrat de travail peut donner lieu à une rupture est susceptible de remettre en cause la finalité protectrice de la suspension. Toutefois, elle est strictement encadrée et conditionnée au fait que la reprise du travail est impossible, après une tentative vaine pour l'employeur de reclasser le salarié, ou à la suite du refus par ce dernier des emplois proposés. Dans la mesure où l'équilibre des intérêts de deux parties à la relation de travail doit être assuré, il semble relativement aisé que l'employeur puisse rompre le contrat de travail en pareil cas. En somme, les cas qui ouvrent droit pour l'employeur de prononcer le licenciement du salarié à l'issue de la période de

[1438] Sur la reprise du travail après un arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-8 ; sur la reprise du travail après un congé maternité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-2 ; sur la reprise du travail après un congé de paternité et d'accueil de l'enfant, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-36 ; sur la reprise du travail après un congé d'adoption, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-43 ; sur la reprise du travail après un congé parental d'éducation, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-55 ; sur la reprise du travail après un congé de présence parentale, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-64.

[1439] En cas de suspension du contrat de travail consécutive à un accident ou une maladie d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-14. Pour une suspension du contrat de travail sans lien avec un accident ou une maladie d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-4 al. 3.

[1440] Sur cette question, v. notamment : C. Minet-Letalle, « L'incidence de l'absence pour maladie sur la poursuite du contrat de travail », *JT* 2025, n° 281, p. 20.

suspension sont limités et strictement encadrés, puisqu'une telle rupture ne peut intervenir qu'en dernier recours, lorsque le reclassement est impossible. La jurisprudence a une appréciation relativement stricte s'agissant des recherches réalisées par l'employeur pour tenter de reclasser le salarié[1441]. En définitive, la possibilité pour l'employeur de licencier le salarié à l'issue de la période de suspension ne semble pas foncièrement remettre en cause la protection dont bénéficie le salarié en raison de la suspension de son contrat de travail.

394.- La possibilité d'une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur *pendant* la période de suspension. En dehors des cas dans lesquels la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur peut être prononcée *à l'issue* de la période de suspension, il existe des situations relativement nombreuses dans lesquelles le licenciement peut intervenir *pendant* la période de protection. Pour certaines causes de suspension, le licenciement du salarié est strictement encadré puisque seuls certains motifs précis ouvrent droit à la rupture du contrat de travail. Dès lors, la suspension du contrat de travail ne donne pas lieu à une protection contractuelle absolue. C'est notamment le cas en matière d'exercice du droit de grève, pour lequel le licenciement ne peut intervenir pendant la période de suspension qu'en cas de faute lourde du salarié[1442]. C'est également le cas en matière de maternité, d'accident du travail ou de maladie professionnelle qui commet une faute grave ou dont le maintien de la relation de travail est rendu impossible pour un motif étranger à la cause de suspension du contrat[1443]. Ce défaut de protection absolu paraît se justifier, sous réserve que les conditions

---

1441 À titre d'illustration, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu considérer que l'employeur manquait à son obligation de reclassement s'il proposait un emploi de rang bien inférieur à celui qui était exercé par le salarié avant la période de suspension, et ce même si le niveau de rémunération était maintenu : Cass. soc., 30 mai 2007, n° 06-41.736 (salarié exerçant le statut d'assistant entraîneur équestre, ayant été reclassé aux fonctions de « garçon de cour non cadre » à la suite d'un accident qui l'a privé de pouvoir remonter en selle, mais qui lui permettait néanmoins de donner des soins et d'encadrer du personnel). Même solution s'agissant de l'employeur qui avait proposé à une salariée deux postes géographiquement très éloignés de son domicile : Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-42.934. En outre, l'employeur est tenu d'une obligation de loyauté dans les propositions de reclassement. À titre d'exemple, il a pu être considéré que celle-ci faisait défaut s'il propose un poste au salarié sans préciser le type de travail confié : Cass. soc., 10 déc. 2002, n° 00-46.231 ; *JCP G* 2003, n° 23, p. 1051, note A. Perdriau ; *Lexbase soc.* 2003, n° 54, obs. C. d'Artigue. Par ailleurs, le périmètre de l'obligation de reclassement est relativement large, puisque de jurisprudence constante, la recherche doit être étendue aux entreprises du groupe auquel l'entreprise employeur appartient : Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.634 ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 63, p. 39, chron. P. Le Cohu ; *BJT* 2011, n° 228, p. 90, obs. F.-J. Pansier ; *JCP S* 2011, n° 11, p. 27, note P.-Y. Verkindt ; *JCP G* 2011, n° 5, p. 218, obs. C. Lefranc-Harmoniaux. Enfin, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'employeur est tenu de satisfaire à son obligation de reclassement en proposant des postes au salarié, et ce même si ce dernier a expressément manifesté sa volonté de ne pas être réintégré dans l'entreprise : Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-43.134.

1442 C. trav., art. L. 2511-1, al. 1er.

1443 Pour une suspension du contrat de travail liée à la maternité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-4 al. 2. Pour une suspension du contrat de travail liée à un accident du travail ou une maladie professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-9.

dans lesquelles l'employeur est bien-fondé à licencier le salarié pendant la période de suspension soient strictement encadrées. Certaines causes de suspension satisfont à cet impératif, puisque la jurisprudence encadre strictement les conditions de licenciement pendant la période de suspension. C'est notamment le cas lorsque le contrat de travail est suspendu pour accident du travail ou maladie professionnelle. À cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que « pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur peut seulement, dans le cas d'une rupture pour faute grave, reprocher au salarié des manquements à l'obligation de loyauté »[1444]. L'application de ce principe réduit considérablement les cas dans lesquels l'employeur est bien-fondé à licencier le salarié pendant la période de suspension. En outre, s'agissant du motif de rupture lié à l'impossibilité de maintenir le contrat de travail, la jurisprudence fait également une appréciation relativement stricte. À titre d'illustration, il a pu être considéré que le motif économique de licenciement ne suffisait pas, à lui seul, à satisfaire ce critère[1445]. Il en va de même des perturbations et de la désorganisation de l'entreprise causée par les absences répétées d'un salarié en raison, lorsque ces dernières ont pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle[1446]. Cependant, la jurisprudence est moins stricte s'agissant d'une rupture conventionnelle, qui serait conclue pendant la période de suspension du contrat de travail qui a pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, sauf cas de fraude ou vice du consentement[1447]. Un premier écueil survient alors, puisque le degré de protection contractuelle du salarié dont le contrat de travail est suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est amoindri. En outre, le degré de protection contractuelle pendant la période de suspension du contrat de travail s'amoindrit lorsque la maladie ou l'accident est dépourvu de caractère professionnel. En effet, il convient de constater que le régime juridique de la maladie ordinaire est moins favorable que celui de l'accident du travail et de la maladie professionnelle. Si pour ce dernier il existe un

[1444] Cass. soc., 20 fév. 2019, n° 17-18.912 ; *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 432, note A.-M. Grivel ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 13, p. 21, note S. Prieur ; *Dr. soc.* 2021, n° 1, p. 4, études C. Radé. Conf. par : Cass. soc., 29 mai 2024, n° 22-13.440. Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a repris exactement la même formulation que celle employée dans l'arrêt de 2019.

[1445] Cass. soc., 17 fév. 2010, n° 08-45.173 ; *RPC* 2010, n° 3, p. 65, obs. F. Taquet.

[1446] Cass. soc., 23 mars 2004, n° 01-46.007 ; *TPS* 2004, n° 6, p. 15, obs. P.-Y. Verkindt ; *Lexbase soc.* 2004, n° 115, obs. S. Martin-Cuenot.

[1447] Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297 ; *RLDA* 2015, n° 100, p. 44, note M. Arnaud ; *RJS* 2014, n° 12, p. 738 ; *Dr. ouvr.* 2017, n° 829, p. 449, note V. Roulet ; *JCP S* 2017, n° 22, p. 16, note N. Gras : « sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail au cours de la période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle ». Conf. par : Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 13-27.212 ; *JCP S* 2016, n° 8, p. 26, note G. Loiseau ; *BJT* 2016, n° 282, p. 80, obs. J. Icard ; Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-20.767.

principe d'interdiction du licenciement pendant la période de suspension du contrat de travail, les dispositions légales ne prévoient pas d'équivalent en matière de maladie ordinaire[1448]. Par conséquent, la rupture à l'initiative de l'employeur est simplement soumise aux conditions de droit commun, sous réserve toutefois de l'interdiction d'un licenciement qui serait lié à l'état de santé du salarié et qui serait de ce fait revêtu d'un caractère discriminatoire[1449]. La finalité protectrice de la suspension du contrat de travail, lorsque celle-ci est liée à la maladie ordinaire du salarié, entend ainsi être questionnée. Au-delà, dans certains cas particuliers, la finalité protectrice de la suspension du contrat de travail peut être remise en cause dans son essence même, puisqu'elle semble s'effacer au profit d'autres finalités : celle de l'incitation du salarié de reprendre le travail, voire dans certains cas, une finalité punitive. Dans cette perspective, le caractère coercitif de la suspension du contrat de travail supplanterait celui de la protection du contrat.

b- Une finalité incitative voire punitive

395.- Les effets de la suspension de la rémunération : la dissuasion du salarié de s'absenter et l'incitation à reprendre le travail. À certains égards, il apparaît que le mécanisme de la suspension du contrat de travail poursuivrait une finalité qui consisterait à inciter le salarié à reprendre le travail. En effet, certains aspects du régime juridique de la suspension du contrat de travail pourraient contribuer à confirmer ce constat. C'est le cas des effets produits par la suspension du contrat de travail sur la rémunération du salarié. En effet, la suspension du contrat de travail suspend les obligations principales au contrat de travail. Si le salarié n'a pas à accomplir la prestation de travail, l'employeur n'a, réciproquement, pas à fournir de travail ni même à verser la rémunération. *A priori*, la suspension de la rémunération du salarié pourrait se concevoir dans la mesure où les obligations principales du contrat de travail sont suspendues. En effet, dans une situation de suspension du contrat de travail, l'employeur n'a pas à verser un salaire dans la mesure où ce dernier serait la contrepartie de

[1448] Sur ce point, la chambre sociale a eu l'occasion de rappeler que les dispositions d'une convention collective pouvaient aligner « les conditions de licenciement du salarié placé en arrêt de travail pour maladie sur celles légales du licenciement du salarié placé en arrêt de travail pour maladie professionnelle de l'article L. 1226-9 du code du travail ». Cet arrêt précise que dans ce cas, le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié malade ne peut intervenir pendant la période de suspension, dans la mesure où l'impossibilité de maintenir le contrat de travail n'était pas avérée : Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-27.047 ; *JCP G* 2019, n° 15, p. 717, obs. D. Corrignan-Carsin.

[1449] Sur le principe de non-discrimination lié à l'état de santé du salarié, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1132-1.

l'accomplissement de la prestation de travail[1450]. En d'autres termes, la suspension du versement du salaire serait inhérente au caractère synallagmatique du contrat de travail. Or, le salarié étant temporairement exempté d'exécuter son obligation relative à l'accomplissement de la prestation de travail, son cocontractant est corrélativement dispensé d'exécuter les siennes[1451]. La jurisprudence considère à ce titre que la retenue sur salaire est légitime, quel que soit le motif de la suspension du contrat de travail[1452]. Il existe cependant des exceptions à ce principe. Dans certains cas, le législateur contraint l'employeur à rémunérer le salarié dont le contrat est suspendu[1453]. C'est notamment le cas du salarié absent en raison d'un congé pour évènement familial[1454], de la participation de la journée d'appel à la défense[1455], de la formation d'un salarié conseiller prud'homme[1456] ou encore de la salariée qui s'absente pour se rendre aux examens médicaux obligatoires dans le cadre de la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement[1457]. Ces cas, relativement limités, demeurent cependant des exceptions au principe de la retenue du salaire. En outre, ils conduisent à questionner les raisons pour lesquelles dans ces cas limitatifs, une obligation de rémunération s'impose à l'employeur alors même que le salarié n'accomplit pas sa prestation de travail. Une hypothèse pourrait être avancée. En raison du caractère alimentaire du salaire, le salarié peut difficilement se priver de sa rémunération. Or, la suspension de la rémunération induit nécessairement un

---

1450 Sur le salaire comme contrepartie à l'exécution de la prestation de travail, v. not. en ce sens : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1368. F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, p. 317 ; G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail, op. cit.*, p. 277.

1451 Il convient toutefois de nuancer une telle interprétation. Si cette conception civiliste fait l'objet d'une doctrine majoritaire, elle n'est cependant pas unanime. En effet, Gérard Couturier argue le salaire dépasserait la simple contrepartie de l'accomplissement de la prestation par le salarié, puisqu'elle serait la contrepartie d'une obligation plus générale : celle de la mise à disposition du salarié. Sur cette théorie, v. en ce sens : G. Couturier, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, p. 10. Dès lors, le salarié aurait droit au salaire puisqu'il est à la disposition de l'employeur, quand bien même il n'accomplirait pas la prestation de travail. Une telle conception permet ainsi de justifier qu'un salaire soit versé au profit du salarié en situation d'astreinte, quand bien même il ne serait pas appelé au travail.

1452 Par exemple, sur la légitimité de la retenue sur salaire d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause d'exercice du droit de grève, v. not. en ce sens : Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-42.563, *précité* (légitimité de la retenue sur salaire d'un salarié gréviste, sous réserve qu'elle soit strictement proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail). Sur la légitimité de la retenue sur salaire d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause de congé sans solde, v. not. en ce sens : Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-17.300.

1453 Dans ce paragraphe, sont analysés les effets du mécanisme de la suspension du contrat de travail sous l'unique prisme du droit du travail. Partant, le bénéfice des prestations sociales issus du droit de la protection sociale n'entend pas être analysé ici, et fera d'ailleurs l'objet d'une étude ultérieure : v. *infra*, II-.

1454 C. trav., art. L. 3142-2 : « Les jours d'absence pour évènements familiaux n'entraînent pas de réduction de la rémunération ».

1455 C. trav., art. L. 1232-9, al. 2 : « Ces absences sont rémunérées par l'employeur et n'entraînent aucune diminution des rémunérations et des avantages correspondants ».

1456 C. trav., art. L. 1442-2, al. 3 : « Ces absences sont rémunérées par l'employeur ».

1457 C. trav., art. L. 1225-16, al. 4 : « Ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis par la salariée au titre de son ancienneté ».

questionnement pour le salarié relatif au fait de s'absenter. Elle est susceptible de dissuader le salarié de s'absenter, afin qu'il ne perde pas sa rémunération. Ce constat s'illustre en matière d'absence pour maladie ordinaire puisque le délai de carence de trois jours conduit de nombreux salariés à renoncer de s'absenter – à tout le moins pour un arrêt de travail de courte durée – en dépit de leur incapacité de travail[1458]. Outre le fait que la suspension de la rémunération découle du caractère synallagmatique du contrat de travail, ne poursuivrait-elle pas également une finalité qui tendrait à inciter le salarié à reprendre le travail voire à ne pas s'absenter ? S'il ne s'agit pas de finalités escomptées, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit inéluctablement d'effets produits. À cet égard, il convient de s'interroger sur les raisons pour lesquelles certains motifs de suspension qui ont pourtant une valeur constitutionnelle, comme c'est le cas du droit de grève, échappent à l'exception du maintien de la rémunération. En effet, de nombreux salariés qui auraient pourtant la volonté d'exercer leur droit de grève pourraient en être dissuadés en raison de la retenue sur salaire qui en découlerait. Faire entrer la grève parmi les cas limitatifs dans lesquels il existe une obligation légale du maintien de la rémunération pendant la période de suspension permettrait d'annihiler cet effet dissuasif. Au-delà de cet effet dissuasif voire incitatif à reprendre le travail, la suspension du contrat de travail a parfois une finalité comminatoire.

396.- La pandémie de Covid-19 comme illustration d'une nouvelle finalité de la suspension du contrat de travail : vers une finalité coercitive ? De manière inédite, la suspension du contrat de travail a pu être revêtue d'une finalité coercitive pendant la pandémie de Covid-19. En effet, la crise sanitaire a donné lieu à la prise de mesures exceptionnelles qui ont évolué au gré de l'évolution de l'épidémie et des connaissances scientifiques. Par une loi du 5 août 2021[1459], une disposition prévoyant que le contrat de travail du salarié qui ne souhaitait pas se soumettre à la présentation d'un *passe sanitaire*[1460] pouvait être suspendu[1461] . Le *passe sanitaire*, qui prévoyait la présentation d'un certificat de vaccination ou, à défaut, d'un test de dépistage négatif, a été remplacé en 2022 par le *passe vaccinal* qui a instauré le principe de l'obligation d'un certificat de vaccination et a supprimé les alternatives à ce dernier, la seule

[1458] Sur les effets du délai de carence sur le salarié, et plus particulièrement sur le phénomène de présentéisme généré par le délai de carence : v. *infra*, n° 782-783.
[1459] L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire (*JORF* n° 0181 du 6 août 2021).
[1460] Les expressions de « passe sanitaire » et de « passe vaccinal » sont utilisées par préférence à celles de « pass sanitaire » et de « pass vaccinal », conformément aux recommandations de l'Académie française, qui souligne que « le nom *pass* est un anglicisme à proscrire » : v. site internet de l'Académie française : https://www.academie-francaise.fr/pass-sanitaire. Consulté le 31/10/2025.
[1461] *Ibid.*, art. 1er.

exception résidant dans la contre-indication médicale à être vacciné[1462]. Pour certains emplois et dans certains secteurs d'activité[1463], avait été instaurée une obligation pour le salarié de présenter son *passe sanitaire* puis, à partir de 2022, son *passe vaccinal*, faute de quoi il ne pouvait continuer à travailler. L'employeur devait alors s'assurer que le salarié satisfaisait bien à l'obligation vaccinale[1464]. À défaut, il lui notifiait la suspension de son contrat de travail qui donnait lieu à une suspension de sa rémunération[1465]. À l'évidence, la suspension du contrat de travail dans ce cas précis est comminatoire, et constitue une forme de pression étatique sur les travailleurs pour se conformer à sa politique de santé publique[1466]. En effet, la suspension du contrat de travail apparaît comme une menace pour le salarié de se voir privé temporairement de travail et donc, de sa rémunération. La situation exceptionnelle de crise sanitaire a ainsi permis au législateur de restreindre la liberté individuelle du salarié, au motif d'un impératif de sécurité sanitaire et plus largement, de santé publique. Comme l'exprimait à juste titre Alexandre Fabre, « la suspension du contrat de travail se présente comme un instrument coercitif d'une politique de santé publique »[1467]. Il a donc été fait usage d'un mécanisme contractuel déjà existant – celui de la suspension du contrat de travail – pour régir la situation d'un salarié qui ne souhaitait pas se soumettre à l'obligation du *passe vaccinal* dans le cadre de son activité professionnelle. La sénatrice Chantal Deseyne, alors désignée en qualité de rapporteur pour avis par la commission des affaires sociales, avait indiqué que la suspension du contrat de travail, « assortie d'une interruption du versement de la rémunération, constitue, à mon sens, la sanction la plus équilibrée, de nature à inciter les professionnels les plus réticents à rejoindre les rangs de leurs collègues vaccinés »[1468]. Il était donc question d'éviter le

---

[1462] L. n° 2022-46 du 22 janv. 2022, renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique (*JORF* n° 0019 du 23 janv. 2022), du, art. 1er.

[1463] Sur le périmètre de l'obligation vaccinale, v. en ce sens : S. Sereno, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 et suspension du contrat de travail : la saga continue… », *Gaz. Pal.* 2024, p. 54 ; K. Meiffret-Delsanto, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 ; une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », *Dr. soc.* 2022, p. 104.

[1464] Cette obligation de vérification incombant à l'employeur est parfaitement illustrée par l'expression selon laquelle l'employeur devenait en quelque sorte le « sous-traitant de la politique vaccinale » : L. Jubert-Tomasso, « La mise en œuvre de la politique vaccinale dans l'entreprise au prix d'une altération du droit de la santé et de la sécurité au travail », *in* L. Gamet, L. Jubert-Tomasso, « Controverse : En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », *RDT* 2021, p. 484.

[1465] L. n° 2021-1040, *précitée*, art. 14, II.

[1466] A. Fabre, « Suspension du contrat de travail dans la loi du 5 août 2021 ». Intervention lors de la conférence organisée par l'Association française de droit du travail le 21 octobre 2021, portant sur « La suspension du contrat de travail ». Vidéo consultable sur le site internet www.afdt-asso.fr. Ce même constat fut repris dans un article ultérieur : T. Kahn dit Cohen, « La suspension du contrat de travail : pari (politique) et difficultés (juridiques) », *Dr. soc.* 2022, p. 113.

[1467] A. Fabre, « Suspension du contrat de travail dans la loi du 5 août 2021 », *op. cit.*

[1468] C. Deseyne, Avis n° 797 sur le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, déposé le 23 juill. 2021.

licenciement – qui est d'ailleurs prévu pour d'autres obligations vaccinales[1469] – tout en incitant fortement le salarié à se conformer à cette obligation. Cependant, la finalité coercitive d'un tel dispositif ne fait nul doute. Dans ce cas précis, la suspension du contrat de travail ne visait aucunement à la protection du lien contractuel. L'absence lui était imposée en raison de son refus de se voir administrer le vaccin. La responsabilité de cette absence lui était imputée, dès lors que la suspension du contrat de travail s'accompagnait d'une interruption du versement de sa rémunération[1470]. De manière inédite, ce mécanisme contractuel n'a pas été utilisé pour une raison d'absence justifiée, le faisant basculer vers une finalité comminatoire et punitive. Si l'obligation vaccinale a été supprimée en 2023[1471], cette nouvelle finalité de la suspension du contrat de travail qui a vu le jour lors de la pandémie de Covid-19 conduit à questionner son possible élargissement à d'autres situations à venir.

II- Le bénéfice de prestations sociales

397.- Plan. Si le mécanisme de la suspension du contrat de travail garantit en principe une protection contractuelle au salarié, sa protection économique a également dû être assurée notamment pour les absences justifiées causées par la survenue d'un risque social. Dans ces cas, l'inexécution contractuelle du salarié, bien que justifiée, ne doit pas conduire à la privation totale de ses revenus professionnels[1472]. L'idée est que le salarié victime de la survenue d'un risque social doit pouvoir, malgré le fait que son contrat de travail soit suspendu, assurer sa propre subsistance. Un mécanisme purement assurantiel a ainsi été créé au début du XX^{e} siècle, mais uniquement au profit de certains salariés et pour certains risques **(A)**. Ce dernier a progressivement été généralisé, et la couverture sociale contre ces risques s'est étendue à d'autres catégories de travailleurs, notamment grâce à l'émergence de la Sécurité sociale en 1945 **(B)**.

1469 C'est notamment le cas de l'obligation vaccinale contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite et la grippe qui existe pour toute personne qui exerce une activité professionnelle l'exposant à des risques de contamination et qui travaille dans un « établissement ou organisme public ou privé de prévention de soins ou hébergeant des personnes âgées » : CSP, art. L. 311-4, al. 1er.

1470 L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *précitée*, art. 1er, C-1.

1471 V. en ce sens : D. n° 2023-368 du 13 mai 2023 relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la Covid-19 des professionnels et étudiants.

1472 En effet, dans une analyse purement contractuelle, le salarié en situation d'absence – même justifiée – n'accomplit pas sa prestation de travail. Réciproquement, le salaire n'est donc en principe pas dû par l'employeur. Cependant, dans de nombreux cas, ce principe d'exception d'inexécution est contourné par un mécanisme indemnitaire, qui permet au salarié de se procurer un revenu de remplacement.

A) L'assurance comme système justifiant la protection économique du travailleur

398.- Les prémices d'un revenu de remplacement. Contrairement à l'idée générale selon laquelle la création de la Sécurité sociale est à l'origine des assurances sociales, ce système est en réalité bien plus ancien. Il est apparu en France au début du XXe siècle et constitue les prémices d'un revenu de remplacement. Dans certains pays européens comme l'Allemagne, ce système a émergé à la fin du XIXe siècle. Le chancelier de l'Empire allemand Bismarck fait voter à la fin des années 1880, une loi relative à l'assurance maladie des ouvriers[1473]. Si un tel élan n'a pas été repris par la France et ne fait donc pas l'objet de plus amples développements, une seconde loi allemande mérite une attention plus particulière. En effet, en 1884, l'Allemagne adoptait une loi relative à l'assurance contre les accidents du travail, au profit de certains ouvriers[1474]. Cette dernière produira, quelques années plus tard, une influence dans certains de ses pays voisins, notamment en France. Dès le XXe siècle, une idée a émergé. Le salarié dans l'incapacité physique d'exécuter sa prestation de travail devait percevoir un revenu. Dans un premier temps, cette idée est née uniquement au profit des salariés victimes d'accidents professionnels, sur le modèle de ce qui avait été instauré en Allemagne quelques années auparavant. C'est ainsi que la loi du 9 avril 1898 a constitué les prémices d'un régime permettant au salarié en arrêt de travail, à la suite d'un accident professionnel, de percevoir un substitut de sa rémunération[1475]. À cette époque, la prise en considération croissante d'une dimension humaine de la relation de travail a joué un rôle majeur dans l'adoption de cette loi. Ainsi, comme l'exprimaient deux juristes du XXe siècle, « le chef d'entreprise qui embauche un ouvrier ne loue pas cet ouvrier, comme il louerait un cheval ou un instrument quelconque ; ce qu'il loue, c'est le travail de l'ouvrier »[1476]. L'émergence de la théorie des risques professionnels a conduit à la consécration légale d'une continuité du revenu du salarié placé en arrêt de travail à la suite d'un accident professionnel.

1473 L. allemande du 15 juin 1883, organisant et rendant obligatoire l'assurance maladie dans l'artisanat et l'industrie pour tous les employés et ouvriers, sous condition d'un revenu inférieur à un plafond. V. en ce sens : J. Brasseul, « Genèse de l'État-providence et naissance de la social-démocratie : Bismarck et Bernstein », *Rev. Les tribunes de la santé* 2012, p. 71.

1474 L. allemande du 6 juill. 1884 organisant et rendant obligatoire l'assurance accident du travail pour les ouvriers de l'industrie.

1475 L. du 9 avr. 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, *précitée.*

1476 P. Jacqmin, R.-L. Ertaintot, *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, droits des patrons et des ouvriers*, Éd. Plon, Nourrie et Cie, 1899, p. 4.

399.- La consécration d'une loi assurant les ouvriers contre les accidents du travail. Les mécanismes que les différents régimes de responsabilité ne permettaient jusqu'alors pas de résoudre ont eu le mérite de consacrer le système des assurances sociales. En effet, l'ouvrier qui subissait un dommage lors de l'exécution de son travail se voyait souvent opposer un refus lorsqu'il réclamait une indemnisation sur le fondement de la responsabilité de droit commun. Cela s'expliquait par le fait que l'employeur invoquait bien souvent la force majeure ou le cas fortuit pour s'exonérer de sa responsabilité[1477]. Ainsi, le droit commun ne prenait pas en compte les risques encourus par l'ouvrier dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle. Le risque professionnel a donc fait l'objet d'un régime spécial de responsabilité, dérogatoire au droit commun. Cette loi a scellé le commencement d'une protection économique au profit du travailleur. Le salarié, pour lequel le risque professionnel était survenu, était ainsi protégé plus convenablement et bénéficiait d'un allègement probatoire. Le salarié victime d'un accident du travail se voyait économiquement protégé grâce au bénéfice d'une indemnisation forfaitaire. Cette protection visait néanmoins la réparation d'un préjudice subi sur le plan de la responsabilité. Le risque professionnel était donc protégé sur le plan du droit de la responsabilité civile. L'indemnisation perçue avait pour but d'assurer la réparation du préjudice subi dans le cadre de l'activité professionnelle. L'indemnisation jouait donc un rôle réparateur[1478]. Pour autant, elle ne visait pas à compenser la perte de revenu du salarié liée à la réalisation du risque professionnel et à l'inaptitude au travail qui en résultait le plus souvent. Néanmoins, ce nouveau régime de responsabilité spécifique au risque professionnel peut être perçu comme les prémices d'une protection économique du travailleur qui sera plus spécifiquement consacrée au début du XX^{e} siècle.

400.- Le bénéfice de substituts de salaire en raison de la survenue d'un risque social. Au début du XX^{e} siècle, une loi a véritablement établi les assurances sociales[1479]. Elle prévoyait une assurance obligatoire pour les salariés, pour la couverture de plusieurs risques sociaux. L'article premier de cette loi indiquait qu'étaient couverts par les assurances sociales les risques maladie, maternité, invalidité, vieillesse et décès. Cette nouvelle loi est apparue comme posant les jalons d'un système assurantiel, qui consiste à prévoir le bénéfice d'un substitut de

[1477] *Ibid.*, p. 6.
[1478] V. notamment : C. Leborgne-Ingelaere, « La responsabilité civile de l'employeur » *JT* 2021, p. 17 ; A. Seifert, « La prise en charge de maladies professionnelles et leur prévention », *Dr. soc.* 2020, p. 1001 ; G. Aubin, « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 635.
[1479] L. du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, *précitée.*

rémunération lorsque l'un des risques sociaux se réalise. À titre d'illustration, elle prévoyait que le salarié malade avait le droit de percevoir une indemnité « par jour ouvrable égale à la moitié du salaire de base de la catégorie dans laquelle le placent les cotisations obligatoires »[1480]. En d'autres termes, en contrepartie des cotisations versées dans le cadre de l'assurance sociale obligatoire, il bénéficiait en cas de maladie d'un revenu de remplacement qui revêtait la forme d'une indemnité en remplacement de son salaire. Cette loi fut modifiée par une loi de 1930 qui a étendu le champ des bénéficiaires des assurances sociales obligatoires[1481].

B) La généralisation d'un revenu de remplacement lors de l'avènement de la Sécurité sociale

401.- Plan. Lors de l'avènement de la Sécurité sociale en 1945, le revenu de remplacement qui avait été jusqu'alors attribué de manière éparse pour la survenue de certains risques sociaux a été généralisé. Partant, les risques sociaux qui contribuent à contraindre le salarié de cesser le travail ouvrent droit, pour ce dernier, de percevoir un revenu de remplacement. Une étude terminologique de ce mécanisme permet de saisir la finalité d'un tel mécanisme **(1)**. De cette finalité découlent des modalités d'attribution et de versement bien spécifiques, qui font naître divers questionnements et conduisent *in fine* à interroger sa nature juridique **(2)**.

1. La finalité du revenu de remplacement

402.- Une conception opérant une scission entre l'accomplissement du travail et le revenu perçu par le salarié. L'avènement de la Sécurité sociale en 1945 a entériné la protection sociale qui existait jusqu'alors[1482]. Le système a été généralisé et la couverture liée aux risques sociaux améliorée. Depuis lors, le travailleur qui fait face à la survenue d'un risque social bénéficie d'une protection économique. Les mécanismes du droit de la Sécurité sociale permettent au travailleur qui se trouve dans l'incapacité d'exercer son travail, notamment en raison de la maladie ou de la maternité, de percevoir un revenu de remplacement. Ce dernier permet donc de « compenser la perte d'un revenu professionnel ou, plus précisément, d'en assurer une meilleure distribution sur les périodes d'activité et d'inactivité »[1483]. Dans cette

[1480] *Ibid.*, v. art. 5, 1°.
[1481] L. du 30 avril 1930 sur les assurances sociales, *précitée.*
[1482] Ord. n° 45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale, *précitée.*
[1483] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 237.

conception, on ne considère pas que le revenu est la contrepartie directe de l'accomplissement du travail. L'obligation contractuelle dont le salarié est débiteur dans le cadre de la relation de travail est prise en considération sur l'intégralité du contrat, c'est-à-dire échelonnée dans le temps. Une telle conception est permise en raison du fait que le contrat de travail est à exécution successive. De ce fait, l'accomplissement de sa prestation de travail est échelonné dans le temps. Cela justifie qu'un salarié qui fait face à la survenue d'un risque social bénéficie d'un revenu de remplacement pendant son absence justifiée, jusqu'à ce qu'il soit en mesure de retourner au travail et de poursuivre l'exécution de son obligation contractuelle.

403.- Des distinctions terminologiques permettant de préciser la finalité du revenu de remplacement. Lorsque le salarié s'absente en raison de la survenue d'un risque social, il bénéficie non plus d'un *salaire,* mais d'un *revenu* de remplacement. Comment expliquer un tel changement terminologique ? Pourquoi ne nomme-t-on pas ce substitut « salaire de remplacement » ? Pour répondre à ces interrogations, il convient tout d'abord de distinguer le *revenu* du *salaire*. Dans une thèse consacrée à la notion de revenus en droit privé, l'auteur démontre l'impossibilité d'assimiler certains revenus du travail à la catégorie juridique de salaire[1484]. En effet, le *salaire* renvoie à la « contrepartie synallagmatique du travail »[1485]. Il désigne la rémunération perçue par le salarié en échange du travail fourni[1486]. Il fait donc partie intégrante du revenu, et constitue plus exactement un revenu du travail[1487]. Le *revenu* revêt donc un spectre plus large et englobe, notamment, le revenu de remplacement perçu par le salarié absent en raison d'un risque professionnel tel que la maladie. Dans ce cas, le revenu perçu ne l'est pas en contrepartie de l'accomplissement d'un travail, ce qui permettrait de justifier que la terminologie de salaire ne soit pas retenue. Aussi, l'échange marchand qui résulte de la relation de travail génère, pour le travailleur, un revenu lui permettant d'assurer sa sécurité économique. C'est la raison pour laquelle « le droit social contemporain s'attache à garantir la continuité des ressources au travailleur en congé, malade, invalide, chômeur ou retraité »[1488]. Le lien entre le fait de percevoir un salaire en contrepartie du travail et l'accomplissement effectif du travail a donc progressivement été distendu. Le travail est pris en compte sur une

1484 S. Robinne, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, PUP, coll. Études, 2003, pp. 21 et suiv.
1485 *Ibid.*, p. 38.
1486 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.,* v° salaire.
1487 Les revenus du travail s'opposent classiquement aux revenus du capital. V. en ce sens : A. Chamoulaud-Trapiers, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, 1999, p. 13 ; S. Robinne, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, PUP, coll. Études, 2003, p. 21.
G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1371.

longue période, et justifie ainsi des substituts de salaire lorsque la survenue d'un risque social empêche temporairement l'accomplissement du travail. Enfin, la *rémunération*, quant à elle, revêt un champ de définition plus large puisqu'elle désigne « toute prestation en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité »[1489]. Elle inclurait ainsi les salaires, mais également les gratifications, commissions, ou pourboires par exemple[1490]. Partant, il s'agit bien d'un revenu de remplacement et non d'un salaire ni d'une rémunération. Le premier terme ne convient pas puisque la somme perçue par le salarié absent n'est pas la contrepartie de l'accomplissement d'un travail. Quant au second, la qualification est impossible puisque la rémunération désigne là encore une prestation versée en contrepartie d'un travail.

2. La nature juridique du revenu de remplacement

404.- La mise en œuvre du bénéficie d'un revenu de remplacement. Le revenu de remplacement est tout d'abord pris en charge par les organismes de protection sociale, et plus particulièrement par l'assurance maladie lorsqu'il permet d'assurer un revenu de remplacement au salarié qui se trouve dans l'incapacité d'exercer son travail, et ce pour diverses raisons : maladie ordinaire, accident du travail, maladie professionnelle ou maternité. En effet, le régime d'assurance maladie a un double objet. D'une part, il permet de prendre en charge les frais de santé par la protection universelle maladie[1491]. D'autre part, l'assurance maladie assure un revenu de remplacement au salarié qui, en raison de sa maladie, ne peut exercer son travail et se trouve ainsi privé de salaire : il s'agit dans ce cas de percevoir les *indemnités journalières de sécurité sociale*[1492], versées par la Caisse primaire d'assurance maladie. Le bénéfice de ces dernières est soumis à un certain nombre de conditions relatives à l'ancienneté du salarié et à la durée de cotisation[1493]. Plus exactement, le bénéfice des indemnités journalières de Sécurité sociale est ouvert « aux salariés du secteur privé et aux chômeurs indemnisés ayant une durée minimale d'assurance »[1494]. Il est néanmoins important de constater que « les indemnités journalières de

---

1489 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° rémunération.
1490 *Ibid.* Pour d'autres illustrations : v. la source citée.
1491 L. n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2015 (*JORF* n° 0296 du 22 déc. 2015). Décrets d'application n° 2015-1882 du 30 décembre 2015 relatif aux modalités de prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité des bénéficiaires de la protection universelle maladie ; D. n° 2015-1865 du 30 décembre 2015 relatif aux bénéficiaires et aux prestations de la prestation universelle maladie et à la cotisation forfaitaire prévue à l'article L. 381-8 du code de la sécurité sociale.
1492 CSS, art. L. 321-1 et L. 323-1 et suiv.
1493 V. en ce sens : CSS, art. L. 313-3 ; D. n° 86-1156 du 27 octobre 1986 fixant le barème des indemnités en capital dues pour les incapacités permanentes d'un taux inférieur à 10% consécutives à un accident du travail.
1494 IGAS, « Les dépenses d'indemnités journalières », *Rapport IGAS n° 2003-130*, octobre 2003, p. 4.

l'assurance maladie ne sauraient constituer, dans le régime général, un salaire, mais une prestation sociale qui remplace – au moins partiellement – un salaire pendant la période où l'assuré social est absent de son travail »[1495]. Il s'agit donc bien de prestations qui prennent la forme d'un *substitut de salaire*[1496] ; non d'un salaire. En effet, les caisses de sécurité sociale n'ont pas vocation à octroyer le bénéfice d'un salaire au salarié contraint de s'absenter du travail en raison de son état de santé, mais bien de « servir des prestations sociales dans des conditions définies par le code de la Sécurité sociale dans le cadre d'un service de redistribution »[1497]. Il s'agit donc de pallier la perte de revenus du salarié lié à la survenue d'un risque social en redistribuant les cotisations prélevées à tous les travailleurs qui y sont assujettis, et ce sous la forme de *prestations en espèces* qui prennent la forme d'un revenu de remplacement[1498]. Les règles de calcul de ces prestations versées par les caisses de sécurité sociale diffèrent selon la durée de cotisation, mais également selon les conventions collectives applicables[1499].

405.- Réflexions sur la qualification indemnitaire du revenu de remplacement. Ce terme d'*indemnités* utilisé pour désigner les revenus de remplacement perçus en raison de la maladie ou de la maternité désigne le revenu servant à compenser l'absence temporaire d'accomplissement du travail pour le salarié. Il s'agit là d'indemnités de substitution, qui n'ont aucun caractère réparateur et ne doivent ainsi pas être confondues avec les indemnités de ce type, comme les dommages et intérêts perçus à la suite d'un préjudice subi. C'est également le cas de l'indemnité compensatrice de congés payés, qui est versée par l'employeur en cas de rupture du contrat de travail et lorsque le salarié « n'a pas pu bénéficier de l'intégralité du congé auquel il avait droit »[1500]. Cette dernière permet ainsi au salarié d'obtenir une compensation financière de son droit à congé non pris. Si dans les cas précités, l'indemnité ne revêt pas de caractère réparateur, il apparaît que la terminologie *d'indemnité* semble malgré tout opportune, celle-ci étant définie « plus généralement, [comme] une somme d'argent destinée à compenser

1495 T. Tauran, « Le contentieux relatif aux indemnités journalières de l'assurance-maladie », *Dr. soc.* 2009, p. 592.
1496 M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 587.
1497 T. Tauran, « Le contentieux relatif aux indemnités journalières de l'assurance-maladie », *op. cit.*, p. 592.
1498 Pour les prestations en espèces versées en cas de maladie ou d'accident, v. en ce sens : CSS, art. L. 323-1 et suiv. Pour les prestations en espèces versées en cas de congé maternité, paternité de d'accueil de l'enfant, v. en ce sens : CSS, art. L. 330-1 et suiv. Pour les dispositions applicables aux prestations en espèces, quelle que soit leur origine, v. en ce sens : CSS., art. L. 436-1 et suiv.
1499 Pour le calcul des prestations en espèces versées en cas de maladie ou d'accident, v. en ce sens : CSS, art. R. 323-1 et suiv. Pour le calcul des prestations en espèces liées à la maternité, v. en ce sens : CSS, art. R. 331-1 et suiv. Pour les règles de calcul liées au cumul de plusieurs risques, v. en ce sens : CSS, art. R. 332-1.
1500 C. trav., art. L. 3121-28, al. 1er.

toute espèce de dommage (manque à gagner, perte quelconque) »[1501]. Elle désigne également, dans son troisième sens, un substitut de rémunération[1502]. Une telle qualification juridique paraît donc appropriée, puisque les indemnités journalières servent à compenser un manque à gagner, que constitue la perte de salaire liée à la survenue d'un risque social comme la maladie ou la maternité. En définitive, bien qu'elles ne revêtent pas toujours un caractère réparateur (contrairement aux prestations en nature), les prestations en espèces répondent bien à la qualification d'indemnité.

406.- Le contrôle d'un défaut d'enrichissement. Les indemnités journalières ont pour fonction d'assurer la protection économique du salarié contraint de s'absenter du travail. En cela, elles permettent au salarié de compenser la perte de son salaire en raison de la survenue du risque social. Pour autant, elles ne sauraient en aucun cas contribuer à assurer une meilleure rémunération au salarié par rapport à celle qu'il percevait lorsqu'il était apte au travail. La pandémie de Covid-19 et les dispositions spécifiques créées à cette occasion ont permis aux juges de rappeler ce principe et d'apporter davantage de précision sur le régime juridique du revenu de remplacement. En effet, en raison de la pandémie de Covid-19 et en vue de préserver les emplois, le recours à l'activité partielle a été largement encouragé[1503]. À cette occasion, son

---

[1501] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° indemnité.

[1502] *Ibid.*

[1503] Sur les dispositions spécifiques à l'activité partielle liée au Covid-19, v. en ce sens : L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *précitée*, art. 11 ; L. n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 (*JORF* n° 0072 du 24 mars 2020), art. 6 ; D. n° 2020-435 du 16 avr. 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle ; L. n° 2020-473 du 25 avr. 2020 de finances rectificatives pour 2020 (*JORF* n° 0102 du 26 avr. 2020), art. 20 ; ord. n° 2020-770 du 24 juin 2020 relative à l'adaptation du taux horaire de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2020-926 du 28 juill. 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable ; D. n° 2020-1170 du 25 sept. 2020 portant modification du décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2020-1316 du 30 oct. 2020 relatif à l'activité partielle et au dispositif d'activité partielle spécifique en cas de réduction d'activité durable ; D. n° 2020-1319 du 30 oct. 2020 relatif à l'activité partielle ; D. n° 2020-1628 du 21 déc. 2020 relatif à l'activité partielle ; D. n° 2020-1794 du 30 déc. 2020 portant création d'un fonds d'indemnisation pour interruption, report ou abandon des tournages de programmes de flux liés à l'épidémie de Covid-19 ; D. n° 2020-1786 du 30 déc. 2020 relatif à la détermination des taux de modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-89 du 29 janv. 2021 modifiant le décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle et le décret n° 2020-1786 du 30 déc. 2020 relatif à la détermination des taux et modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-225 du 26 févr. 2021 relatif à la détermination des taux de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-348 du 30 mars 2021 relatif aux taux de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-509 du 28 avr. 2021 relatif aux taux de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-674 du 28 mai 2021 relatif à l'activité partielle et au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable ; D. n° 2021-978 du 23 juill. 2021 modifiant le décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-1252 du 29 sept. 2021 portant modification du taux horaire minimum de l'allocation d'activité partielle et de l'allocation d'activité partielle spécifique en cas de réduction d'activité durable ; D. n° 2021-1383 du 25 oct. 2021 modifiant le décret n° 2020-1786 du 30 déc. 2020 relatif à la

régime juridique a pu être précisé. Il l'a notamment été concernant son articulation avec les indemnités complémentaires versées par l'employeur en cas de maladie ou d'accident prévus par les dispositions conventionnelles applicables au salarié. Ainsi, le salarié malade ou accidenté, placé en activité partielle en raison de la pandémie de Covid-19 « ne peut prétendre à une indemnisation supérieure à ce qu'il aurait perçu s'il avait été en mesure de travailler »[1504]. Les indemnités complémentaires versées par l'employeur, cumulées à l'indemnité légale d'activité partielle, ne peuvent donc pas donner lieu à un enrichissement pour le salarié, par rapport à la rémunération qu'il perçoit lorsqu'il exerce son activité à plein temps. Cette jurisprudence semble se concevoir dans la mesure où une telle indemnisation vise la protection économique du salarié. Les prestations versées ne sauraient donc générer une hausse des revenus, par rapport à ses périodes d'activité. Là encore, le caractère indemnitaire du revenu de remplacement justifie une telle solution. Les indemnités versées ont pour but de compenser une perte de revenus et ne sauraient constituer un gain par rapport à ces derniers.

§2 : L'ambivalence de la protection du salarié absent

407.- Plan. Une pluralité de raisons d'absence justifie la protection, tant contractuelle qu'économique, du salarié. Pourtant, il est permis d'observer que le degré de cette protection est variable. Bien que l'absence soit justifiée, la rupture du contrat de travail du salarié n'est pas impossible. L'analyse des régimes juridiques existants conduirait même à constater qu'elle apparaît parfois comme une solution offerte à l'employeur. Pourtant, il n'en demeure pas moins que le salarié pour lequel le contrat de travail peut être rompu est bien-fondé à s'absenter. La variation du degré de protection du salarié absent s'observe à plusieurs titres. Tout d'abord, le motif d'absence conditionne le niveau de protection du salarié. Pour une même cause d'absence, de grandes disparités de régimes juridiques sont observables. La variation du degré de protection pourrait s'expliquer par une nécessité de concilier à la fois les intérêts du salarié

détermination des taux et modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle ; D. n° 2021-1817 du 27 déc. 2021 relatif à l'activité partielle ; D. n° 2021-1878 du 29 déc. 2021 portant modifiant du taux horaire minimum de l'allocation d'activité partielle et de l'allocation d'activité partielle spécifique en cas de réduction d'activité durable ; D. n° 2022-78 du 28 janv. 2022 relatif à la détermination du taux de l'allocation de l'activité partielle ; D. n° 2022-242 du 24 févr. 2022 relatif à la détermination du taux de l'allocation de l'activité partielle ; L. n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022 ; D. n° 2022-1195 du 30 août 2022 relatif à la détermination des taux et modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle pour les salariés reconnus comme vulnérables et présentant un risque avéré de développer une forme grave d'infection au virus de la Covid-19.

[1504] V. en ce sens : Cass. soc., 6 juill. 2022, n° 21-18.100 ; *RJS* 2022, n° 10, p. 827.

avec ceux de l'employeur, pour tendre vers un juste équilibre. Ce dernier n'est pourtant que gageure. La fermeté de la protection d'une partie au contrat de travail génère inéluctablement des répercussions sur le cocontractant. Ainsi, une protection relative du salarié serait peut-être à privilégier pour prendre en considération les intérêts de l'employeur. Cependant, une telle conception n'est pas souhaitable puisqu'elle ferait fi du lien de subordination juridique caractéristique de la relation de travail, mais également de la situation de dépendance économique dans laquelle le salarié est bien souvent placé. De surcroît, les limites de la protection du salarié sont susceptibles de se heurter à la problématique des discriminations. En effet, de nombreuses raisons d'absence figurent expressément parmi la liste exhaustive des motifs discriminatoires[1505]. En définitive, cette ambivalence s'illustre pour de nombreux types d'absences justifiées, qu'il s'agisse de ceux qui visent la protection des libertés et droits fondamentaux du travailleur **(I)**, mais également de ceux qui garantissent la protection de la santé de ce dernier **(II)**.

I- L'ambivalence de la protection du salarié absent pour exercice des libertés et droits fondamentaux

408.- Plan. La protection du salarié absent en raison de l'exercice de libertés et droits fondamentaux ne saurait être niée. Si les exemples sont pléthores, la présente étude se concentrera sur deux hypothèses particulièrement évocatrices. Il conviendra ainsi de constater que l'exercice du droit de grève a été largement encadré, de sorte qu'il ne permet pas au salarié de s'absenter sur ce motif dans un certain nombre de cas **(A)**. Pour ce qui est de l'exercice d'un mandat de représentation, le salarié bénéficie là encore d'une protection ambivalente. S'il est mieux protégé que des salariés qui n'exercent pas un tel mandat, il est cependant permis de constater que le salarié mandaté est particulièrement exposé aux risques de sanctions indirectes, que l'arsenal de règles juridiques entend limiter sans toutefois permettre de l'endiguer **(B)**.

A) Une protection limitée de l'absence pour exercice du droit de grève

409.- Plan. En principe, l'exercice du droit de grève constitue une absence justifiée, dans la mesure où ce droit est protégé par de nombreuses sources. Partant, le contrat de travail du salarié gréviste est suspendu et ce dernier fait l'objet d'une protection contractuelle.

[1505] V. C. trav., art. L. 1132-2.

Pourtant, la notion de grève répond en droit français à des critères de définition éminemment restrictifs, notamment en comparaison avec d'autres systèmes juridiques européens **(1)**. Certaines formes de grève sont ainsi interdites et donnent pas lieu, en droit interne, à une protection du salarié. La frontière peut s'avérer ténue entre formes licites et formes illicites de l'exercice du droit de grève, le salarié pouvant être sanctionné dans ce dernier cas **(2)**.

1. Les sources supra législatives, garantes du droit de grève

410.- Un droit garanti par les sources constitutionnelles. Le droit de grève est particulièrement enraciné en France. Pourtant, il ne l'a pas toujours été[1506]. Depuis le milieu du XX^e^ siècle, le droit de grève est proclamé par une pluralité de sources juridiques, qui ont pour la plupart une valeur supra législative. Le droit de grève revêt tout d'abord une valeur constitutionnelle, étant prévu par l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, qui proclame que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »[1507]. S'il est constitutionnellement consacré, le législateur conserve toutefois un pouvoir dans l'établissement des règles dans lequel le droit de grève est enserré. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que, selon la répartition des compétences prévue par la Constitution, le législateur doit fixer les limites de l'exercice du droit de grève[1508]. Quant au pouvoir réglementaire, il lui revient de définir les modalités d'application de ce droit[1509]. En définitive, la présence du droit de grève parmi les sources constitutives du bloc de constitutionnalité garantit la pérennité de sa protection. À cet égard, Franck Petit

---

1506 La présente étude n'entend pas retracer l'historique du droit de grève. Sur les évolutions historiques de la grève, v. en ce sens : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, pp. 2023-2025 ; J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail. Des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. L'univers des normes, 2004 ; N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2000 ; S. Sirot, *La grève en France, Une histoire sociale (XIX^e^-XX^e^ siècle)*, Odile Jacob, 2002 ; M. Perrot, *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Éd. des hautes études en sciences sociales, t. 1, 2001 ; M. Perrot, *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Éd. des hautes études en sciences sociales, t. 2, 2013 ; C. Renault, *Histoire des grèves*, Éd. Guillaumin, 1887 ; J.-P. Aguet, *Contribution à l'histoire du mouvement ouvrier français, Les grèves sous la monarchie de juillet 1830-1847*, Éd. E. Droz, 1954 ; L. Smith, *Les coalitions et les grèves d'après l'histoire et l'économie politique*, Éd. Guillaumin, 1886 ; M. Pigenet, D. Tartakowsky, *Histoire des mouvements sociaux en France, De 1814 à nos jours*, La découverte, coll. Sciences humaines et sociale, 2014. Sur l'interdiction du droit de grève au profit des fonctionnaires, v. en ce sens : CE 7 août 1909, *Winkell*, n° 37317.

1507 Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 revêt une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a proclamé qu'il était une norme de référence du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce : Décision « Liberté d'association » n° 71-44 DC, 16 juill. 1971). Ce n'est qu'en 1979 que le Conseil constitutionnel reconnaîtra expressément une valeur constitutionnelle au droit de grève. V. en ce sens : Cons. constit. déc. n° 79-105 DC du 25 juill. 1979, *précité*.

1508 V. en ce sens : Cons. constit. 25 juill. 1979, déc. n° 79-105 DC, *précitée*.

1509 *Ibid.*

qualifie le droit de grève de « principe constitutionnel consolidé »[1510]. Si le législateur demeure relativement silencieux sur la définition de la grève, les magistrats doivent veiller à ne pas restreindre l'exercice de ce droit. En effet, la valeur constitutionnelle du droit de grève constitue « la pierre angulaire d'une jurisprudence qui interdit au juge, dans le silence du législateur, d'affaiblir la portée du droit de grève »[1511]. La Cour de cassation accorde ainsi au droit de grève une effectivité certaine, ayant refusé en plusieurs reprises de restreindre les modalités d'exercice de ce droit. Les exemples sont nombreux. À titre d'illustration, la Cour de cassation a pu admettre qu'un salarié pris isolément puisse faire grève seul, en dépit du caractère collectif de la grève, lorsque l'entreprise ne comportait qu'un seul salarié[1512]. Par ailleurs, la jurisprudence refuse qu'il soit porté atteinte au plein exercice du droit de grève par voie conventionnelle. Elle a pu invalider, à de nombreuses reprises, les dispositions d'une convention collective qui limitaient voire privaient l'exercice du droit de grève par les salariés se trouvant dans son champ d'application[1513]. Enfin, les magistrats de la Cour de cassation ont pu rejeter la qualification d'abus du droit de grève sur le fondement de la valeur constitutionnelle de ce droit, alors même que les salariés grévistes avaient bloqué l'importation et l'exportation de marchandises au sein de l'entreprise, ce qui avait mis en péril son activité[1514]. Autant d'exemples qui démontrent que la valeur constitutionnelle du droit de grève s'impose avec force aux juges, faisant échec à une restriction de ce droit en dehors des lois qui le règlementent. Bien que silencieux sur sa définition, le législateur intervient de manière éparse pour encadrer le droit de grève. Une disposition protectrice de ce droit consiste à interdire le remplacement d'un salarié gréviste[1515]. Cette interdiction est stricte et vise à inciter l'employeur à entendre les revendications des grévistes pour que le conflit collectif cesse.

411.- Un droit garanti par le droit externe. Au-delà de cette consécration constitutionnelle, le droit de grève est également consacré dans de nombreux textes européens et internationaux. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et

[1510] F. Petit, « Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *RFDC* 2012, p. 175.
[1511] F. Petit, « Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *op. cit.*, p. 175.
[1512] Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247 ; *RJS* 1997, p. 8, obs. J. Savatier ; *Dr. soc.* 1997, p. 368 , note C. Radé ; *SSL* 1998, p. 2, note F. Chapeaux ; *JCP E* 1997, p. 12, note D. Corrignan-Carsin.
[1513] Cass. soc. 7 juin 1995, n° 93-46.448 : « Une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu ».
[1514] Cass. soc. 9 mars 2004, n° 02-30.294 ; *TPS* 2004, p. 20, note J.-M. Olivier ; *Dr. ouvr.* 2004, p. 527.
[1515] C. trav., art. L. 1242-6, 1°.

culturels de 1966[1516] prévoit également que les États signataires s'engagent à assurer le droit de grève[1517]. En outre, selon la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 les travailleurs de l'Union européenne peuvent défendre leurs intérêts par des actions collectives, notamment par la grève[1518]. Ainsi, les textes supranationaux consacrent un tel droit, mais laissent une liberté aux États membres dans la mise en œuvre et l'effectivité de ce droit. La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît le droit de grève comme un principe fondamental du droit de l'Union européenne[1519]. Partant, les États membres ont l'obligation de garantir un droit de grève effectif à leurs travailleurs. Au demeurant, en matière de droit de grève, la Cour de cassation semble davantage privilégier la Constitution au détriment de ces textes supranationaux. Ce constat se vérifie en matière de grève. Si ces textes sont parfois avancés par les demandeurs au pourvoi[1520], ils ne sont que très rarement mobilisés par la Cour de cassation dans ses arrêts[1521], qui semble privilégier les sources constitutionnelles.

412.- Le principe de non-discrimination comme garantie de l'effectivité du droit de grève. Le principe de non-discrimination est également consacré dans différentes sources[1522]. Or, il existe une interdiction des discriminations en raison de l'exercice de la grève. Ce principe est expressément prévu par l'article L. 1132-2 du Code du travail. L'interdiction

---

[1516] Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966, conclu à New-York, ratifié par la France le 4 nov. 1980.

[1517] Art. 8, 1. d) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966, conclu à New-York, ratifié par la France le 4 nov. 1980. Ce texte prévoit expressément que « les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer […] le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays ».

[1518] Art. 28 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union Européenne, n° C364/01, signée à Nice le 7 déc. 2000 : « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

[1519] V. en ce sens : CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation c/ Viking Line* ; CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05 ; *Dr. soc.* 2021, p. 534, obs. J.-Ph. Lhernould ; *Rev. UE* 2016, p. 151, obs. S. de La Rosa ; *Dr. ouvr.* 2010, p. 570, obs. S. Laulom ; *RDT* 2010, p. 250, note P. Rémy et A. Seifert ; *D. actu.* 23 sept. 2009, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTD eur.* 2008, p. 47, note P. Rodière ; *RDT* 2008, p. 80, note E. Pataut et S. Robin-Olivier.

[1520] V. en ce sens : Cass. soc. 17 déc. 2013, n° 12-23.006 ; *JCP S* 2014, n° 12, p. 40, note R. Vatinet ; *JSL* 2014, n° 360, p. 7, note Ph. Lhernould ; *Lexbase soc.* 2014, n° 554, obs. C. Radé ; Cass. soc. 10 févr. 2021, n° 19-14.021 ; *JCP E* 2021, n° 43, p. 50, chron. L. Dauxerre ; *JCP E* 2021, n° 18, p. 50, obs. F.-G. Laprévote et E. Piekut ; *JCP S* 2021, n° 13, p. 25, note X. de Jerphanion.

[1521] V. en ce sens : Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-11.970 ; *JCP S* 2020, n° 12, p. 10, note A. Berriat ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 20, p. 67, note H. de Brier ; *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 447, note C. Radé.

[1522] Il est consacré dans les sources constitutionnelles : Art. 1er de la Constitution (pour l'interdiction des discriminations relatives à l'origine, à la race et à la religion), mais également dans les sources internationales : DDHC, art. 1er et 6 et dans les sources européennes : Conv. EDH, art. 14. Le législateur français a transposé les dispositions européennes en matière de non-discrimination, notamment par la L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

des discriminations en raison de la grève découle directement de l'exercice de ce droit. Il est par ailleurs fréquemment invoqué pour faire échec à certaines pratiques de l'employeur qui tendent à pénaliser les salariés grévistes, voire à les dissuader d'exercer leur droit. C'est notamment le cas de la pratique des primes dites « antigrève ». Il s'agit là de primes d'assiduité, qui visent à encourager le salarié à être présent au travail, et qui sont à ce titre susceptibles de porter atteinte à l'exercice du droit de grève. Or, ces primes ne doivent en aucun cas dissuader le salarié d'exercer un droit ou une liberté fondamentale, comme c'est le cas du droit de grève. La Cour de cassation rappelle fréquemment ce principe. Elle admet toutefois le refus de l'octroi de cette prime à la seule condition que le principe d'égalité de traitement entre les salariés soit respecté. En d'autres termes, il est nécessaire que les modalités de détermination de la prime d'assiduité applicable au salarié gréviste soient les mêmes que celles applicables aux autres absents[1523]. À défaut, le non-versement de la prime s'analyse en une sanction pécuniaire du salarié gréviste[1524]. En définitive, les magistrats prêtent donc attention aux modalités de versement des primes d'assiduité, de sorte qu'elles ne doivent pas dissuader les salariés d'exercer leur droit de grève. Pourtant, l'admission du retrait d'une prime d'assiduité aux salariés exerçant un tel droit interroge. En effet, la prime d'assiduité a pour but d'inciter les salariés à être présents au travail, à lutter contre les absences injustifiées et à récompenser l'assiduité. La retenue totale ou partielle de la prime d'assiduité en cas d'absence pour grève peut, à l'évidence, dissuader le salarié de s'absenter. En effet, outre la retenue proportionnelle sur son salaire, il s'expose également à la réduction voire à la perte de la prime d'assiduité. Par conséquent, il est permis d'interroger la pertinence de la privation de cette prime au détriment des salariés grévistes. De manière plus générale, la pertinence d'une telle prime peut porter à interrogation. En effet, il a été admis qu'elle puisse être partiellement voire totalement supprimée, pour des absences ayant pour motif des événements familiaux ou des absences par les dispositions conventionnelles aux salariés[1525].

[1523] V. en ce sens : Cass. soc. 23 juin 2009, n° 08-42.154 ; *JCP S* 2009, p. 30, note obs. D. Corrignan-Carsin ; Cass. soc. 19 nov. 1987, n° 84-44.421 ; Cass. soc. 26 mai 1983, n° 80-42.348 ; Cass. soc. 21 oct. 1982, n° 81-41.211 ; Cass. soc. 1er juill. 1982, n° 80-41.056 ; Cass. soc. 25 mars 1982, n° 81-11.175 ; Cass. soc. 26 févr. 1981, n° 80-41.067 ; Cass. soc. 25 févr. 1981, n° 79-41.563 ; Cass. soc. 4 juill. 1979, n° 78-40.602

[1524] V. en ce sens : Cass. soc. 18 nov. 1982, n° 80-41.530.

[1525] V. en ce sens : Cass. soc. 1er juin 2010, n° 09-40.144, *précité* ; Cass. soc. 23 nov. 2011, n° 10-15.644.

2. Des interventions législatives et jurisprudentielles limitant l'effectivité du droit de grève

413.- Une intervention du législateur timide mais restrictive de l'exercice du droit grève. En matière de droit de grève, un constat s'impose : le législateur est très peu intervenu pour réglementer ce droit. C'est dans le secteur public que le législateur est le plus intervenu afin d'encadrer et limiter l'exercice de ce droit. Faut-il rappeler qu'au début du XXe siècle, le Conseil d'État défendait aux agents publics de faire grève. Dans l'arrêt *Winkell*, rendu le 7 août 1909, il considérait que « la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite »[1526]. Quelques années plus tard, le Conseil d'État abandonnera cette jurisprudence avec l'arrêt *Dehaene* du 9 février 1950[1527]. Ainsi, le Conseil d'État rendait possible l'exercice du droit de grève pour les fonctionnaires à la condition que le service soit assuré. Finalement, le législateur interviendra avec la loi de 1983 pour reconnaître expressément le droit de grève au bénéfice des fonctionnaires[1528]. Pour autant, le principe de continuité du service public[1529], doit également s'entendre comme la continuité de l'État. Ce double principe de continuité a ainsi conduit le législateur, seul habilité à encadrer le droit de grève, à interdire l'exercice de ce droit aux magistrats, aux agents pénitentiaires mais aussi aux fonctionnaires de police. D'ailleurs, Franck Petit déplorait que le législateur ait « [privé] les fonctionnaires chargés de la paix publique du droit de grève »[1530]. Ainsi, le principe de continuité du service public n'a pas permis la pleine efficience du droit de grève dans le secteur public ni dans les entreprises de droit privé poursuivant une mission de service public. En effet, il convient de souligner que employés de

[1526] CE, Ass. 7 août 1909, *Winkell* (Rec., p. 826) ; concl. Tardieu (S. 1909.3.145).
[1527] CE Ass. 7 juill. 1950, *Dehaene*, n° 01645 (Rec., p. 426) ; *RDP* 1960, p. 691, concl. Gazier, note M. Waline ; *RA* 1950, p. 366, note G. Liet-Veaux ; *Dr. Soc.* 1950, p. 317, concl. ; *D.* 1950, p. 538, note Gervais ; *GADLF*, n°54, obs. X. Dupré de Boulois.
[1528] L. n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant statut général des fonctionnaires (JORF n° °162 du 14 juill. 1983, p. 2174), art. 10 : « les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent ».
[1529] Le Conseil Constitutionnel, en 1979, a consacré la continuité du service public comme objectif à valeur constitutionnelle : Cons. Constit. 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *précité.* Sur la conciliation entre le principe constitutionnel du droit de grève et l'objectif à valeur constitutionnelle de la continuité du service public, v. en ce sens : A. Taillefait, « L'exercice du droit de grève dans les services publics locaux », *Dr. soc.* 2019, p. 1020 ; F. Petit, « Le droit de grève dans les services publics : un puzzle à recomposer ? », *Dr soc.* 2017, p. 503 ; C. Radé, « Grève dans les entreprises gérant un service public de transport de voyageurs : de la difficulté de garantir la continuité du service public », *Lexbase hebdo* 2015, p. 603 ; E. Devaux, *La grève dans les services publics*, t. 1, PULIM, coll. Publications faculté de droit, 1995 ; D. Lochak, « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976, p. 56 ; G. Belorgey, « Le droit de grève et les services publics », *RIDC* 1965, p. 776.
[1530] F. Petit, Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *op. cit.*, p. 180.

telles entreprises, comme les agents de la SNCF, peuvent faire l'objet de réquisitions de la part du Gouvernement. Pour ces travailleurs, un tel encadrement prive le droit de grève de l'ampleur que les rédacteurs du préambule de la Constitution de 1946 avaient souhaité lui conférer.

414.- Le silence du législateur et l'émergence d'une définition prétorienne restrictive. Le silence du législateur sur les critères de qualification de la grève génère une limitation de l'exercice de ce droit. De jurisprudence constante, la grève est définie comme « un arrêt collectif et concerté du travail, en vue d'appuyer des revendications professionnelles »[1531]. Si cette définition est posée en des termes relativement larges, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser chaque critère, excluant ainsi certaines formes d'arrêt de travail du champ de l'exercice légal du droit de grève. Tout d'abord, l'arrêt de travail doit être *total* pour qu'il entre dans le champ de définition de la grève. Au regard de ce critère, la jurisprudence invalide certaines pratiques pourtant reconnues dans d'autres systèmes juridiques comme une modalité d'exercice du droit de grève. À titre d'illustration, le juge français considère que les grèves « perlées »[1532] ou « du zèle »[1533] ne répondent pas à la qualification de grève, contrairement à d'autres pays européens[1534]. En effet, elles ne répondent pas au critère de *cessation de travail* établi par la jurisprudence. Une telle restriction permet de remettre légitimement en cause l'effectivité du droit de grève en France. En effet, les interventions législatives n'ont pas permis d'encadrer de manière précise ce droit, et le juge a donc posé des critères de définition restrictifs. Or, conformément aux dispositions constitutionnelles et supranationales qui proclament ce droit, seul le législateur est détenteur de ce pouvoir. Le champ de l'exercice du droit de grève s'est donc trouvé limité par la jurisprudence. Il faut cependant relever que d'autres critères de définition sont d'interprétation relativement large, permettant une qualification plus aisée de la grève et donc, un meilleur exercice de ce droit. À titre d'illustration, le caractère *collectif* de l'arrêt de travail suppose qu'au moins deux salariés soient en grève. Comme a pu le souligner Jean

1531 Cass. soc. 23 oct. 2007, n° 06-17.802 ; *D.* 2008, p. 662, obs. A. Bugada. Cité par : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, p. 2035.

1532 La grève perlée est celle qui se caractérise par une succession d'arrêts de travail interrompus sur une même période.

1533 La grève du zèle consiste à appliquer avec une minutie excessive les directives patronales dans le but de ralentir fortement l'accomplissement de la tâche de travail.

1534 Ces formes de grève sont par exemple reconnues en Allemagne, en Finlande, en Grève, en Irlande, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni ou en Suède. V. en sens : W. Warneck, *La réglementation des grèves dans l'Union des 27 et au-delà. Synthèse comparative*, Institut syndical européen pour la recherche, la formation et la santé et sécurité, Bruxelles, 2008, pp. 8-9.

Savatier, ce critère de définition « se rattache à l'histoire de l'analyse juridique de la grève »[1535]. Ce critère est interprété d'autant plus largement que la jurisprudence admet d'ailleurs qu'un salarié puisse exercer seul ce droit, s'il est le seul salarié de l'entreprise[1536] ou s'il répond à un appel national[1537]. De même, le critère de l'arrêt de travail concerté est apprécié *lato sensu*, puisqu'il implique seulement l'établissement de revendications professionnelles établies collectivement en amont de la grève[1538].

415.- L'encadrement des effets de la grève par le législateur comme limite à la protection du droit de grève. Les différents constats qui précèdent invitent à questionner les limites posées par le législateur sur le droit de grève mais également par la jurisprudence, y compris constitutionnelle. Sur ce dernier point, il convient d'observer que « le Conseil constitutionnel offre une faible protection au droit de grève »[1539]. Dès lors, le législateur et à défaut la jurisprudence, sont-ils en mesure d'assurer une telle protection ? Le premier a assuré une protection contractuelle du salarié gréviste. Cette dernière n'est pourtant pas pleinement satisfaisante, puisque le salarié dans l'exercice licite du droit de grève se voit privé de sa rémunération proportionnellement au temps durant lequel il fait grève. Cette règle a été érigée par le législateur en 1950[1540] et intégrée au Code du travail la même année[1541]. Partant, les obligations principales du contrat de travail sont suspendues du fait de l'exercice de la grève par le salarié. Ce dernier n'est plus dans l'obligation d'accomplir la prestation de travail et contrairement à d'autres motifs d'absence, il n'existe pas d'obligation légale de maintien de la rémunération pendant la durée d'absence pour cause de grève. Cette suspension des obligations principales du contrat de travail et notamment, la retenue sur salaire du salarié gréviste invite au questionnement. En effet, le salarié qui porte des revendications professionnelles doit alors faire face à un choix cornélien : aller au travail pour bénéficier d'un salaire sans pouvoir se joindre au mouvement de grève, se privant de porter les revendications professionnelles qui

---

1535 J. Savatier, « Un salarié isolé peut-il user du droit de grève à l'appui d'une revendication individuelle ? », *RJS* 1997, p. 9.
1536 V. en ce sens : Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247, *précité*.
1537 V. en ce sens : Cass. soc., 29 mars 1995, n° 93-41.863.
1538 V. en ce sens : Cass. soc., 7 juin 1995, n° 94-43.895.
1539 N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 287, 2000, p. 126. Cité par P. Adam, « Grève dans le secteur privé – Généralités sur la grève », Rép. trav. Oct. 2020, §27.
1540 L. n° 50-205 du 11 févr. 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.
1541 C. trav., ancien art. L. 521-1. À l'heure actuelle, cette règle est prévue à l'article L. 2511-1 alinéa 1er du Code du travail, qui prévoit que « l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ».

font l'objet de la grève, ou se joindre à ce mouvement en se voyant privé de sa rémunération pour la durée de sa grève. Ainsi, l'exercice du droit de grève peut apparaître réservé à certaines catégories socioprofessionnelles supérieures et les salariés les plus modestes pourraient être privés de l'exercice de ce droit en raison de la perte de revenus qu'il génère. La retenue sur salaire proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail apparaît, à bien des égards, comme une entrave à l'effectivité du droit de grève. Si le législateur régit les effets de la grève sur le contrat de travail, un vide demeure quant à la qualification juridique de la grève. Bien que les dispositions constitutionnelles et supranationales délèguent la mise en œuvre du droit de grève au législateur, ce dernier semble pourtant s'y refuser, comme le relève Patrice Adam qui évoque en la matière une « démission législative »[1542]. En effet, si certaines dispositions législatives en vigueur s'intéressent au droit de grève[1543], la qualification juridique de cette dernière et la définition de la grève sont précisées par la jurisprudence[1544]. Le législateur abandonne donc la question de la qualification de la grève[1545].

B) Une protection ferme de l'absence pour l'exercice d'un mandat de représentation

416.- Une protection garantie par les sources de droit interne. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame le droit, pour les salariés, d'être représentés[1546]. À l'instar du droit de grève, le droit de représentation a donc une valeur constitutionnelle et doit, à ce titre, être protégé. En outre, les salariés exerçant un mandat de représentation sont particulièrement exposés. Leur mandat peut être source d'incompréhensions voire de différends avec l'employeur. C'est la raison pour laquelle les dispositions législatives en vigueur contribuent à assurer la protection des salariés investis d'un mandat de représentation.

1542 P. Adam, « Grève dans le secteur privé – Généralités sur la grève », *Rép. trav.* Oct. 2020, §26.
1543 C. trav., art. L. 2511-1 et suiv.
1544 B. Mathieu, S. Dion-Loye, « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC* 1991, p. 509. Cité par F. Petit, « Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *op. cit.*, p. 180 ; B. Teyssié, « La raison, la grève et le juge », *Dr. soc.* 1988, p. 562.
1545 V. notamment : B. Mathieu, S. Dion-Loye, « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *op. cit.*, p. 509. Cité par F. Petit, « Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *op. cit.*, p. 180.
1546 L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit expressément que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

417.- Une protection stricte du salarié exerçant un mandat de représentation. Pour ce qui est de l'objet d'étude, le salarié dans l'exercice d'un tel mandat a le droit et même l'obligation de s'absenter du travail régulièrement pour l'exercice de son mandat. Ces absences sont alors susceptibles de lui porter préjudice à plusieurs égards. Le salarié absent s'expose à la diminution de son salaire, à due proportion de la durée de son absence. Corrélativement, son ancienneté ainsi que l'ouverture de ses droits en matière de sécurité sociale se trouveraient pour l'une diminuée, pour l'autre différée en raison de son absence. De telles dispositions contribueraient toutefois à établir une discrimination en raison de l'exercice d'un mandat, puisque seuls les salariés mandatés feraient face à ce type de préjudices. Dans un raisonnement analogue à celui appliqué à l'absence pour grève, le salarié dans l'exercice d'un mandat se verrait privé de son salaire proportionnellement à la durée de son absence. Pourtant, il n'en est rien. La protection semble, à cet égard, supérieure à celle dont bénéficient les salariés grévistes. En effet, les absences d'un salarié liées à l'exercice de son mandat sont qualifiées de temps de travail effectif[1547]. En conséquence, les heures de délégation sont prises en considération dans le calcul de l'ancienneté, et des cotisations sociales sont payées sur le fondement de ce salaire. En outre, la protection du contrat de travail du salarié investi d'un mandat est particulièrement ferme. Le salarié exerçant un mandat, qu'il soit interne ou externe à l'entreprise, est un salarié protégé[1548]. Toute sanction disciplinaire est donc strictement encadrée. L'employeur doit avoir obtenu une autorisation de l'autorité administrative avant de procéder au licenciement voire, dans certains cas, solliciter l'avis du Comité social et économique en amont. Seule une contrainte est à relever : celle qui consiste, pour le salarié investi d'un mandat extérieur à l'entreprise, à informer l'employeur pour bénéficier du statut protecteur[1549]. La saisine de

[1547] Les absences au travail du salarié s'analysent, le cas échéant, en heures de délégation qui sont considérées par le législateur comme du temps de travail effectif. Les principaux mandats de représentation sont ci-après exposés. Pour les délégués syndicaux, v. en ce sens : C. trav., art. L. 2143-17. Pour les membres de la délégation du personnel au comité social et économique, v. en ce sens : C. trav., art. L. 2143-6. Pour les membres élus du conseil d'entreprise, v. en ce sens : C. trav., art. L. 2321-5. Pour les membres élus au comité de groupe, v. en ce sens : C. trav., art. L. 2334-2.

[1548] Ce thème a fait l'objet de pléthores d'écrits, auxquelles la présente étude renvoie. V. en ce sens : V. Pradel, *Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé*, Thèse Paris V, 2013 ; F. Duquesne, « Régime de la mise à pied du salarié protégé », *Dr. soc.* 2003, p. 177 ; E. Mignon, « Licenciement de salariés protégés. Précisions sur la charge de la preuve », *Dr. soc.* 2002, p. 627 ; H. K. Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Dr. ouvr. 2005, p. 242 ; A. Louvet, « La rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée d'un salarié protégé », *JCP S* 2008, p. 21 ; J. Colbeaux, « Retour sur la rupture du contrat des salariés protégés », *SSL* 2006, p. 6.

[1549] Jusqu'en 2012, le salarié investi d'un mandat externe bénéficiait du statut légal protecteur de plein droit. Toutefois, l'employeur de bonne foi pouvait ignorer l'existence de ce mandat et prononcer une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement. Or, dans la mesure où le statut protecteur s'appliquait de plein droit, l'employeur qui ne respectait pas la procédure inhérente au statut protecteur voyait sa sanction frappée de nullité. Alors saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a exactement relevé

l'inspection du travail permet de s'assurer du bien-fondé du motif de licenciement et surtout, qu'il soit dénué de lien avec le mandat exercé. La fermeté de la protection du salarié exerçant un mandat, en comparaison avec celle du salarié gréviste interroge. Un alignement de la procédure du second sur le premier ne serait-il pas souhaitable, à l'heure où le droit de grève s'impose comme le dernier moyen pour les salariés de faire entendre leurs revendications ? Le rejet de cet alignement s'explique par le très grand nombre de salariés grévistes en comparaison aux salariés investis d'un mandat. Pourtant, un renforcement de la protection des salariés grévistes apparaît souhaitable pour garantir pleinement l'effectivité de ce droit.

II- L'ambivalence de la protection du salarié absent pour raison de santé

418.- Plan. L'absence pour raison de santé fait partie des premières absences autorisées par le législateur. Puisqu'il le salarié absent pour raison de santé bénéficie à la fois d'une suspension de son contrat de travail et, en principe, d'un revenu de remplacement, il est permis de constater qu'il bénéficie d'une protection relativement ferme **(A)**. Pourtant, elle n'est pas sans limite. En effet, la période de suspension du contrat de travail est temporaire et n'a pas vocation à se pérenniser. Il s'agit d'une période contractuelle transitoire. Ainsi, à l'issue de la suspension du contrat de travail, le salarié a, en théorie, vocation à réintégrer le poste de travail qu'il occupait avant son absence. Cependant, cela n'est pas toujours possible. Lorsque l'absence porte atteinte aux intérêts de l'entreprise, des mécanismes contractuels de droit social existent et permettent à l'employeur, sous certaines conditions, de rompre le contrat de travail **(B)**. Ainsi, le salarié absent pour raison de santé oscille entre le bénéfice d'une protection ferme et l'admission d'une rupture du contrat de travail du salarié malade, à l'initiative de l'employeur.

---

que les dispositions prévues par les articles L. 2411-1, L. 2411-3 et L. 2411-19 du Code du travail qui prévoyaient le bénéfice de plein droit du statut légal protecteur aux salariés investis d'un mandat, que ce dernier soit intérieur ou extérieur à l'entreprise, « ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable […] » : Cons. constit. QPC, déc. n° 2012-242, 14 mai 2012. C'est à la suite de cette décision que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont instauré une obligation d'information de l'employeur, pesant sur le salarié investi d'un mandat externe, devant intervenir « au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement » : Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307 ; *RLDS* 2012, n° 76, p. 43, obs. I. Cornesse ; *JCP E* 2012, n° 41, p. 14, veille sociale ; *RDT* 2013, n° 1, p. 48, note J.-M. Verdier ; *JCP S* 2012, n° 44, note D. Boulmier.

A) Une protection fermement acquise

419.- Plan. La fermeté de la protection du salarié pour raison de santé s'explique à différents égards. Tout d'abord, le législateur a pris introduit l'état de santé du salarié comme motif discriminatoire. Par ailleurs, le droit à la santé figure parmi les droits fondamentaux. Pour ces raisons, l'employeur se trouve empêché de prendre des mesures à l'encontre d'un salarié en raison de son état de santé **(1)**. Cette protection a par la suite été renforcée dans certains cas particuliers qu'il conviendra d'envisager **(2)**.

1. La santé comme droit fondamental et motif discriminatoire

420.- Le droit à la santé comme droit fondamental. Tout d'abord, l'état de santé du salarié est protégé en dehors du champ du droit social au titre des droits fondamentaux. En effet, le droit à la santé constitue un droit fondamental consacré par de nombreux textes, tant en droit interne qu'au niveau supranational. À titre d'illustration, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 reconnaît « le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »[1550]. La Charte sociale européenne prévoit quant à elle le droit à la protection de la santé, en précisant que les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif de ce droit[1551]. Dès lors, le droit à la santé fait l'objet d'une protection stricte, qui s'étend à la sphère professionnelle puisque l'accomplissement d'un travail ne doit pas donner lieu, pour celui qui l'exerce, à une dégradation de son état de santé. En droit interne, le droit à la santé est également proclamé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1958, texte à valeur constitutionnelle puisqu'intégré dans le bloc de constitutionnalité[1552]. Il s'agit plus exactement d'un objectif à valeur constitutionnelle[1553]. En somme, ces textes ont contribué à élever la santé au rang de droit fondamental. Ce constat est d'autant plus vrai que l'état de santé est reconnu comme un motif discriminatoire, faisant ainsi l'objet d'une protection accrue.

[1550] PIDESC, 16 déc. 1996, art. 12.

[1551] Charte sociale européenne revisitée, 3 mai 1996, Partie II, art. 11.

[1552] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 11 : « [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et le loisirs ». Sur l'intégration du Préambule de la Constitution de 1946 à ce que la doctrine qualifie de « bloc de constitutionnalité », v. en ce sens : Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association* ; *RDP* 1971, p. 1171, note J. Robert ; *AJDA* 1971, p. 537, note J. Rivero.

[1553] B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel* 1999, p. 59.

421.- L'état de santé comme motif discriminatoire. La fermeté de la protection réside dans le fait que l'état de santé constitue un motif discriminatoire. En vertu de l'article L. 1132-1 du Code du travail, aucune personne ne peut être victime d'une discrimination en raison de son état de santé[1554]. Partant, toute mesure prise en considération de ce motif est nulle de plein droit en raison de son caractère discriminatoire. Si les dispositions législatives en vigueur protègent fervemment l'état de santé du salarié, c'est en raison du droit à la protection de la santé tel que consacré par le Préambule de la Constitution de 1946. Comme le relèvent les auteurs du Précis Dalloz, « la problématique du licenciement d'un salarié pour un motif rattaché à son état de santé relève ainsi du droit des discriminations et des droits fondamentaux »[1555]. La protection du salarié absent en raison de l'état de santé se situe donc au croisement de ces droits. Si le droit des discriminations trouve sa source à la fois dans le droit de l'Union européenne[1556] et dans les normes à valeur constitutionnelle[1557], le droit à la protection de la santé revêt une valeur constitutionnelle[1558]. C'est sur ces fondements que les juges considèrent comme nuls, de jurisprudence constante, les licenciements fondés sur l'état de santé du salarié[1559] et plus largement, toutes les sanctions disciplinaires reposant sur l'absence d'un salarié pour état de santé[1560]. Le régime de la non-discrimination constitue donc le fondement de la nullité des sanctions prises par l'employeur en considération de l'état de santé du salarié. Même lorsque la mesure est en lien indirect avec la maladie ou l'accident, la sanction de la nullité s'applique. En pratique, la nullité du licenciement se traduit par la possibilité, pour le salarié, d'obtenir sa réintégration ainsi que le paiement des salaires qu'il aurait dû percevoir

---

1554 Cet article du Code du travail résulte de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *précitée*. Parmi les motifs discriminatoire, l'état de santé est cité (art. 1er de la loi *précitée*).

1555 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.*, pp. 497-498.

1556 La loi de 2008 précitée a transposé de nombreuses directives communautaires notamment les directives suivantes : Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

1557 Est ici visé l'art. 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose substantiellement que la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens. Or, la mise en œuvre de ce principe d'égalité des citoyens devant la loi implique directement la prohibition des discriminations.

1558 Art. 11 du Préambule de la Constitution du 4 oct. 1958, *précité*.

1559 V. en ce sens : Cass. soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993 ; *RDT* 2020, p. 544, comm. M. Mercat-Bruns ; *JCP S* 2020, 2077, note M. Babin ; Cass. soc. 23 mai 2013, n° 11-28.734 ; Cass. soc. 11 juill. 2012, n° 10-15.905 ; *Dr. ouvr.* 2012, p. 802, comm. M. Bonnechère ; Cass. soc. 16 déc. 2010, n° 09-66.954 ; *BJT* 2011, n° 227, p. 49, note F. Pommeret ; *JCP S* 2011, n° 5, p. 31, P.-Y. Verkindt ; Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 08-40.156 ; Cass. soc. 25 fév. 2009, n° 07-41.724 ; *SSL* 2009, n° 1411, p. 147, supp. F. Vélot ; *JSL* 2009, n° 255, p. 27, note N. Gardair-Rérolle ; *RDT* 2009, n° 5, p. 303, obs. F. Debord.

1560 V. notamment : Cass. soc. 24 juin 2009, n° 08-40.055 ; Cass. soc. 25 fév. 2009, n° 07-41.724, *précité*.

entre la date de son éviction et celle de sa réintégration[1561] ou, à défaut, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement[1562]. Ainsi, l'état de santé est protégé par la jurisprudence au même titre que ne le sont d'autres motifs de discriminations tels que la grève ou l'exercice d'un mandat de représentation. Lorsqu'un salarié est absent pour l'un de ces motifs protégés par le droit des discriminations, le pouvoir arbitraire de l'employeur se trouve annihilé et ce dernier doit attendre que le motif à l'origine de l'absence cesse pour recouvrer son pouvoir disciplinaire. Pour ce qui est de l'état de santé, la protection du salarié a tendance à se proroger dans le temps. En effet, pour ce qui est de la grève ou de l'exercice d'un mandat de représentation, la date de fin est facile à identifier. Pour ce qui est de l'état de santé, la difficulté est accrue puisque la date de fin peut s'avérer complexe. En effet, le salarié peut, sur décision du médecin du travail, reprendre le travail alors même que son état de santé n'est pas parfaitement rétabli. Le retour du salarié au travail doit donc être conjugué avec des dispositifs qui visent à assurer la protection de son état de santé, comme l'adaptation, l'aménagement voire la transformation de poste ou le temps partiel thérapeutique[1563].

422.- L'existence de dispositifs juridiques visant à la pérennisation du contrat de travail du salarié malade. Pour assurer une protection efficace et garantir les droits fondamentaux du salarié absent pour raison de santé, les dispositions législatives encadrent strictement les différents régimes juridiques permettant de pallier cette absence. Ainsi, ceux qui visent à pérenniser le contrat de travail du salarié dans l'entreprise doivent être largement privilégiés, au profit de ceux qui permettent à l'employeur de remplacer définitivement le salarié absent pour raison de santé[1564]. Partant, le remplacement du salarié malade est fermement encadré. Si l'absence pour maladie figure parmi les motifs de recours au contrat à durée

---

[1561] V. en ce sens : Cass. soc. 27 janv. 2021, n° 19-21.200 ; *Dr. ouvr.* 2021, n° 872, p. 231, note R. Coulaud ; *Dr. soc.* 2021, n° 6, p. 559, note J. Mouly ; *JCP S* 2021, n° 10, p. 27, note Y. Pagnerre ; Cass. soc. 16 oct. 2019, n° 17-31.624 ; *JCP S* 2019, n° 47, p. 25, note V. Delattre et E. Leynaud ; Cass. soc. 3 oct. 2018, n° 16-19.836 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 42, p. 56, note H. de Brier ; *JCP S* 2018, n° 45, p. 33, note J.-Y. Kerbourc'h ; *SSL* 2018, n° 1834, p. 12, note S. Tournaux ; Cass. soc. 29 mai 2013, n° 11-28.734, *précité* ; Cass. soc. 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *précité* ; Cass. soc. 20 sept. 2006, n° 05-40.241 ; *RDT* 2006, n° 6, p. 385, obs. G. Pignarre ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-41.325 ; *Dr. soc.* 2004, n° 9, p. 907, note J. Savatier ; *Lexbase soc.* 2004, n° 124, obs. S. Martin-Cuenot ; Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-44.517 ; *JSL* 2003, n° 117, p. 21, note M.-C. Haller ; *Dr. soc.* 2003, n° 2, p. 233, obs. A. Mazeaud ; *Lexbase soc.* 2002, n° 51, obs. C. Radé.

[1562] V. en ce sens : Cass. soc. 30 janv. 2019, n° 17-31.473 ; *LPA* 2019, n° 89, p. 15, note M. Richevaux ; *Dr. soc.* 2019, n° 3, p. 265, note J. Mouly ; *Lexbase soc.* 2019, n° 772, obs. S. Tournaux ; Cass. soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009 ; *JCP E* 2016, n° 49, p. 44, note G. Duchange ; *RDT* 2016, n° 5, p. 338, note M. Lafargue ; Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.855 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 97, p. 8, note P. Polère ; *JCP E* 2006, n° 6, p. 324, note J. Mouly ; *D.* 2006, n° 3, p. 204, note G. Loiseau ; *JCP S* 2005, n° 21, p. 23, obs. P.-Y. Verkindt.

[1563] Ces dispositifs seront analysés ultérieurement : v. *infra*, n° 498.

[1564] Plus largement sur la question de la pérennité contractuelle, v. en ce sens : A.-S. Lavefve-Laborderie, *La pérennité contractuelle, op. cit.*

déterminée[1565], elle n'en demeure pas moins soumise au principe dont dispose l'article L. 1242-1 du Code du travail. Ce texte prévoit que le contrat à durée déterminée « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi ». Le recours au contrat à durée déterminée pour le remplacement d'un salarié malade n'échappe pas à ce principe, faute de quoi le contrat de travail du salarié absent pour raison de santé serait très fortement menacé. Le contrat à durée déterminée doit donc être utilisé temporairement, le temps que l'état de santé du salarié remplaçant s'améliore et qu'il puisse reprendre son travail. *A priori*, le salarié remplaçant n'est donc qu'un palliatif à l'absence du salarié remplacé. Ce dispositif juridique tend ainsi à permettre la continuité de l'activité dans l'attente qu'il puisse reprendre le travail. Le recours au contrat à durée déterminée est donc gage de protection du contrat de travail du salarié absent pour raison de santé. Par ailleurs, lorsque son état de santé lui permet de reprendre le travail, l'employeur doit assurer le retour du salarié au poste de travail qu'il occupait précédemment. L'employeur est ainsi tenu à une obligation de réintégration du salarié malade[1566]. Les dispositions législatives en vigueur prévoient expressément que le salarié absent pour maladie ordinaire doit, à son retour, retrouver son emploi ou, à défaut, un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente[1567]. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que, pour être « similaire », le nouvel emploi devait comporter « le même niveau de qualification, la même rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière »[1568]. Le retour du salarié est ainsi fermement encadré et il ne saurait subir un préjudice, tant contractuel qu'économique, lors de son retour au travail. La protection contractuelle du salarié se traduit également par le dispositif juridique du temps partiel thérapeutique. Cette hypothèse n'est pas directement prévue par le Code du travail, mais le Code de la sécurité sociale régit son régime juridique[1569]. Il prévoit ainsi que lorsque la reprise du travail est reconnue comme étant de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré, les indemnités journalières de sécurité sociale doivent être versées[1570]. En principe, l'employeur est contraint d'accepter le temps partiel thérapeutique en vertu de son obligation de reclassement[1571]. Il ne peut s'y opposer que s'il démontre qu'il entraîne une perturbation de l'entreprise. En outre, en l'absence de contre-indication médicale, le salarié malade peut

[1565] C. trav., art. L. 1242-2, 1° a).
[1566] C. trav., art. L. 1226-8.
[1567] *Ibid.*
[1568] Cass. soc. 24 mars 2010, n° 09-40.339 ; *Lexbase soc.* 2010, n° 390, comm. G. Auzero ; *JSL* 2010, p. 15, note B. Ballouhey.
[1569] V. en ce sens : CSS, art. L. 323-3.
[1570] CSS, art. L. 323-1, 1°).
[1571] L'obligation de reclassement est subsidiaire à l'obligation de réintégration : C. trav., art. L. 1226-8 al. 1er.

continuer d'exercer son mandat de représentation[1572]. L'absence pour maladie ne suspend pas le mandat de représentation[1573]. Cela signifie que le salarié absent pour raison de santé doit, en principe, être convoqué aux réunions[1574]. C'est la traduction d'une volonté affichée de maintenir le salarié dans l'entreprise. En effet, si la protection de l'activité professionnelle du salarié malade est assurée, l'exercice d'activités secondaires au contrat de travail tel que l'exercice d'un mandat de représentation l'est également. Enfin, la protection contractuelle peut être renforcée par une clause de garantie d'emploi, prévue dans une convention collective. Cette clause interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail du salarié, pendant une certaine période, même si son absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement prononcé en violation d'une telle clause est considéré comme sans cause réelle et sérieuse[1575]. Cependant, la clause de garantie d'emploi n'interdit pas à l'employeur de licencier le salarié pour inaptitude, pour motif économique ou disciplinaire.

2. Une protection renforcée

423.- Plan. Certaines situations particulières peuvent justifier une protection accrue du salarié absent pour raison de santé. C'est notamment le cas lorsque l'absence du salarié résulte d'un manquement de l'employeur à son obligation de santé et de sécurité. Cette dernière peut alors être à l'origine d'une dégradation de l'état de santé du salarié, ou d'un risque pour celle-ci **(a)**. D'autres cas particuliers justifient une protection renforcée de l'absence du salarié, parce que ce dernier est considéré comme un travailleur particulièrement vulnérable en raison de son état de santé. C'est le cas du salarié en situation de handicap, mais également de la salariée enceinte ou en congé maternité **(b)**.

[1572] La chambre mixte a eu l'occasion de préciser que l'exercice du mandat de représentation par le salarié malade devait être autorisé par le médecin prescripteur de l'arrêt de travail ; à défaut, le paiement des heures de délégation par l'employeur n'est pas obligatoire. V. en ce sens : Cass. ch. mixte, 21 mars 2014, n° 12-20.002 ; *JCP E* 2014, n° 44, p. 38, obs. G. Vachet ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 152, p. 35, obs. F. Marron ; *JCP S* 2014, n° 25, p. 44, note D. Asquinazi-Bailleux.

[1573] Cette règle est le fruit d'une jurisprudence constante depuis l'arrêt : Cass. crim. 16 juin 1970, n° 93-13.269.

[1574] *Ibid.*

[1575] Cass. soc., 18 déc. 2019, n° 18-18.864.

a- Un manquement de l'employeur à l'obligation de santé et de sécurité à l'origine de l'absence

424.- La pénibilité au travail à l'origine de mesures de prévention des risques professionnels. La pénibilité au travail est le facteur précurseur des accidents du travail et maladies professionnelles[1576]. Comme l'a démontré Franck Héas, la pénibilité résiderait dans « une situation dans laquelle la santé ou l'intégrité physique ou mentale du travailleur pourrait apparaître altérée à plus ou moins longue échéance »[1577]. La pénibilité serait donc source de détérioration de la santé mentale et physique du salarié[1578].. Elle pourrait être caractérisée par une « usure de l'individu, dont l'organisme se dégraderait inévitablement »[1579]. Il découle de cette définition que la pénibilité au travail est intrinsèquement liée aux conditions de travail, et ce même en l'absence de tout risque professionnel encouru. Cette définition extensive met à la charge de l'employeur un large éventail d'obligations en matière de prévention, entraînant pour conséquence directe le renforcement des impératifs existants en matière de santé et de sécurité Une telle approche de la pénibilité comporte également un volet subjectif, puisqu'elle résulte également de la personne même du travailleur. En effet, tout dépend également de sa « fragilité ». Cela est d'autant plus vrai en matière de risques psychosociaux. Une interrogation demeurait sur le fait d'appréhender la pénibilité sous un angle objectif, qui consisterait à l'envisager comme étant un facteur de dégradation de la santé et de la sécurité du travailleur, ou de façon subjective, comme étant l'expression de la pénibilité du salarié du fait de ses conditions de travail ? La réponse à cette interrogation a été apportée par le législateur par une loi de 2010 concernant la réforme des retraites[1580]. À la lecture de ce texte, la *conception objective* est largement privilégiée[1581]. Le législateur semble exclure du champ de cette notion la manifestation de risques psychosociaux, et circonscrire la pénibilité à la réalisation des risques

---

1576 Sur le concept de pénibilité, v. notamment : F. Héas, « Faire de la pénibilité, un vocable étendard ! », *Dr. ouvr.* 2023, p. 901 ; F. Héas, « La pénibilité, une histoire de mots (maux) et de droit(s) », *Dr. soc.* 2021 p. 300 ; F. Héas, « La pénibilité au travail, une problématique multidimensionnelle », *Dr. ouvr.* 2016, p. 339 ; F. Lalanne, « La prévention, nouveau paradigme de la santé au travail ? », *JSL* 2016, p. 1 ; M. Gautier, « La prise en compte de la pénibilité : un enjeu majeur de justice sociale », *Dr. ouvr.* 2016, p. 335 ; S. Fantoni-Quinton, J. Quandalle-Bernard, « La pénibilité au travail : un concept à géométrie (très) variable… », *RDSS* 2012, p. 163 ; F. Héas, « La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? », *op. cit.*, p. 262.

1577 F. Héas, « La définition juridique de la pénibilité au travail », *Travail et emploi* 2005, n° 104.

1578 Comme le souligne Franck Héas, la pénibilité est, avant toute chose, « une relation de cause à effet entre un environnement professionnel précis dans lequel le salarié est amené à fournir sa prestation de travail et un état de santé dégradé » : F. Héas, « Faire de la pénibilité, un vocable étendard ! », *Dr. ouvr.* 2023, p. 901.

1579 F. Héas, « La définition juridique de la pénibilité au travail », *op. cit.*

1580 L. n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

1581 F. Petit, « Les nouveaux contours de l'obligation de sécurité à la lumière des outils de prévention de la pénibilité », *Dr. soc.* 2013, p. 42.

professionnels. La loi susvisée a le mérite d'uniformiser le contentieux en la matière, dans la mesure où les risques professionnels ainsi envisagés sont mesurables et quantifiables, limitant ainsi la marge d'appréciation des juges. D'ailleurs, un article du Code du travail évoque plusieurs facteurs de risques professionnels liés à des « contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail »[1582]. Cette approche a pu être contestée, certains la considérant comme trop restrictive et ne permettant pas de lutter efficacement contre les effets nocifs de la pénibilité au travail[1583]. D'autres soutiennent, *a contrario*, que la prévention de la pénibilité devrait être une anticipation des risques existants qui ne se sont pas encore réalisés[1584].

425.- La prévention des risques professionnels comme obligation de résultat. La prise en considération de la pénibilité au travail a permis de construire une obligation de prévention des risques professionnels dont l'employeur est débiteur. Celle-ci trouve sa place à l'article L. 4121-1 alinéa premier du Code du travail, qui prévoit expressément que « l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». L'article suivant dresse une liste exhaustive des principes généraux de prévention sur le fondement desquels l'employeur est tenu de mettre en œuvre la politique de prévention[1585]. À cet égard, le législateur évoque que ces mesures doivent être mises en place par l'employeur « sur le fondement des principes généraux de prévention »[1586]. L'employeur est ainsi tenu de mettre en place une politique qui respecte très strictement les impératifs de ce texte. Si un risque professionnel se réalise, l'employeur pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il avait pourtant tout mis en œuvre pour l'éviter. C'est la raison pour laquelle l'ancienne obligation de santé et de sécurité de l'employeur – qui s'analysait en une obligation de résultat – a évolué vers une obligation de prévention de résultat ou une obligation de santé et de sécurité de moyens renforcée[1587]. La diminution d'intensité de l'obligation de santé et de

---

1582 C. trav., art. L. 4121-31.
1583 B. Lardy-Pélissier, « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *RDT* 2011, p. 160.
1584 B. Desjardins, « La prévention des handicaps », *Dr. soc.* 1991, p. 558.
1585 C. trav., art. L. 4121-2.
1586 *Ibid.*
1587 Sur l'obligation de santé et de sécurité, v. en ce sens : L. de Montvalon, « Le crépuscule de l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2018, p. 8 ; F. Champeaux, M. Corbères, « Un signe fort de la maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2016, p. 11 ; P.-H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *Dr. soc.* 2016, p. 457 ; F. Lalanne, « Le sacre de la prévention », *JSL* 2016, p. 1 ; F. Lalanne, « La prévention, nouveau paradigme de la santé au travail ? », *op. cit.*, p. 1 ; F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *Dr. ouvr.* 2016, p. 10 ; F. Héas, « De la sécurité à la santé, les évolutions de la prévention au travail », *SSL* 2014, p. 23 ; P.-Y. Verkindt, S. Fantoni-Quiton, « Obligation de résultat en matière de santé au travail. À l'impossible, l'employeur est tenu ? »,

sécurité de l'employeur génère principalement des difficultés relatives à la reconnaissance de la faute inexcusable. En tout état de cause, cette obligation n'en demeure pas moins essentielle. C'est la raison pour laquelle le salarié victime ou exposé à un risque professionnel bénéficie d'une protection renforcée.

426.- Le salarié victime d'un risque professionnel : l'accident du travail et la maladie professionnelle. L'accident du travail est défini par le législateur, étant défini comme celui qui est « survenu par le fait ou à l'occasion du travail »[1588]. La jurisprudence a précisé cette définition, précisant que « constitue un accident du travail un évènement ou une série d'évènements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle, quelle que soit la date d'apparition de celle-ci »[1589]. Dans ce cas, naît une présomption d'imputabilité de l'accident au travail qui peut cependant être renversée si l'employeur démontre que la cause à l'origine de l'accident est totalement étrangère au travail[1590]. L'accident du travail bénéficie d'une définition particulièrement extensive. À titre d'illustration, le malaise subi par une salariée, dont le contrat de travail était suspendu, alors qu'elle comparaissait devant une instance appelée à se prononcer sur une sanction disciplinaire est qualifié d'accident du travail[1591]. En définitive, pour que l'accident du travail soit caractérisé, il doit exister un lien de causalité, même indirect, entre la survenue de l'accident et le travail. Ce même lien existe également pour la maladie professionnelle. Dans les deux cas, l'activité professionnelle a contribué à la dégradation de l'état de santé du salarié. Elle est à l'origine d'un dommage corporel ou psychique. C'est la raison pour laquelle le salarié victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle voit la protection de son contrat de travail accrue. D'une part, le salarié bénéficie des mêmes dispositions protectrices que le salarié absent pour maladie ordinaire. À titre d'illustration, il retrouve également son emploi ou un emploi « similaire »[1592]. Cette protection est renforcée puisque le licenciement du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est encore plus encadré. L'employeur ne peut licencier le

Dr. soc. 2013 p. 229 ; M. Véricel, « L'obligation patronale de sécurité de résultat : un régime renforcé », *RDT* 2010, p. 303 ; Y. Saint-Jours, « L'obligation de sécurité du salarié : prévention et responsabilité », *Dr. ouvr.* 2007, p. 560

1588 CSS, art. L. 411-1.

1589 Cass. soc., 2 avr. 2003, n° 00-21.768 ; *Lexbase soc.* 2003, n° 66, obs. C. d'Artigue ; *Dr. soc.* 2003, n° 6, p. 673, note L. Millet.

1590 Cass. civ. 2, 6 oct. 2016, n° 15-25.924 (salariée victime d'un accident post-vaccinal, survenu à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B, imposé dans le cadre de l'emploi occupé) ; *JCP E* 2017, n° 13, p. 49, chron. A. Bugada ; *JCP S* 2016, n° 47, p. 31, obs. D. Asquinazi-Bailleux.

1591 Cass. soc., 14 fév. 2024, n° 22-18.798 ; *JCP S* 2024, n° 15, p. 23, note M. Babin.

1592 C. trav., art. L. 1226-8.

salarié pour perturbation de l'entreprise, lorsque l'absence répétée et prolongée est la conséquence de la survenue d'un risque professionnel[1593]. Le cas échéant, un tel licenciement est nul car fondé sur l'état de santé du salarié[1594]. Cette solution jurisprudentielle apparaît pertinente à certains égards. L'employeur ne saurait rompre le contrat de travail d'un salarié en raison des perturbations générées par ses absences, alors même que la cause de l'absence lui est imputable. Contrairement au régime de la maladie ordinaire, celui de l'accident du travail et de la maladie professionnelle ne prévoit aucun délai de carence entre le début de l'arrêt de travail et le versement des indemnités journalières de sécurité sociale[1595].

427.- Le salarié exposé à un risque professionnel : le droit de retrait. La protection renforcée du salarié intervient également lorsque ce dernier fait face à un risque professionnel, sans qu'il n'ait pour autant subi un préjudice. Les dispositions législatives en vigueur autorisent le salarié qui a un *motif raisonnable* de penser qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé à se retirer du travail et donc, à s'absenter[1596]. C'est l'hypothèse du droit de retrait[1597]. Là encore, le fait pour l'employeur d'exposer ses salariés à un danger justifie que ces derniers puissent s'absenter sans obtenir son autorisation préalable[1598]. L'exercice légitime du droit de retrait paralyse le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ce dernier se trouve alors privé de toute sanction ou retenue sur salaire[1599].

[1593] Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082 ; *JCP E* 2013, n° 31, p. 53, note F. Pelletier ; *SSL* 2013, n° 1599, n° 160, obs. V. Chandivert ; *Dr. soc.* 2013, n° 7, p. 576, chron. S. Tournaux. Conf. Cass. soc. 10 mars 2021, n° 19-11.305.

[1594] Cass. soc. 24 mars 2021, n° 19-13.188 ; *SSL* 2021, n° 1953, p. 11, note S. Tournaux ; *JCP S* 2021, n° 16, p. 36, note J.-Y. Frouin.

[1595] C. trav., art. D. 1226-3.

[1596] Le principe du droit de retrait est exposé à l'article L. 3121-3 du code du travail : « aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux ».

[1597] Ce droit a été instauré par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Les modalités d'exercice du droit de retrait sont prévues aux articles L. 4131-1 et suivants du code du travail. Le droit de retrait se distingue du *droit d'alerte*, par lequel le salarié signale à l'employeur l'existence d'une situation qu'il estime grave ou particulièrement préoccupante pour la santé et la sécurité du salarié. D'ailleurs, le signalement par les salariés d'un tel danger constitue davantage un *devoir* qu'un droit d'alerte, puisqu'il s'agit véritablement d'une obligation pour le salarié. Le droit d'alerte constitue le préalable à l'exercice du droit de travail. Le droit d'alerte n'est pas systématiquement assorti d'un retrait des salariés. Les salariés exerceront ce droit si l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires visant à faire cesser le danger. C'est la raison pour laquelle la présente étude n'attache pas de développements au droit d'alerte puisqu'il ne génère pas, à lui seul, de situation d'absence.

[1598] Cass. soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.272 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 13, p. 80, chron. J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; *RDT* 2016, n° 3, p. 183, note F. Duquesne ; *JCP S* 2016, n° 4, p. 31, note B. Bossu.

[1599] C. trav., art. L. 4131-3 : « aucune sanction, *aucune retenue sur salaire* ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux ». En revanche, dans un raisonnement *a contrario*, ce texte suppose que la retenue sur salaire se justifie si le salarié a

L'absence du salarié consécutive au droit de retrait peut être considérée comme une sanction indirecte de l'employeur, et une mise en demeure de ce dernier de se conformer à son obligation de prévention des risques professionnels. Le droit de retrait peut ainsi être perçu comme une application civiliste de l'exception d'inexécution entre les mains du salarié[1600]. Dans l'attente que l'employeur se conforme à son obligation, le salarié est bien-fondé à suspendre l'exécution de l'obligation qui lui incombe. Un tel mécanisme est bienvenu. En effet, le législateur considère que la situation de danger dans laquelle les salariés sont placés justifie qu'ils s'absentent du travail dans l'attente que l'employeur se conforme à ses obligations en matière de santé et de sécurité. Il fait donc primer l'obligation de santé et de sécurité dont l'employeur est débiteur, sur l'obligation du salarié d'accomplir sa prestation de travail.

Si la protection renforcée du salarié trouve son origine dans l'obligation de prévention des risques professionnels incombant à l'employeur, elle est d'autant plus prégnante pour certaines catégories de travailleurs vulnérables.

b- Une situation de vulnérabilité considérable

428.- La protection renforcée du travailleur handicapé. En raison de sa particulière vulnérabilité, le travailleur en situation de handicap bénéficie d'une protection accrue à différents égards. Cette protection trouve une assise textuelle dans une convention de l'Organisation des Nations Unies de 2006, ratifiée par la France[1601]. Le législateur français définit

---

exercé son droit de droit alors même que les conditions d'exercice de ce droit n'étaient pas réunies. Dans ce cas, l'employeur peut procéder à une retenue sur salaire sans qu'il ne « soit tenu de saisir préalablement le juge du bien-fondé de l'exercice de ce droit par le salarié » : Cass. soc., 22 mai 2024, n° 22-19.849 ; *JCP S* 2024, n° 26, p. 36, note N. Dauxerre ; *SSL* 2024, n° 2099, p. 18, note L. J. El Berry.

[1600] Cette expression est reprise de l'article suivant : N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *op. cit.*, p. 565. Comme le relève l'auteur, si le droit de retrait « est avant tout conçu comme un droit individuel de protection », « ses conditions et ses effets en font une forme d'inexécution de droit commun ». En effet, le droit de retrait se caractérise précisément par une suspension de l'obligation principale du salarié au contrat de travail – l'exécution de la prestation de travail – dans l'attente que l'employeur se conforme aux obligations légales existant en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail.

[1601] Convention relative aux droits des personnes handicapées. Comprendre et mobiliser la convention pour défendre le droit des personnes handicapées, Assemblée générale des Nations-Unies, 13 déc. 2006. Cette convention a été ratifiée par la France et elle est entrée en vigueur le 20 mars 2010. La protection du travailleur en situation de handicap trouve notamment une illustration en matière d'absence. Depuis 2013, la Cour de justice de l'Union européenne donne une définition relativement extensive de handicap. Selon elle, le handicap doit « être entendu comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». V. en ce sens : CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 ; *D.* 2013. 1388, note A. Boujeka ; *JA* 2013, n° 480, p. 11, obs. L. T ; *RDT* 2013. 657, obs. C. Boutayeb ; *RDSS* 2013. 843, note H. Rihal et J. Charruau ; *RTD eur.* 2015. 175, obs. F. Benoît-Rohmer ; *Rev. UE* 2016. 37, étude O. Andreea Macove. Dans cette décision, la Cour de justice de l'Union européenne se fonde sur la directive 2000/78 du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

le travailleur handicapé comme « toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique »[1602]. Cette définition instaure en premier lieu un critère cardinal : est considéré comme travailleur handicapé celui qui est victime d'une *altération de l'une de ses fonctions*, quelle qu'elle soit. En outre, pour bénéficier de la qualification de travailleur handicapé, cette altération doit générer, pour le salarié, une *perte de chance d'entrer dans l'emploi ou d'y rester*. Cette définition du travailleur handicapé est relativement large et donc, protectrice de ses intérêts. Par ailleurs, une corrélation doit être établie entre la protection du salarié en situation de handicap et le régime de la non-discrimination. En effet, l'article L. 1132-1 prévoit qu'aucune sanction ne peut être prise par l'employeur à l'encontre d'un salarié en raison de son handicap[1603]. Ainsi, le handicap figure lui aussi parmi les motifs discriminatoires au même titre que l'état de santé. Le travailleur handicapé bénéficie, à l'instar du travailleur malade, d'une protection juridique. Toutefois, il est plus fermement protégé que le salarié malade, parce qu'il expose le salarié à un risque accru d'entrer dans l'emploi ou de s'y maintenir. Ainsi, le législateur prévoit un certain nombre de politiques en faveur de l'emploi des personnes en situation de handicap[1604]. Un suivi médical renforcé est exigé et le médecin du travail est garant de la continuité de l'emploi en proposant des adaptations du poste de travail au profit du travailleur handicapé[1605]. Par ailleurs, l'employeur est notamment tenu d'assurer que leur poste de travail est accessible et adapté pour qu'il puisse permettre une égalité de traitement[1606]. À cet égard, le refus, par l'employeur, de prendre les mesures appropriées envers un travailleur handicapé qu'il envisageait de licencier pour inaptitude, peut être de nature entraîner la nullité du licenciement[1607]. Plus généralement, la Cour de justice de l'Union européenne a pu préciser que le travailleur handicapé est celui qui « [présente] une productivité inférieure à un taux donné, une moindre polyvalence dans les postes de travail ainsi qu'un taux d'absentéisme élevé »[1608]. Ainsi, ses absences répétées doivent être considérées comme consubstantielles à son handicap. La Cour de justice de l'Union européenne s'est d'ailleurs prononcée sur ce point en 2018, dans

[1602] C. trav., art. L. 5213-1.
[1603] L'article L. 1132-4 du code du travail prévoit qu'est sanctionné de nullité tout acte pris en méconnaissance de cet article.
[1604] C. trav., art. L. 5211-1 et suiv.
[1605] V. en ce sens : C. trav., art. L. 4624-1 et R. 4624-17.
[1606] C. trav., art. L. 5213-6 al. 2. Ce même texte prévoit en revanche un principe de proportionnalité entre l'obligation d'aménagement du poste de travail du travailleur handicapé et le coût que génèrent ces aménagements pour l'employeur. Sur ce point, v. également : CJUE, 10 fév. 2022, aff. C-485/20 ; *Europe* 2022, n° 4, p. 35, note L. Driguez.
[1607] Cass. soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993 ; *RDT* 2020, p. 544, comm. M. Mercat-Bruns ; *JCP S* 2020, 2077, note M. Babin.
[1608] CJUE, 11 sept. 2019, aff. C-397/18 ; *AJFP* 2023, n° 10, p. 513, note X. Jérard.

l'arrêt *Ruiz Conjero*. Elle a jugé qu'une réglementation de droit national susceptible de désavantager les travailleurs handicapés et de générer une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap n'était compatible avec une directive européenne, que si la mesure est proportionnée à l'objectif de lutte contre l'absentéisme[1609]. Cette solution marque une certaine forme de souplesse offerte par la CJUE aux États membres. Dans la mesure où les travailleurs handicapés sont davantage absents en raison de leur infirmité, qui découle directement de leur handicap, une telle mesure de lutte contre l'absentéisme ne devrait pas s'appliquer aux travailleurs handicapés. Elle constitue une discrimination indirecte. Face à une telle mesure, le travailleur handicapé est largement incité au présentéisme, facteur de dégradation de l'état de santé.[1610] En outre, il s'agirait de faire primer la lutte contre l'absentéisme sur la protection de l'état de santé des travailleurs handicapés, ce peut paraître contestable.

429.- La protection renforcée de la salariée en état de grossesse ou en congé maternité. La salariée en état de grossesse ou en congé maternité est également considérée comme en situation de particulière vulnérabilité. Elle oscille entre des phases de protection absolue et relative[1611]. Depuis 1966, les dispositions législatives assurent la protection contractuelle de la salariée dont la grossesse est médicalement constatée, et jusqu'à l'expiration d'un délai de 12 semaines suivant son accouchement[1612]. Pendant cette période de protection absolue, le licenciement être prononcé. La salariée enceinte ou venant d'accoucher qui est licenciée pendant cette période peut ainsi solliciter la nullité de son licenciement, qui joue alors de plein droit[1613]. Cette jurisprudence perdure depuis lors. En outre, la protection de la salariée enceinte ou venant d'accoucher a été étendue à d'autres phases du contrat de travail, et ce même avant la conclusion d'un contrat de travail. Depuis 2006, l'état de grossesse figure par les motifs

---

1609 CJUE, 18 janv. 2018, *Ruiz Conejo*, aff. C-270-16. La directive visée est la suivante : Dir. 2000/78/CE du Conseil, du 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

1610 Sur les effets pervers du présentéisme, v. *infra*, n° 776 et suiv.

1611 Sur les dispositions protectrices relatives à la grossesse et à la maternité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-1 et suiv.

1612 L. n° 66-1044 du 30 déc. 1966 (*JORF* n° 0301, du 31 déc. 1966, p. 11753), v. art. 29.

1613 La jurisprudence sur les effets de la nullité du licenciement de la salariée dont l'état de grossesse est médicalement constaté ou venant d'accoucher a évolué. Elle a dans un premier temps considéré que la nullité intervenue ne pouvait avoir pour effet la réintégration de la salariée : v. Cass. soc. 8 mars 1978, n° 76-13.580. Par la suite, la chambre sociale a assoupli cette jurisprudence peu satisfaisante et a reconnu un véritable droit à la réintégration de la salariée licenciée pendant la période de protection précitée (v. en ce sens : Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 00-44.811 ; *D.* 2004, p. 178, obs. B. Lardy-Pélissier ; *Dr. soc.* 2003, p. 827, note B. Gauriau ; *CSBP* 2003, p. 342, note C. Charbonneau ; *Lexbase soc.* 2003, n° 71, obs. S. Koleck-Desautel.

discriminatoires dont dispose l'article L. 1132-1 du Code du travail[1614]. En matière d'absence, la salariée enceinte bénéficie d'autorisations d'absence pour se rendre à des examens médicaux[1615], mais surtout d'un congé maternité courant à compter des six semaines précédant l'accouchement jusqu'à la dixième semaine suivant l'accouchement[1616]. La protection de la salariée concerne avant tout sa santé. D'une part, « il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement », cette période incluant nécessairement les six semaines qui suivent son accouchement[1617]. Dans ce cas, l'état de santé de la femme en fin de grossesse ou venant d'accoucher est considéré comme incompatible avec l'exercice d'un travail salarié. La Cour de cassation applique strictement ces dispositions puisqu'elle a étendu l'application de la théorie du préjudice nécessaire. Elle considère que le seul constat selon lequel une salariée réalise une prestation de travail pendant son congé maternité ouvre droit à réparation, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir la preuve de l'existence d'un préjudice[1618]. En outre, le travail doit être adapté à ses besoins et les recommandations du médecin du travail doivent être scrupuleusement respectées par l'employeur[1619]. Sur le plan de la protection de la santé de la salariée enceinte par le droit du travail, il est à déplorer qu'elle ne fasse plus l'objet d'une surveillance médicale renforcée comme c'était le cas avant 2014[1620]. Depuis lors, les modalités de suivi de son état de santé sont classiques, à moins qu'elle n'occupe un poste à risque. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'elle bénéficiera d'une surveillance renforcée.

1614 L. n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (*JORF* n° 71 du 24 mars 2006). Notons également que la loi de 2008 a introduit parmi les motifs de discrimination la maternité, mais celle-ci n'a pas été retranscrite dans l'article précité. V. en ce sens : L. n° 2008 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *précitée*, art. 2, 4°.

1615 C. trav., art. L. 1225-16 al. 1 et 2.

1616 V. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-17 al. 1er. Ce congé peut être différé d'un maximum de trois semaines avant la date présumée de l'accouchement, si la salariée le souhaite et sous réserve d'une autorisation médicale. V. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-17 al. 2. Le congé de principe peut être allongé en cas de grossesse multiple (C. trav., art. L. 1225-18), si au moins deux enfants sont déjà présents au sein du foyer (C. trav., art. L. 1225-19 al. 1er), en cas de naissance prématurée (C. trav., art. L. 1225-20), d'un état pathologique résultant de la grossesse (C. trav., art. L. 1225-21) ou d'une hospitalisation du nouveau-né (C. trav., art. L. 1225-22 et L. 1225-23).

1617 C. trav., art. L. 1225-29.

1618 Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-16.129 ; *Gaz. Pal.* 2025, n° 2, chron. Z. Jacquemin ; *JCP S* 2024, n° 47, p. 8, note L. Dauxerre ; *RDT* 2024, n° 11, p. 673, note J. Brunie.

1619 Pour les aménagements de poste devant intervenir lors de la reprise du travail, à l'issue de son congé maternité, v. en ce sens : C. trav., art. R. 4624-19.

1620 D. n° 2014-798 du 11 juill. 2014 portant diverses dispositions relatives à la médecine du travail, art. 4. Ce décret a abrogé l'ancien article R. 4152-1 du Code du travail, qui disposait que « les femmes enceintes ainsi que les mères dans les six mois qui suivent leur accouchement et pendant la durée de leur allaitement bénéficient […] d'une surveillance médicale renforcée ».

La protection de la salariée concerne également son *contrat de travail*. Pendant la période de protection précitée, elle bénéficie d'une protection absolue. Son contrat de travail ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur[1621]. Si la salariée a commis une faute grave non liée à son état de grossesse ou que le maintien de son contrat de travail est rendu impossible, l'employeur ne pourra pas notifier la rupture pendant cette période de protection absolue. Elle ne pourra intervenir qu'au sortir de la période de protection[1622]. Durant cette période, le contrat de travail de la salariée est pleinement protégé et l'employeur ne peut y porter atteinte pour un motif quel qu'il soit. Toutefois, le degré de protection inhérent au congé de maternité diminue nettement à l'issue de la période de protection légale. À l'expiration de ce délai, la salariée « perd le "statut protégé" que confère la maternité sous son aspect strictement biologique »[1623]. Cela s'explique au regard de l'impératif de non-discrimination en raison du sexe, complété par celui de l'égalité de traitement[1624].

B) Une protection limitée

430.- Dans certaines situations, le salarié absent est protégé contre la rupture contractuelle à l'initiative de l'employeur. Pourtant, de nombreux outils juridiques permettent à l'employeur de contourner l'absence du salarié pour raison de santé. Ainsi, l'employeur pourra remplacer le salarié absent pour raison de santé **(1)**. Un tel mécanisme contribue à affaiblir la protection du salarié absent. En outre, la protection contractuelle du salarié absent pourrait être remise en cause par la possibilité, pour l'employeur, de rompre le contrat de travail **(2)**.

1. Le possible remplacement du salarié absent

431.- Le contrat de remplacement comme dispositif juridique permettant de pallier l'absence du salarié. Pour que le préjudice subi par l'entreprise en raison de l'absence

[1621] Pour la période de protection prénatale, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-4, al. 1er. Pour la période de protection postnatale, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1225-4-1, al. 1er.
[1622] C. trav., art. L. 1225-4, al. 2.
[1623] F. Guiomard, « La situation de la mère après la période de protection légale », *Dr. ouvr.* 2018, p. 337.
[1624] Au regard de ces principes, rien n'empêche de créer des dispositifs spécifiques pour les salariées venant d'accoucher dès lors que la mesure est strictement destinée à assurer la protection de la grossesse ou de la maternité. À cet égard, la Cour de cassation a considéré que tel n'était pas le cas pour une prime de crèche accordée aux seules salariées femme : Cass. soc., 27 fév. 1991, n° 90-42.239. Cette même solution a été rendue en matière de prime de naissance, qui excluait les salariés pères du bénéfice de cette prime : Cass. soc., 8 oct. 1996, n° 92-42.291.

d'un salarié ne soit pas trop important, le recours à un mécanisme de remplacement du salarié absent a été rendu possible. Ce dernier concerne en principe tous les motifs d'absence, à l'exception du salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail[1625]. Partant, l'une des mesures curatives qui s'offre à l'employeur en cas d'absence d'un salarié pour raison de santé est son remplacement en urgence. Pour ce faire, le législateur admet le recours à plusieurs types de contrats. En premier lieu, le remplacement d'un salarié absent, dont le contrat de travail est suspendu constitue l'un des motifs légaux de recours au contrat à durée déterminée[1626]. Lorsque le CDD a pour objet le remplacement d'un salarié absent, il est en principe conclu sans terme précis[1627]. La fin du contrat est alors concomitante avec la reprise du travail par le salarié remplacé. En second lieu, l'employeur pourra conclure un contrat de mission avec un salarié temporaire[1628]. Quel que soit le type de contrat choisi, la possibilité de remplacer le salarié absent pour raison de santé constitue un dispositif juridique favorable à l'employeur lorsqu'il fait face à une absence pour raison de santé. En effet, l'existence d'un tel mécanisme permet d'assurer la continuité du travail confié au salarié absent. Cependant, il convient de relever que ce mécanisme est particulièrement utile pour les absences de longue durée. C'est notamment le cas du congé maternité, qui est d'une durée minimale de huit semaines[1629]. C'est également le cas d'un salarié dont l'arrêt de travail mentionne une durée d'absence relativement longue. Dans les cas précités, l'employeur disposera du temps nécessaire pour organiser le remplacement du salarié absent. Toutefois, cela sera plus complexe en cas d'absence de courte durée et *a fortiori*, dans une situation de pluralité d'absences de courte durée qui résulterait de prolongations de l'arrêt de travail initial. Bien que plus difficile, le remplacement du salarié absent ne sera pas pour autant impossible. En somme, il est largement facilité dans ce cas par l'admission de la succession des contrats de remplacement.

[1625] C. trav., art. L. 1251-10, 1°.

[1626] C. trav., art. L. 1242-2, 1°, a). Cet article dispose qu'un CDD peut être conclu « pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire » donc notamment, en remplacement d'un salarié absent.

[1627] C. trav., art. L. 1242-7, 1°. Au second alinéa de l'article L. 1242-7 du Code du travail, est précisé que le contrat de travail à durée déterminée peut ne pas comporter de terme précis dans certains cas limitativement énumérés par la loi. Le premier d'entre eux, exposé au 1° du texte précité concerne précisément le « remplacement d'un salarié absent ».

[1628] La possibilité de recourir à l'intérim pour remplacer un salarié absent est expressément prévue à l'article L. 1251-6, 1° a) du Code du travail. Cette option est certes plus élevée pour l'employeur, qui se devra s'acquitter auprès de l'entreprise de travail temporaire de frais de recrutement. Elle est toutefois moins chronophage que le recours à un CDD de remplacement, pour lequel l'employeur devra gérer en intégralité la procédure d'embauche, de la rédaction et de la publication de l'offre d'emploi à la conclusion du contrat de travail de remplacement.

[1629] Si le congé maternité est en principe d'une durée de seize semaines (six semaines avant la date présumée de l'accouchement et dix semaines après) (C. trav., art. L. 1225-17, al. 1er), il existe une interdiction stricte pour l'employeur de faire travailler la salariée « pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement », incluant obligatoirement les six semaines post-partum (C. trav., art. L. 1225-29).

432.- L'admission de la succession de CDD de remplacement. Le remplacement temporaire du salarié absent est d'autant plus facilité que la succession de contrats de travail à durée déterminée a été largement permise, voire encouragée[1630]. En principe, le législateur impose que soit respecté un délai de carence lors du renouvellement d'un contrat à durée déterminée[1631]. Or, pour le remplacement d'un salarié absent – y compris pour raison de santé – le délai de carence n'est pas imposé[1632]. La jurisprudence fait une lecture relativement extensive des dispositions légales en vigueur. En effet, la Cour de cassation a expressément affirmé que le délai de carence ne s'appliquait pas entre des contrats de remplacement successifs avec un même salarié, mais pour le remplacement de salariés distincts[1633]. Cependant, cette jurisprudence doit être conciliée avec les dispositions de l'article L. 1242-1 du Code du travail, en vertu desquelles « un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Il s'agit de la seule limite portée à la conclusion de contrats de remplacement successifs. Or, cette limite peut être contournée lorsqu'il est établi que l'absence du salarié nécessite, pour l'employeur, de procéder à son remplacement définitif.

433.- Réflexions sur la finalité des contrats de remplacement : vers une possibilité de remplacer définitivement le salarié absent ? Le recours aux contrats de travail de remplacement permis par les dispositions du Code du travail, doit être concilié avec le principe selon lequel aucune personne ne peut faire l'objet d'une quelconque discrimination en raison de son état de santé[1634]. Une difficulté apparaît alors en cas d'arrêt de travail pour maladie de longue durée. L'employeur peut-il, en vertu de la règle précitée, procéder au remplacement définitif du salarié malade ? En pareil cas, l'employeur se retrouve dans une double impasse économique et financière. D'une part, il doit d'une part verser un complément de salaire au salarié absent[1635] ; d'autre part, il se trouve privé de la force de travail de ce dernier.

1630 C. trav., art. L. 1244-1, 1°.

1631 C. trav., art. L. 1244-3 al. 1er. En l'espèce, la directive sur laquelle portait le renvoi préjudiciel était la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 2, 2., b), i).

1632 V. C. trav., art. L. 1244-4-1, 1°, *précité*.

1633 Cass. soc. 17 nov. 2021, n° 20-18.336 ; *D. actu.* 6 déc. 2021, obs. C. Couëden.

1634 C. trav., art. L. 1132-1.

1635 En principe, les organismes de sécurité sociale ont pour mission d'assurer au salarié, dont le contrat de travail est suspendu, un revenu de remplacement. Ce dernier prend la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale. Il est néanmoins des hypothèses, loin d'être marginales, dans lesquelles l'employeur est subrogé aux organismes de sécurité sociales dans le versement de ces prestations. Le cas échéant, il doit en faire l'avance au salarié, avant d'en obtenir remboursement par les organismes de sécurité sociale.

En outre, il doit faire face à des coûts relatifs au recrutement du salarié absent, qui sont d'autant plus importants qu'il ne peut s'agir que d'un contrat à durée déterminée[1636]. Dès lors se pose la question de savoir si un tel mécanisme est une solution souhaitable. Différents constats invitent à répondre par la négative. En effet, si le recours aux CDD de remplacement présente l'atout majeur d'assurer la protection contractuelle du salarié absent, il contribue à une précarisation contractuelle du salarié remplaçant. Le CDD de remplacement étant principalement conclu à terme imprécis, le salarié remplaçant est susceptible de voir son contrat de travail arriver à terme à tout moment, sans possibilité d'anticipation. Ce contrat de remplacement est donc précaire[1637]. En outre, plus la période de suspension est longue, plus le salarié remplacé aura de grandes difficultés à réinvestir son activité voire à retrouver le poste qu'il occupait avant. Cette difficulté est d'autant plus grande que le salarié remplacé pourrait voir son contrat de travail prendre fin à l'issue de la période de suspension. Ce mécanisme de remplacement n'assure donc pas une protection pérenne du salarié remplacé. Au-delà, il inciterait l'employeur à rompre le contrat de travail pour un motif étranger à l'état de santé.

2. Le possible licenciement du salarié malade pour un motif étranger à l'état de santé

434.- Plan. À l'issue de la période de suspension du contrat de travail, le salarié doit en principe retrouver l'emploi qu'il occupait précédemment. Pourtant, en dépit de nombreuses protections liées au licenciement, les absences du salarié peuvent être de nature à justifier la rupture du contrat de travail. Le législateur prend en considération les intérêts en présence. Si le contrat de travail du salarié absent en raison de son état de santé est protégé, l'atteinte portée aux intérêts de l'entreprise par ces absences est également prise en compte par le législateur. C'est la raison pour laquelle certains mécanismes ouvrent droit, pour l'employeur, à la rupture du contrat de travail. Cela est rendu possible lorsque les absences entraînent une perturbation

[1636] Sur ce point, v. notamment : F. Gerber, *Coûts du travail et législation sur la protection de l'emploi*, Éd. Les ozalids d'Humensis, 2021 ; S. Paugam, *Le salarié de la précarité. Les nouvelles formes de l'intégration professionnelle*, PUF, coll. Quadrige, 2015 ; R. Marié, « La prime d'activité : une prestation symbole d'une universalité professionnelle assistancielle ? », *Dr. soc.* 2022, p. 461 ; E. Dockès, « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », *Dr. soc.* 2018, p. 216 ; G. Cette, F. Petit, « Les contrats de travail courts : définition, diversité, usages abusifs et modalités de réduction », *Dr. soc.* 2018, p. 816 ; C. Roy-Loustaunau, « La précarité des emplois : une réforme du CDD discrète mais non sans importance », *Dr. soc.* 2002, p. 304.

[1637] Trois auteurs mettent en exergue le fait que le recours aux contrats courts n'est pas souhaitable, et proposent des outils juridiques pour les limiter. V. en ce sens : D. Baugard, B. Coquet, E. Heyer, « Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p. 452.

importante aux intérêts de l'entreprise **(a)**, ou si l'état de santé ne permet pas au salarié de poursuivre l'exercice d'une l'activité professionnelle au sein de l'entreprise **(b)**.

a- Le régime des absences répétées et prolongées

435.- La maladie prolongée comme motif de rupture du contrat de travail. La maladie est apparue parmi les premiers motifs d'absence justifiée. Pourtant, de manière paradoxale, la chambre sociale a pu considérer que « la maladie du salarié [pouvait], par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail »[1638]. En d'autres termes, l'absence du salarié pour raison de santé était justifiée et son contrat de travail protégé, tant que sa durée n'était pas trop longue. Cette jurisprudence venait au service de l'entreprise, lorsqu'il était porté atteinte à ses intérêts en raison d'une durée d'absence trop longue d'un salarié. À cette époque, la Cour de cassation appréhendait la durée de l'absence afin de déterminer si l'entreprise était contrainte de pourvoir au remplacement définitif du salarié absent. Cette jurisprudence, à première vue archaïque, a par la suite été abandonnée. En effet, elle a par le suite considéré que l'absentéisme pour raison de santé s'analysait en une insuffisance professionnelle de nature à justifier le licenciement[1639]. En 1965, la chambre sociale a finalement permis à l'employeur de licencier un salarié en cas d'absentéisme pour raison de santé, lorsque ce dernier apportait une « gêne indiscutable au fonctionnement du service »[1640]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation devient plus réservée, en ajoutant une condition supplémentaire à la légitimité d'un licenciement dont le motif repose sur un absentéisme pour raison de santé. Elle impose désormais que l'absentéisme visé entraîne une « gêne indiscutable au fonctionnement du service », ce qui laisse supposer que, dans l'hypothèse où cette condition ne serait pas satisfaite, le licenciement serait injustifié et donc dépourvu de cause réelle et sérieuse. Une telle solution peut surprendre, car pourquoi appliquer la sanction d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors qu'il serait plus pertinent de faire application de la nullité du licenciement, s'il repose sur une discrimination du salarié en raison de son état de santé ?

1638 V. en ce sens : Cass. soc. 14 déc. 1960, Bull. Civ., n° 1181.
1639 V. en ce sens : Cass. soc. 17 déc. 1962, Bull., Civ., n° 910.
1640 V. en ce sens : Cass. soc. 19 juill. 1965, Bull., Civ., n° 591.

436.- Le licenciement du salarié absent conditionné au préjudice causé par l'entreprise. La jurisprudence a forgé au fil des années le régime juridique de ces absences dont l'origine a pour cause la maladie ordinaire. Elles peuvent entraîner la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur si deux conditions sont réunies. Ces absences doivent entraîner une *perturbation de l'entreprise*, imposant à l'employeur de procéder au *remplacement définitif* du salarié[1641]. De jurisprudence constante, il ne suffit pas que les absences prolongées ou répétées du salarié entraînent simplement un surcroît de travail pour ses collègues, ou qu'elles puissent être palliées par le recours à un salarié embauché en contrat de travail à durée déterminée[1642]. En outre, le régime juridique sous examen ne peut s'appliquer aux situations d'absence pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle[1643]. Par ailleurs, un tel régime n'est pas applicable si les absences du salarié résultent de fait de harcèlement, qui traduisent un manquement de l'employeur à son obligation de santé et de sécurité[1644]. Le cas échéant, le licenciement pour absences répétées serait considéré comme nul puisque reposant sur un motif discriminatoire[1645].

437.- L'application de la double exigence de finalité et de proportionnalité. La jurisprudence a ainsi admis, sous certaines conditions, que l'employeur est bien-fondé à procéder au licenciement d'un salarié absent à raison des absences causées par sa maladie. Pour ce faire, encore faut-il que le licenciement soit « justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché »[1646]. Tel est le cas lorsque cette absence « perturbe gravement le fonctionnement de l'entreprise et qu'il est nécessaire d'embaucher un autre travailleur pour remplacer le salarié défaillant qui sera exclu de l'entreprise »[1647]. La Cour de cassation vérifie, selon une formule désormais constante, que le licenciement n'est pas motivé par l'état de santé du salarié « mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne [pouvant] toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son

---

1641 Cass. soc., 16 juill. 1998, n° 97-43.484 ; Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 84, *Grands arrêts n° 71* ; Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.879 : *JCP S* 2009, 1504, note A. Martinon.
1642 Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-44.251 ; *JCP S* 2007, p. 1956, comm. D. Corrigan-Carsin.
1643 V. en ce sens : Cass. soc., 13 mars 2019, n° 17-31.805 (impossibilité pour l'employeur de licencier la salariée victime d'un accident du travail en raison de la désorganisation de l'entreprise causée par son absence prolongée sur le fondement de l'article L. 1226-9 du Code du travail).
1644 V. en ce sens : Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 04-48.314 ; *RRJ* 2007, n° 2007/2, p. 855, note F. Géa ; *RDT* 2007, n° 1, p. 30, obs. E. Dockès ; *Lexbase* 2006, n° 233, obs. S. Martin-Cuenot.
1645 *Ibid.*
1646 C. trav., art. L. 1121-1.
1647 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.*, pp. 496-497.

remplacement définitif »[1648]. La chambre sociale de la Cour de cassation soumet donc le licenciement du salarié malade à une double condition : le remplacement doit être définitif et nécessaire[1649]. Le régime juridique des absences répétées et prolongées apparaît donc comme une première limite à la protection contractuelle du salarié absent en raison de son état de santé. Une seconde limite doit également être identifiée : celle de l'inaptitude.

b- Le régime de l'inaptitude

438.- La décision d'aptitude ou d'inaptitude à l'issue de la période de suspension du contrat de travail pour maladie ou accident. À l'issue de la période de suspension, le salarié malade doit se soumettre à une visite médicale. Elle vise à apprécier son aptitude à retrouver l'emploi qu'il occupait[1650]. Deux hypothèses peuvent alors se présenter : le médecin peut délivrer un avis *d'aptitude*, auquel cas le salarié devra retrouver son poste de travail ou, à défaut, un emploi équivalent dans la même entreprise. Le médecin peut également décider de délivrer un avis *d'inaptitude* : s'ensuit pour l'employeur une obligation de reclassement[1651]. Dans ce second cas, l'issue de la période de suspension se complique dans la mesure où le salarié ne peut pas réintégrer son poste. En effet, l'avis d'inaptitude résulte du constat du médecin du travail selon lequel aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé par le salarié avant son arrêt de travail n'est rendue possible[1652]. Une telle situation s'avère éminemment complexe. En effet, le salarié absent pour raison de santé fait l'objet d'une protection contractuelle stricte, qui est rendue nécessaire au regard des droits fondamentaux et du principe de non-discrimination. Toutefois, il convient de concilier l'état de santé du salarié avec son maintien dans l'emploi. C'est précisément en

[1648] V. en ce sens : Cass. soc., 18 octobre 2007, n° 06-44.251, JurisData n° 2007-040877.
[1649] P. Lokiec, « Seul peut constituer un remplacement définitif celui entrainant l'embauche d'un salarié », *JCP G* 2007, n° 49.
[1650] S'il n'existe pas de définition juridique précise, une définition doctrinale de la notion d'aptitude a pu être proposée par Sophie Fantoni-Quinton. Selon elle, l'aptitude médicale du salarié pourrait être définie comme « la compatibilité entre son état de santé et les contraintes de son poste de travail » : S. Fantoni-Quinton, « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *Dr. soc.* 2013, p. 1023.
[1651] Sur l'inaptitude consécutive à un accident ou à une maladie d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2 et suiv. Sur l'inaptitude consécutive à un accident ou à une maladie d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-10 et suiv.
[1652] C. trav., art. L. 4624-4. Plus exactement, l'article précité prévoit que « après avoir procédé ou fait procéder par un membre de l'équipe pluridisciplinaire à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié et l'employeur, le médecin du travail qui constate qu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste *déclare le travailleur inapte à son poste de travail* […] ».

considération de cette double finalité que l'obligation de reclassement en matière d'inaptitude a été créée.

439.- L'obligation générale de reclassement en matière d'inaptitude comme instrument de protection contractuelle du salarié. L'obligation de reclassement dont l'employeur est débiteur après qu'un avis d'inaptitude par le médecin du travail a été rendu, est *a priori* garante de la protection de l'emploi du salarié. En effet, il est prévu que lorsqu'un avis d'inaptitude au poste de travail est rendu par le médecin du travail, l'employeur est tenu de lui proposer « un autre emploi approprié à ses capacités, au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient […] »[1653]. Ainsi, l'obligation de reclassement ne se substitue pas à l'obligation d'adaptation du poste de travail ; elle intervient lorsque cette dernière n'est pas possible. L'obligation de reclassement est salutaire dès lors qu'elle constitue « en ultime recours, un outil de *prévention de la santé* lorsque le maintien dans le poste est devenu impossible et un outil de *prévention contre la perte d'emploi* qui pourrait en résulter »[1654]. En effet, la recherche d'un autre emploi par l'employeur préserve *a priori* le salarié de la menace d'un licenciement lorsque la sentence de l'inaptitude est rendue par la médecine du travail. Or, si l'obligation de reclassement existant en matière d'inaptitude poursuit un double objectif – de prévention de la santé du salarié, mais également de prévention contre la perte de son emploi – certaines limites sont pourtant à relever.

440.- Une obligation de reclassement d'intensité variable selon l'origine professionnelle ou non de l'accident ou de la maladie. Il est permis d'interroger la grande disparité de protection existant entre le régime juridique de l'accident ou de la maladie d'origine *non professionnelle*, de l'accident ou de la maladie *d'origine professionnelle*. Le premier souffre en effet d'un faible degré de protection en comparaison du second. Cependant, s'il existe une disparité de protection en matière d'absences répétées et prolongées, le régime juridique de la maladie ordinaire et celui des accidents du travail et maladies professionnelles semblent converger en matière d'inaptitude[1655]. En effet, les obligations de l'employeur sont relativement similaires et

[1653] La formulation est strictement identique que l'inaptitude soit consécutive à un accident ou à une maladie d'origine professionnelle ou non. Sur l'inaptitude consécutive à un accident ou à une maladie d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2, al. 1er. Sur l'inaptitude consécutive à un accident ou à une maladie d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-10, al. 1er.

[1654] L. Jubert-Tomasso, « Que reste-t-il de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude du salarié après la loi du 8 août 2016 ? », *BJT* 2023, p. 38.

[1655] Sur le régime juridique de l'inaptitude consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, v. en ce sens : C. trav., L. 1226-10 à L. 1226-12.

l'impossibilité de reclassement peut donner lieu au licenciement, même si l'inaptitude est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle[1656]. Toutefois, une différence est notable selon l'effectif de l'entité matérielle au sein de laquelle le salarié exerce son activité. S'agissant de la maladie ordinaire, les dispositions législatives en vigueur prévoient expressément que la proposition de reclassement « prend en compte, après avis du comité social et économique *lorsqu'il existe*, les conclusions écrites du médecin du travail »[1657]. Cela signifie donc qu'à défaut de représentants du personnel dans l'entreprise, leur avis n'est pas requis. Néanmoins, en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, cette mention n'apparaît pas[1658]. C'est ainsi que la jurisprudence a pu préciser que si le salarié exerce son activité sur un site comptant moins de onze salariés, donc dépourvu d'une représentation du personnel propre, les salariés doivent être rattachés à un établissement afin de permettre la consultation des représentants du personnel en cas d'inaptitude[1659].

441.- L'affaiblissement de l'obligation de reclassement comme limite de la protection contractuelle du salarié inapte. Outre son degré d'intensité variable selon que l'inaptitude est professionnelle ou non professionnelle, l'obligation de reclassement connaît une seconde limite. En effet, depuis la loi Travail de 2016, une présomption de respect de l'obligation de reclassement a été introduite au profit de l'employeur. Depuis lors, la simple proposition par l'employeur d'un nouvel emploi permet de présumer qu'il satisfait à l'obligation de reclassement[1660]. La jurisprudence apprécie assez souplement cette condition, en considérant

---

1656 C. trav., art. L. 1226-11, al. 1er. Ce texte prévoit deux hypothèses : celle dans laquelle le salarié est reclassé dans l'entreprise, et celle dans laquelle il est licencié.

1657 C. trav., art. L. 1226-2, al. 3.

1658 C. trav., art. L. 1226-10, al. 2. La formulation est identique, à l'exception que la mention « lorsqu'il existe » a été supprimée. Il est ainsi précisé à l'alinéa 2 de l'article précité que « cette proposition prend en compte, après avis du comité économique et social, les conclusions écrites du médecin du travail […] ».

1659 Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 14-27.232 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 10, p. 58, note P. Le Cohu ; *JCP S* 2017, n° 5, p. 34, note J.-Y. Kerbourc'h. Cette jurisprudence a été rendue s'agissant de la proposition de reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail. À cette époque, l'article L. 1226-10 prévoyait la consultation des délégués du personnel, qui étaient mis en place à partir de onze salariés. Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi relevé que le site de Clermont-Ferrand (au sein duquel le salarié exerçait son activité) « ne pouvait constituer un établissement distinct pour la mise en place des délégués du personnel et que les salariés exerçant sur ce site devaient nécessairement être rattachés à un établissement au sens des délégués du personnel, ce dont il résultait qu'ils ne pouvaient être privés du droit qu'ils tirent de l'article L. 1226-10 du code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude ».

1660 En matière d'inaptitude professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2-1, spéc. al. 3 : « L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail ». En matière d'inaptitude non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-12, spéc. al. 3 : « L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail ».

qu'elle est satisfaite lorsqu'elle relève que la proposition de reclassement de l'employeur est loyale[1661]. Elle met fin à sa jurisprudence antérieure particulièrement stricte, qui consistait à affirmer que l'employeur devait rapporter la preuve qu'il avait proposé au salarié tous les postes conformes aux recommandations du médecin du travail, la proposition d'un poste ayant été jugée insuffisante[1662].

442.- Le licenciement pour inaptitude comme limite de la protection du salarié absent en raison de son état de santé ? L'avis d'inaptitude à tout emploi exonère l'employeur de toute obligation de reclassement et ouvre droit le cas échéant au licenciement[1663]. Cette possibilité pour l'employeur de rompre le contrat de travail du salarié pose ainsi une limite claire à la finalité de protection de l'emploi du droit de l'inaptitude. Ce constat est d'autant plus vrai si on considère les données chiffrées. En effet, selon des études menées au niveau régional par l'Administration du travail, environ 95% des avis d'inaptitude donnent lieu à un licenciement pour ce motif[1664]. Si le construit du régime juridique de l'inaptitude semble garant de la protection contractuelle du salarié, les données chiffrées conduisent, quant à elle, à remettre en cause à cette affirmation. Outre le fait qu'il donne lieu, la plupart du temps, à un licenciement, le principe même de l'inaptitude a pu être critiqué, étant parfois perçu comme une « sélection médicale de la main-d'œuvre », contraire au principe de non-discrimination en raison de l'état de santé[1665]. Enfin, certains auteurs constatent que le salarié inapte, souvent isolé, peut faire le

[1661] V. en ce sens : Cass. soc., 22 janv. 2022, n° 20.20.369. Cette obligation de loyauté semble inclure le défaut de célérité dans la recherche de nouveaux postes, et le fait que les recherches aient été effectuées postérieurement à la visite de reprise : L. Jubert-Tomasso, « Que reste-t-il de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude du salarié après la loi du 8 août 2016 ? », *op. cit.*, p. 38.

[1662] Sur la jurisprudence antérieure à la loi Travail du 8 août 2016, v. en ce sens : Cass. soc. 10 déc. 2014, n° 13-17.743 : « le refus par le salarié d'un poste proposé par l'employeur dans le cadre de son obligation de reclassement n'implique pas à lui seul le respect par celui-ci de cette obligation ». En outre, selon le même arrêt, l'employeur devait justifier « que les postes proposés étaient les seuls postes conformes aux préconisations du médecin du travail qui étaient disponibles » ; *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 348, chron. B. Le Baut-Ferrarese

[1663] Pour l'inaptitude à tout emploi d'origine professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-2-2. Pour l'inaptitude à tout emploi d'origine non professionnelle, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1226-12. V. également en ce sens : Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-21.263 ; *RDR* 2021, n° 498, p. 34, note T. Tauran ; *JCP S* 2021, n° 23, p. 28, obs. D. Chenu ; *JSL* 2021, n° 520, p. 11, obs. J.-P. Lhernould.

[1664] H. Gosselin, « Aménager l'avis d'inaptitude au poste », *in* H. Gosselin, A. Carré, « Faut-il supprimer l'avis d'inaptitude ? », *RDT* 2016, p. 10.

[1665] A. Carré, D. Huez, « Vers une médecine de sélection médicale de la main-d'œuvre ? », *SSL* 2014, 1658. Sur les réflexions plus générales relatives au maintien du droit de l'inaptitude, v. également : S. Fantoni-Quinton, « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *op. cit.*, p. 1023 ; H. Gosselin, A. Carré, « Faut-il supprimer l'avis d'inaptitude ? », *RDT* 2016, p. 10.

choix d'une « logique de rupture et d'indemnisation plutôt que celle du maintien dans l'emploi »[1666].

*
* *

443.- Conclusion de la Section 2. La protection du salarié dont l'absence est justifiée permet de révéler une certaine unité. Il existe une double protection du salarié en situation d'absence justifiée : une protection contractuelle mais également une protection économique. La protection contractuelle du salarié absent est assurée par le mécanisme de la *suspension du contrat de travail* en droit du travail, qui permet d'assurer la protection du salarié contre la rupture de son contrat de travail. Quant à la protection économique, elle est garantie par le mécanisme du *revenu de remplacement* existant en droit de la protection sociale. Selon le motif d'absence en cause et les dispositions applicables, le salarié dont l'absence est justifiée peut faire l'objet d'une protection contractuelle voire économique. Malgré cette unité, il convient d'observer que le degré de protection du salarié absent est variable, et parfois mis en péril au nom de la protection des intérêts de l'entreprise.

[1666] D. Joseph, « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », *Dr. ouvr.* 2010, p. 130.

Conclusion du Chapitre 2

444.- Dans une conception purement contractuelle de la relation de travail, la présence est requise puisqu'elle permet l'exécution de la prestation de travail. Il a cependant été admis que par exception et dans certains cas, le salarié pouvait être autorisé à s'absenter.

445.- La consécration d'un droit d'absence au travail remonte au XX^{e} siècle. Historiquement, il a d'abord été considéré que le salarié pouvait être contraint de s'absenter en raison de son état de santé. La maladie et la maternité furent ainsi les premières causes d'absence justifiées. Progressivement, la liste des motifs autorisant le salarié à s'absenter s'est étendue. Ainsi, il a été admis que le salarié s'absente du travail pour exercer une liberté ou un droit fondamental, comme le droit de grève. À la fin du XX^{e} siècle, une nouvelle préoccupation a vu le jour : la nécessité de concilier la vie professionnelle du salarié avec sa vie personnelle. De nombreux évènements liés à la vie personnelle du salarié ont ainsi été reconnus comme de nouvelles raisons d'absence justifiées. Dès lors, il est désormais possible d'établir une typologie des raisons considérées comme justifiant l'absence du salarié au travail.

446.- En principe, l'absence justifiée donne en principe lieu à un régime de protection du salarié. De manière générale, elle garantit une *protection contractuelle* au salarié, qui se traduit par la suspension du contrat de travail. En outre, pour assurer sa sécurité économique, la *protection économique* du salarié a également dû être assurée. Le droit de la protection sociale prévoit ainsi, pour de nombreuses absences justifiées, un revenu de remplacement. Pour autant, la protection du salarié en situation d'absence justifiée n'est pas absolue. La prise en considération des intérêts de l'employeur face à une situation d'absence, même justifiée, a contribué à diminuer le degré de protection du salarié. Dans certains cas, il peut être licencié pendant ou à l'issue de la période de suspension qui a pour origine une absence justifiée.

447.- En définitive, si le salarié dont l'absence est justifiée bénéficie en principe d'une protection, il existe une grande pluralité de régimes juridiques d'absence justifiée, dont les degrés d'intensité varient selon la cause qui est à l'origine de l'absence.

Conclusion du Titre 2

448.- L'absence du salarié est traitée en droit social de façon binaire. Dans la mesure où le salarié a l'obligation d'exécuter sa prestation de travail, sa présence est en principe requise. C'est la raison pour laquelle l'absence est considérée, *ab initio*, comme *injustifiée*. Une perception plus humaniste de la relation de travail a émergé à la fin du XIX^{e} siècle. Cette évolution a conduit à reconnaître progressivement un droit d'absence au salarié, pour plusieurs raisons. Désormais, il existe une grande pluralité de régimes juridiques de l'absence, qui s'articulent autour d'une distinction entre les *absences injustifiées* et les *absences justifiées*.

449.- La catégorie des *absences injustifiées* est relativement vaste et fait l'objet de régimes juridiques hétérogènes. Certains sanctionnent le salarié parce que l'absence est injustifiée sur le fond ; d'autres le condamnent pour non-respect de la procédure applicable au régime juridique de la raison pour laquelle il s'absente, et qui est pourtant reconnue comme légitime. Dès lors, si l'absence injustifiée peut faire l'objet d'une *sanction*, son degré de gravité varie selon plusieurs éléments, selon que l'absence est injustifiée sur le fond ou sur la forme, mais également selon la durée de cette dernière. Dans les cas les plus graves, l'absence injustifiée pourra basculer dans le champ de l'abandon de poste, lequel donne lieu à un régime juridique relativement strict pour le salarié.

450.- Quant à la catégorie des *absences justifiées*, les raisons qui en sont à l'origine n'ont eu de cesse de se multiplier depuis le XX^{e} siècle. À cette époque, elles correspondaient principalement à la finalité de protection de la santé et de la sécurité du travailleur. Le travailleur pouvait ainsi s'absenter en raison de la maladie ou de l'état de grossesse. D'autres raisons d'absence étaient également considérées comme légitimes puisqu'elles protégeaient des droits et libertés fondamentaux. En témoigne l'absence pour exercice du droit de grève, ou celle pour exercice d'un mandat syndical. À la fin du XX^{e} siècle, les évolutions sociales ont conduit à prendre en compte le statut familial du salarié. D'autres raisons d'absence ont alors été reconnues, comme la maternité ou la garde d'un enfant malade. Les raisons d'absence justifiées sont donc en perpétuelle augmentation, puisqu'elles s'ajoutent aux causes d'absence autorisées reconnues depuis l'origine. Chaque raison d'absence bénéficie d'un régime juridique qui lui est propre.

Conclusion de la Partie I

451.- Jusqu'au XX^e^ siècle, la relation de travail était traitée à travers le droit commun des contrats. Dans une conception civiliste de la relation de travail, la présence du salarié est requise puisqu'elle permet de satisfaire à son obligation principale au contrat de travail : exécuter sa prestation de travail. Malgré le fait qu'un droit d'absence lui ait été reconnu au XX^e^ siècle, le principe de la présence demeura. Dès lors, l'absence du salarié – bien que justifiée – est traitée en droit social comme l'exception et sa présence comme le principe.

452.- L'apparition de l'absence en droit civil permet de constater qu'il s'agit d'une notion relative à l'état de la personne, intéressant donc le droit des personnes. Dans un premier temps, la situation du travailleur absent était régie par le droit des contrats puisqu'elle était perçue comme une inexécution contractuelle. À la fin du XIX^e^ siècle, la société industrielle a conduit à un changement de paradigme. En effet, la *personne* du travailleur a davantage été prise en compte car, au-delà de se conformer aux obligations contractuelles, elle fut subordonnée à l'employeur. Des règles de contrôle et de discipline sont alors intervenues et, en contrepartie, de nouveaux droits ont été reconnus aux salariés. C'est dans ce contexte qu'ont émergé un *statut juridique du salarié absent* et une *notion d'absence propre au droit social.*

453.- Cette notion relativement large inclut dans son champ de nombreuses situations. Si toutes répondent à la qualification *d'absence*, elles font l'objet de régimes juridiques disparates. Ces derniers s'articulent autour de la *summa divisio* qui existe entre les *absences injustifiées* – catégorie de principe, qui fait en principe l'objet d'une sanction – et les *absences justifiées* – catégorie d'exception qui fait en principe l'objet d'une protection –. Au sein de ces catégories, il est permis d'observer une certaine unité quant aux dispositifs juridiques applicables. Cependant, au sein de chacune de ces classifications, coexistent des sous-catégories plus précises qui donnent lieu à l'application de régimes juridiques propres. Il est parfois complexe de déterminer le régime juridique applicable, d'autant plus que certains d'entre eux qui sont *a priori* protecteurs des intérêts du salarié peuvent donner lieu au licenciement.

454.- Ainsi, la situation d'absence est traitée *par exception* à une situation de présence, alors même que les cas qui permettent au salarié de s'absenter se multiplient. Ce constat interroge sur la pertinence de conserver une telle conception de l'absence. Cette dernière, qui évolue encore dans son cadre historique de création, demeure aujourd'hui dépassée.

PARTIE II

LE TRAITEMENT DES ABSENCES PAR LE DROIT SOCIAL

455.- La notion d'absence en droit social telle qu'elle a été construite au XX^e^ siècle a fait, depuis lors, l'objet d'évolutions. De nouveaux motifs d'absence justifiée ont vu le jour, et des régimes juridiques ont été créés pour tenter d'assurer un équilibre entre les intérêts des parties au contrat de travail lorsqu'un salarié est absent.

456.- Malgré cela, il apparaît à certains égards que la notion *d'absence en droit social* n'a pas suffisamment évolué pour prendre en considération des problématiques nouvelles. C'est notamment le cas des nouvelles formes de travail et des nouvelles modalités d'accomplissement du travail qui rendent sa qualification plus complexe. En outre, les régimes juridiques de l'absence pourraient être perçus comme trop restrictifs, car ils se limitent à établir des *mesures curatives*[1667] de l'absence d'un salarié, dans une *dimension individuelle*[1668]. Partant, la dimension collective des absences n'est prise en considération que de façon très marginale. Il résulte de ce constat que peu de dispositifs de prévention des absences existent en droit social. La présente étude entend ainsi interroger la pertinence de conserver une conception réductrice de l'absence et en souligner les limites **(Titre 1)**.

457.- L'élargissement de la conception de l'absence par le droit social permettrait de redéfinir le statut juridique du salarié absent. En effet, il s'agirait d'y intégrer une *dimension*

[1667] Le terme « *curatif* » doit être ici interprété comme l'homonyme du terme « *préventif* ». Selon la définition du terme donnée par le dictionnaire Larousse, l'adjectif « curatif » désigne ce qui est « propre à la guérison ou au traitement d'une maladie » : *Dictionnaire Larousse*, v° curatif. Le dictionnaire Le Robert donne quant à lui une définition plus large du terme, puisqu'il n'associe pas ce terme à la survenue d'une maladie. Il le définit de manière générale comme ce qui est « propre à guérir » : *Dictionnaire Le Robert*, v° curatif. Ainsi, les *mesures curatives* de l'absence telles qu'elles sont ici évoquées, désignent les dispositifs juridiques qui permettent de traiter la situation du salarié absent une fois que cette dernière est intervenue. Partant, les mesures curatives n'ont nullement vocation à prévenir l'absence. Elles ont pour unique finalité de traiter l'absence du salarié, d'apporter des réponses et solutions juridiques à cette situation factuelle.

[1668] L'absence du salarié dans une dimension individuelle doit ici être entendue comme l'homonyme des absences collectives. Ainsi, l'absence individuelle désigne la situation du salarié absent. En d'autres termes, elle entend décrire la situation d'absence d'un salarié pris isolément. Par opposition, les absences collectives sont le fruit d'une pluralité d'absences individuelles. La notion d'absences collectives sera développée ultérieurement dans la présente étude, notamment au sein du Titre 2 de la présente partie, à travers l'étude de l'absentéisme.

collective afin de tenir compte de l'ensemble des absences des salariés d'une entreprise. Cela permettrait d'ajouter aux côtés du traitement *de l'absence* qui existe actuellement en droit positif, un traitement *des absences*. Pour ce faire, il conviendrait d'établir un indicateur d'alerte des absences qui orienterait l'employeur vers des politiques de prévention à mettre en place. Cet indicateur existe déjà en droit positif, même résiduellement, à travers l'indicateur de *l'absentéisme*. Toutefois, ce dernier semble relativement imprécis puisqu'il est impossible de déterminer les motifs d'absence qui doivent être recensés à travers cet indicateur : absence pour maladie, pour accident du travail, maladie professionnelle, pour grève ou encore celles qui ont pour origine un évènement relevant de la vie personnelle du salarié. Ainsi, la présente étude entendra démontrer la pertinence d'un tel indicateur dans un objectif d'amélioration de la QVCT et, *in fine*, de prévention des absences **(Titre 2)**.

TITRE 1 : LE CONSTAT D'UNE CONCEPTION RESTRICTIVE DE L'ABSENCE

458.- La conception de l'absence telle qu'entendue actuellement par le droit social est le fruit d'une évolution historique. Ce constat conduit à soulever certains questionnements. Construite à l'ère du travail industriel, la *notion d'absence en droit social* n'a connu que peu d'évolutions depuis lors et ce, malgré une certaine évolution du travail[1669].

459.- En effet, la notion d'absence a été originairement construite pour le travail industriel et donc, pour la grande entreprise du début du XX[e] siècle. Or, lorsque le travail était « à base de puissance physique », il s'effectuait « en un temps et sur un lieu déterminés »[1670]. Depuis lors, les modes d'exercice du travail ont évolué. L'autonomie du salarié dans le travail s'est largement développée. Cette évolution a emporté pour conséquence une plus grande liberté pour le salarié, tant quant au lieu d'accomplissement du travail qu'aux horaires dont il dispose pour le réaliser[1671]. De ce fait, il est plus complexe de déterminer les temps durant lesquels le salarié doit être à la disposition de l'employeur, mais également d'établir si le travailleur est effectivement à la disposition de ce dernier. Or, la disponibilité du salarié étant un critère de définition de l'absence, cette qualification est rendue plus complexe. En outre, lorsqu'il est possible d'identifier une situation d'absence, l'opposition binaire existant entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées* pose une nouvelle difficulté **(Chapitre 1)**.

460.- Un constat permet de comprendre les raisons de cette conception restrictive de l'absence. Le législateur ne s'intéresse pas véritablement aux causes premières de l'absence. L'absence est envisagée presque exclusivement à travers les conséquences qu'elle produit. Partant, le discours du droit social se désintéresse de la question de la *causalité* de l'absence, c'est-à-dire de l'évènement qui est à l'origine d'une situation d'absence. Cette étude entend révéler les raisons pour lesquelles la causalité de l'absence est écartée, mais également les difficultés que cela suscite **(Chapitre 2)**.

1669 L'expression d'évolution du travail est ici employée de manière générique, pour désigner à la fois les évolutions organisationnelles mais également l'évolution des rapports de travail.
1670 H. Bouchet, « À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 78.
1671 D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, p. 485.

CHAPITRE 1 : LA PERTE DE LISIBILITÉ DES ABSENCES

461.- Plan. Originairement pensée et créée pour le travail industriel – celui de la grande entreprise[1672] –, l'absence en droit social se révèle parfois inadaptée pour répondre aux problématiques actuelles. L'évolution du travail a conduit à rendre la qualification d'absence en droit social plus complexe, dans certaines situations où il est difficile de déterminer si le salarié est *présent* ou *absent* du travail. Quant au régime juridique, les salariés absents de façon chronique ou prolongée sont exposés au risque d'être exclus temporairement voire définitivement de l'entreprise et ce, même dans des situations d'absences justifiées.

462.- Historiquement, la notion d'absence propre au droit social est apparue pour permettre aux employeurs de disposer d'outils juridiques permettant une meilleure gestion de la main-d'œuvre. L'absence propre au droit social a donc émergé à l'ère de l'industrialisation. À cette époque, elle permettait de répondre aux problématiques posées par l'absence du salarié dans l'entreprise industrielle où le travail est divisé entre les salariés, chacun d'eux constituant le maillon humain de la chaîne de production. L'absence d'un salarié influait donc négativement sur la production de l'entreprise, mettant en péril la productivité de cette dernière. Depuis la fin du XXe siècle, l'industrialisation du travail s'est nettement marginalisée[1673]. Toutefois, il convient d'observer que le secteur tertiaire, désormais largement prédominant, a d'abord été organisé sur un modèle industriel[1674]. Dès lors, la conception de *l'absence en droit social* telle qu'elle fut construite à l'ère industrielle a été conservée. Le secteur tertiaire comprend des activités de services très diverses, notamment en matière d'éducation, de santé, de service aux entreprises

[1672] Est ici visée la grande entreprise industrielle, celle qui est née lors de la deuxième révolution industrielle qui a eu lieu au début du XXe siècle et qui a été permise grâce à la création du télégraphe et des chemins de fer, qui ont rendu possible l'acheminement rapide de matières premières vers les usines. Sur l'émergence de la grande entreprise du XXe siècle en Europe et aux États-Unis, v. en ce sens : A. D. Chandler, « L'évolution historique de la grande entreprise industrielle : structures et capacités organisationnelles », *Entreprises et histoire* 1995, p. 13. Sur la grande entreprise industrielle française, v. en ce sens : H. Joly, *Diriger une grande entreprise au XXe siècle. L'élite industrielle française*, préf. P. Fridenson, Presses Universitaires François-Rabelais, coll. Perspectives historiques, 2013.

[1673] Certains auteurs évoquant à cet égard une véritable *désindustrialisation* de la France. V. en ce sens : N. Dufourcq, *La désindustrialisation de la France : 1995-2015*, Éd. Odile Jacob, 2022 ; I. Kharaba, J.-C. Daumas, Ph. Mioche, *La désindustrialisation : une fatalité ?*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2017 ; M. Braibant, *De la désindustrialisation à la tertiarisation, vers un mélange des genres*, Éd. Société des écrivains, 2015.

[1674] Actuellement, le secteur tertiaire est largement majoritaire en France, puisqu'il représente selon les derniers chiffres 77% des emplois : « Professions et secteurs d'activité », *in* INSEE, DARES, *Emploi, chômage, revenus du travail*, INSEE Références, 2023, pp. 92-93. V. https://www.insee.fr/fr/statistiques/.

ou encore d'activités financières[1675]. Or, quelle que soit l'activité, les modalités d'accomplissement du travail sont désormais relativement éloignées de celles du travail industriel qui a servi d'assise à l'élaboration de la notion d'absence au début du XXe siècle[1676]. Ce constat pourrait expliquer que cette dernière ne permette pas toujours de répondre aux problématiques d'absence. En définitive, si des évolutions de la notion sont notables, elles n'ont pas permis de prendre suffisamment en considération de nouvelles difficultés suscitées par la situation d'absence du salarié. Partant, la notion *d'absence propre au droit social* se révèle parfois inadaptée aux nouvelles formes d'organisation du travail, et notamment au travail dématérialisé[1677]. Ce dernier, qui se caractérise le plus souvent par un travail autonome, ne permet plus de révéler une opposition binaire entre *la présence* et *l'absence* du salarié. La frontière entre les deux est de plus en plus complexe à délimiter **(Section 1)**.

463.- En outre, la présente étude a entendu démontrer qu'il était possible d'établir une distinction binaire entre *absences justifiées* – qui sont en principe protégées – et des *absences injustifiées* – qui sont en principe sanctionnées –. Or, il existe de nombreuses situations qui ne permettent plus aujourd'hui de mettre en œuvre soit un régime juridique protecteur du salarié, soit un régime juridique de sanction. Dans certains cas, une *absence justifiée* peut produire les

---

[1675] Sur la diversité des activités incluses dans le secteur tertiaire, v. en ce sens : *Ibid*, p. 93, v. spéc. Figure 3. Selon ce tableau présenté par l'INSEE, le secteur tertiaire inclut les activités suivantes : le commerce, les transports, l'hébergement et la restauration, l'information et la communication, la finance, l'assurance, l'immobilier, les services principalement aux entreprises, l'administration publique, l'enseignement, la santé, l'hébergement médico-sociale et l'action sociale et les services aux ménages.

[1676] Au début du XXe siècle, pendant la période d'avant-guerre, le secteur primaire représentait une part relativement importante de la population active, puisqu'il constituait environ 40% de celle-ci. Plus exactement, il représentait 42% en 1901 et 38% en 1911 : J. Molinier, « L'évolution de la population agricole du XVIIIe siècle à nos jours », *Revue Économie et Statistiques* 1977, p. 79. C'était également le cas du secteur qui représentait entre 30% et 35% au début du XXe siècle : O. Marchand, C. Thélot, *Deux siècles de travail en France*, INSEE, coll. Études, 1991, p. 92. Par conséquent, la proportion de chaque secteur d'activité au début du XXe siècle eu égard à l'ensemble de la population active permet d'expliquer que l'absence au droit social ait été créée pour des modalités d'exercice du travail bien spécifiques : le travail posté dans les usines. Il fallut attendre la période des Trente glorieuses pour que le secteur tertiaire connaisse un véritable essor. Sur ce dernier point, v. en ce sens : J.-F. Lefevre-Farcy, « La révolution tertiaire : services, emploi et croissance », *Revue française d'économie* 1992, p. 139.

[1677] La notion de *travail dématérialisé* ici évoquée et qui sera reprise ultérieurement dans la présente étude s'entend comme une nouvelle forme de travail qui n'est plus matériel mais qui s'effectue grâce aux technologies de l'information et de la communication. Ainsi, l'emploi du terme « dématérialisé » comme qualificatif du travail s'entend au sens du langage courant, comme le fait de « rendre immatériel quelqu'un ou quelque chose, le dépouiller de sa matière concrète ». Ici, c'est bien l'activité même qui est au cœur de la prestation de travail du salarié qui est dématérialisée, notamment par le biais de l'informatique ou de tout autre support immatériel. Par conséquent, le travail dématérialisé ne nécessite pas la présence du salarié dans l'entreprise, puisqu'il peut être accompli depuis différents endroits, et notamment depuis son domicile. Aussi, la notion de *travail dématérialisé* sera employée par préférence au *travail numérique* qui est plus étroit. Ce dernier requiert l'emploi d'un outil numérique. Or, le travail dématérialisé peut ne pas être numérique, comme c'est notamment le cas des activités qui s'effectuent par le biais du téléphone, comme c'est pour partie le cas des activités de secrétariat. Sur la définition du terme *dématérialisé*, v. en ce sens : *Dictionnaire Larousse*, v° dématérialiser.

mêmes effets qu'une *absence injustifiée*. Un exemple probant se rencontre en matière d'absence pour raison de santé. Lorsqu'elle est brève ou épisodique, la protection du salarié malade s'impose. En revanche, lorsqu'elle chronique, qu'elle se perpétue voire se consolide, elle est susceptible de générer une perturbation aux intérêts de l'entreprise. Alors, la protection absolue du salarié absent ne peut alors plus être assurée, parce qu'elle est conciliée avec les intérêts de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle certains régimes juridiques permettent à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié malade. Une difficulté apparaît en la matière, puisque la problématique du licenciement d'un salarié pour un motif rattaché à son état de santé relève directement du droit des discriminations et des droits fondamentaux **(Section 2)**.

Section 1 : L'effacement de la distinction binaire entre les situations de présence et d'absence du salarié

464.- Plan. Bien que n'étant pas expressément prévue par le droit positif, la qualification d'absence en droit social répond implicitement à des critères de définition précis. Or, il était relativement aisé de considérer comme *présent* ou *absent* le travailleur salarié du XXe siècle. Sa disposition à l'employeur était présumée lorsqu'il était physiquement présent sur le lieu de travail. Cependant, la qualification s'avère bien plus complexe pour d'autres formes d'organisation du travail qui sont apparues plus tardivement. C'est notamment le cas du télétravail, qui a fait l'objet d'un fort développement ces dernières années[1678]. L'évolution des formes de travail a contribué à rendre la qualification d'absence plus complexe **(§1)**, parce que la conception historique de l'absence s'est maintenue **(§2)**.

§1 : La difficile qualification d'absence en raison de l'évolution des formes de travail

465.- Précisions terminologiques. L'expression de formes de travail est ici employée dans un sens générique : celui de la dislocation du modèle de l'emploi salarié. Elle inclut différents éléments. Les formes de travail désignent ainsi la *nature de l'activité* accomplie, par exemple le travail manuel ou intellectuel. Elles incluent également les *modalités d'organisation du travail*, qu'il s'agisse du lieu où il est accompli mais également des horaires de travail. Le terme de formes de travail fait également référence au *statut du travailleur*, que ce dernier soit salarié, fonctionnaire, indépendant, auto-entrepreneur ou encore salarié porté. Cependant, dans le cadre de la présente étude, le *statut du travailleur* sera écarté dans la mesure où elle s'intéresse exclusivement au travailleur salarié[1679]. Ainsi, les nouvelles formes de travail doivent être entendues comme celles qui se sont développées au cours du XXe et au début du XXIe siècles. Plus exactement, elles désignent le fort développement de l'activité de service, qui met en œuvre un travail dématérialisé. L'accomplissement de ce dernier suppose la mise en œuvre d'une force

[1678] Le télétravail a été très largement développé pendant la pandémie de la Covid-19 et plus particulièrement pendant la période de confinement qui a débuté en mars 2020. Ainsi, les études relatives à l'exercice du travail en télétravail démontrent une évolution très importante de ce dernier depuis la période d'avant covid. En effet, si en 2019 seulement 9% des salariés étaient occasionnellement en télétravail, ce taux a été quasiment multiplié par trois en quatre ans puisqu'il atteignait 26% au début de l'année 2023 : M. Beatriz, L. Erb, « Comment évolue la pratique du télétravail depuis la crise sanitaire ? », *DARES Analyses* 5 nov. 2024, p. 1.
[1679] V. *supra* n° 15.

de travail intellectuelle, qui est par essence nomade[1680]. Par conséquent, le travail dématérialisé, peut être exercé par le salarié en dehors de l'entreprise, notamment depuis son domicile. Or, l'évolution des formes de travail, notamment l'avènement et le développement de certaines d'entre elles ont induit des incidences sur la qualification de l'absence en droit social.

466.- Plan. Depuis la période d'après-guerre, le développement du secteur tertiaire a contribué à reléguer au second plan le secteur industriel qui était prédominant au début du XXe siècle[1681]. Selon les statistiques, plus de 75% des personnes en emploi travaillent dans le secteur tertiaire[1682]. Or, historiquement, la *notion d'absence en droit social* a été construite pour prendre en considération les problématiques d'absence au travail dans une société industrielle où le travail était strictement encadré[1683]. L'évolution des formes de travail intervenue à partir du milieu du XXe siècle, et largement développée depuis, a contribué au développement d'une autonomie dans le travail **(I)**, limitant les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur et complexifiant l'établissement d'une situation d'absence **(II)**.

I- Le développement d'une autonomie du salarié dans le travail

467.- Plan. Les nouvelles formes de gestion du travail, notamment le travail par objectifs, combinées aux évolutions technologiques ont conduit à une évolution relative à la nature du travail. Progressivement, le salarié est devenu plus autonome dans l'accomplissement de son travail pour différentes raisons qu'il conviendra de déterminer **(A)**. Cette autonomie dans le travail s'illustre par de nouvelles modalités d'exercice du travail, comme c'est le cas du télétravail ou des conventions de forfait **(B)**. En définitive, ces nouvelles formes de travail révèlent que le constat de l'absence et par extension, la qualification juridique serait plus complexe pour certaines formes de travail.

1680 H. Bouchet, « À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op. cit.*, p. 78.

1681 La dominance du secteur industriel ici évoqué s'entend uniquement par rapport au secteur tertiaire. En effet, au début du XXe siècle, le secteur prédominant était le secteur primaire. La France étant à cette époque essentiellement rurale, le secteur primaire représentait plus de 40% : P. Mathelot, B. Tandeau de Marsac, P. Tonin, *La bureautique*, PUF, 2e éd., coll. Que sais-je ?, 1985, p. 11.

1682 V. en ce sens : INSEE, *Tableau de l'économie française*, Éd. 2020. Consultable sur le site internet : www.insee.fr/fr/statistiques.

1683 « Pays de tradition industrielle », la société française l'est devenue très fortement industrielle à partir de la fin du XIXe siècle et plus exactement à partir des années 1880, notamment avec l'industrie automobile et la fabrique des armes. V. en ce sens : F. Caron, « L'économie française dans les années 1900 : dynamiques et blocages », *in* P. Milza, R. Poidevin, *La puissance française à la « Belle époque », Mythe ou réalité ?*, Éd. Complexe, 1992.

A) Les raisons de l'autonomie dans le travail

468.- Le travail intellectuel comme origine d'une autonomie du salarié dans le travail. Le *travail intellectuel*[1684] s'oppose au *travail manuel*. Il traduit un travail de l'esprit. Si le travail manuel peut difficilement se concevoir sans intervention de l'esprit, il s'en distingue en ce qu'il mobilise principalement les capacités physiques du travailleur – par opposition aux capacités intellectuelles –. Il convient de préciser que si le travail intellectuel s'est largement développé au XXe siècle avec l'essor des activités de service, ses origines sont bien plus anciennes. C'est dans la Grèce antique que la première forme de travail intellectuel serait apparue, exercée par le sophiste qui sait et transmet le savoir[1685]. Néanmoins, selon l'historienne Dinah Ribard, la naissance de professions dites *intellectuelles* résulte de « l'évolution qui a assimilé l'activité de la pensée à un travail »[1686]. C'est essentiellement à l'époque médiévale que les professions intellectuelles sont apparues. Les professions artistiques qui étaient jusqu'alors qualifiées de *manuelles* ont été peu à peu reconnues comme intellectuelles. La création artistique apparaissait ainsi comme étant à l'origine de ces professions[1687]. Des études historiques se sont d'ailleurs consacrées à l'étude du travail intellectuel au Moyen Âge[1688]. En définitive, l'apparition du travail intellectuel est donc très ancienne. Elle s'est développée au fil des siècles à de nombreuses professions et secteurs d'activités, contribuant à une évolution de l'organisation du travail.

469.- L'affaiblissement du modèle traditionnel du travail encadré. C'est véritablement au XXe siècle que le travail intellectuel s'est développé et répandu. À cette époque, le secteur de l'industrie a décliné. Ce mouvement que Sébastien Tournaux qualifie d'« évanouissement du taylorisme »[1689], et qui est plus couramment qualifié de

---

1684 Sur le travail intellectuel, v. en ce sens : L. Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2003.
1685 *Ibid.*, p. 1.
1686 D. Ribard, « Le travail intellectuel : travail et philosophie, XVIIe-XIXe siècle », *Éd. de l'EHESS*, 2010, p. 715.
1687 L. Drai, *Le droit du travail intellectuel, op. cit.*, p. 1.
1688 Sur cette question, v. not. en ce sens : J. Le Goff, *Les intellectuels au Moyen Âge*, Éd. Points, coll. Histoire, 2014 ; E. Anheim, S. Piron, « Le travail intellectuel au Moyen Âge. Institutions et circulations », *Revue de synthèse* 2008, p. 481 ; O. Weijers, Méthodes et instruments du travail intellectuel au Moyen âge : études sur le vocabulaire, Ed. Brepols, 1990 ; M.-M. Gorce, *L'essor de la pensée au Moyen Âge. Albert Le Grand – Thomas d'Aquin*, Slatkine Reprints, Genève, 1978 ; P.-F. Mandonnet, *Aristote et le mouvement intellectuel du Moyen Age*, Imp. et librairie de l'œuvre de Saint-Paul, Fribourg, 1899.
1689 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.

« désindustrialisation »[1690], a laissé place à une tertiarisation des activités à partir de la fin des années 1970[1691]. Les usines caractéristiques du XXe siècle et la proportion de *travailleurs ouvriers* dans la population active, ont nettement diminué. L'activité du secteur tertiaire s'est largement développée. Moins manuelle et davantage intellectuelle, elle donnait lieu à l'activité de *travailleurs employés*. Un effet de vases communicants s'est alors opéré dans l'emploi, entre la création de postes dans les services marchands et la destruction corrélative de postes dans le secteur de l'industrie. Le développement du secteur tertiaire a conduit à une diminution du *travail manuel* au profit du *travail intellectuel*. Ces mouvements se sont perpétués au début du XXIe siècle. L'évolution de ces secteurs d'activité a donné lieu à un affaiblissement du modèle traditionnel du travail encadré. En effet, le travailleur industriel devait être présent à son poste de travail et pendant ses horaires de travail. Sa présence faisait l'objet d'un contrôle strict. Partant, l'absence du travailleur industriel était relativement aisée à établir : il suffisait de constater que le salarié n'était pas présent à son poste de travail pendant les horaires de travail. Cette conception a été partiellement abandonnée avec la tertiarisation de l'activité et l'essor des activités de service. Elles ont donné lieu à des organisations de travail plus flexibles, pour lesquelles « le travailleur dispose de plus de latitude dans la manière de travailler et d'agencer son activité, ses horaires sont plus souples et plus adaptables, bien loin du travail industrialisé »[1692]. Or, ces organisations de travail plus flexibles ont contribué à rendre plus complexe la qualification d'absence. D'une part, la présence physique du salarié, qui constituait jusqu'alors l'indice prépondérant au fait qu'il était à la disposition de l'employeur, n'est plus toujours observable. D'autre part, les horaires de travail stricts et prédéfinis qui permettaient quant à eux de vérifier le critère temporel de l'absence, ont laissé place à une organisation du temps de travail plus souple, allant dans certains cas jusqu'à la disparition des horaires de travail. Dès lors, les nouvelles organisations de travail ont conduit à éroder la frontière qui existait jusqu'alors entre la présence et l'absence.

[1690] Sur la désindustrialisation de la fin à la fin du XXe siècle, v. en ce sens : N. Dufourcq, *La désindustrialisation de la France : 1995-2015, op. cit.* ; J.-M. Minovez, « La désindustrialisation en longue durée », *Presses de Sciences Po Rev. d'histoire* 2019, p. 18 ; M. Fontaine, X. Vigna, « La désindustrialisation, une histoire en cours », *Presses de Sciences Po, Rev. d'histoire* 2019, p. 2 ; I. Kharaba, J.-C. Daumas, Ph. Mioche, *La désindustrialisation, une fatalité ?, op. cit.* ; C. Lomba, J.-L. Deshayes, *Les désindustrialisations (re)visitées,* Éd. du croquant, 2017 ; M. Braibant, *De la désindustrialisation à la tertiarisation, vers un mélange des genres, op. cit.* ; E. Cohen, P.-A. Buigues, *Le décrochage industriel*, Éd. Fayard, 2014 ; P. Lamard, N. Stoskopf, *1974-1984, une décennie de désindustrialisation. Actes des Premières Journées d'histoire industrielle, Mulhouse-Belfort, 11-12 octobre 2007*, Éd. Picard, 2009.

[1691] A. Schreiber, A. Vicard, « La tertiarisation de l'économie française et le ralentissement de la productivité entre 1978 et 2008 », *INSEE*, 2011. Les auteurs constatent une augmentation de la productivité du travail dans le secteur marchand à partir de 1979. Ils relèvent également que « le processus de tertiarisation » s'est poursuivi sur cette même période. : v. *Ibid*, p. 69.

[1692] D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail, op. cit.,* p. 485.

B) La traduction de l'autonomie du salarié dans le travail

470.- Plan. Plusieurs exemples permettent d'illustrer la plus grande autonomie des salariés dans le travail. La présente étude entend présenter deux exemples probants : le télétravail **(1)** et la forfaitisation du travail pour les salariés cadres **(2)**.

1. Le télétravail comme traduction de l'autonomie du salarié

471.- Le travail dématérialisé comme fondement à l'exercice du travail à l'extérieur de l'entreprise. Le travail dématérialisé a été rendu possible grâce à l'apparition des technologies de l'information et de la communication[1693]. Cet « épanouissement des outils numériques »[1694] a induit une nouvelle organisation du travail, ayant conduit à une autonomie du salarié dans le travail. Cette organisation nouvelle ne justifie plus que l'exécution du travail ait lieu au sein des locaux de l'entreprise, qui peut être déplacée « en dehors des lieux professionnels traditionnels et avec l'autorisation de l'employeur »[1695]. En effet, le travail dématérialisé se traduit en pratique par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, au premier rang desquelles se situe l'informatique. Or, le poste de travail informatique peut être installé dans les locaux de l'entreprise, mais peut également l'être en dehors de l'entreprise. Comme l'indiquait à juste titre Jean-Emmanuel Ray au début du siècle, « le travail est devenu plus furtif, et sort des frontières dans lesquelles on avait coutume de le localiser quand il était à base de puissance physique »[1696]. Un tel travail peut ainsi être « exécuté à domicile, sur la route, dans des bureaux satellites du bureau principal ou encore dans des bureaux communs partagés localisés à différents endroits »[1697]. Les tâches qui nécessitaient jusqu'alors la présence du salarié dans les locaux de l'entreprise peuvent désormais « être réalisées depuis n'importe où »[1698], donnant lieu à une plus grande autonomie du salarié[1699]. Dès lors, la présence du salarié dans un lieu déterminé pour l'exercice du travail

[1693] S. Lund, S. Ramaswamu, J. Manylka, « Le nouvel âge du travail intellectuel *», Rev. L'expansion management review* 2013, p. 52.
[1694] S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.
[1695] L. Thomsin, *Télétravail et mobilités, op. cit.*, p. 19.
[1696] J.-E. Ray, « À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 78.
[1697] L. Thomsin, *Télétravail et mobilités*, *op. cit.*, p. 19.
[1698] S. Lund, S. Ramaswamu, J. Manylka, « Le nouvel âge du travail intellectuel », *op. cit.*, p. 52
[1699] Sur l'autonomie du salarié en télétravail, v. not. : J. Pralong, M. Peretti-N'Diaye, « Télétravail, compétences et modes de coordination », *Dr. ouvr.* 2021, p. 142 ;

n'est plus requise, ce qui rend la qualification d'absence plus complexe. Le télétravail constitue là un exemple probant.

472.- L'émergence et le développement du télétravail. L'évolution des modes d'exercice du travail s'illustre par de nouvelles organisations du travail, comme c'est le cas du *télétravail*[1700]. Plus exactement, le travail *dématérialisé*, couplé à l'évolution sociologique et au développement des technologies de l'information et de la communication, a contribué au développement du télétravail. Ce dernier se caractérise par une relation de travail entre l'employeur et le salarié, qui se développe à distance par le biais de « liens électroniques »[1701]. Encadré par le législateur en 2012[1702], « le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication »[1703]. Comme cela fut rappelé par les partenaires sociaux dans le cadre d'un ANI du 26 novembre 2020, « le développement du télétravail s'est accéléré au cœur des vingt dernières années, concomitamment au

[1700] Le télétravail a fait l'objet de nombreux écrits juridiques auxquels la présente étude renvoie. Sur le télétravail comme nouveau mode d'organisation du travail et sur le régime juridique du télétravail, v. en ce sens : A. Lyon-Caen, « Télétravail », *RDT* 2025, p. 429 ; C. Mathieu, « La pratique du télétravail : un bilan positif dissimulant des zones d'ombres juridiques », *RDT* 2025, p. 556 ; J.-Ph. Tricoit, « La digitalisation de la relation de travail : transformation des caractéristiques de la relation de travail ? », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 344 ; H. Guyot, « Télétravail et preuve du temps de travail », *JCP S* 2023, p. 21 ; C. Teyssier, « Télétravail au domicile : une approche juridique des mutations en cours », *Dr. soc.* 2023, p. 38 ; M. Rascle, « Télétravail conventionnel et télétravail exceptionnel : quelle articulation ? », *RDT* 2023, p. 787 ; J.-E. Ray, « Contrôler la durée du travail… chez soi ? », *Dr. soc.* 2022, p. 21 ; D. Pallantza, « Le télétravail, ce nouveau lieu de travail », *JT* 2022, p. 23 ; M. Véricel, « L'accord du télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT* 2021, p. 59 ; F. Lederlin, « Le télétravail est-il un progrès social ? », *Dr. ouvr.* 2021, p. 109 ; A. Lyon-Caen, « Le télétravail comme règle », *RDT* 2020, p. 645 ; B. Gauriau, « Le suivi du télétravail », *JCP S* 2020, 3017 ; F. Favennec-Héry, « Le télétravail : un régime hybride en construction », *SSL* 2020, n° 11932 ; B. Sourbès, A. Probst, « Controverse : Faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *RDT* 2020, p. 514 ; S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2018, p. 653 ; A. Probst, « Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p. 516 ; J.-E. Ray, « De la question sociale du XXIe siècle au télétravail », *op. cit.*, p. 52 ; O. Rault-Dubois, « Le télétravail facilité », *JCP E* 2017, 1536 ; A. Bidet, J. Porta, « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT* 2016, p. 328 ; Y. Lafargue, P.-Y. Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *RDT* 2013, p. 9 ; H. Guyot, « Le télétravail : état des lieux », *JCP S* 2013, 1382 ; J.-E. Ray, « Légaliser le télétravail : une bonne idée », *Dr. soc.* 2012, p. 443 ; B. Fournier, H. Guyot, « Le télétravail », *JCP S* 2011, 1072 ; L. Flament, « Télétravail ; un jeu croisé d'obligations », *JCP S* 2011, 1072 ; M. Del Sol, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », *JCP S* 2006, 1663 ; « A. Probst, « Télétravail au domicile. Confusion des lieux et distinction des temps », *Dr. soc.* 2006, p. 1109 ; J. Gonié, « Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur Internet », *Dr. soc.* 2005, p. 273 ; J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation », *Dr. soc.* 1996, p. 351 ; J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Le statut de télétravailleur », *Dr. soc.* 1996, p. 121.

[1701] L. Thomsin, *Télétravail et mobilités, op. cit.*, p. 19.

[1702] L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (*JORF* n° 0071 du 23 mars 2012). Cette loi a créé les articles L. 1222-9 à L. 1222-11 du Code du travail.

[1703] C. trav., art. L. 1222-9, I- (version en vigueur).

développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication »[1704]. Pourtant, en dépit d'une modification générale de l'organisation du travail et contrairement à l'opinion publique, le télétravail demeurait, jusqu'à très récemment, inaccoutumé. Il ne représentait que 3% de travailleurs en 2017[1705]. Selon une étude de la DARES prenant en compte les télétravailleurs dans une acception plus large – c'est-à-dire en incluant ceux qui exercent le télétravail même de manière irrégulière et occasionnelle – ce taux s'élevait à 7% cette même année[1706]. Un rapport du Sénat constate que le télétravail a été largement accru depuis 2020, en raison de la pandémie de Covid-19[1707]. Le développement du travail à l'extérieur de l'entreprise semble avoir vocation à s'étendre, bien qu'il puisse être de nature à générer certains effets pervers[1708]. C'est la raison pour laquelle il est apparu nécessaire d'encadrer le télétravail. Il est notamment prévu que cette organisation du travail soit conditionnée à l'accord du salarié. Ainsi, « le refus [du salarié] d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail »[1709]. De même, les dispositions législatives en vigueur précisent que les conditions relatives au passage en télétravail ainsi que celles concernant le retour à une exécution du contrat sans télétravail devaient être expressément stipulées et acceptées dans le contrat de travail ou un avenant à ce dernier[1710].

473.- La vie familiale comme facteur de développement du télétravail. Les technologies de l'information et de la communication ont permis au travailleur de déplacer son poste de travail en dehors des locaux de l'entreprise. Corrélativement, des facteurs exogènes au travail ont contribué au développement de cette nouvelle organisation du travail. La prise en considération émergente de la vie familiale du travailleur figure au premier rang. Dès les années 1990, les employeurs ont pris en compte la situation familiale des travailleuses, dont le désir était de travailler – au moins partiellement – à domicile, voire qui manifestaient

[1704] ANI du 26 nov. 2020 relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail : v. spéc. Préambule.
[1705] INSEE, « L'économie et la société à l'ère du numérique », Éd. 2019, p. 87. Consulté le 31/10/2023 sur le site internet : www.insee.fr/fr/statistiques.
[1706] DARES Analyses, « Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? », nov. 2019.
[1707] C. Boulay-Espéronnier, C. Cukierman, S. Sautarel, « 8 questions sur l'avenir du télétravail, vers une révolution du travail à distance ? », *Rapport d'information Sénat* 2021, pp. 10-11.
[1708] Le télétravail conduit notamment à isoler le travailleur et peut s'avérer particulièrement complexe, si l'environnement de travail est hostile. C'est notamment le cas lorsqu'il « s'accompagne de la présence de jeunes enfants à domicile ». En outre, le télétravail est parfois vecteur de détérioration de la santé physique et mentale du travailleur. V. en ce sens : C. Boulay-Espéronnier, C. Cukierman, S. Sautarel, « 8 questions sur l'avenir du télétravail, vers une révolution du travail à distance ? », *op. cit.*, p. 17.
[1709] C. trav., art. L. 1222-9, al. 8.
[1710] C. trav., ancien art. L. 1222-9, al. 4.

leur volonté de travailler à temps partiel[1711]. Au-delà, les séniors et les jeunes travailleurs ont également affirmé leur volonté d'un « mode de vie plus souple »[1712]. Or, sociologiquement, les jeunes travailleurs sont relativement enclins à une telle mutation de l'organisation du travail qui s'articule autour de l'informatique. En outre, le télétravail est présenté à certains égards comme une solution à la conciliation entre la vie personnelle – et donc, familiale – et la vie professionnelle du travailleur[1713]. Pour autant, le télétravail présente certains risques, notamment celui d'une « immixtion dans la vie privée du salarié »[1714].

474.- La nécessaire protection du télétravailleur en raison de l'immixtion du travail dans la vie privée du salarié. À la lecture de la jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation semble entretenir les mêmes craintes, puisqu'elle a expressément rappelé que « le domicile du salarié fait partie de la vie privée et non de la vie professionnelle et que, dès lors, un employeur ne peut pas imposer à un salarié de travailler de chez lui, ni d'y installer ses dossiers et instruments de travail »[1715]. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation précisait ce qu'elle entendait par le « droit au respect du domicile », indiquant que cela incluait notamment le fait de l'utiliser à sa convenance[1716]. En conséquence, le télétravail ne peut en principe pas être imposé au salarié[1717]. Dans le même sens, les magistrats affirment lorsqu'un local professionnel n'est pas mis à la disposition du salarié et qu'il se trouve donc contraint d'occuper son domicile à des fins professionnelles, une indemnité d'occupation est due[1718]. Toutefois,

---

1711 S. Lund, S. Ramaswamu, J. Manylka, « Le nouvel âge du travail intellectuel », *op. cit.*, p. 52.

1712 *Ibid.*

1713 Sur cette question, v. en ce sens : G. Cette, G. Koudadje, « Indemnité d'occupation du domicile et partage des gains du télétravail », *Dr. soc.* 2022, p. 518 ; B. Sourbès, A. Probst, « Controverse : Faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *op. cit.*, p. 514 ; J.-E. Ray, « Qualité de vie(s) et travail de travail », *Dr. soc.* 2015, p. 147 ; J.-E. Ray, « De la question sociale du XXIe siècle au télétravail », *op. cit.*, p. 52 ; L. Pécaut-Rivolier, « Travail à domicile, télétravail : une réponse adaptée à la question de la conciliation vie professionnelle/vie familiale ? », *AJ Famille* 2013, p. 212 ; Y. Lafargue, P.-Y. Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *op. cit.*, p. 9 ; J.-E. Ray, « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *op. cit.*, p. 443 ; J.-E. Ray, J.-P. Bouchet, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.* 2010, p. 44 ; F. Schoenberger, « Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 31 ; J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation », *op. cit.*, p. 351.

1714 B. Chaumet, « Le télétravail : une conciliation entre vie privée et vie professionnelle », *Lexbase soc.* 15 oct. 2015.

1715 Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *précité.*

1716 Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 07-43.282 ; *JCP G* 2009, II, 1066, obs. B. Bossu.

1717 Ce principe n'est cependant pas absolu. Il connaît des exceptions, puisque dans certains cas, le télétravail peut être imposé par l'employeur sans que l'accord du salarié ne soit requis. Sur ce point, v. *infra* § suiv.

1718 V. en sens : Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014 ; *JCP E* 2019, n° 49, p. 41, obs. J.-F. Cesaro ; *RDT* 2019, n° 11, p. 725, note F. Fouvet ; *Dr. soc.* 2019, n° 6, p. 571, note J. Mouly ; Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-18.499 ; *JCP E* 2018, n° 21, p. 49, chron. E. Jeansen ; *RDT* 2018, n° 1, p. 52, obs. D. Bondat ; *Lexbase soc.* 2017, n° 720, obs. S. Tournaux ; Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502 ; *Dr. soc.* 2013, n° 4, p. 353, note S. Tournaux ; *JCP S* 2013, n° 11, p. 35, note B. Bossu ; *Lexbase soc.* 2013, n° 511, obs. S. Tournaux ; Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-28.847.

dans un arrêt du 19 mars 2025, la Cour de cassation a étendu le champ d'application de l'indemnité d'occupation, en indiquant que le salarié en télétravail peut prétendre à une telle indemnité « dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition *ou qu'il a été convenu que le travail s'effectue sous la forme de télétravail* »[1719]. Elle ajoute que cette indemnité vise à « compens[er] la sujétion résultant de cette modalité d'exécution du contrat de travail ». Si cet arrêt apporte essentiellement des précisions s'agissant du délai de prescription applicable en matière d'action en paiement de l'indemnité d'occupation[1720], il porte à interrogation s'agissant des conditions d'octroi de ladite indemnité. En effet, la formule employée la chambre sociale, selon laquelle l'indemnité est due lorsqu'il aurait été convenu que le travail s'effectue sous la forme de télétravail, semble revêtir un champ d'application assez large. En dehors des cas dans lesquels le télétravail peut être imposé au salarié[1721], le télétravail est en principe *convenu* entre les parties puisqu'il nécessite l'accord du salarié[1722], et que l'employeur peut le refuser[1723] sous réserve qu'il motive sa réponse[1724]. Il existe ainsi un principe de double volontariat. À la lecture de la solution rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation, il semblerait donc que l'indemnité d'occupation soit due pour toute situation de télétravail, à l'exclusion du cas spécifique prévu par L. 1222-11 du Code du travail. Cette situation vise la mise en œuvre du télétravail en cas de circonstances exceptionnelles, comme une menace épidémique ou un cas de force majeure. Dans ce cas, le télétravail n'est pas *convenu* par les parties, mais *s'impose* à elles en raison de la survenue de circonstances exceptionnelles. Si cela assure une protection accrue au salarié en situation de télétravail, il est cependant à craindre que cela dissuade les employeurs de recourir au télétravail, dans la mesure où cela pourrait entraîner un coût relativement important. Les arrêts à venir éclairciront certainement les zones d'ombre qui subsistent quant au champ d'application de l'indemnité d'occupation.

[1719] Cass. soc., 19 mars 2025, n° 22-17.315 ; *JSL* 2025, n° 607, p. 11, note D. Fallik ; *JCP S* 2025, n° 19, p. 32, obs. B. Bossu ; *Lexbase soc.* 2025, n° 1012, obs. L. Pascaud et A. Villena.

[1720] Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que l'action en paiement de l'indemnité d'occupation est soumise à la prescription biennale relevant que « l'action en paiement de cette indemnité qui compense la sujétion résultant de cette modalité d'exécution du contrat de travail est soumise au délai biennal de l'article L. 1471-1, alinéa 1er, du code du travail ».

[1721] Sur ce point, v. *infra*, § suiv.

[1722] C. trav., art. L. 1222-9, III.-, al. 2 : « Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail ».

[1723] Sur l'accord de l'employeur à une demande de télétravail à l'initiative du salarié, v. en ce sens : J. Pralong, M. Peretti-N'Diaye, « Télétravail, compétence et mode de coordination », *op. cit.*, p. 142. Les auteurs évoquent une « récompense » au profit du salarié pour lequel le télétravail est accordé.

[1724] C. trav., art. L. 1222-9, III.-, al. 1 : « L'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif, ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse ».

475.- Le télétravail imposé comme limite à la protection du salarié. Si le télétravail doit en principe faire l'objet d'un accord exprès du salarié, l'article L. 1222-11 prévoit une exception. En effet, cet article dispose expressément qu' « en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés ». Dans ces situations particulières, le télétravail mis en place serait ainsi imposé au salarié par l'employeur en raison de la survenue de circonstances exceptionnelles. L'immunité légale prévue par l'article L. 1222-9 III alinéa 3 du Code du travail en vertu de laquelle le refus du salarié de télétravailler n'est pas fautif, serait donc écartée. Or, le caractère *exceptionnel* des circonstances est relativement nébuleux. Il est difficile de déterminer les cas dans lesquels les circonstances peuvent être considérées comme « exceptionnelles ». Cette imprécision terminologique laisse entrevoir un large pouvoir d'interprétation aux juges, qui doivent statuer au cas par cas si la situation survenue permet de caractériser des « circonstances exceptionnelles » au sens de l'article L. 1222-11 du Code du travail[1725]. Pour l'heure, la jurisprudence rendue ne permet pas de déterminer si le refus du salarié de télétravailler, alors que des circonstances exceptionnelles l'exigent, peut-être sanctionné par l'employeur. En effet, se pose la question de l'équilibre entre le pouvoir de direction de l'employeur et le droit au respect de la vie privée et familiale du salarié.

476.- Le terme du télétravail comme limite à la protection du salarié. La question du terme de la situation de télétravail, c'est-à-dire du retour à une situation sans télétravail illustre également les limites de la protection. Deux cas doivent ici être distingués, selon que le télétravail a été mis en place de façon temporaire ou qu'il est mis en place de façon régulière. Dans le premier cas, la situation de télétravail peut avoir été convenue avec un terme précis ou imprécis. Dans le premier cas, une date de fin peut avoir été déterminée à l'avance. À cette date, le salarié sera alors contraint de ne plus exercer son activité en télétravail. Le terme peut également être imprécis, s'il est convenu par exemple que le télétravail prendra fin lorsque les circonstances exceptionnelles qui en sont à l'origine cesseront. Dans les deux cas, la situation

[1725] Sur cette question, v. en ce sens : A. Probst, « Le télétravail : un régime juridique qui reste encore à sécuriser », *in* B. Sourbès, A. Probst, « Controverse : Faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *op. cit.*, p. 514 ; Y. Lafargue, P.-Y. Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *op. cit.*, p. 9 ; C. Radé, « La législation du télétravail : tout ça pour ça ? (article 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives) », *Lexbase soc.* 29 mars 2012 ; H. Guyot, « Le télétravail : état des lieux », *op. cit.*, p. 1382.

de télétravail étant temporaire, le salarié ne saurait s'opposer à son retour de télétravail[1726]. En revanche, la question du retour du salarié en télétravail régulier est plus délicate.

477.- Le développement du télétravail depuis la pandémie de Covid-19. Le télétravail a connu un développement exponentiel depuis 2020 en raison de la pandémie de Covid-19. Pour assurer la continuité de leur activité tout en garantissant la protection de la santé des salariés, les employeurs ont été contraints de recourir au télétravail ou à l'activité partielle, lorsque ce dernier était impossible à mettre en œuvre. Selon une étude de la DARES, seulement 4% des salariés pratiquaient le télétravail de manière régulière en 2019 ; ce taux a été porté à 27% en janvier 2021[1727]. En définitive, le télétravail comme mode d'organisation du travail s'est nettement développé ces dernières années, conduisant à une plus grande autonomie du salarié. Cette dernière se traduit également par un aménagement des horaires de travail. La convention de forfait constitue un second exemple probant de l'autonomie du salarié.

2. La forfaitisation du travail comme traduction de l'autonomie du salarié

478.- Les conventions de forfait comme adaptation du temps de travail. La forfaitisation du temps de travail appliquée à certains salariés, constitue un mode d'organisation du travail dans lequel l'autonomie du salarié est particulièrement prégnante[1728]. Pour mémoire, la convention de forfait est « l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale couvrant l'ensemble forfaitisé d'heures – ou de jours – de travail effectué, y compris les heures supplémentaires »[1729]. De manière générale, la convention de forfait permet donc à l'employeur et au salarié de s'entendre sur une durée globale de travail, exprimée sous la forme d'un forfait en heures ou en jours. Plus précisément, la convention de forfait en heures permet ainsi de « rompre avec le référentiel hebdomadaire de la durée du travail » ; le forfait en jours, quant à lui, « élimine la référence horaire »[1730]. Dans un cas comme dans l'autre, le salarié dispose d'une autonomie dans l'exercice

[1726] B. Fournier, H. Guyot, « Le télétravail », *op. cit.*, p. 1072.
[1727] L. Erb, C. Inan, M. Beatriz et a., « Télétravail durant la crise sanitaire. Quelles pratiques en janvier 2021 ? Quels impacts sur le travail et la santé ? », *DARES Analyses* Fév. 2022, n° 9, p. 1.
[1728] Sur la question de la forfaitisation du temps de travail : v. *supra*, n° 179.
[1729] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1146.
[1730] L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, LGDJ, coll. Bibl. de droit social t. 79, 2021, p. 101.

de son travail. Il semblerait même, à la lecture des dispositions législatives du Code du travail, que cette dernière soit une condition préalable à la mise en place de la convention de forfait en jours[1731]. Cette organisation offre une grande souplesse dans l'organisation du travail puisque le salarié peut organiser son temps comme il le souhaite, dans la limite des termes de la convention individuelle de forfait qui doit être établie par écrit[1732].

479.- Une organisation du travail privilégiée pour les salariés cadres. La forfaitisation apparaît, à certains égards, comme une organisation du travail séduisante pour les parties au contrat de travail[1733]. En effet, le salarié dispose d'une certaine liberté dans l'organisation de ses journées de travail, puisqu'il n'est pas soumis à des horaires de travail stricts. Pour l'employeur, la convention de forfait présente également certains avantages puisque le travail du salarié peut par exemple être adapté aux fluctuations d'activité de l'entreprise. Par ailleurs, la convention de forfait permet d'alléger les charges administratives pesant sur l'employeur, dans la mesure où ce dernier n'a pas à effectuer le décompte des heures supplémentaires. Si la convention de forfait n'est pas uniquement applicable aux cadres, elle est cependant particulièrement répandue pour cette catégorie de salariés[1734]. Cela peut s'expliquer à la fois parce que cette organisation du travail a été historiquement créée pour cette catégorie de travailleurs, mais également par le fait qu'il s'agit de salariés particulièrement autonomes

[1731] V. en ce sens : C. trav., art. L. 3121-58 : « Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année […] : 1° Les cadres qui disposent d'une *autonomie* dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle *autonomie* dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ». Cependant, s'agissant de la convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois, le champ d'application semble plus large. Il ne serait pas conditionné à l'autonomie du salarié, dans la mesure où l'article L. 3121-56 du Code du travail prévoit expressément que « *tout salarié* peut conclure une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois ». Cette condition d'autonomie semble rétablie s'agissant de la convention de forfait en heures sur l'année. L'article précité dispose expressément que « peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année […] : 1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés [pour ces salariés cadres, leur autonomie semble naturelle en raison de leur fonction] ; 2° Les salariés qui disposent d'une *autonomie* dans l'organisation de leur emploi du temps » (C. trav., art. L. 3121-56).

[1732] C. trav., art. L. 3121-55 : « La forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit ».

[1733] À titre d'illustration, une étude de la DARES datant de 2023 relève que 16,3% des salariés sont au forfait en jours. Ce taux croit à mesure que l'effectif de l'entreprise augmente. Par exemple, ce taux est de 5,7% dans les entreprises de 10 à 19 salariés ; il est de 13,1% dans les entreprises de 50 à 99 salariés et s'élève à 22,4% dans les entreprises de 500 salariés et plus. V. en sens : K. Garcia, *Évolution des salaires de base dans le secteur privé : résultats définitifs du 2e trimestre 2023*, DARES indicateurs n° 51, 22 sept. 2023. V. spéc. le Tableau complémentaire 1a portant sur la durée hebdomadaire collective moyenne du travail des salariés à temps complet et proportion de salariés au forfait, en temps partiel, en CDD, par taille d'entreprise en juin 2023.

[1734] Le taux de salariés cadres ayant conclu une convention individuelle de forfait n'est pas aisée à déterminer.

dans l'exercice de leur travail. L'avènement de formes de travail plus autonomes a eu pour conséquence un changement de paradigme s'agissant des absences. En effet, le développement de l'autonomie dans le travail a généré un brouillage entre les temps de *présence* et *d'absence*, notamment parce que les modalités de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur sont plus complexes à mettre en œuvre.

II- L'évolution des modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur comme limite à la qualification de l'absence

480.- Plan. En concluant le contrat de travail, « le salarié [consent] à une certaine restriction de sa liberté », qui se traduit par un état de subordination[1735]. Ce dernier justifie en conséquence que l'employeur exerce un contrôle sur l'activité du salarié. Ce contrôle permet à l'employeur de constater si le salarié est *présent* ou *absent*. Si le pouvoir de contrôle de l'employeur demeure, reste que les modalités d'exercice de ce pouvoir sont plus compliquées à mettre en œuvre en raison de l'autonomie du salarié dans le travail **(A)**. En outre, les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur sont limitées au nom de certains droits et libertés reconnus au salarié **(B)**.

A) Le contrôle de la présence au travail complexifié par l'autonomie du salarié

481.- Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme outil de constat de l'absence. L'absence du salarié se caractérise par son état d'indisponibilité pendant le temps de travail. Elle est donc intimement liée à la subordination du salarié. Selon la formule consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation, cette dernière se caractérise par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en *contrôler l'exécution* et de sanctionner les manquements de son subordonné »[1736]. Il existe donc un triple pouvoir reconnu à l'employeur : un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. L'un d'entre eux est déterminant pour que l'employeur soit en mesure de constater une absence : il s'agit du *pouvoir de contrôle*. Plus exactement, ce dernier doit être perçu comme

[1735] G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1992, p. 115.
[1736] Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187 (*précité*).

une modalité d'exercice du pouvoir de direction[1737]. En effet, le contrôle de l'activité du salarié permet de rendre effectif le pouvoir de direction. L'employeur donne des ordres au subordonné, et en contrôle *a posteriori* la bonne exécution. La jurisprudence reconnaît ainsi à l'employeur le « droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail »[1738]. Partant, en contrôlant et en surveillant l'activité, l'employeur peut constater les absences.

482.- L'évolution du pouvoir de contrôle de l'employeur. Le *pouvoir de contrôle* était relativement aisé à mettre en œuvre à l'ère industrielle. À cette époque, ce pouvoir permettait à l'employeur de contrôler l'activité du salarié accomplissant un travail posté dans locaux de l'entreprise. Dès lors, il était relativement aisé à mettre en œuvre dans la mesure où le travailleur était physiquement présent sur le lieu de travail. Or, le contrôle par l'employeur de la présence physique du salarié sur le lieu de travail est illimité. Ainsi, le constat par l'employeur de la présence de l'ouvrier au travail se bornait au constat de sa *présence physique* sur le lieu de travail et pendant son temps de travail. *A contrario*, l'absence était caractérisée lorsque le salarié n'était pas physiquement présent sur le lieu de travail pendant son temps de travail. La présence ou l'absence du salarié était aisée à constater et ne nécessitait aucun moyen technique. Les systèmes tayloriens et fordistes accréditent ce constat, puisqu'ils se caractérisaient par un contrôle et une surveillance très stricts des salariés. Actuellement, certaines organisations du travail permettent toujours un contrôle fort de l'activité du salarié, presque absolu. C'est le cas de toutes les organisations du travail dans lesquelles le travail doit être accompli sur un lieu de travail soumis au contrôle de l'employeur, et durant des horaires de travail précisément établis. Pour exemple, c'est le cas des ouvriers travaillant dans les usines. C'est également le cas de certaines activités de services, dès lors qu'elles doivent être effectuées dans les locaux de l'entreprise. Or dans ce cas, la disponibilité du salarié est étroitement corrélée à sa présence physique sur le lieu de travail pendant ses heures de travail. La surveillance de la présence du salarié est ainsi totale.

[1737] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, p. 959. Le contrôle et la surveillance du salarié s'inscrivent dans le §3 de la Section 4 relative à l' « Exercice du pouvoir de direction » (*ibid*, p. 954).

[1738] V. en ce sens : Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090 ; *LPA* 2001, n° 163, p. 11, chron. X. Daverat ; C. Roca ; *JCP G* 2001, n° 6, p. 325, C. Puigelier ; *LPA* 2000, n° 137, p. 6, note G. Picca et A. Sauret. Conf. par : Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093 : « l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail » ; *RDC* 2008, n° 2008/3, p. 869, chron. C. Pelletier ; *SSL* 2008, n° 1369, p. 33, note Ph. Waquet ; *Dr. soc.* 2008, n° 5, p. 608, obs. C. Radé. La jurisprudence rappelle fréquemment cette règle. Pour des illustrations plus récentes, v. not. en ce sens : Cass. soc., 6 déc. 2023, n° 22-16.455 ; Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-12.418 ; Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 20-10.843 ; *JCP S* 2021, n° 46, p. 21, note B. Alix ; Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597 ; *JCP E* 2021, n° 43, p. 45, chron. Y. Pagnerre ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 30, p. 78, note A. Allouch ; *JCP E* 2021, n° 28, p. 50, note C. Terret et F. Alambret ; *SSL* 2021, n° 1949, p. 4, note P. Adam.

Cependant, certaines évolutions, liées notamment à la nature de l'activité et aux nouvelles organisations du travail, ont complexifié la mise en œuvre du pouvoir de contrôle de l'employeur.

483.- Le travail intellectuel compliquant la mise en œuvre du pouvoir de contrôle de l'employeur. Les évolutions liées à la désindustrialisation et à l'essor de l'activité de service ont contribué à remettre en cause les moyens de contrôle et de surveillance de l'activité du salarié. Les activités de services donnent lieu, en grande majorité, à l'accomplissement d'un *travail intellectuel*. Or, ce dernier apparaît comme une première limite au contrôle exercé par l'employeur sur l'activité du salarié. Au début du XXe siècle, le *travail manuel* était prépondérant. L'activité professionnelle exercée dans les usines ainsi que le travail agricole témoignent de ce précédent constat[1739]. Certains sociologues et anthropologues ont d'ailleurs mis en exergue le contrôle exercé par la hiérarchie sur l'activité des ouvriers, caractéristique du travail d'usine[1740]. Par ailleurs, l'accomplissement d'un travail manuel est objectivement observable. La finalité d'un tel travail est généralement la production d'un ouvrage matériel, dont il est aisé de constater la réalisation ou, *a contrario*, l'absence de réalisation. Il peut également s'agir de l'accomplissement d'une prestation immatérielle. Dans ce dernier cas, le contrôle de l'exécution du travail est certes plus complexe, mais demeure assez évident en comparaison avec l'accomplissement d'un travail intellectuel. En effet, ce dernier consiste en la mise en œuvre d'une activité de l'esprit du salarié, et peut donc difficilement faire l'objet d'un contrôle. Le travail intellectuel est intrinsèquement subjectif. La durée d'accomplissement d'une tâche est variable d'un individu à un autre. C'est la raison pour laquelle, en matière de travail intellectuel, « il est difficile de définir des objectifs clairs et de déterminer des délais raisonnables »[1741]. Or, au regard des principes de non-discrimination et de son corollaire, celui de l'égalité de traitement, les juges ont toujours refusé que l'employeur justifie ses décisions au regard d'éléments subjectifs[1742]. Frédéric Guiomard a pu qualifier cet impératif jurisprudentiel

---

1739 V. en ce sens : Tableau de recensements de la population de 1975, 1982 et 1990 *in* S. Dumartin, M. Tomasini, « Déclin de l'emploi industriel et tertiarisation accrue. L'emploi par secteur d'activité entre 1982 et 1990 », *Rev. Économie et statistiques* 1993, p. 34.

1740 V. en ce sens : M. Parodi, « Les transformations des conditions de travail des ouvriers », *Revue de l'OFCE* 2004, p. 185 ; J.-P. de Gaudemar, *L'ordre et la production. Naissance et formes de la discipline dans les usines*, Éd. Dunod, 1982 ; A. Melucci, « Action patronale, pouvoir, organisation, règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle », *op. cit.*, p. 139 ; P. Imbert, *Des rapports entre patrons et ouvriers dans la grande industrie*, Paris, 1902.

1741 S. Lund, S. Ramaswamy, J. Manylka, « Le nouvel âge du travail intellectuel », *op. cit.*, p. 52.

1742 Par exemple, les juges de la chambre sociale ont pu rejeter la pratique qui consistait à octroyer des primes aux salariés, lorsque les modalités de fixation de la prime était étaient établies sur des éléments subjectifs laissés à

d' « exigence d'objectivité »[1743], qui « conduirait à imposer à l'employeur de ne pouvoir invoquer que des faits "objectifs", c'est-à-dire des faits dont l'existence dans le monde sensible peut être prouvée avec certitude »[1744]. C'est certainement pour ces raisons que le travail intellectuel a « longtemps été perçu comme une activité insusceptible de contrôle »[1745]. Toutefois, si le contrôle du travail intellectuel est plus complexe que celui du travail manuel, il n'est pas pour autant impossible. Il est effectivement possible de surveiller l'activité du salarié pour contrôler *in fine* l'exécution d'un travail intellectuel selon des critères qualitatifs raisonnablement exigibles. La Cour de cassation a d'ailleurs pu se prononcer en ce sens pour justifier le licenciement d'un salarié pour insuffisance professionnelle ou insuffisance de résultat[1746]. Partant, cette jurisprudence pourrait être transposable à l'exercice du pouvoir de contrôle par l'employeur pour l'exécution d'un travail de nature intellectuelle. La corrélation classique entre la présence du salarié au travail et sa présence physique n'a donc plus lieu d'être. En effet, le salarié peut parfaitement accomplir une activité intellectuelle depuis un lieu de travail autre que les locaux de l'entreprise et en dehors des heures d'ouverture de l'entreprise, conduisant ainsi à une plus grande autonomie dans l'accomplissement du travail. Cela est d'autant plus vrai si le salarié utilise les outils numériques pour effectuer son travail.

484.- Le travail dématérialisé compliquant la mise en œuvre du pouvoir de contrôle de l'employeur. La nature du *travail dématérialisé* génère, le plus souvent, une virtualisation des tâches de travail. C'est le cas du travail exercé grâce aux outils numériques. En conséquence, le contrôle de l'activité du salarié, dont le pouvoir incombe à l'employeur, se trouve complexifié. Si le salarié travaille sur un poste de travail informatique dans les locaux de l'entreprise, la difficulté liée au contrôle de son activité sera toutefois réduite. En effet, dans ce cas, le salarié demeure livré à un contrôle relativement strict de sa hiérarchie. Les « dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur

---

l'appréciation discrétionnaire de l'employeur. V. en ce sens : Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.590 ; Cass. soc., 6 déc. 1979, n° 78-41.143.

1743 Sur cette question, v. en ce sens : V. Iliena, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, préf. A. Lyon-Caen, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. des Thèses, 2020.

1744 F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse Université Paris X Nanterre, 2004, p. 267. Cette exigence d'objectivité a été dégagée par Frédéric Guiomard pour décrire ce recouvrait l'exigence de la cause réelle de licenciement. Toutefois, il est permis d'observer que cette exigence d'objectivité s'appliquer plus largement à toutes les mesures prises par l'employeur, étant consubstantielle aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Sur ce point, v. en ce sens : V. Iliena, *L'exigence d'objectivité en droit du travail,, op. cit.*

1745 L. Drai, *Le droit du travail intellectuel, op. cit.*, pp. 5-6.

1746 V. en ce sens : Cass. soc. 25 fév. 1985, n° 84-40.446.

pour l'exécution de son travail » font l'objet d'une présomption de professionnalité[1747]. Ainsi, l'employeur pourra librement contrôler l'activité réalisée par le salarié depuis un poste informatique professionnel. À titre d'illustration, il sera en mesure de consulter les documents et fichiers créés[1748], mais également les courriels émis depuis sa messagerie professionnelle[1749] et d'accéder à tous les logiciels professionnels utilisés par le salarié pour exercer son activité. Cependant, le contrôle de l'activité du salarié se complique lorsque ce dernier l'exerce en dehors des locaux de l'entreprise, grâce aux technologies de l'information et de la communication[1750]. Le télétravail constitue à ce titre un exemple probant. Le télétravailleur effectue son travail « en dehors des locaux de l'entreprise », ce qui signifie que la surveillance de sa présence physique est rendue impossible. Par conséquent, le télétravail brouille la frontière entre la présence et l'absence car le lieu d'exercice du travail n'est pas sous le contrôle de l'employeur. Pour autant, l'employeur doit pouvoir mettre en œuvre son pouvoir de contrôle qu'il détient en vertu de son pouvoir de direction. Il a donc été nécessaire d'adapter les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle à ces nouvelles formes d'organisation du travail.

[1747] Sur la reconnaissance d'une présomption de professionnalité par les magistrats de la Cour de cassation des fichiers situés sur un outil numérique professionnel, v. en ce sens : Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025 ; *RJS* 2017 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 298, p. 38, note L. Boncourt ; *LPA* 2008, n° 86, p. 4, chron. X. Daverat et S. Tournaux ; *JCP E* 2007, n° 26, p. 42, note C. Puigelier ; *SSL* 2007, n° 1297, p. 88, note J.-E. Ray ; *Lexbase soc.* 2006, n° 234, S. Tournaux. Conf. par : Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877 ; *JCP E* 2011, n° 9, p. 48, obs. A. de Saint Martin ; *RDT* 2010, n° 3, p. 172, note H. de Guyader ; *Dr. ouvr.* 2010, n° 739, p. 90, note A. Brousse ; *JCP S* 2010, n° 4, p. 24, note B. Bossu (rejet du caractère personnel d'un fichier informatique présent sur un ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur non identifié comme « personnel ») ; Cass. soc. 9 fév. 2010, n° 08-45.253 ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 112, p. 20, note E. Walle ; *JCP S* 2010, n° 24, p. 34, note B. Bossu (rejet du caractère personnel de connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail et depuis un ordinateur mis à sa disposition par l'employeur, bien qu'inscrites dans la liste des « favoris » de l'ordinateur) ; Cass. soc. 15 déc. 2010, n° 08-42.486 ; *RJS* 2011, n° 2, p. 110 (rejet du caractère personnel de courriels envoyés depuis un ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur non identifiés comme étant personnels) ; Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-12.138 ; *JCP S* 2013, n° 38, p. 24, note B. Bossu ; *JSL* 2013, n° 349, p. 16, note J.-E. Tourreil (rejet du caractère personnel de fichiers et dossiers présents sur un ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur et n'étant pas identifiés comme étant personnels) ; Cass. soc. 9 déc. 2022, n° 20-18.922 (même solution que dans l'arrêt précité). Par ailleurs, cette jurisprudence a été étendue à une clé USB connectée sur un ordinateur professionnel, qui est considérée comme une extension de l'outil informatique professionnel et revêt à ce titre un caractère professionnel. V. en ce sens : Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28.649 ; *RTD Civ.* 2013, n° 3, p. 574, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 81, p. 29, note C. Frouin ; *JCP S* 2013, n° 21, p. 23, note B. Bossu. Elle l'a également été aux courriels reçus sur une messagerie professionnelle, l'employeur étant en droit de les consulter en dehors de la présence du salarié : Cass. soc. 15 déc. 2010, n° 08-42.486, *précité*. Conf. par : Cass. soc. 16 mai 2013, n° 12-11.866 ; *JSL* 2013, n° 346, p. 22, obs. F. Lalanne ; Cass. soc. 9 sept. 2020, 18-20.489 ; *JSL* 2020, n° 506, p. 25, note D.-J. Paturle.

[1748] Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-42.447. Cet arrêt mentionne toutefois une exception à ce principe : si le salarié a expressément indiqué que lesdits fichiers étaient « personnels ».

[1749] Cass. soc., *Nikon*, 2 oct. 2001, n° 99-42.099.

[1750] Sur ce point, on peut toutefois souligner la montée en puissance de la surveillance par algorithme. Sur ce point, v. Dir. 2024/2831 du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2024 relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme.

485.- L'autonomie dans l'organisation du travail nécessitant une adaptation des modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur. L'autonomie du salarié dans l'organisation du travail a conduit à la nécessité de repenser les modalités du contrôle et de la surveillance de l'activité du salarié par l'employeur. Dans la mesure où l'indice des horaires ne permet plus de rendre compte de la réalité du travail accompli, le législateur a introduit un nouveau référentiel : celui de la *charge de travail*[1751]. L'avènement de ce nouveau référentiel répond à la finalité suivante : prendre en considération l'écart qui existait entre le travail prescrit et le travail réellement accompli, permettant ainsi une évaluation plus qualitative et subjective de l'activité effectuée par le salarié. La charge de travail permet ainsi de passer d'une logique exclusivement quantitative de mesure du temps de travail, à une approche plus qualitative, incluant divers facteurs tels que la pénibilité au travail, l'intensité du travail, les contraintes organisationnelles et les objectifs assignés au salarié. Lorsqu'elle est utilisée comme référentiel, la charge de travail conduit à un changement de paradigme s'agissant du contrôle et de la surveillance de l'activité du salarié. En effet, l'approche globale et qualitative sous-tendue par cette notion pourrait à première vue apparaître comme contraire au contrôle des absences du salarié. La charge de travail suggère le contrôle de l'activité du salarié en termes de *résultats*, par opposition au contrôle *constant et régulier* qui existe lorsque le temps de travail est utilisé comme instrument de mesure du travail. Dans cette conception, il serait possible d'en déduire que la charge de travail se désintéresse purement et simplement de la détermination des temps de *présence* et *d'absence*. Pourtant, l'analyse des dispositions législatives et de la jurisprudence met en échec cette préconception. En effet, le contrôle des absences semble demeurer au cœur des préoccupations. L'article L. 3121-64 du Code du travail prévoit expressément que l'accord prévoyant la possibilité de conclure des conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année doit déterminer « les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des *absences* ainsi que des arrivées et départs en cours de période ». Ainsi, bien que le salarié bénéficie d'une autonomie dans l'organisation du travail, la présence et les absences du salarié doivent être recensées, puisqu'elles déterminent la rémunération du salarié. Le temps de travail, s'il ne peut plus être utilisé comme l'unique instrument de mesure du travail, demeure déterminant afin de recenser les absences doivent être recensées et identifiées. Ainsi, la charge

[1751] Sur cette question, v. en ce sens : L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail, op. cit* ; S. Demay, *La charge de travail à l'ère du numérique. Réflexion sur la santé au travail*, préf. Y. Pagnerre, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2023. ; S. Tournaux, « Forfait en jours : la qualification du suivi effectif et régulier de la charge de travail », Dr. soc. 2023, p. 836 ; L. Enjolras, L. de Montvalon, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *RDT* 2023, p. 606.

de travail n'évince pas la question de l'absence. Pour preuve, un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 février 2022, dans lequel elle a considéré que malgré la liberté dont bénéficiait une salariée en convention de forfait en jours s'agissant de ses horaires de travail, « l'employeur était fondé à reprocher à l'intéressée ses absences »[1752]. La complexité pour l'employeur de contrôler et de surveiller le salarié s'observe également s'agissant du temps de travail. En effet, la qualification d'absence du salarié est fondée sur un critère temporel. Or, ce dernier est aisé à vérifier si le salarié est soumis à des horaires de travail stricts et précisément déterminés. Il est cependant bien plus complexe à établir si le salarié bénéficie d'une autonomie dans l'organisation de son temps de travail. À titre d'illustration, il est possible de citer les horaires individualisés. Il s'agit d'un dispositif d'aménagement du temps de travail qui permet au salarié de choisir ses heures d'arrivée et de départ, tout en respectant la durée de travail prévue au contrat de travail. Un second exemple se rencontre en matière de conventions de forfait. Il constitue assurément un exemple probant de la difficulté à contrôler l'activité du salarié, dans la mesure où le salarié bénéficie d'une grande autonomie. Dans ce cas, les horaires de travail n'existent plus puisqu'ils sont laissés à la discrétion du salarié – sous réserve toutefois de respecter le volume de travail[1753] convenu sur la période de référence[1754] –.

En définitive, l'autonomie du salarié dans le travail ne saurait être perçue comme une forme d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs de l'employeur. Le salarié demeure titulaire d'un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination, et doit ainsi répondre à des exigences de présence au travail car elles conditionnent l'accomplissement du travail. Partant, l'autonomie du salarié dans le travail a contribué à rendre inopérantes les modalités du contrôle et de surveillance de l'activité. Cependant, le législateur et la jurisprudence veillent toutefois à ce que de nouvelles modalités soient envisagées afin que l'employeur puisse conserver le plein exercice des pouvoirs qui lui incombent. En revanche, ces nouvelles modalités sont susceptibles de se heurter aux droits et libertés individuels du salarié, qu'il convient à présent d'analyser.

[1752] Cass. soc., 2 fév. 2022, n° 20-15.744 ; *SSL* 2023, n° 2034, p. 5, chron. F. Favennec-Héry ; *SSL* 2022, n° 2003, p. 8, chron. L. de Montvalon ; *JCP S* 2022, n° 24, obs. J.-P. Lhernould.

[1753] Le volume de travail peut être fixé en *heures* ou en *jours* : C. trav., art. L. 3121-53.

[1754] La période de référence est la semaine, le mois ou l'année s'agissant de la convention de forfait en heures. Pour ce qui est de la convention de forfait en jours, la période de référence est l'année : C. trav., art. L. 3121-54.

B) Le pouvoir de contrôle de l'employeur limité au nom de droits et libertés reconnus au salarié

486.- L'exigence de justification de l'employeur comme limite au contrôle de la présence au travail. À la fin du XIX[e] siècle, la prise en compte du caractère inégalitaire de la relation de travail a conduit à l'avènement du droit du travail[1755]. Il s'agissait de « la seule voie à même d'introduire un régime juridique moins défavorable aux salariés »[1756]. Encore marquée par le contrat de louage de services, la relation de travail était à cette époque caractérisée par « une certaine forme d'asservissement »[1757]. Or, l'avènement du droit du travail avait pour finalité la réduction voire la suppression de l'inégalité inhérente à la relation de travail. Deux méthodes permettaient alors de tendre vers cette finalité. La première aurait consisté à accroître les pouvoirs du salarié ; la seconde à diminuer ceux de l'employeur. Les dispositifs juridiques successifs ont combiné ces deux méthodes, afin de rééquilibrer au mieux la relation de travail. À titre d'illustration, la durée hebdomadaire de travail a été abaissée[1758] ; le droit aux congés payés[1759] et le droit syndical[1760] ont été reconnus. En parallèle, les « pleins pouvoirs » de l'employeur ont été largement encadrés. À titre d'exemple, il a été interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail de manière arbitraire. C'est la raison pour laquelle il a dû justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement[1761]. Par ailleurs, l'employeur a été tenu de respecter certains principes, parmi lesquels on peut citer le principe de non-discrimination. Ce dernier pouvait le contraindre à justifier ses choix auprès des salariés mais au-delà, auprès des candidats à une procédure de recrutement dont il était à l'initiative, l'accès à un stage ou à une formation au sein de son entreprise[1762]. Bien qu'ayant fait l'objet de certaines réformes, l'ensemble de ces mesures a été conservé. Partant, ces exemples permettent de démontrer que les pouvoirs de l'employeur ont été largement encadrés. Plus exactement, si ces pouvoirs demeurent, leur modalités d'exercice sont limités. Les choix de l'employeur doivent, lorsqu'ils sont remis en

1755 A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 70.
1756 T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, *op. cit.*, p. 41.
1757 *Ibid.*, p. 34.
1758 L. du 23 avr. 1919 sur l'abaissement de la durée journalière de travail à huit heures et de la durée hebdomadaire de travail à quarante-huit heures (*Bull. des lois* 1919, n° 248, p. 1234).
1759 L. du 20 juin 1936 instituant un congé annuel payé dans l'industrie, le commerce, les professions libérales, les services domestiques et l'agriculture (*JORF* n° 0149 du 26 juin 1936, p. 6698).
1760 L. du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels (*Bull. des lois* 1884, n° 846, p. 617).
1761 Pour le licenciement pour motif personnel, v. C. trav., art. L. 1232-1. Pour le licenciement pour motif économique, v. art. L. 1233-2. Cet impératif de la cause réelle et sérieuse de licenciement était expressément prévu par l'ancien article L. 122-14-2 du Code du travail, créé par le décret n° 74-808 du 19 sept. 1974 portant mise à jour du Code du travail.
1762 C. trav., art. L. 1132-1. Ce texte a été codifié par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, modifié par la loi de ratification n° 2008-493 du 26 mai 2008.

cause par son cocontractant, être *justifiés* devant les juges à qui il appartient de « déterminer si cette justification est admissible »[1763]. L'exigence de justification dont l'employeur est débiteur peut difficilement être remise en cause et s'applique quasiment à l'ensemble de ses décisions[1764]. L'établissement d'une situation d'absence du salarié par l'employeur n'échappe pas à cet impératif. En effet, les modalités de contrôle de l'activité du salarié qui permettent à l'employeur d'établir une absence sont conditionnés à certains principes, notamment à l'exigence de proportionnalité[1765] mais également au respect de la vie privée du salarié[1766].

487.- La nécessité de dispositifs de contrôle *justifiés* et *proportionnés*. Si pendant longtemps la balance entre les *droits et libertés du salarié* et les *pouvoirs de l'employeur* semblait nettement pencher en faveur de ces derniers, le législateur a entendu la rééquilibrer[1767]. En effet, par une loi de 1992[1768], le législateur a imposé une double exigence de justification et de proportionnalité des mesures patronales[1769]. Désormais codifié à l'article L. 1121-1 du Code du travail dont la rédaction demeure inchangée depuis 1992, il est prévu que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». En d'autres termes, toute atteinte portée aux droits et libertés des salariés doit être justifiée par un intérêt légitime et proportionnée à l'objectif poursuivi. Or, les dispositifs permettant à l'employeur de contrôler la *présence* du salarié se heurtent le plus souvent aux droits à la vie privée, personnelle et familiale du salarié. C'est donc au regard de la protection de ces droits que les limites portées aux modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur entendent être révélées.

1763 F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, op. cit.,* p. 267.
1764 Sur l'exigence de justification des mesures du personnel, v. *ibid.*
1765 C. trav., art. L. 1121-1.
1766 C. civ., art. 9.
1767 Cette idée était notamment exprimée par Gérard Lyon-Caen, qui s'exprimait en ces termes : « Contrôle, surveillance, ordre et sécurité dans l'entreprise, pouvoir disciplinaire, ne font pas nécessairement bon ménage avec droit à l'intégrité physique, liberté d'aller et venir, liberté d'expression, intimité. On peut dire que la balance a été inégale pendant longtemps. Passé le seuil des lieux de travail, les libertés étaient sacrifiées » : G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi, op. cit.*, p. 137.
1768 L. n° 92-1446 du 31 déc. 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (*JORF* n° 1 du 1er janv. 1993), spéc. art. 25.
1769 Ce texte a été codifié à l'article L. 120-2 de l'ancien Code du travail.

488.- La protection de la vie privée du salarié comme limite aux modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur. Les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur apparaissent complexes à mettre en œuvre lorsque le salarié exerce son activité en dehors de l'entreprise, *a fortiori* s'il l'exerce depuis son domicile. Dans ce dernier cas, le contrôle de l'activité de l'employeur se heurte au droit au respect de la vie privée du salarié, qui trouve son fondement au sein de l'article 9 du Code civil[1770]. Si le pouvoir de contrôle de l'employeur est en principe assez libre, la licéité des modalités d'exercice de ce contrôle dépend quant à elle de la conciliation imposée par l'article L. 1121-1 du Code du travail[1771]. C'est donc en matière probatoire que les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle sont limités. Plus exactement, la difficulté apparaît « lorsque le salarié utilise pour son travail un outil numérique mis à la disposition par l'employeur, et que ce dernier découvre des traces (messages, fichiers) d'une utilisation de l'appareil à des fins personnelles, voire d'un usage interdit par lui »[1772]. Or, cette question intéresse tout particulièrement l'employeur s'agissant de la preuve de l'absence au travail puisque dans ce cas, le salarié n'effectue pas sa prestation de travail. S'il semble qu'il reste à sa disposition, l'usage abusif de l'outil numérique professionnel à des fins personnelle peut cependant être sanctionnée. Dès lors, les modalités de contrôle des flux numériques entendent être analysés à travers l'encadrement de la cybersurveillance.

489.- L'encadrement de la cybersurveillance comme limite au pouvoir de contrôle de la présence au travail. L'exécution du travail dématérialisé, notamment informatique, est particulièrement compliquée à contrôler pour de nombreuses raisons. La *cybersurveillance*[1773] de l'activité du salarié est très encadrée, parce qu'elle se heurte à certains droits et libertés fondamentaux, au premier rang desquels figure la protection de sa vie privée[1774], mais également le droit de l'informatique qui protège la personne du salarié[1775]. Lorsque le salarié exerce son activité sur un outil de travail numérique, le contrôle de son activité n'est envisageable que si la surveillance de l'activité informatique du salarié est possible. Or, pour ce faire, des dispositifs spécifiques doivent être mis en place. Ainsi, la surveillance du salarié doit respecter et garantir les droits des personnes ainsi que des libertés individuelles et

[1770] C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Ce texte est issu de la loi n° 70-643 du 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.
[1771] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.,* p. 961.
[1772] *Ibid.*
[1773] Le préfixe cyber désigne l'utilisation du réseau internet. V. en ce sens : *Dictionnaire de l'Académie française*, v° cyber.
[1774] C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».
[1775] G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi, op. cit.*, p. 116.

collectives[1776]. Pour ce faire, l'employeur doit respecter l'exigence de proportionnalité qui figure à l'article L. 1121-1 du Code du travail. Ce texte impose que le dispositif de surveillance et de contrôle de l'activité du salarié soit « justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché ». Il y a donc une exigence de nécessité qui découle de ce principe de proportionnalité[1777]. Il est intéressant d'observer que cette exigence a été consacrée par le législateur au début des années 1990[1778]. Or, c'est exactement à cette période que le travail sur l'outil informatique a connu un fort développement[1779]. Le télétravail a également été développé à la fin du XXe siècle[1780]. Partant, cette exigence de proportionnalité est née pour répondre aux nouvelles problématiques générées par le développement du travail dématérialisé et notamment, du travail informatique.

S'ajoute à cette exigence celle de *loyauté* vis-à-vis du salarié dont l'activité est contrôlée, ce dernier devant être informé personnellement, avant que ne soit mis en place un dispositif de surveillance[1781]. Cet impératif a été créé par le législateur en 1992[1782]. Le développement du travail dématérialisé à cette époque a justifié l'émergence de ces nouveaux impératifs restreignant l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur. En effet, de tels impératifs ne se justifiaient pas lorsque le travail était exercé dans les locaux de l'entreprise, puisque l'employeur pouvant alors contrôler librement et de manière transparente l'activité du salarié. Cette évolution des modalités d'exécution du travail a donc été à l'origine de l'émergence de nouvelles protections pour le salarié, qui restreignent corrélativement le contrôle de l'exécution du travail et donc, de la présence du salarié au travail. En matière de travail dématérialisé, l'employeur dispose à cet égard d'un véritable *droit de surveillance* de l'activité de ses salariés, sous réserve qu'il ne heurte pas d'autres droits et libertés fondamentaux dont ce dernier est titulaire. À défaut, les

---

1776 Sur ce point, Gérard Lyon-Caen défendait fervemment cet impératif. Selon lui, si la situation de subordination du salarié implique nécessairement une restriction des droits fondamentaux, il est nécessaire de lutter contre les intrusions qui constitueraient une extension abusive de la subordination. Partant, il appelait de ses vœux un encadrement juridique strict de ces atteintes. V. *Ibid.*

1777 *Ibid.*, p. 140.

1778 Cette disposition a été consacré par la loi n° 92-1440 du 31 déc. 1992 (*JORF* n° 1 du 1er janv. 1993), art. 25, à l'ancien article L. 120-2 du Code du travail.

1779 Certains sociologues observent que c'est à cette époque que s'est développée la micro-informatique. V. en ce sens : C. Dupuy, F. Sarfati, *Gouverner par l'emploi. Une histoire de l'école 42*, Éd. Humensis, 2022 (livre numérique). Un autre auteur relève que « le début des années 1990 a été marqué par l'irruption massive des (nouvelles) technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les différentes sphères de l'entreprise : du domaine de la gestion administrative, humaine et financière aux champs de la communication et de la formation, ainsi qu'aux secteurs de l'organisation du travail et des équipes de travail » : M.-E. Bobillier-Chaumon, « Évolution et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité », in *Le travail humain*, PUF, 2003, p. 162.

1780 V. en ce sens : J.-M. Peretti, *Ressources humaines*, Éd. Vulbert, 19e éd., 2024, p. 131.

1781 C. trav., art. L. 1222-4 : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

1782 L. n° 92-1446 du 31 déc. 1992, *précitée*, art. 26.

moyens de contrôle usités seront considérés comme illicites[1783]. Pour ce faire, l'employeur est tenu à une *obligation de transparence* quant aux modalités de contrôle et de surveillance de l'activité du salarié. Cette obligation de transparence est consubstantielle à l'obligation de loyauté inhérente à la relation de travail. L'employeur doit ainsi porter à la connaissance de chaque salarié le dispositif de contrôle instauré[1784]. Afin de garantir la protection des libertés individuelles et collectives des salariés, l'employeur doit également informer et consulter le Comité social et économique, « préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés »[1785]. En matière de surveillance informatique, s'ajoute l'impératif de protection des données personnelles (RGPD) issu d'une directive européenne de 1995[1786], modifiée par un règlement de l'Union européenne de 2016[1787] et transposée par une loi en 2018[1788]. Dans la mesure où le RGPD encadre la surveillance, il est plus difficile pour l'employeur de constater une situation d'absence du salarié et surtout, d'en rapporter la preuve. Par exemple, les dispositifs de vidéosurveillance sont limités. Ainsi, un système de vidéosurveillance déclaré à la CNIL comme ayant une finalité de protection de la sécurité des salariés ne doit pas être utilisé pour contrôler les horaires des salariés, en constatant leur temps de pause sans les en informer. Dans ce cas, le mode de preuve est considéré comme illicite et donc, irrecevable[1789]. Pour ce qui est du télétravail, le salarié exerce son activité à son domicile qui est, par nature, un lieu inhérent à sa vie privée. S'il devient le lieu de l'activité professionnelle, il n'en demeure pas moins protégé par le droit au respect de sa vie privée. Là encore, le principe directeur est l'exigence de proportionnalité entre les dispositifs de contrôle de l'activité du salarié et le respect de sa vie privée. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) rappelle ainsi que l'employeur ne peut pas placer ses salariés sous une « surveillance permanente »[1790]. Dans ce

---

[1783] Cass. soc. 14 mars 2000, n° 98-42.090, *précité.* Conf. par Cass. soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266 ; *LPA* 2013, n° 110, p. 5, chron. F. Buy et J. Théron ; *Dr. soc.* 2012, n° 11, p. 1027, note J.-E. Ray ; *LPA* 2012, n° 202, p. 5, note H. Peschaud ; *Lexbase soc.* 2012, n° 495, obs. L. Casaux-Labrunée ; Cass. soc. 18 oct. 2017, n° 16-16.462.

[1784] C. trav., art. L. 1222-4.

[1785] C. trav., art. L. 2312-38.

[1786] Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[1787] Règl. UE n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

[1788] L. n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (*JORF* n° 0141 du 21 juin 2018).

[1789] Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-18.105.

[1790] Propos de Éric Delisle *in* S. Izard, « La Cnil renforce ses contrôles en matière de télétravail », *SSL* 2022, 1992. À cet égard, la jurisprudence est assez stricte : elle exige que l'employeur ait préalablement porté à la connaissance du salarié l'existence du dispositif de vidéosurveillance ainsi que sa finalité : Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482 ; *JCP E* 2012, n° 38, p. 34, chron. V. Soubise ; *RDT* 2012, n° 4, p. 223, obs. A. Gardin ; *JCP S* 2012, n° 12,

cas, le dispositif de surveillance est jugé excessif et disproportionné[1791]. Les difficultés liées au contrôle de l'activité du télétravailleur ont d'ailleurs été réanimées en 2020, lors de la pandémie sanitaire ayant généré un recours massif au télétravail.

Outre le RGPD, le règlement européen sur l'intelligence artificielle (RIA) de 2023 encadre la surveillance du salarié par l'intelligence artificielle[1792]. Si le RGPD et le RIA poursuivent des finalités similaires, ils sont en réalité complémentaires et peuvent s'appliquer conjointement, « encadrant plus spécifiquement les pouvoirs de contrôle de l'employeur »[1793]. Ainsi, certains systèmes d'intelligence artificielle sont classés comme étant à « haut risque », car ils sont susceptibles d'avoir une incidence considérable sur les droits des travailleurs. C'est notamment le cas des « systèmes d'IA utilisés pour surveiller les performances et le comportement » de certaines catégories de personnes considérées comme vulnérables telles que les femmes, les personnes handicapées ou les personnes susceptibles d'être discriminées en raison de leur origine raciale, ethnique ou de leur orientation sexuelle[1794]. En définitive, ces exigences sont autant de limites portées aux modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur.

§2 : Le maintien d'une conception historique de l'absence

490.- Plan. L'évolution des formes de travail ont contribué à rendre plus complexe la détermination de situations d'absence. Par conséquent, la distinction entre les situations de *présence* et d'*absence* tendrait à s'éroder. Cela pourrait également s'expliquer en raison du fait que l'absence continue d'être traitée comme une situation exceptionnelle – même lorsqu'elle est autorisée – par opposition au principe de présence au travail qui demeure la règle de principe **(I)**. Par ailleurs, certaines alternatives à l'arrêt de travail se sont développées. Si ces dernières sont considérées comme des situations de *présence* au travail, elles ont pour origine un motif pour lequel le salarié serait fondé à s'absenter et produisent d'ailleurs certains effets liés

p. 32, note G. Loiseau. Toutefois, la CNIL condamne fermement les dispositifs de surveillance permanente des salariés : CNIL, Délibération n° 2014-307 du 17 juill. 2014. Pour un exemple plus récent, v. en ce sens : CNIL, Délibération n° 2024-021 du 19 déc. 2024.

[1791] CNIL, Délibération n° 2023-021 du 27 déc. 2023. Conf. par : CNIL, Délibération n° 2024-021 du 19 déc. 2024.

[1792] Règl. 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle.

[1793] E. Picart-Cartron, « L'application croisée du RIA et du RGPD, quels apports pour l'employeur ? », *Dr. soc.* 2025, p. 598.

[1794] Règl. 2024/1689 *précité*, considérant n° 57.

à l'absence **(II)**. Partant, ces alternatives aux arrêts de travail contribueraient également à émousser la frontière entre la *présence* et *l'absence*.

I- La persistance du traitement de l'absence comme situation exceptionnelle

491.- Plan. Dans une conception civiliste, le salarié est considéré comme un cocontractant tenu d'exécuter son obligation contractuelle, qui réside dans l'exécution de sa prestation de travail. Pour ce faire, sa *présence* au travail est nécessaire. C'est la raison pour laquelle la situation de présence est érigée en principe **(A)**. Dans certains cas toutefois, le salarié est autorisé à s'absenter, faisant ainsi exception au principe de présence. C'est le cas toutes les fois où il s'absente de manière autorisée **(B)**. En raison de la multiplicité des motifs d'absence autorisés, le maintien de la conception de l'absence comme situation d'exception entend être interrogé.

A) La présence au travail comme situation de principe

492.- La présence au travail comme condition de l'exécution de la prestation de travail. Le salarié, en vertu de ses obligations contractuelles, « doit fournir une prestation de travail conforme à ce qu'exige l'employeur »[1795]. Or, dans le langage courant, la présence est définie comme étant l' « exactitude à se trouver là où on est appelé par ses fonctions ou ses obligations ; application constante à un travail, une action »[1796]. Par sa présence au travail, le salarié satisfait donc à son obligation contractuelle[1797]. Par conséquent, la présence au travail conditionne l'accomplissement de la prestation de travail par le salarié. C'est la raison pour laquelle, dans une conception du droit commun des contrats, la présence au travail s'érige en principe. Ce constat est renforcé par le droit du travail dans la mesure où le salarié est un travailleur subordonné. Par conséquent, son absence pourrait être perçue comme un comportement d'insubordination puisque le salarié n'est plus à la disposition de l'employeur. Néanmoins, dans une conception plus large, le salarié dispose de droits et de libertés individuels dont l'exercice peut le contraindre à s'absenter du travail. C'est ainsi que l'émergence d'un droit d'absence a conduit à de nombreuses exceptions au principe de la présence au travail.

[1795] G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi, op. cit.,* p. 115.
[1796] *Dictionnaire Larousse*, v° présence.
[1797] L'hypothèse de l'insuffisance professionnelle entend ici être exclue, dans la mesure où elle donne lieu exécution défectueuse et non à une inexécution de la prestation de travail, comme c'est le cas de l'absence.

Ces exceptions se justifient au-delà d'un rapport strictement contractuel. Elles peuvent se justifier pour des raisons endogènes au travail, comme c'est le cas par exemple de la formation professionnelle ou de l'exercice de mandats de représentation, mais également pour des raisons inhérentes à la personne humaine du travailleur, la maladie étant l'exemple le plus significatif.

B) L'absence justifiée comme exception au principe de présence

493.- L'absence justifiée comme situation exceptionnelle, voire inusitée ? Au regard des différents régimes juridiques qui existent en droit social, il apparaît que l'absence est traitée comme une situation exceptionnelle. Pourtant, les situations d'absence justifiées ne sont pas rares. Les études qui recensent le nombre d'absences ainsi que leur durée en témoignent[1798]. Par ailleurs, rares sont les travailleurs qui ne s'absentent pas au cours de leur carrière. Partant, la pertinence de la prise en considération de l'absence comme situation exceptionnelle porte à interrogation. Ne faudrait-il pas effacer le concept du principe de présence au travail et de l'exception de l'absence ? Ne serait-il pas préférable d'envisager la présence et l'absence de manière plus générale et plus globale, comme un tout indivisible ? En effet, dans de nombreux cas, un salarié peut alterner successivement des phases de *présence* et *d'absence*, avec des périodes intermédiaires. La frontière entre absence et présence rend ainsi complexe la détermination du régime juridique applicable au salarié. La perception juridique de l'absence comme situation exceptionnelle interroge.

494.- La cohérence de *l'absence justifiée* comme exception au regard de la conception contractuelle civiliste. Il a précédemment été démontré que l'apparition de motifs donnant lieu à un droit d'absence pour le salarié datait de la fin du XIX^e^ siècle et du XX^e^ siècle. Si l'avènement du droit du travail et des premières lois sociales datent de cette même époque, il n'en demeure pas moins que la relation de travail est encore fortement marquée par l'héritage du droit civil. Dès lors, puisque l'absence est toujours traitée pour partie par le contrat, il apparaît cohérent de traiter l'absence justifiée du salarié comme une situation d'exception. En vertu des obligations contractuelles, obligation dont le salarié est débiteur en vertu du contrat de travail. Partant, le salarié absent est considéré comme manquant à son obligation

[1798] En effet, les études portant sur l'année 2023 révèlent un nombre moyen de jours d'absence par salarié de 22,3, ce qui représente un taux de 37% ayant eu au moins une absence au cours de l'année 2023 : Ayming, AG2R La mondiale, 16^e^ Baromètre de l'Absentéisme et de l'Engagement. Prévention de l'absentéisme et renforcement de l'engagement au cœur des enjeux managériaux, Étude 2024, p. 5.

contractuelle[1799]. Dès lors, au regard du droit des contrats civils, l'assimilation de l'absence – bien que justifiée – à une situation d'exception semble cohérente. Le vocable civiliste de *l'exception d'inexécution* traduit bien cela[1800]. Dans la mesure où le contrat a force obligatoire, les parties doivent en principe l'exécuter[1801] ; ce n'est que par exception, dans des cas limités et précisément définis, que les parties sont en droit de ne pas l'exécuter. Ainsi, en vertu des dispositions législatives du droit des contrats civils, une partie à un contrat est libérée de ses obligations contractuelles avant de les avoir exécutées en cas de force majeure[1802], en application de la théorie de l'imprévision qui donnerait lieu une renégociation du contrat ou à sa résolution[1803], en cas de nullité du contrat[1804] ou encore, si ce dernier est prescrit[1805]. Des dispositions contractuelles spécifiques pourront également prévoir que les parties sont libérées de leurs obligations en cours de contrat, dans certaines circonstances expressément stipulées. C'est le cas de la clause résolutoire[1806] mais également de la condition résolutoire[1807]. Dès lors, l'assimilation de l'absence à une situation d'exception apparaît parfaitement conforme

---

1799 L'ensemble de ces développements ont fait précédemment l'objet d'une démonstration : v. Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1. Un rappel de cette évolution est nécessaire dans la mesure où elle permet de saisir les raisons pour lesquelles la situation d'absence est actuellement perçue comme une situation d'exception, alors même qu'elle est relativement fréquente et que de nombreuses raisons peuvent conduire le salarié à s'absenter (maladie, grève, congés payés, etc.). C'est donc bien parce que la conception historique de l'absence a été conservée qu'une telle situation continue d'être traitée comme une exception au principe de la présence au travail.

1800 L'exception d'inexécution figure à la Sous-section 1 et la Section 5 relative à « L'inexécution du contrat ». Sur l'exception d'inexécution, v. en ce sens : C. civ., art. 1219 : « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave », et 1220 : « une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

1801 C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

1802 C. civ., art. 1218 : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

1803 C. civ., art. 1195 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

1804 C. civ., art. 1178 : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

1805 C. civ., art. 2219 : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ».

1806 C. civ., art. 1225, al. 1er : « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ».

1807 C. civ., art. 1183, al. 1er : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé » et C. civ. art. 1184, al. 1er : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ».

dans une conception purement contractuelle. Pour autant, elle porte à interrogation si l'on l'observe au prisme du droit social.

495.- La remise en cause de *l'absence justifiée* comme exception en droit social. Si l'on peut aisément admettre que *l'absence en droit social* soit traitée comme une situation d'exception par le droit commun des contrats, une telle admission ne semble pas transposable en droit social. En effet, l'avènement du droit social a conduit à un changement de paradigme s'agissant de la situation d'absence du salarié. Considéré jusqu'alors comme un simple cocontractant, le salarié a progressivement été protégé en tant que personne. Il exerce une activité professionnelle de nature à mettre en danger sa sécurité physique, mais également économique. Progressivement, le droit a accordé au travailleur des autorisations d'absence, protégeant son contrat de travail et sa sécurité économique. Ces raisons sont considérées comme des motifs qui sont de nature à autoriser le salarié à s'absenter, et donc, à ne pas exécuter sa prestation de travail. En situation d'absence justifiée, le salarié fait ainsi usage d'un droit protégé. Or, dans la mesure où l'absence justifiée donne lieu à une protection contractuelle voire économique du salarié, le motif donnant lieu au droit pour le salarié de s'absenter semble être considéré comme de nature à paralyser temporairement l'obligation d'exécuter la prestation de travail. Dès lors, le *salarié présent* et le *salarié absent de manière justifiée* semblent être placés dans une situation égalitaire. Le premier exerce son travail conformément aux impératifs contractuels qui sont les siens. Le second exerce un droit protégé, conformément aux dispositions législatives, conventionnelles ou contractuelles ou fait usage d'une tolérance de l'employeur. Ainsi, l'interprétation de l'absence comme exception entend être questionnée. Une telle conception pouvait se concevoir au début du XX^e^ siècle, lorsque l'absence et née et que les raisons d'absence justifiées étaient très peu nombreuses. À cette époque, seules les absences pour maladie, accident du travail, celles liées à l'état grossesse ou à la maternité étaient considérées comme des motifs d'absence justifiés. Or, ces raisons d'absence conduisaient à une absence de courte durée et, lorsqu'elles étaient durables, à un motif de licenciement[1808]. Toutefois, au cours du XX^e^ siècle et jusqu'à aujourd'hui, de nouveaux motifs d'absence ont été reconnus, au point de devenir très nombreux. Cette multitude de motifs d'absence conduit inévitablement à une augmentation du nombre de jours d'absence par salarié[1809]. En outre, tout

[1808] L'absence pour raison de santé a pu être considérée comme une « insuffisance professionnelle » de nature à justifier le licenciement. V. en ce sens : Cass. soc. 17 déc. 1962, *précité*.

[1809] À ce jour, aucune statistique ni donnée ne permet d'établir le nombre moyen de jours d'absence, par salarié et par an. En effet, les études relatives à l'analyse de « l'absentéisme » ne prennent en compte dans leur calcul que

salarié est absent au cours d'une année, ne serait-ce que pour faire usage de son droit à congés payés – sauf cas exceptionnel ou il y renoncerait intégralement –. La pertinence du traitement de l'absence comme situation exceptionnelle porte alors à interrogation. Si cette pertinence est difficilement contestable dans une conception purement contractuelle, elle le devient au regard du droit social. La nécessité d'objectiver les motifs d'absence autorisés pourrait permettre de justifier cette conception.

II- Des alternatives à l'absence justifiée, qualifiées de présence au travail

496.- Plan. Jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, la situation du salarié répondait de façon binaire à deux qualifications : soit il était *présent* au travail, soit il était *absent*. Désormais, les motifs admis comme justifiant l'absence du salarié peuvent donner lieu à des alternatives, qui ne sont pas considérées en droit social comme des situations d'absence. Les modalités d'exercice du travail sont alors adaptées, aménagées. Elles permettent d'assurer le maintien du salarié dans l'entreprise, et d'éviter ainsi les risques liés à l'absence, notamment celui de la rupture du contrat de travail[1810]. Plus exactement, il s'agit d'aménagements du contrat de travail, qui peuvent porter sur le temps de travail **(A)**, mais également sur le poste de travail **(B)**. Or, ces dispositifs juridiques se situent à la frontière entre les situations de *présence* et *d'absence*. Par conséquent, ils constituent une illustration probante au fait que l'évolution du travail entraîne un décloisonnement des situations de *présence* et *d'absence* au travail.

certains motifs d'absence. À titre d'illustration, le document de synthèse de l'observation de l'absentéisme de l'IFOP effectué en mars 2022 ne prenait pas en compte dans le calcul de l'absentéisme que certains motifs d'absence : la maladie, la maladie professionnelle, l'accident de travail et l'accident de trajet : IFOP, *Observatoire de l'absentéisme*, 2022, p. 2 (la version de 2022 constitue le document le plus récent qui indique expressément les motifs d'inclus dans les statistiques présentées). Accessible depuis le lien suivant : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2022/03/syntheseobservatoireabsenteisme_2022.pdf. Consulté le 31/10/2025. Il est par conséquent, il est loin d'inclure l'ensemble des motifs. De même, les études menées au XXIe siècle la DARES relatives aux absences sont sectorielles et ne s'intéressent pas à l'ensemble des absences, quel que soit leur motif. V. par exemple : DARES, *Les absences au travail des salariés pour raisons de santé : un rôle important des conditions de travail*, 2013 ; Services des études et de la statiques, Ministère du Travail, de l'emploi, et de la formation professionnelle (ancienne DARES), Les absences au travail en 1990, 1992. Bien que le document évoque l'inclusion de « toutes les causes d'absence », le taux d'absence recensé de 5,3% ne semble pas inclure effectivement l'ensemble des motifs d'absence, notamment les congés.

[1810] En effet, malgré une situation d'absence justifiée, le risque de rupture du contrat de travail n'est pas exclu, notamment si les absences sont longues ou répétées, ou si la maladie donne lieu à un licenciement pour inaptitude.

A) L'aménagement du temps de travail comme alternative à l'absence

497.- Plan. La réduction du temps de travail peut apparaître, dans certains cas, comme une alternative à l'absence. Est ainsi visé le travail à temps partiel[1811], qui se caractérise par une durée du travail inférieure à la durée légale ou conventionnelle[1812]. Le travail à temps partiel comme alternative à l'absence peut avoir pour origine différents motifs. Ainsi, le temps partiel peut constituer un instrument de préservation de la santé du salarié **(1)**, mais il peut également permettre au salarié de concilier sa vie professionnelle et sa vie personnelle **(2)**.

1. Le temps partiel comme instrument de préservation de la santé

498.- Le dispositif juridique du temps partiel pour raison thérapeutique. Le temps partiel thérapeutique[1813] apparaît comme un dispositif alternatif à l'arrêt de travail pour raison de santé. Il « permet un aménagement du temps de travail du salarié lorsqu'il est prescrit par son médecin traitant à la suite d'une maladie, d'un accident du travail ou d'une

[1811] Le travail à temps partiel s'insère dans la notion plus générique de la durée de travail, comme en témoigne sa situation dans le Code du travail. Les dispositions relatives au travail à temps partiel et au travail intermittent s'inscrivent dans la troisième partie de la partie législative du Code du travail, qui s'intitule « Durée de travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale ». Plus exactement, elles font l'objet du Chapitre III du Titre 2 de ce premier livre, qui porte exactement sur le « Travail à temps partiel et travail intermittent ». V. en ce sens : C. trav., art. L. 3123-1 à L. 3123-38.

[1812] V. en ce sens : C. trav., art. L. 3123-1. Par exception, les 2° et 3° de cet article précisent que le référentiel peut être celui de la durée mensuelle ou annuelle de travail, résultant de l'application, durant ces périodes, de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise.

[1813] Ce dispositif est également connu sous le nom de *temps partiel pour motif thérapeutique*, ou de *mi-temps thérapeutique*. Le Code de la sécurité sociale réfère au *temps partiel pour motif thérapeutique* (v. CSS, art. L. 323-3 ; CSS, art. D. 622-10 ; CSS, art. R. 323-3). Cette qualification est issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 (L. n° 2011-1906 du 21 déc. 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, spéc. art. 45), qui a modifié l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale. Les magistrats de la Cour de cassation, quant à eux, semblent préférer l'expression de *mi-temps thérapeutique*. Ce constat est vrai tant pour la chambre sociale de la Cour de cassation (v. en ce sens : Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 23-14.900, spéc. §16 ; *Lexbase soc.* 2024, n° 997, note D. Duchet ; *RTD Civ.* 2024, n° 4, p. 962 chron. J. Klein ; *JCP S* 2024, n° 36, p. 40, note G. Loiseau ; Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975, spéc. §23 ; *Gaz. Pal.* 2024, n° 32, p. 59, note V. Orif ; *Dr. ouvr.* 2024, n° 914, p. 440, note M. Touzeil Divina ; *SSL* 2024, n° 2104, p. 9, note M. Morand ; Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.293, spéc. §11, 12 et 13 ; Cass. soc., 9 déc. 2020, n° 19-16.448, spéc. §19 ; *JCP S* 2021, n° 7, p. 35, note M. Babin ; Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 14-652 ; Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-12.995 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 226, p. 25, obs. J. Colonna ; *JCP S* 2013, n° 30, p. 25, note L. Drai) que pour la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (v. en ce sens : Cass. civ. 2, 14 fév. 2019, n° 18-10.899 ; *JCP S* 2019, n° 11, p. 55, obs. T. Tauran ; Cass. civ. 2, 30 mars 2017, n° 16-10.374 ; *JCP S* 2017, n° 19, p. 39, obs. T. Tauran ; Cass. civ. 2, 22 janv. 2015, n° 13-28.368 ; *JCP S* 2015, n° 10, p. 42, note L. Fournier-Gatier ; Cass. civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-19.715 ; *JCP S* 2012, n° 43, p. 44, note T. Tauran). Il convient cependant de relever que l'expression de mi-temps thérapeutique n'est pas parfaitement révélatrice du dispositif, dans la mesure où le temps partiel pour motif thérapeutique ne correspond pas nécessairement à un mi-temps. En effet, si le mi-temps constitue un temps minimal pour la mise en place du temps partiel pour motif thérapeutique, il peut cependant l'excéder. C'est la raison pour laquelle la présente étude retiendra l'expression de *temps partiel thérapeutique*.

maladie professionnelle »[1814]. Ainsi, si le médecin traitant du salarié estime que la réduction de son temps de travail est nécessaire, il peut prescrire un temps partiel thérapeutique au salarié. Les origines de la création du temps partiel thérapeutique sont intéressantes à analyser. Dans le secteur privé[1815], le dispositif du temps partiel thérapeutique a été créé en 1985[1816]. À l'origine, il permettait d'assurer un retour progressif du salarié au travail à la suite d'un arrêt de travail. Ce dispositif constituait donc une *période transitoire* entre l'arrêt de travail et le retour au travail à temps complet. Il permettait d'assurer une transition entre une période *d'absence* à temps complet, et un retour à une *présence* à temps complet. Ce dispositif a évolué et son champ d'application a été élargi. En effet, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 a supprimé la condition d'arrêt de travail préalable[1817]. Désormais, le temps partiel pour motif thérapeutique peut être mis en place de manière préventive, sans avoir été précédé d'un arrêt de travail[1818]. Dans ce cas, le temps partiel pour motif thérapeutique est instauré pour éviter que le travail à temps complet ne soit source de dégradation de l'état de santé du salarié et ne donne lieu, *in fine*, à un arrêt de travail. Ce dispositif poursuit ainsi un objectif de prévention de la santé et permet, par extension, de prévenir les absences pour raison de santé[1819].

499.- Le régime juridique du temps partiel pour raison thérapeutique. Le régime juridique de ce dispositif d'aménagement du temps de travail est complexe à appréhender, car peu de dispositions législatives le régissent. En droit du travail, le législateur ne précise pas les effets du temps partiel thérapeutique sur le contrat de travail[1820]. Faute de dispositions spéciales, le temps partiel thérapeutique serait donc soumis au régime juridique du temps partiel de droit commun[1821]. Cette assimilation serait pour le moins regrettable, dans la mesure où elle

---

1814 E. Lilliu, « Mi-temps thérapeutique : assimilation des temps d'absence à du temps de travail effectif pour le calcul de la participation », *SSL* n° 2080 19 fév. 2024.

1815 La présente étude ne s'intéresse qu'au temps partiel thérapeutique existant dans le secteur privé. En effet, ce même dispositif existe dans le secteur public. Il est d'ailleurs codifié aux articles L. 823-1 à L. 823-6 du Code général des impôts.

1816 D. n° 85-1353 du 21 déc. 1985, donnant lieu à la codification de l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale.

1817 L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 (*JORF* n° 0297 du 23 déc. 2018), spéc. art. 50. Ce texte a modifié l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale, qui prévoit depuis lors que l'indemnité journalière de sécurité sociale peut être servie en cas de temps partiel pour motif thérapeutique si « le *maintien au travail* ou la reprise du travail […] sont reconnus comme étant de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré ». Dans les versions antérieures à cette loi, l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale faisait uniquement allusion à la reprise du travail, et non au maintien du travail.

1818 Cette évolution est entrée en vigueur au 1er janvier 2020 et résulte de la loi n° 2019-1446 du 24 déc. 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020 (*JORF* n° 0300 du 27 déc. 2019).

1819 Sur cette question, v. *infra*, n° 787 et suiv.

1820 Aucune disposition du Code du travail ne traite du temps partiel thérapeutique.

1821 F. Favennec-Héry, *Le travail à temps partiel*, (dir.) B. Teyssié, Litec, coll. Pratique sociale, 1997, p. 130.

reviendrait à « invisibiliser la maladie au cours de la relation de travail »[1822]. Par ailleurs, il est permis de relever qu'il existe un « risque d'incohérence entre les règles de droit commun et la finalité du dispositif à visée thérapeutique »[1823]. La chambre sociale de la Cour de cassation est régulièrement mobilisée pour préciser le régime juridique du temps partiel thérapeutique[1824]. Elle semble d'ailleurs particulièrement sensible à ce risque, qu'elle voudrait contourner en adaptant l'application des règles de droit commun. Quant au droit de la sécurité sociale, seuls trois articles du Code de la sécurité sociale s'y réfèrent et prévoient les modalités d'indemnisation de l'assuré qui exerce son travail à temps partiel pour motif thérapeutique[1825]. En effet, les dispositions de la sécurité sociale prévoient le bénéfice de l'indemnité journalière de Sécurité sociale versée par l'Assurance maladie et prévue à l'article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale, au profit de l'assuré en temps partiel pour motif thérapeutique. Plus précisément, il est prévu que « l'indemnité journalière prévue à l'article L. 321-1 est servie, en cas de travail à temps partiel pour motif thérapeutique, dans les cas suivants : 1° Le maintien au travail ou la reprise du travail effectué sont reconnus comme étant de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré ; 2° L'assuré doit faire l'objet d'une rééducation ou d'une réadaptation professionnelle pour recouvrer un emploi compatible avec son état de santé »[1826]. Ainsi, le premier point de l'article précité intéresse directement la présente étude puisqu'il constitue une alternative à l'arrêt de travail. En effet, il s'agit de la situation dans laquelle l'état de santé du salarié ne permet pas à ce dernier s'effectuer son travail à temps complet. En revanche, le travail à temps partiel semble être de nature à favoriser l'amélioration

---

1822 M. Rivolier, « La clarification du régime du temps partiel thérapeutique », *RDT* 2024, p. 516.

1823 *Ibid.*

1824 V. en ce sens : Cass. soc., 16 oct. 2024, n° 22-20.356 et Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975, *précité* (modalités de calcul du salaire de l'indemnité compensatrice de licenciement et assiette de calcul de l'indemnité de licenciement) ; Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.293, *précité* (assimilation des périodes non travaillées dans le cadre d'un temps partiel thérapeutique consécutif à un accident du travail, à des périodes de temps de travail effectif) ; Cass. soc., 8 fév. 2023, n° 21-16.433 ; *Lexbase soc.* 2023, n° 958, chron. M. Sweeney et D. Tharaud (absence de substitution de l'employeur à l'organisme sécurité sociale en cas de non-paiement par ce dernier des indemnités journalières des périodes non travaillées dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique) ; Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-28.792 ; *Dr. ouvr.* 2017, n° 829, p. 487, chron. V. Mikalef-Toudic et P. Riandlet (interdiction du refus par l'employeur du retour d'un salarié en dépit de la déclaration d'aptitude à une reprise à mi-temps) ; Cass. soc., 16 juin 2011, n° 08-44.616 (assimilation des périodes non travaillées dans le cadre d'un temps partiel thérapeutique consécutif à un accident du travail, à des périodes de temps de travail effectif) ; Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-66.453 (modalités de calcul de l'indemnité de licenciement du salarié en contrat de travail à temps partiel pour motif thérapeutique) ; Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 02-40.499 et Cass. soc., 21 janv. 2003, n° 00-44.364 (impossibilité de proposer au salarié un mi-temps thérapeutique et licenciement pour absences répétées ou prolongées) ; Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-46.036 ; *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 487, note A. Coeuret ; *LPA* 2001, n° 74, obs. A. Perdriau ; *Dr. soc.* 2001, n° 2, p. 196, note J. Savatier (la reprise du travail par le salarié dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique qui intervient à la suite d'un arrêt de travail met fin à la période de suspension du contrat de travail).

1825 V. en ce sens : CSS, art. L. 323-3 ; CSS, art. D. 622-10 et CSS, art. R. 323-3.

1826 CSS, art. L. 323-3, al. 1er.

de son état de santé. Le temps partiel pour raison thérapeutique remplace ainsi un arrêt de travail et donc, une absence pour raison de santé. S'agissant du montant de l'indemnité journalière de sécurité sociale, il est calculé selon les règles classiques dont dispose l'article L. 323-4 du Code de la sécurité sociale[1827]. La durée maximale de versement des indemnités journalières par la Caisse est portée à quatre ans pour le temps partiel thérapeutique[1828].

500.- La procédure de mise en place du temps partiel pour raison thérapeutique. N'étant pas réglementée, la procédure de mise en place du temps partiel thérapeutique est particulièrement complexe à appréhender. En premier lieu, une prescription médicale est nécessaire puisque seul un professionnel de santé est apte à déterminer si le temps partiel thérapeutique est susceptible d'améliorer l'état de santé du salarié[1829]. Il semblerait que le médecin prescripteur doive être le médecin traitant du salarié. L'avis du médecin-conseil d'une caisse de sécurité sociale (CPAM, MSA) doit ensuite être sollicité, puisque son accord conditionne le versement des indemnités journalières de sécurité sociale. Le médecin du travail peut être consulté pour donner son avis, mais cela ne semble pas obligatoire. Ce sera notamment le cas si le temps partiel thérapeutique fait suite à une absence de nature à entraîner l'obligation d'une visite de reprise[1830], ou si une visite de préreprise est organisée[1831]. Ce sera également le cas si le médecin du travail est sollicité par le médecin-conseil de la Caisse, en liaison avec le médecin traitant, pour « préparer et étudier, le cas échéant, les conditions et les modalités de la reprise de travail » à la suite d'une interruption de plus de trois mois[1832]. Enfin, on pourrait envisager que ce soit le cas si le salarié sollicite une visite médicale du médecin du travail « lorsqu'il anticipe un risque d'inaptitude, dans l'objectif d'engager une démarche de maintien en emploi et de bénéficier d'un accompagnement personnalisé »[1833]. À la suite de l'éventuelle intervention du médecin du travail ou à défaut, à la suite de la prescription du temps partiel thérapeutique par le médecin traitant, l'employeur doit donner son accord préalablement

1827 CSS, art. R. 323-3, al. 1er.
1828 CSS, art. R. 323-3, al. 2 : « la durée maximale, prévue au premier alinéa de l'article L. 323-3, durant laquelle, en cas de reprise du travail, l'indemnité journalière peut être maintenue par la caisse ne peut excéder d'un an le délai de trois ans prévu à l'article R. 323-1 ».
1829 Cette exigence découle de l'article L. 323-3, 1° du Code de la sécurité sociale.
1830 Cette visite est obligatoire à la suite d'un congé de maternité, d'une absence pour cause de maladie professionnelle, d'une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail ou d'une absence d'au moins soixante jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel : C. trav., art. R. 4624-31.
1831 Cette visite peut être organisée pour des travailleurs en arrêt de travail d'une durée de plus de trente jours : C. trav., art. R. 4624-29.
1832 CSS, art. L. 323-4-1.
1833 C. trav., art. R. 4624-34, al. 2.

à la mise en place du temps partiel thérapeutique. En effet, si l'employeur considère que cet aménagement perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise, il semble pouvoir refuser[1834]. Cependant, l'employeur doit se conformer à l'avis du médecin du travail. Si ce dernier considère que le temps partiel pour motif thérapeutique se justifie, il semblerait que l'employeur soit tenu de se conformer à cet avis. La seule possibilité pour lui est d'exercer un recours contre l'avis du médecin du travail[1835]. Quant au salarié, il semblerait également que son avis soit nécessaire à la mise en place du temps partiel thérapeutique, dans la mesure où ce dernier constitue une modification du contrat de travail[1836]. Le passage d'un salarié en temps partiel thérapeutique nécessite d'ailleurs un avenant au contrat de travail[1837]. La question du refus du salarié pose cependant certaines interrogations. Dans ce cas, peut-il bénéficier d'un arrêt de travail pour raison de santé, en lieu et place de la prescription initiale du temps partiel thérapeutique ? Dans ce cas, la prescription d'un arrêt de travail s'impose. Il semblerait que la Caisse de sécurité sociale soit alors tenue de verser au salarié les indemnités journalières de sécurité sociale. En d'autres termes, le refus du salarié d'un temps partiel pour raison thérapeutique ne saurait justifier le refus de versement des indemnités journalières de sécurité sociale par la Caisse puisque ce dernier s'impose en raison de la prescription de l'arrêt de travail. Le salarié devra toutefois respecter les démarches administratives nécessaires et remplir les conditions nécessaires liées au versement d'une telle prestation.

501.- Réflexions sur la qualification du temps partiel thérapeutique. Le temps partiel thérapeutique est éminemment complexe parce qu'il « brouille la distinction entre le temps de la maladie marqué par l'arrêt du travail et le temps de la santé caractérisé au contraire

---

1834 Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 02-40.499, *précité*.

1835 V. en ce sens : Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-28.792, *précité* : « l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions de mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs que le médecin du travail est habilité à faire en application de l'article L. 4624-1 du code du travail ; Et attendu qu'après avoir relevé que le médecin du travail, par un avis non ambigu contre lequel aucun recours n'avait été effectué, avait déclaré la salariée apte à une reprise à mi-temps thérapeutique et que l'employeur refusait le retour de l'intéressée qu'il dispensait de travail, la cour d'appel a, motivant sa décision sans être tenue de répondre à un simple argument, légalement justifié sa décision ».

1836 V. en ce sens : Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 02-40.499, *précité* : « la simple demande de modification de son contrat de travail par le salarié ne pouvait constituer une cause de licenciement ». En l'espèce, la demande en question était relative à la mise en place d'un mi-temps thérapeutique. Plus généralement, dans la mesure où elle constitue une réduction de la durée de travail, dans la mesure où elle conduit à une réduction du salaire, constitue une modification du contrat de travail. Cette jurisprudence est constante depuis un arrêt de 2001. V. en ce sens : Cass. soc., 23 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 19.

1837 Pour cette règle, il semblerait qu'il soit fait application de l'article L. 3123-6 alinéa 1er du Code du travail, qui prévoit que « le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit ».

par le maintien au travail »[1838]. Dès lors, le travail à temps partiel pour motif thérapeutique apparaît comme une période hybride, mêlant des périodes de *présence,* et des périodes pouvant être assimilées à des périodes *d'absence* puisqu'elles produisent les mêmes effets en droit de la protection sociale. En effet, le salarié perçoit un revenu de remplacement pris en charge par la caisse de sécurité sociale pour le temps non travaillé entre la durée hebdomadaire de travail et la durée légale ou conventionnelle. D'ailleurs, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 2023 qualifie expressément de « périodes d'absence » les périodes non travaillées pendant le temps partiel thérapeutique[1839]. Par ailleurs, le temps partiel thérapeutique génère, pour l'employeur, des difficultés similaires à l'absence car il voit le temps de travail du salarié diminuer. Les dispositions législatives permettent d'ailleurs à l'employeur de recourir au CDD de remplacement dans le cas d'un « passage provisoire [d'un salarié] à temps partiel »[1840]. La jurisprudence a confirmé que l'employeur peut recourir au CDD pour remplacer un salarié ayant basculé à temps partiel pour motif thérapeutique[1841]. En définitive, le temps partiel thérapeutique se voit appliquer à bien des égards le régime juridique de l'absence pour raison de santé, bien que cette qualification juridique soit expressément rejetée par les juges[1842]. Le temps partiel thérapeutique n'est donc pas une modalité de l'absence mais bien une alternative à celle-ci. En dehors d'un motif lié à l'état de santé du salarié, le temps partiel peut également constituer une alternative à l'absence dès lors qu'il permet d'assurer une meilleure conciliation des vies professionnelle et personnelle du salarié.

2. Le temps partiel comme instrument de conciliation des vies professionnelle et personnelle

502.- Le temps partiel comme instrument de conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale du salarié. Le temps partiel peut également être sollicité par le salarié, afin qu'il puisse assurer une meilleure conciliation entre sa vie professionnelle et sa vie personnelle et familiale. En effet, le travail est souvent considéré

[1838] M. Rivolier, « La clarification du régime du temps partiel thérapeutique », *op. cit.*, p. 516.
[1839] Cass. soc., 8 fév. 2023, n° 21-16.433, *précité* : « la MSA a cessé de prendre en charger les indemnités journalières durant les *périodes d'absence pour mi-temps thérapeutique* ».
[1840] C. trav., art. L. 1242-2, 1° b).
[1841] V. en ce sens : Cass. soc. 23 nov. 2016, n° 14-10.652 ; *JCP S* 2017, n° 2, p. 24, obs. F. Bousez.
[1842] Par exemple, dans un arrêt rendu en 2016 et publié au bulletin, les magistrats de la chambre sociale ont approuvé les juges du fond qui avaient constaté que « la salariée remplacée, qui avait repris le travail après avoir conclu un contrat à temps partiel [pour motif thérapeutique], *n'était plus absente* de l'entreprise » : v. *ibid.*

comme un « frein à l'épanouissement de la vie personnelle et familiale »[1843]. Le recours au temps partiel permet ainsi de lever cette difficulté. Il permet à la fois d'assurer au salarié une meilleure conciliation de ses vies professionnelle et personnelle, et de satisfaire au *droit à une vie familiale normale*[1844]. D'ailleurs, les principales raisons du travail à temps partiel seraient personnelles et familiales. En effet, 45,8% des salariés à temps partiel déclarent l'être principalement pour des raisons personnelles ou familiales[1845]. Parmi eux, 22,1% déclarent travailler à temps partiel pour s'occuper des enfants ou d'une personne dépendante, contre 8,7% qui déclarent travailler à temps partiel pour raison de santé[1846]. Le temps partiel constituerait donc un instrument d'aménagement du temps de travail de nature à garantir l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. Le temps partiel qui repose sur un tel motif résulte d'un choix du salarié[1847]. Il permet inéluctablement d'assurer une meilleure conciliation entre les vies professionnelle et personnelle du salarié, dès lors qu'il lui permet de diminuer le temps consacré à son activité professionnelle et, par voie de conséquence, d'augmenter le temps dévolu à sa vie personnelle et familiale. Partant, l'aménagement du temps de travail pour chaque salarié pourrait sembler souhaitable, dès lors qu'il contribue à « concrétiser le libre choix comme une liberté individuelle au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce qu'il favorise l'épanouissement de la personne au travail »[1848]. Le recours au travail à temps partiel en raison des besoins de sa vie personnelle peut être sollicité par le salarié pour des raisons familiales. Selon une étude réalisée par la DARES, un dispositif concernerait davantage les femmes que les hommes, puisque « plus d'une femme sur quatre travaille à temps partiel

[1843] L. Pécaut-Rivolier, « Vie de famille, vie de travail : à la recherche de l'équilibre impossible… ? », *AJF* 2013, p. 223.
[1844] Ce droit a été dégagé de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, qui déclare que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Vincent Mazeaud rappelle que ce droit « garantit, en substance, la possibilité pour les membres d'une famille de vivre ensemble » : V. Mazeaud, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015, p. 7.
[1845] INSEE, *Dossier « Emploi, chômage et revenus du travail »*, §4.2 « Temps partiel », 2021.
[1845] *Ibid.*
[1846] INSEE, *Dossier « Emploi, chômage et revenus du travail »*, §4.2 « Temps partiel », Figure 4 « Raisons principales du temps partiel déclarées par les salariés en 2019 », 2021.
[1847] De nombreux auteurs distinguent le temps partiel *choisi* du temps partiel *subi*, que le salarié serait contraint, forcé d'accepter. V. en ce sens : : J. Barthélémy, G. Cette, « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *op. cit.*, p. 47 ; F. Favennec-Héry, « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », Dr. soc. 2013, p. 785 ; S. Tournaux, « Temps de travail choisi vs temps partiel imposé : 1-0 », *Lexbase soc.* 7 oct. 2008 ; M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc.* 2001, p. 728 ; F. Favennec-Héry, *Le travail à temps partiel, op. cit.*
[1848] J. Barthélémy, G. Cette, « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *op. cit.*, p. 47.

(28,1%) contre moins d'un homme sur dix (7,6%) »[1849]. Dès lors, plusieurs dispositifs qui permettent au salarié de travailler à temps partiel sont liés à sa vie personnelle et familiale.

503.- Les dispositifs de temps partiel liés à la vie personnelle et familiale. Outre certains congés qui permettent au salarié de s'absenter en raison de la survenue d'un évènement personnel et familial[1850], des dispositifs d'aménagement du temps de travail existent également. Ces derniers ont pour but d'assurer une protection au salarié qui pourrait être contraint de s'absenter en raison de la survenue d'évènements personnels et familiaux. Cette protection est tout d'abord contractuelle, puisqu'elle permet au salarié de demeurer présent au travail et donc, de diminuer les risques liés aux absences, pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat de travail. À cet égard, Alain Supiot relève d'ailleurs « toutes les réformes intervenues depuis le milieu des années 1980 ont ainsi été placées sous l'égide de la lutte contre le chômage »[1851]. Il illustre ce propos par l'exemple topique de l'incitation au « partage du temps », issu des mesures visant à la réduction de sa durée et consistant à encourager le recours au temps partiel[1852]. La protection du salarié est également économique, dans la mesure où le salarié à temps partiel bénéficie d'un salaire pour le temps travaillé.

Le premier exemple de temps partiel lié à la vie personnelle et familiale se rencontre en matière de *congé parental d'éducation à temps partiel*[1853]. S'il peut être pris à temps complet et entraîner ainsi la suspension de son contrat de travail, ce congé peut également prendre la forme d'une

[1849] DARES, « Le temps partiel », 28 avril 2022. Consulté sur le site internet https://dares.travail-emploi.gouv.fr/donnees/le-temps-partiel.

[1850] Ces congés ont été listés précédemment dans le cadre de la présente étude. Sur ce point, v. *supra*, n° 346.

[1851] A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2019, p. 17.

[1852] *Ibid.*

[1853] C. trav., art. L. 1225-47 : « Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année a le droit :
1° Soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ; 2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires ».

réduction de sa durée de travail[1854]. Il permet ainsi au salarié parent[1855] de bénéficier d'un revenu avec l'activité de travailleur parent qui, elle, ne fait l'objet d'aucune rémunération[1856]. Il permet ainsi au salarié de s'assurer un revenu, tout en lui permettant, pendant le temps non travaillé, d'accomplir l'activité de parent au foyer. Une telle situation hybride semble garante de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale assurée par le dispositif du travail à temps partiel. La répartition entre le temps de travail accompli et le temps dévolu à l'activité de parent au foyer diffère selon la durée de travail du salarié. Plus le temps de travail se rapproche de la durée conventionnelle ou légale, plus le temps attribué à l'activité de parent au foyer diminue. Une fois ce congé échu, le salarié peut cesser le travail pour se consacrer intégralement à l'éducation de ses enfants et devenir parent au foyer à temps plein. Dans ce cas, il sera considéré du point de vue du droit social comme un *travailleur inactif*[1857]. Il ne percevra pas de revenu du travail, mais pourra éventuellement bénéficier de prestations sociales comme le revenu de solidarité active ou le complément familial, sous réserve que les conditions d'ouverture de ces droits soient respectées[1858].

Un dispositif analogue existe au profit du salarié en situation de *proche aidant*, qui peut « avec l'accord de son employeur, transformer ce congé en période d'activité à temps partiel »[1859]. C'est également le cas pour le salarié ayant un enfant à charge atteint « d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une

---

[1854] C. trav., art. L. 1225-47 : « Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année a le droit : 1° Soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ; 2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires ». Si l'expression de *congé parental d'éducation à temps partiel* ne résulte pas des dispositions du Code du travail, elle est parfois utilisée par la doctrine et par la jurisprudence pour évoquer la seconde hypothèse de l'article précité. En effet, dans la mesure où cet article se situe dans la Section 4 portant sur les « Congés d'éducation des enfants », le 2° peut ainsi s'apparenter à un congé d'éducation à temps partiel. Sur l'utilisation de cette expression par la jurisprudence, v. not. : Cass. soc. 25 sept. 2019, n° 17-24.090 ; Cass. soc., 31 mai 2011, n° 10-10.257 ; Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-42.262 ; *Dr. soc.* 2002, n° 9, p. 901, comm. C. Radé ; *BJT* 2002, n° 144, p. 449, note C. Charbonneau. Il convient toutefois d'observer que l'emploi de cette expression dans les arrêts précités se fait uniquement dans le rappel des faits et n'est jamais reprise dans les solutions rendues. Sur l'utilisation de cette expression par la doctrine, v. not. : R. Leroy, Ph. Pacotte, « Congé parental à temps partiel : le calcul de l'indemnité et de l'allocation de congé de reclassement doit être effectué sur la base d'un temps complet », *JSL* 2020, n° 501 ; J.-Ph. Lhernould, « Mode de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement d'une salariée en congé parental à temps partiel », *JCP S* 2018, p. 1275.

[1855] Sur cette question et plus largement, sur celle du travailleur-parent, v. les actes de la Journée d'études de l'Institut de droit privé organisée à l'Université Toulouse Capitole le 9 mars 2018 par C. Dupouey-Dehan et D. Gardes : « Être parent : quelles conséquences juridiques pour le travailleur ? » *in Dr. ouvr.* Juin 2018, pp. 325-382. V. également : D. Gardes, « Les obligations parentales du salarié », *Dr. soc.* 2025, p. 675.

[1856] D. Gardes, « Le parent au foyer », *Dr. ouvr.* 2018, p. 368.

[1857] Sur le statut juridique du parent au foyer, v. *ibid.*

[1858] Sur les conditions d'ouverture du droit au revenu de solidarité activité, v. en ce sens : CASF, art. L. 262-2 à L. 262-12. Sur les conditions d'ouverture du droit au complément familial, v. en ce sens : CASF, art.

[1859] C. trav., art. L. 3142-20.

présence soutenue et des soins contraignants »[1860]. En principe, ce salarié peut bénéficier d'un *congé de présence parentale*, qu'il peut également décider de transformer en période d'activité à temps partiel[1861]. Ainsi, Le travail à temps partiel constitue un aménagement du temps qui présente un caractère hybride entre temps de travail pour l'exercice d'une activité professionnelle et temps personnel, pouvant permettre au salarié de s'occuper des enfants ou d'une personne dépendante.

B) L'aménagement du poste de travail

504.- Plan. L'aménagement du poste de travail pourrait également révéler des problématiques d'absence. En effet, le législateur impose à l'employeur d'aménager le poste de travail du salarié en vue de prévenir les risques professionnels. Il s'agirait en quelque sorte d'une adaptation du travail à l'Homme[1862]. Une telle obligation s'impose tant pour prévenir les risques professionnels, que pour éviter une aggravation de l'état de santé du salarié ayant subi une maladie ou un accident **(1)**. Il constitue alors une alternative à l'absence du salarié. Un tel impératif s'impose, à plus forte raison, pour les travailleurs en situation de handicap **(2)**.

1. Le principe de l'obligation d'aménagement du poste du salarié

505.- L'obligation générale d'aménager le poste de travail du salarié. L'obligation d'aménagement de poste est consubstantielle à l'obligation de santé et de sécurité dont l'employeur est débiteur. Cette dernière obligation est avant tout préventive : elle vise à contraindre l'employeur à prendre toutes « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »[1863]. Ces mesures doivent être mises en

[1860] C. trav., art. L. 1225-62, al. 1er.
[1861] C. trav., art. L. 1225-62, al. 2.
[1862] Ce principe a été initié par la convention n° 155 de l'OIT : Conv. OIT n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 16 juin 1981, v. spéc. art. 5. Elle a été consacrée par la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs. Actuellement, ce principe se retrouve à l'article L. 4121-2, 4° du Code du travail qui prévoit, parmi les principes généraux de prévention des risques professionnels, celui d' « adapter le travail à l'homme ».
Ce principe se retrouve également en filigrane à l'article L. 4121-1, qui prévoit l'obligation de prévention des risques professionnels qui incombe à l'employeur, et dont le 3° prévoit qu'il est nécessaire de mettre en place une organisation et des moyens adaptés. Sur ce point, v. en ce sens : S. Brissy, « Un droit de prévention pour la santé des soignants », *RDSS* 2025, p. 241, spéc. II- A.
[1863] C. trav., art. L. 4121-1, al. 1er. Comme le souligne Isabelle Desbarats, cette obligation de prévention constitue la « pièce maîtresse, donc centrale du droit de la santé au travail » : I. Desbarats, « Prévention des risques et protection de la santé : pour une meilleure articulation », *LPA* 10 oct. 2006, p. 3.

œuvre sur le fondement de neuf principes généraux énumérés à l'article L. 4121-2 du Code du travail, parmi lesquels figure l'adaptation du travail à l'Homme, « en particulier en ce qui concerne des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production »[1864]. Comme le souligne Hervé Lanouzière, « le travail, ce sont les machines, les produits, les installations, les procédés, le management, l'organisation du travail, bref tout ce sur quoi l'employeur peut agir »[1865]. Par conséquent, ce principe général de prévention revêt un champ particulièrement large s'agissant de l'exigence d'adaptation du travail à l'Homme. Concrètement, les mesures d'adaptation peuvent être de différentes natures. Elles peuvent être collectives, comme c'est par exemple le cas de la mise en place d'équipements ergonomiques, de limitation du bruit ou d'adaptation de l'éclairage pour tenter de limiter l'exposition des salariés à des risques identifiés. Elles peuvent également être individuelles. C'est notamment le cas si un salarié est particulièrement vulnérable aux risques professionnels en raison d'un situation ponctuelle comme un état de grossesse ou d'une situation durable comme une maladie chronique. Dans ces situations, bien que le salarié soit apte à exercer son emploi, des aménagements spéciaux sont nécessaires en vue de prévenir la survenue de risques professionnels. C'est également le cas lorsqu'un salarié est affecté à un poste qui présente des « risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité ou celles de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail »[1866]. En la matière, le médecin du travail constitue l'acteur majeur puisque son rôle est exclusivement préventif, et qu'il est chargé d' « éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail »[1867]. À ce titre, il peut proposer des mesures d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail[1868]. En raison de l'obligation de santé et de sécurité dont il est débiteur, l'employeur est tenu de se conformer aux recommandations du médecin du travail. En effet, si cet impératif ne résulte pas des dispositions du Code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'en vertu de cette obligation, l'employeur est tenu de « prendre en considération les propositions de mesures individuelles telles que les mutations ou transformations de poste […] que le médecin du travail est habilité à faire »[1869]. Elle sanctionne ainsi l'employeur qui méconnait les

[1864] C. trav., art. L. 4121-2, 4°.
[1865] H. Lanouzière, « Aptitude ou adaptation », *RDT* 2025, p. 368.
[1866] C. trav., art. L. 4624-2, I.
[1867] C. trav., art. L. 4622-3.
[1868] C. trav., art. L. 4624-3.
[1869] Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918 ; *SSL* 2008, n° 1340, p. 12, obs. M. Babin ; *JSL* 2008, n° 226, p. 14, note *M.-C. Haller* ; *Lexbase soc.* 2008, n° 288, obs. S. Martin-Cuenot.

recommandations du médecin du travail[1870]. La mise en œuvre de l'aménagement de poste révèle les difficultés liées à l'organisation du travail, qui ont contraint ou auraient pu contraindre le salarié à s'absenter. L'arrêt de travail pour accident ou maladie d'origine professionnelle constitue le risque principal du défaut d'aménagement du poste de travail. Ce dernier apparaît comme un dispositif permettant de prévenir un arrêt de travail pour maladie professionnelle ou accident du travail. Il est donc nécessaire de prendre en considération les aménagements de poste au titre de la prévention des absences.

506.- L'obligation d'aménagement de poste consécutive à un arrêt de travail. L'obligation d'aménager le poste de travail du salarié existe aussi à la suite d'un arrêt de travail. Dans ce cas, l'aménagement de poste a une double finalité. D'abord, il permet la reprise du travail par le salarié car, sans cet aménagement, cette reprise aurait été impossible en raison de l'inaptitude du salarié à son ancien poste de travail. Ensuite, l'aménagement poursuit une seconde finalité, celle de prévenir les risques professionnels liés à la reprise du travail et d'assurer le maintien du salarié dans l'emploi. Après un arrêt de travail, le salarié peut – et dans certains cas, doit – bénéficier d'une visite médicale réalisée avec le médecin du travail. En premier lieu, il peut bénéficier d'une *visite de préreprise* s'il a été en arrêt de travail pendant une durée de plus de trente jours[1871]. Cette visite est facultative. Pour autant, si elle a lieu, elle doit être organisée avant que le salarié reprenne le travail, c'est-à-dire pendant l'arrêt de travail. À l'occasion de cette visite, le médecin du travail peut recommander des aménagements et adaptations du travail du salarié[1872]. Cependant, les effets de ces recommandations sont limités dans la mesure où le salarié peut s'opposer à ce qu'elles soient communiquées à l'employeur[1873]. Le salarié bénéficie également d'une *visite de reprise* par le médecin du travail, après un congé de maternité, une absence pour cause de maladie professionnelle, une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail ou une absence d'au moins soixante jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel[1874]. Lors de cette visite, le médecin du travail doit

[1870] Sur la sanction de l'employeur sur le terrain du harcèlement moral, v. en ce sens : Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-11.626 ; *JSL* 2021, n° 511, p. 28, obs. F. Lalane ; Cass. soc., 7 janv. 2015, n° 13-17.602 ; Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-42.616 ; *JCP S* 2010, n° 14, p. 34, note P.-Y. Verkindt ; *RDT* 2010, n° 4, p. 239, obs. G. Pignarre ; *Lexbase soc.* 2010, n° 382, obs. C. Willmann. Sur l'impossibilité pour l'employeur de licencier un salarié pour inaptitude alors que cette dernière résulte du refus de l'employeur de suivre les recommandations du médecin du travail, v. en ce sens : Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.816.
[1871] C. trav., art. R. 4624-29.
[1872] C. trav., art. R. 4624-30, al. 1er, 1°.
[1873] C. trav., art. R. 4624-30, al. 3.
[1874] C. trav., art. R. 4624-31.

« vérifier si le poste de travail que doit reprendre le travailleur ou le poste de reclassement auquel il doit être affecté est compatible avec son état de santé »[1875]. Le médecin du travail doit également « préconiser l'aménagement, l'adaptation du poste ou le reclassement du travailleur » voire, si cela est nécessaire, émettre un avis d'inaptitude[1876]. Là encore, ces mesures d'aménagement permettent la reprise du travail et garantissent le maintien du salarié dans l'emploi. Sans ces mesures, la reprise du travail ne serait pas rendue possible et le salarié devrait donc rester en arrêt de travail. Ainsi, l'aménagement de poste apparaît comme une mesure alternative à l'absence et révèle les problématiques d'absence au travail. Ce constat se vérifie d'autant plus pour les salariés en situation de handicap.

2. Le renforcement de l'obligation d'aménagement de poste des travailleurs en situation de handicap

507.- Une définition extensive du *salarié en situation de handicap*. Le salarié en situation de handicap est entendu *lato sensu*[1877]. Comme en témoignent les dispositions de l'article L. 5213-1 du Code du travail, « est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique ». La définition extensive du travailleur en situation de handicap s'explique par le fait que la notion de handicap bénéficie elle aussi d'un champ de définition particulièrement vaste, tant en droit interne qu'en droit externe[1878]. Il convient cependant de relever que, pour qu'un salarié soit considéré comme un travailleur handicapé, et se voie appliquer les dispositions

[1875] C. trav., art. R. 4624-32, 1°.
[1876] C. trav., art. R. 4624-32, 3° et 4°.
[1877] Sur cette question, v. en ce sens : L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2015 ; V. également L. Joly, *Rép. de droit du travail,* Handicap, Dalloz, juin 2023, spéc. Chap. 1, §14-41.
[1878] Sur la définition juridique du handicap, en droit interne v. en ce sens : CASF, art. 114 : « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Sur la définition du handicap en droit de l'Union européenne, v. en ce sens : « le terme "handicap" est un terme générique qui comprend les déficiences et les facteurs limitant l'activité et la participation à la vie sociale » : CJUE, *Chacon Navas c/ Eurest Colectividades SA*, 11 juill. 2006, aff. C-13/05, §22 ; *Lexbase soc.* 2006, n° 228, obs. N. Mingant. Il convient de préciser que cette définition du handicap a fait l'objet d'une redéfinition moins restrictive par la jurisprudence postérieure de la Cour de Justice : v. en ce sens *HK Danmark* du 11 avril 2013 (CJUE 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, Ring ; *D.* 2013. 1388, note A. Boujeka ; *RDT* 2013, p. 657, obs. C. Boutayeb ; *RDSS* 2013. 843, note H. Rihal et J. Charruau ; *RTD eur.* 2015. 175, obs. F. Benoît-Rohmer ; *Rev. UE* 2016. 37, étude O. Andreea Macove.

catégorielles spéciales, il est nécessaire qu'il soit reconnu en cette qualité[1879]. La situation de travailleur handicapé a ainsi des conséquences sur l'aménagement du poste de travail puisque l'obligation qui incombe à l'employeur est alors renforcée.

508.- La traduction d'une protection juridique accrue du travailleur handicapé par l'obligation renforcée de l'aménagement de poste. Aux termes de l'article L. 5213-6 du Code du travail, l'obligation d'aménager le poste d'un travailleur handicapé permet de satisfaire au principe d'égalité de traitement et à son corollaire, le principe de non-discrimination[1880]. Ce principe prévoit notamment que « l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs [handicapés] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée ». L'obligation d'aménagement de poste du travailleur handicapé lui permet de satisfaire au droit à l'emploi du travailleur handicapé[1881]. En outre, elle permet également au travailleur handicapé d'exercer un emploi dans les mêmes conditions qu'un travailleur valide. Une telle obligation met en lumière les problématiques relevant de l'absence. En effet, la mise en œuvre de cette obligation permet, de manière préventive, d'éviter que le travailleur handicapé ne s'absente en raison d'une organisation du travail qui porterait atteinte à sa santé. L'aménagement de poste apparaît comme un mécanisme juridique permettant de compenser l'inégalité inhérente au handicap, qui génère une inégalité entre les salariés valides et les salariés handicapés. D'ailleurs la CEDH, sur le fondement de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a dégagé un principe général d'interdiction des discriminations pour créer une obligation de mettre en place des aménagements raisonnables. Ces derniers garantissent aux travailleurs handicapés une égalité de traitement[1882]. Cette même *obligation*

[1879] C. trav., art. L. 5213-2.
[1880] L'article L. 5213-6 du Code du travail dispose : « afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs [handicapés] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée ».
[1881] Sur le droit à l'emploi, v. notamment : F. Petit, « Liberté du travail, droit à l'emploi et obligation de travailler », *Dr. soc.* 2020, p. 384 ; E. Durlach, « La Chambre sociale et les libertés fondamentales : pauvre droit à l'emploi, pauvres droits fondamentaux », *RDT* 2018, p. 349 ; A. Fabre, « Inépuisable droit à l'emploi… qui justifie tout et ne protège rien », *RDT* 2017, p. 720 ; F. Bousez, « Requalification et droit à l'emploi », *JCP S* 2017, p. 18 ; D. Baugard, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2014, p. 332 ; A. Jeammaud, M. Le Friant, « L'incertain droit à l'emploi », *Rev. Travail, genre et sociétés* 1999, p. 29.
[1882] CEDH, 30 janv. 2018, n° 23065/12, *Enver Sahin c/ Turquie* ; *JCP G* 2018, p. 30, comm. F. Sudre.

d'aménagement raisonnable figure dans une directive européenne de 2000[1883], dont les dispositions ont été transposées en droit interne par la loi du 11 février 2005[1884]. Cette obligation impose à l'employeur de procéder à des aménagements raisonnables, sauf si cela constitue pour lui une charge disproportionnée. Concrètement, afin de satisfaire à cette obligation, l'employeur doit prendre des mesures appropriées pour permettre au travailleur en situation de handicap d'accéder à un emploi, de conserver un emploi correspondant à sa qualification, de l'exercer et de progresser[1885]. Les mesures en question consistent, par exemple, à aménager les locaux, à adapter les équipements ou les rythmes de travail. Si une obligation d'aménagement de poste est également exigée pour le salarié qui n'est pas en situation de handicap, celle qui pèse sur l'employeur pour le salarié handicapé est plus contraignante parce qu'elle résulte directement du droit des discriminations. Récemment, la Cour de cassation a jugé que le fait pour l'employeur de refuser, même implicitement, d'aménager le poste de travail d'un travailleur handicapé, malgré la préconisation du médecin du travail[1886], constitue un élément de fait pouvant caractériser une discrimination en raison du handicap[1887].

*
* *

509.- Conclusion de la Section 1. L'évolution du travail – tant concernant la *nature de l'activité*, les *formes de travail* que *l'organisation du travail* – a conduit à éroder la frontière entre la présence et l'absence du salarié. Désormais, il est de plus en plus complexe de déterminer si le salarié est présent ou absent. Par ailleurs, le régime juridique des absences a été construit autour de la distinction entre les *absences justifiées* – qui font l'objet d'une protection du salarié – et les *absences injustifiées* – qui peuvent donner lieu à une sanction par l'employeur –. À présent, il convient de s'interroger sur le maintien de cette distinction.

1883 Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 5.
1884 L. n° 2005-102 du 11 fév. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (*JORF* n° 36 du 12 fév. 2015).
1885 Des limites sont toutefois prévues par le législateur. V. en ce sens : C. trav., art. L. 5213-6.
1886 Au demeurant, il convient de préciser que le médecin du travail reste « le seul habilité à proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail » (C. trav., art. L. 4624-3). Par conséquent, la MDPH, anciennement COTOREP, n'intervient pas dans le cadre des aménagements de poste ; elle intervient seulement en amont, pour reconnaître la qualité de travailleur handicapé au salarié.
1887 Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 24-11.728 ; *SSL* 2025, n° 2141, p. 12, note A. Tixier Merjanyan et L. Petitjean ; *BJT* 2025, n° 5, p. 5, obs. S. Riancho ; *JCP S* 2025, n° 16, p. 25, obs. J.-P. Lhernould.

Section 2 : L'effacement de l'opposition binaire entre les absences justifiées et injustifiées

510.- Plan. Les régimes juridiques de l'absence en droit social s'articulent autour de la dichotomie entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées*. L'*absence injustifiée* est une catégorie largement imprécise. Cela s'explique par le fait que sa notion n'est pas définie et que toutes les absences qui ne peuvent être considérées comme justifiées tombent, à défaut, dans le champ des absences injustifiées **(§1)**. Les *absences justifiées*, quant à elles, sont plus strictement encadrées. Il est relativement aisé de déterminer si une absence répond à cette qualification. Pourtant, cette dernière n'exclut pas la possibilité, pour le salarié, d'être évincé de manière temporaire voire définitive de l'entreprise. Cela s'explique par le fait qu'un équilibre entre les intérêts des parties à la relation de travail est recherché **(§2)**. Dès lors, il apparaît intéressant de s'interroger sur la cohérence des régimes juridiques d'absence.

§1 : L'absence injustifiée : une notion imprécise au contenu indéfinissable

511.- Plan. La notion *d'absence injustifiée* semble particulièrement complexe à saisir. Elle ne fait l'objet d'aucune définition – ni légale, ni jurisprudentielle – et sa qualification ne découle pas non plus de critères précisément établis. L'absence injustifiée est qualifiée comme telle uniquement dans le cadre d'un raisonnement *a contrario*, par opposition à la notion *d'absence justifiée*. Si l'absence ne peut être qualifiée de justifiée, elle relève alors du champ de l'absence injustifiée. Il est intéressant de constater que l'absence injustifiée n'est nullement mentionnée, ni dans le Code du travail, ni dans le Code de la sécurité sociale **(I)**. C'est donc la lecture des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation qui permet véritablement de comprendre ce qui est inclus au sein de cette classification. À cet égard, il est permis de constater que les situations caractéristiques d'absences injustifiées sont disparates **(II)**.

I- Le défaut de mention de l'absence injustifiée dans le Code du travail

512.- Plan. Le défaut de mention de *l'absence injustifiée* par le législateur rend sa compréhension particulièrement complexe. Toutefois, il convient de rechercher les éléments déterminants de sa qualification **(A)**. Pour tenter d'abstraire une définition de *l'absence injustifiée*, la lecture des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation semble nécessaire.

En effet, les magistrats emploient ce terme, ce qui permet d'établir certains éléments caractéristiques de *l'absence injustifiée* **(B)**.

A) Le défaut de référence à l'absence injustifiée par le législateur

513.- Les raisons du défaut d'utilisation de *l'absence injustifiée* dans la loi. Si le terme *d'absence justifiée* est largement utilisé par le législateur, celui *d'absence injustifiée*, quant à lui, ne l'est pas. Il ne figure pas parmi les articles du Code du travail, ni parmi ceux du Code de la Sécurité sociale. Cela peut s'expliquer par le fait que l'absence, par principe, doit être regardée comme injustifiée. Elle caractérise un manquement à l'obligation d'exécution du travail dont le salarié est débiteur, dans une conception purement contractuelle de la relation de travail. L'exception étant celle de l'absence justifiée, cette dernière est très strictement encadrée. La lecture des articles du Code du travail, faisant mention de la notion *d'absence justifiée*, conduit ainsi à considérer que toutes les absences qui ne sont pas considérées comme justifiées sont, à défaut, perçues comme injustifiées. Dans cette conception, il est compréhensible que le législateur n'encadre pas la notion d'absence injustifiée puisqu'il s'agit d'une qualification par défaut. Si la situation d'absence ne répond pas aux différents critères permettant de considérer qu'elle est admise et qu'elle peut donc être justifiée, elle est donc injustifiée.

514.- Les conséquences du défaut d'utilisation de *l'absence injustifiée* dans la loi. Il convient de regretter le défaut d'utilisation de cette notion par le législateur, car cela aurait permis de préciser la notion et de lever le doute existant sur certaines situations d'absence. Tel est notamment le cas lorsque le motif invoqué par le salarié aurait pu être autorisé mais, n'étant pas prévu par le législateur, est exclu de la qualification d'absence justifiée et bascule dans le champ de l'absence injustifiée. En effet, pour qu'une absence soit considérée comme justifiée, il faut en premier lieu que le motif sur lequel elle repose soit considéré comme légitime. Or, il a été précédemment démontré que les motifs d'absence légitimes sont en perpétuelle évolution et que leur liste n'a de cesse de s'accroître au gré des évolutions sociales. À titre d'illustration, la situation du salarié parent qui est contraint de s'absenter urgemment du travail pour conduire son enfant à un rendez-vous médical impérieux ne figure pas parmi les motifs d'absence justifiée. Une telle situation ne peut être qualifiée d'absence justifiée que si le salarié sollicite une autorisation préalable d'absence auprès de l'employeur. Toutefois, le caractère d'urgence est de nature à priver le salarié d'une telle demande. Or, les dispositions législatives en vigueur

ne prévoient pas un tel cas. Par ailleurs, le congé pour enfant malade est limité à trois jours par an[1888]. Il est étendu à cinq jours pour un enfant de moins d'un an, ou si le salarié a plus de trois enfants à sa charge[1889]. Ainsi, est-ce à dire qu'un salarié qui a épuisé son droit à congé pour la garde d'un enfant malade est privé du droit d'absence alors même que la santé de son enfant le justifierait ? Si l'on s'en tient à une lecture stricte des dispositions législatives en vigueur, la réponse est assurément positive. En effet, le motif d'absence est en lui-même justifié puisqu'il est prévu par le Code du travail. Toutefois, la durée du congé étant précisément fixée, elle ne permet pas au salarié ayant déjà usé de ce droit d'absence de s'absenter à nouveau, même si l'état de santé de son enfant le justifie. En conséquence, une telle absence tomberait dans le champ de la qualification de l'absence injustifiée, considérée comme fautive et rendant possible l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur. En revanche, le garde-fou de l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui instaure la double exigence de justification et de proportionnalité de toute mesure de l'employeur, semble pouvoir être mis en œuvre par le salarié en pareille situation. Ainsi, le licenciement du salarié qui s'absenterait de manière exceptionnelle et sans justificatif serait probablement dépourvu de cause réelle et sérieuse, voire susceptible de nullité au titre de l'atteinte au droit à la vie privée et familiale. Toutefois, il pourrait s'exposer à des sanctions d'un degré inférieur. Ce constat révèle ainsi une inadéquation des règles avec la réalité du travail. Partant, le défaut d'emploi de la notion *d'absence injustifiée* par le législateur ne permet pas de poser une définition claire de la notion. Pour ce faire, l'étude de la jurisprudence paraît nécessaire pour mieux saisir les contours de cette définition.

B) La référence jurisprudentielle à l'absence injustifiée

515.- Une utilisation jurisprudentielle courante. La jurisprudence fait couramment référence à l'absence injustifiée. Les cours d'appel qualifient souvent l'absence injustifiée du salarié pour justifier l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur, notamment en matière de licenciement. La chambre sociale de la Cour de cassation, elle aussi, utilise souvent la notion *d'absence injustifiée*. Une étude de la jurisprudence permet de mieux comprendre les éléments déterminants de la qualification. On peut dater le début d'emploi de ce terme par les juges aux années 1960[1890]. En réalité, *l'absence injustifiée* est souvent mise en évidence par le demandeur au

[1888] C. trav., art. L. 1225-61, al. 2.
[1889] *Ibid.*
[1890] A titre d'illustration, dans un arrêt du 8 novembre 1962, les magistrats de la chambre sociale ont pu justifier la décision de l'employeur de n'attribuer une prime litigieuse qu'au prorata du temps de présence effectif du

pourvoi en cassation[1891] mais elle est également, de manière assez fréquente, reprise par les magistrats de la chambre sociale dans ses solutions[1892]. Dès lors, la Cour de cassation a souvent l'occasion de préciser les situations qu'il convient d'intégrer dans la qualification d'absence injustifiée. La lecture de ces arrêts permet cependant de confirmer la définition large et imprécise attribuée à la notion sous examen.

516.- Une utilisation jurisprudentielle conforme à la définition implicite par le législateur. À la lecture de la jurisprudence, on perçoit que *l'absence injustifiée* fait entrer dans son champ de définition tout ce qui ne répond pas à la définition d'absence justifiée. Ainsi, la Cour de cassation fait entrer dans le champ de définition de l'absence injustifiée des éléments disparates. À titre d'illustration, *l'absence injustifiée* permet ainsi de qualifier, pour les juges, l'absence du salarié qui n'a pas sollicité une autorisation préalable auprès de l'employeur alors qu'il y était tenu[1893]. Une telle qualification est également retenue pour un salarié qui s'absente sans respecter les formalités légales[1894]. La jurisprudence qualifie également d'absence injustifiée la situation du salarié qui « était en congé sans l'accord de son employeur et avait délibérément refusé de reprendre son travail »[1895]. Il existe donc une parfaite harmonie entre la définition implicite du législateur et celle qui peut être analysée au sein des décisions de justice. Ce constat paraît certes bienvenu, bien qu'il soit regrettable que le juge ne s'attache pas à définir plus précisément la notion. En effet, la Cour de cassation semble faire un usage prudent de cette notion, prenant la mesure du défaut de définition légale.

---

salarié, indiquant que « toute absence injustifiée devait donner lieu à une diminution du taux de la prime ». V. en ce sens : Cass. soc., 8 nov. 1962, Bull. Civ., n° 784.

1891 V. notamment : Cass. soc. 9 juin 1961 (Bull. Civ., n° 624) ; Cass. soc. 28 fév. 1962 (Bull. Civ., n° 233) ; Cass. soc. 10 oct. 1962 (Bull. Civ., n° 697) ; Cass. soc. 15 janv 1964 (Bull. Civ., n° 38) ; Cass. soc. 7 janv. 1966 (Bull. Civ., n° 28) ; Cas. soc. 14 juin 1967 (Bull. Civ., n° 474) ; Cass. soc. 25 oct. 1967 (Bull. Civ., n° 665) ; Cass. soc. 24 avr. 1968 (Bull. Civ., n° 201) ; Cass. soc. 13 juin 1968 (Bull. Civ., n° 298) ; Cass. soc. 23 janv. 1969 (Bull. Civ., n° 50) ; Cass. soc. 18 fév. 1970, n° 68-40.205 ; Cass. soc. 31 janv. 1973, n° 72-40.089 ; Cass. soc. 9 mai 1973, n° 72-40.398 ; Cass. soc. 21 mai 1974, n° 73-40.515 ; Cass. soc. 11 mars 1976, n° 75-40.245.

1892 V. notamment : Cass. soc. 28 juin 1961 (Bull. Civ., n° 706) ; Cass. soc. 28 mars 1962 (Bull. Civ., n° 326) ; Cass. soc. 8 nov. 1962 (Bull. Civ., n° 784) ; Cass. soc. 15 fév. 1965, n° 63-40.672 ; Cass. soc. 20 juin 1966 (Bull. Civ., n° 618) ; Cass. soc. 14 déc. 1966 (Bull. Civ., n° 947) ; Cass. soc. 18 janv. 1967 (Bull. Civ., n° 54) ; Cass. soc. 7 juill. 1971, n° 70-40.514.

1893 V. en ce sens : Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-44.408 ; *JSL* 2009, n° 258, p. 18, note M.-C. Haller ; *Dr. soc.* 2009, n° 6, p. 741, obs. J. Savatier ; *JCP S* 2009, n° 21, p. 34, note P.-Y. Verkindt ; Cass. soc. 7 juill. 1971, n° 70-40.514 ; Cass. soc. 7 janv. 1966, *précité.*

1894 V. en ce sens : Cass. soc. 3 mai 2016, n° 14-29.190 (pour la prolongation du congé parental d'éducation) ; *JCP S* 2016, n° 27, p. 18, note D. Everaert-Dumont ; *JSL* 2016, n° 412, p. 14, obs. H. Tissandier.

1895 Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026 ; *JCP E* 2010, n° 06, p. 35, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *RTD Civ.* 2010, n° 1, p. 100, note B. Fages ; *JCP E* 2010, n° 47, p. 45, note A. Bruder ; *D.* 2010, n° 19, p. 1197, note H. Guyader.

II- Des absences injustifiées d'intensité variable

517.- Plan. Parce qu'elle fait l'objet d'une qualification *a contrario,* l'absence injustifiée inclut dans son champ une pluralité de situations disparates. Les absences pouvant être juridiquement qualifiées *d'injustifiées* sont ainsi d'intensité variable. En effet, il peut s'agir d'une absence dont le motif pourrait être admis, mais n'est pas expressément prévu par le législateur. Il peut également s'agir d'une absence justifiée sur le fond mais pour laquelle le salarié n'a pas respecté les impératifs de forme. Enfin, il peut s'agir d'un comportement d'insubordination constitutif d'un abus, lorsque le salarié s'absente alors qu'il n'y est pas autorisé. Ainsi, l'hétérogénéité des situations relevant des absences injustifiées **(A)** conduit à interroger la cohérence de cette catégorie **(B)**.

A) L'hétérogénéité des absences injustifiées

518.- Plan. Parmi les absences injustifiées, il existe une grande disparité de situations. *A priori*, l'intérêt de cette qualification permet à l'employeur d'établir une faute du salarié, de nature à justifier l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Entrent donc dans le champ de la qualification toutes les situations dans lesquelles le salarié est absent alors qu'il devrait être présent. Il s'agit d'absences du salarié, qui sont substantiellement fautives **(1)**. Toutefois, la qualification s'effectue par défaut, c'est-à-dire toutes les fois où la situation d'absence ne peut être qualifiée de justifiée. En conséquence, cette catégorie inclut également des absences qui ne respectent pas les impératifs de forme, alors même qu'elles reposent sur un motif donnant lieu à un droit d'absence. Dans ce cas, l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur est limité **(2)**.

1. Les absences injustifiées sur le fond

519.- Une graduation des absences injustifiées. Parmi les absences injustifiées fautives, il existe différentes classifications selon la gravité de la faute commise par le salarié absent. En effet, certaines d'entre elles sont considérées comme plus graves que d'autres. Par exemple, des absences répétées permettent de justifier le licenciement si elles sont de nature à

désorganiser l'entreprise[1896]. Par ailleurs, la loyauté du salarié est prise en considération dans l'appréciation de la faute commise dans le cadre d'absences injustifiées. Ainsi, la salariée qui souhaite prolonger son congé parental alors que le terme initialement prévu arrive à échéance, doit en informer l'employeur au moins un mois avant la date du terme[1897]. Dès lors, la Cour de cassation a pu juger que la salariée qui ne reprend pas le travail à l'issue de ce délai, alors qu'elle n'avait effectué aucune prolongation dudit congé et qu'elle s'était déclarée prête, auprès de l'employeur, à reprendre le travail, se trouve en situation *d'absence injustifiée*. Cette dernière constitue une faute grave de nature à justifier son licenciement[1898]. La qualification *d'absence injustifiée* est également retenue lorsque le salarié s'absente de manière inopinée alors qu'il aurait dû solliciter une autorisation d'absence auprès de l'employeur, même si la cause première de l'absence apparaît comme légitime. Le plus souvent dans ce cas, la tolérance de l'employeur permet au salarié de ne pas tomber sous le coup d'une sanction pour *absence injustifiée*. Cependant, l'appréciation par l'employeur du comportement du salarié et l'opportunité de le sanctionner ou non, est de nature à placer ce dernier dans une situation incertaine. Cette incertitude est accrue si le juge est saisi pour apprécier l'opportunité de la sanction. Il tiendra alors compte d'une pluralité d'éléments, comme l'ancienneté du salarié ou encore, le caractère unique ou répété d'un tel comportement. Enfin, l'absence injustifiée permet d'appréhender l'absence du salarié qui constitue un comportement abusif, voire frauduleux. Une telle situation s'analyse en un acte d'insubordination et peut, à ce titre, être sanctionnée. Par exemple, le fait d'obtenir un certificat médical d'arrêt de travail fondé sur un problème de santé douteux voire inexistant constitue une fraude[1899] et devrait donc être qualifiée d'absence injustifiée. Une telle pratique pourra être révélée par les avis défavorables, délivrés à la suite de la prescription d'un arrêt de travail, par les médecins-conseils des organismes de sécurité sociale ou par le médecin mandaté par l'employeur pour réaliser le contrôle. Selon la Cour des comptes, le taux de ces arrêts de travail frauduleux aurait atteint, en 2019, près de 20%[1900].

[1896] Cass. soc., 16 juin 2021, n° 20-15.417.
[1897] C. trav., art. L. 1225-51 et R. 1225-13.
[1898] Cass soc., 3 mai 2016, n° 14-29.190, *précité*.
[1899] Sur la question de la fraude aux arrêts de travail, l'Assurance Maladie indique que « depuis 2021, les résultats de la lutte contre la fraude de la branche maladie ont presque triplé » : v. le site internet de l'Assurance Maladie : https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/actualites/lutte-contre-les-fraudes-l-assurance-maladie-des-resultats-records-en-2024.
[1900] Rapport sur la Sécurité sociale en 2019, Cour des comptes, oct. 2019, p. 161. Ce taux serait d'ailleurs en augmentation puisqu'il était établi à 13,5% en 2017 et à 8,7% en 2014.

2. Les absences injustifiées sur la forme

520.- Le non-respect d'impératifs de forme. L'absence injustifiée peut également résulter du non-respect du formalisme imposé par le législateur[1901]. Dans ce cas, bien que la qualification d'absence justifiée ne puisse pas s'appliquer, la faute commise est de moindre importance. En effet, l'absence du salarié se justifie sur le fond mais est irrégulière sur la forme. Il n'est pas déraisonnable de penser que le législateur pourrait prévoir une gradation des sanctions selon que l'absence est injustifiée sur le fond ou sur la forme. Une telle distinction pourrait s'inspirer de celle existant en matière de licenciement[1902]. En effet, le licenciement *injustifié*, c'est-à-dire celui qui repose sur une cause insuffisante, voire inexistante, est considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il s'agit là d'un « vice de motivation » du licenciement[1903]. Lorsqu'il est qualifié comme tel, le juge peut « proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis »[1904]. S'il refuse, le juge octroiera une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant devra respecter les barèmes légaux en vigueur[1905]. Toutefois, le licenciement peut également être justifié sur le fond tout en ne respectant pas les impératifs de forme. Dans ce cas, le licenciement est *irrégulier* puisqu'il existe un vice de forme. La sanction d'un tel licenciement est relative, puisqu'elle réside en une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire[1906]. En matière de licenciement, le législateur instaure donc une hiérarchie de la gravité de la faute commise par l'employeur et, par conséquent, une gradation des sanctions. Or, en matière *d'absence injustifiée*, les règles applicables sont foncièrement différentes. En effet, l'absence injustifiée est une catégorie générique qui inclut tant les absences injustifiées sur le *fond* que sur la *forme*. La qualification juridique emporte pour conséquence l'ouverture du droit disciplinaire, qui est assez peu encadré par le législateur et la jurisprudence. À titre d'illustration, le salarié malade a l'obligation d'informer l'employeur de son motif d'absence. Partant, il a pu être jugé que le défaut de transmission de l'arrêt de

[1901] Cass. soc. 3 mai 2016, n° 14-29.190, *précité*.
[1902] Sur l'appréciation du licenciement, il convient de distinguer selon que le licenciement est injustifié sur le *fond* (dans ce cas, il est dépourvu de cause réelle et sérieuse voire nul s'il viole une liberté ou un droit fondamental) ou qu'il est injustifié sur la *forme* (dans ce cas, il est irrégulier).
[1903] C. trav., art. L. 1235-2 al. 4.
[1904] C. trav., art. L. 1235-3 al. 1er.
[1905] C. trv., art. L. 1235-3 al. 2.
[1906] C. trav., art. L. 1235-2 al. 5.

travail à l'employeur constituait un motif de licenciement[1907], sauf si l'employeur ne pouvait ignorer les raisons de cette absence[1908]. L'appréciation *in concreto* est ainsi laissée au juge du fond.

B) Le défaut de cohérence de la catégorie d'absences injustifiées

521.- Les raisons de l'hétérogénéité des absences injustifiées. La liste limitative d'absences justifiées constitue un obstacle à la cohérence de la notion *d'absence injustifiée*. En effet, il semble difficile de concevoir qu'une absence abusive soit qualifiée de la même façon qu'une absence dont l'autorisation n'a pas pu être sollicitée en raison de son caractère urgent, mais qui repose pourtant sur une cause légitime. Les raisons d'une catégorie aussi hétérogène sont en réalité plurales, mais reposent sur le constat général selon lequel la notion d'absence en droit social n'a pas pris suffisamment en compte les évolutions du travail. En effet, de nombreuses situations ne faisaient pas l'objet d'un droit d'absence lorsque la notion a émergé au XX^{e} siècle. C'est notamment le cas de la conciliation entre la vie professionnelle et personnelle du salarié, génératrice de nombreuses absences, qui n'est apparue comme une cause d'absence qu'à la fin du XX^{e} siècle et s'est largement développée au XXI^{e} siècle. C'est également le cas des nouvelles formes de travail, comme le télétravail, qui se sont largement développées et ont donné lieu à une nouvelle organisation du travail qui doit tenir compte de l'impératif du droit au respect de la vie privée du salarié. Ainsi, les situations d'absence sont devenues de plus en plus complexes à appréhender. Une telle hétérogénéité s'explique également par le fait que les absences justifiées sont très encadrées, tant sur le fond que sur la forme, sans être toujours adaptées au cas particulier de chaque salarié. Or, l'absence injustifiée demeurant le principe, toutes les situations qui ne peuvent être qualifiées d'absence justifiée entrent par défaut dans cette catégorie, sans cohérence d'ensemble.

522.- Les difficultés liées à l'hétérogénéité des absences injustifiées. Si la liste exhaustive des motifs d'absence justifiés a le mérite de l'objectivité, elle engendre d'autres difficultés. Elle ne permet pas toujours de s'adapter à la situation personnelle, notamment familiale, d'un salarié qui peut se trouver en grande difficulté à concilier ses impératifs professionnels et familiaux. En d'autres termes, elle peut apparaître comme un obstacle à la conciliation des temps professionnels et personnels. Cet obstacle peut toutefois être contourné

[1907] Cass. soc., 25 janv. 1990, n° 89-43.651, *précité*.
[1908] Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-42.541.

pour partie par l'aménagement du temps de travail à chaque salarié, ou par une amélioration des conditions de travail qui contribuent à « concrétiser le libre choix comme une liberté individuelle au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce qu'il favorise l'épanouissement de la personne au travail »[1909]. Cependant, cela ne permet pas de régir une situation d'un départ inopiné du salarié lié à une urgence extérieure à son état de santé – sauf tolérance de l'employeur qui repose, par définition, sur le libre arbitre de ce dernier –[1910]. Or, éthiquement, il est difficilement concevable qu'une telle situation caractérise une absence injustifiée et permette, à ce titre, l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur. Dès lors, ne conviendrait-il pas d'étendre la catégorie des *absences justifiées* afin de traiter les situations au cas par cas ? Une réponse affirmative mérite d'être nuancée, car un traitement *in concreto* soulèverait la question des discriminations et de l'égalité de traitement. Par ailleurs, la modification pourrait résider dans le caractère *autorisé* ou *interdit* de l'absence. Dans ce cas, seul le motif d'absence permettrait de révéler la qualification juridique, sans s'intéresser au formalisme. Ce dernier pourrait alors faire l'objet d'une seconde qualification, qui consisterait à qualifier l'absence de *régulière* ou *d'irrégulière*, à l'instar du licenciement. Il existerait ainsi une pluralité de qualifications d'absence avec un régime juridique approprié pour chacune d'elles.

§2 : Une protection relative de l'absence justifiée

523.- Plan. La justification par le salarié d'une situation d'absence lui permet, en principe, d'être contractuellement voire économiquement protégé. En effet, en situation d'absence justifiée, l'exercice du droit disciplinaire de l'employeur est paralysé. Son contrat de travail est donc protégé et ne peut justifier la rupture à l'initiative de l'employeur. Par ailleurs, dans de nombreuses situations d'absence justifiée, le salarié conserve partiellement voire intégralement sa rémunération. Pourtant, ces protections ne sont pas absolues. Dans de nombreuses situations, les dispositions législatives prévoient la possibilité, pour l'employeur, de rompre le contrat de travail du salarié dont l'absence est justifiée. Une telle possibilité se justifie par la perturbation causée aux intérêts de l'entreprise **(I)**. Cette possible éviction du

[1909] J. Barthélémy, G. Cette, « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *op. cit.*, p. 47.
[1910] Une étude de la DARES établit d'ailleurs une corrélation entre la possibilité, pour un salarié, de s'absenter en cas d'imprévu personnel et la quiétude des relations avec leur entourage. Ainsi, l'enquête relève que « seuls 9% des femmes et 11% des femmes qui déclarent pouvoir s'absenter facilement quelques heures en cas d'imprévu personnel rapportent des difficultés avec leur entourage, contre près de 20% pour les salariés n'ayant pas cette possibilité » : DARES analyses, « Conciliation difficile entre vie familiale et vie professionnelle, Quels sont les salariés les plus concernés ? », 2019, p. 3.

salarié interroge. En effet, bien qu'en principe protégé, le salarié absent de manière justifiée peut, *in fine*, être soumis au même sort que le salarié dont l'absence est injustifiée **(II)**.

I- L'éviction du salarié justifiée par l'atteinte aux intérêts de l'entreprise

524.- Plan. La possibilité, pour l'employeur, de rompre le contrat de travail du salarié dont l'absence est justifiée s'explique parce que les absences portent atteinte aux intérêts de l'entreprise. Ainsi, les dispositifs juridiques créés tentent de trouver un équilibre entre la protection des intérêts du salarié absent et ceux de l'entreprise. Le travailleur subordonné doit être protégé lors de la survenue d'une cause d'absence qui le contraint à s'absenter. Cependant, malgré cette protection, le salarié peut être exposé au risque d'éviction de l'entreprise. Ce risque concerne tant le salarié absent en raison de la maladie ou de l'accident **(A)** que le salarié dont l'absence justifiée repose sur un motif étranger son état de santé **(B)**.

A) L'éviction du salarié absent pour raison de santé

525.- L'éviction du salarié justifiée par des absences répétées ou prolongées entraînant une perturbation aux intérêts de l'entreprise. La protection du salarié malade repose sur le droit des discriminations. En effet, il est fait interdiction à l'employeur de le licencier pour un motif en lien avec son état de santé[1911]. Toutefois, cette interdiction ne contrevient pas au licenciement du salarié, lorsqu'il est fondé non sur son état de santé, mais sur la *situation objective de l'entreprise* dont le fonctionnement est perturbé par ses absences répétées ou prolongées, de sorte que son remplacement définitif devient inéluctable. Dans ce cas, c'est bien la prise en considération la situation de l'employeur, dont les intérêts sont perturbés par par les absences répétées ou prolongées liées à l'absence pour maladie d'un salarié, qui permet de justifier la rupture des relations contractuelles sur le fondement du principe de proportionnalité[1912]. Bien que des évolutions en matière de licenciement pour absences répétées et prolongées aient contribué à une meilleure protection du salarié, cette dernière demeure relative. En dépit du droit d'absence reconnu au salarié lorsque son état de santé ne lui permet pas d'être présent au travail, la jurisprudence a ainsi reconnu la possibilité pour l'employeur de licencier un salarié fréquemment ou longuement absent pour raison de santé. Un premier

[1911] C. trav., art. L. 1132-1.
[1912] C. trav., art. L. 1121-1.

infléchissement de la protection du salarié absent pour raison de santé a été opéré dans les années 1960. Ainsi, la rupture du contrat de travail du salarié absent pour maladie a été admise, dès lors que l'absence est de nature à entraîner une « gêne indiscutable au fonctionnement du service » [1913], ou plus largement, d'une « gêne causée à l'employeur »[1914] en raison de leur caractère prolongé ou répété. Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause par la Cour de cassation, elle a seulement été précisée. Actuellement, le licenciement pour absences répétées ou prolongées demeure, y compris lorsque les absences sont justifiées par la maladie.

B) L'éviction du salarié absent pour un motif étranger à la santé

526.- L'éviction du salarié justifiée par la perturbation de l'entreprise, liée aux absences pour un motif extérieur à la maladie. Si la possibilité pour l'employeur de licencier un salarié en raison de la gêne occasionnée par ses absences pourtant justifiées par son état de santé est un exemple particulièrement évocateur à la prise en compte des intérêts de l'entreprise, une telle possibilité apparaît également pour d'autres motifs. À titre d'illustration, la grève, qui est pourtant un droit fondamental constitutionnellement garanti[1915], peut conduire le salarié à une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement si l'employeur parvient à démontrer l'existence d'une faute lourde si elle est exercée de manière illicite[1916]. En effet, le législateur a encadré assez strictement l'exercice du droit de grève, annihilant ainsi une protection absolue du droit de grève. La jurisprudence a, dès les années 1960, posé le principe selon lequel toute forme de grève non interdite par les textes législatifs ou réglementaires ne peut être considérée comme un abus du droit de grève[1917]. Ce principe est en effet garant de la valeur constitutionnelle de ce droit. De plus, en droit français, certaines formes de « grève » pourtant admises dans d'autres pays européens, sont expressément exclues de la qualification du droit de grève par le législateur. Par conséquent, la Cour de cassation a pu les qualifier de *grèves abusives* ou *illicites*[1918]. Tel est notamment le cas de la grève perlée, qui se caractérise par un travail réduit ou fréquemment interrompu[1919], ou de la grève du zèle qui consiste à appliquer les instructions

[1913] Cass. soc. 19 juil. 1965 (Bull. Civ., n° 586).
[1914] Cass. soc. 3 juin 1971, n° 70-40.484.
[1915] Préambule de la Constitution de 1946, al. 7 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».
[1916] C. trav., art. L. 2511-1, al. 1er.
[1917] V. en ce sens : Cass. soc. 18 avr. 1963 (Bull. Civ., n° 316).
[1918] Pour la qualification de « grève illicite » pour la grève perlée, v. en ce sens : Cass. soc. 10 oct. 1962 (Bull. Civ. IV, n° 702).
[1919] V. en ce sens : Cass. soc. 5 mars 1953, n° 53-01.392.

de manière excessivement minutieuse de sorte à ralentir considérablement l'activité. Si ces deux formes de grève sont considérées comme illégales en France, d'autres pays européens les acceptent dans leur droit national à l'instar de l'Allemagne, de la Suède ou du Royaume-Uni[1920]. La prospective est un art délicat mais si le législateur français venait, à l'avenir, à consacrer ces formes de grève, ces manifestations d'absence deviendraient justifiées et bénéficieraient ainsi d'une protection au titre du droit de grève. Pour l'heure, la conception restrictive de la grève par le législateur français ne conduit qu'à une protection relative. Plus largement, le régime des absences répétées ou prolongées permet à l'employeur de rompre le contrat de travail du salarié trop souvent ou fréquemment absent, bien que ces absences soient justifiées sur le fond et sur la forme. Là encore, la situation objective de l'entreprise, perturbée par les absences du salarié, permet de justifier le licenciement du salarié. Partant, pour le régime des absences répétées et prolongées, il semblerait que la prise en compte des intérêts de l'entreprise supplante la protection contractuelle du salarié dont l'absence est justifiée. Dès lors, la protection du salarié dont l'absence est justifiée apparaît relativement précaire puisque certains dispositifs juridiques permettent de lever cette protection.

II- L'effacement de la frontière entre absences justifiées et injustifiées

527.- Plan. Cette protection relative et limitée des absences justifiées liées à la possibilité de rompre le contrat de travail du salarié permet de constater que la dichotomie entre les absences *justifiées* et *injustifiées* ne présente plus grand intérêt. Initialement, l'enjeu lié à cette qualification de l'absence permettait de déterminer s'il était nécessaire de protéger le salarié ou, *a contrario*, s'il pouvait être sanctionné par l'employeur. À l'heure actuelle, les enjeux de la qualification ne sont plus aussi aisément perceptibles dès lors qu'il existe un empiétement entre ces deux catégories. Il est permis de constater à la fois un empiétement des absences injustifiées sur les absences justifiées **(A)** mais également un empiétement des absences justifiées sur les absences injustifiées **(B)**.

[1920] G. Groux, J.-M. Pernot, *La grève*, Presses de Sciences Po, coll. Contester, 2008, p. 109.

A) L'empiétement des absences injustifiées sur les absences justifiées

528.- Les hypothèses de qualification progressive de l'absence justifiée. *Prima facie*, il convient d'écarter l'hypothèse selon laquelle l'absence est justifiée au moment où elle est constatée puisqu'elle a fait l'objet d'une demande d'autorisation préalable à l'employeur. Sont ici visés les motifs d'absence qui sont prévisibles, car préalablement fixés en amont, comme la maternité ou les congés payés. C'est pourquoi, ne seront analysés que les motifs d'absence inopinés, comme la maladie ou un cas de force majeure, car l'information préalable de l'employeur est factuellement impossible. En effet, le salarié ne saurait prévoir le moment où il sera en incapacité de travailler. Il revient donc au salarié de justifier *a posteriori* de son absence pour qu'elle soit juridiquement qualifiée d'absence justifiée. Par conséquent, il semble opportun de considérer que toute absence inopinée est injustifiée dès l'origine, jusqu'au moment où le salarié la justifie. Ainsi, l'absence imprévue qui est injustifiée par principe devient justifiée par l'effet rétroactif du document produit par le salarié. En ce sens, l'exemple de l'arrêt de travail est particulièrement évocateur car le salarié malade se trouve dans une situation d'absence injustifiée aussi longtemps qu'il ne transmet pas à son employeur le certificat médical[1921]. Si d'aventure celui-ci venait à ne jamais produire de justificatif valable, ou s'il ne répondrait pas à une lettre de mise en demeure transmise par son employeur pendant cette période, l'absence resterait injustifiée et pourrait être constitutive d'un abandon de poste. En pareil cas, et pour une même situation d'absence, le salarié s'expose au pouvoir disciplinaire de l'employeur et au-delà, à la présomption de démission.

529.- Le cas du retard. De même, le retard au travail est considéré comme une absence injustifiée tant que le salarié n'a pas délivré à l'employeur une justification. Pour autant, le salarié peut démontrer *a posteriori* que ce retard est lié à un cas de force majeure. Le cas échéant, ce retard qui pouvait être assimilé jusqu'alors comme une absence injustifiée entre à nouveau dans le champ de l'absence justifiée à raison de la force majeure. En définitive, la régularisation d'une absence qui a pour origine un motif légitime mais qui est injustifiée en raison de l'inobservation des formalités requises bascule *de facto* dans le champ de l'absence justifiée. La réception par l'employeur de la justification de l'absence caractérise en principe le moment où l'absence devient justifiée, sauf à ce que l'employeur doute de la véracité du motif

[1921] En effet, il dispose d'un délai de quarante-huit heures pour transmettre le certificat médical d'arrêt de travail à l'employeur : C. trav., art. L. 1226-1, 1°.

de cette dernière. Le cas échéant, il pourra remettre en cause le bien-fondé du motif invoqué. Ces situations d'absence conduisent en réalité à brouiller la frontière entre absences injustifiées et justifiées. C'est donc bien la justification formelle de l'absence qui permet de qualifier juridiquement la situation d'absence en absence justifiée[1922].

B) L'empiétement des absences justifiées sur les absences injustifiées

530.- La remise en cause d'une absence justifiée. Si les absences injustifiées peuvent basculer dans le champ des absences justifiées, la réciproque est également vraie. Toutefois, cette situation vise davantage l'hypothèse de la remise en cause d'un motif d'absence justifiée. Ce cas peut notamment concerner l'absence pour maladie, si l'employeur décide d'ordonner une contre-visite médicale. Dès lors qu'un certificat médical d'arrêt de travail est transmis à l'employeur dans le délai de quarante-huit heures, le salarié est justifié à s'absenter. Par conséquent, une telle absence relève du domaine de l'absence justifiée. La seule remise en cause par l'employeur quant à l'existence de la maladie alléguée pour justifier l'arrêt de travail ne permet pas de faire basculer une telle absence dans le champ des absences injustifiées. En effet, le motif médical avancé par le médecin prescripteur de l'arrêt de travail pour raison de santé est protégé par le secret médical. L'employeur ne peut donc pas en prendre connaissance. Ainsi, il sera nécessaire d'attendre la décision du professionnel de santé qui réalise le contre-examen médical initié par l'employeur[1923]. Si le médecin mandaté par l'employeur estime que l'arrêt de travail est injustifié, le salarié devra reprendre le travail. S'il refuse, il pourra s'exposer aux sanctions liées au régime des absences injustifiées. Il ne pourra donc pas bénéficier des prestations de sécurité sociale[1924]. En définitive, le motif allégué pour justifier une absence peut être remis en cause, pouvant faire évoluer la situation en absence injustifiée.

531.- La qualification d'absence justifiée produisant les mêmes effets que l'absence injustifiée. Enfin, l'effacement de la frontière entre les absences *justifiées* et *injustifiées* trouve à s'illustrer en matière d'application du régime juridique. Si, à l'origine, l'absence justifiée entraîne l'application d'un régime juridique protecteur pour le salarié et l'absence injustifiée ouvre droit à l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur, ce constat n'est plus exact.

[1922] À cet égard, il convient de rappeler que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » : CPC, art. 12, al. 2.
[1923] C. trav., art. L. 1226-1.
[1924] CSS, art. L. 315, 1°.

L'absence injustifiée permet toujours à l'employeur d'exercer son pouvoir de sanction, dès lors que cette dernière est proportionnée à la faute commise[1925]. Pour autant, il a précédemment été démontré que, bien que justifiée, l'absence ne bénéficie plus d'un régime juridique pleinement protecteur. C'est ainsi que certaines absences, bien que justifiées, peuvent entraîner la rupture du contrat de travail du salarié. Certes, cette dernière n'est pas analysée comme une sanction dès lors que le comportement du salarié n'est pas fautif. En revanche, elle permet à l'employeur de mettre fin au préjudice subi par les absences répétées ou prolongées d'un salarié. Si on conçoit aisément que l'émergence d'un tel régime juridique ne poursuit aucun but coercitif, il n'en demeure pas moins préjudiciable aux intérêts du salarié dont les absences justifiées ont servi de fondement à son licenciement. Dans cette situation, le salarié subit les effets d'une absence injustifiée alors même qu'il n'a commis aucune faute. La question de la pertinence et de la cohérence de la dualité existant entre absences justifiées et injustifiées porte ainsi à interrogation. Alors qu'elle permettait, à l'origine, l'application binaire d'un régime juridique, soit de protection soit de sanction, on constate que ce n'est plus le cas aujourd'hui.

*
* *

532.- Conclusion de la Section 2. À l'origine, les *absences justifiées* sont considérées comme autorisées et font ainsi l'objet d'une protection contractuelle voire, dans certains cas, économique du salarié. À l'inverse, les *absences injustifiées* sont considérées comme prohibées et permettent à l'employeur de sanctionner le comportement du subordonné. Pour autant, les évolutions récentes du droit social tendent à éroder la frontière qui existe entre les absences justifiées et les absences injustifiées. Certaines absences pourtant justifiées peuvent produire les mêmes conséquences que des absences injustifiées. À l'inverse, une absence injustifiée peut ultérieurement être régularisée. En définitive, cette évolution interroge quant à la pertinence et à la cohérence des régimes juridiques d'absence. Par ailleurs, elle semble être de nature à créer une incertitude pour le salarié, parce que l'appréciation de son absence est laissée à l'employeur. En outre, le contrôle effectué par les juges sur cette appréciation s'effectue au cas par cas, en considération de plusieurs éléments comme l'ancienneté du salarié ou le fait que son comportement soit unique ou répété.

[1925] C. trav., art. L. 1333-2.

Conclusion du Chapitre 1

533.- Fruit d'un construit historique, la notion juridique de l'absence en droit social demeure, à certains égards, trop restrictive. L'évolution des formes de travail, qui s'est traduite par la diversité des modes d'exercice du travail – notamment l'essor du travail dématérialisé caractérisé par une l'autonomie du salarié dans le travail – a conduit à rendre la qualification d'absence relativement complexe dans un certain nombre de situations.

534.- L'analyse de la typologie de *l'absence en droit social* conduit au constat selon lequel la situation du salarié peut être classifiée selon trois catégories. Soit le salarié présent au travail, soit il est absent. Cette dernière situation d'absence donne lieu à son tour à une subdivision, car l'absence peut être *justifiée* ou *injustifiée*. Dans une conception contractuelle de la relation de travail, la *présence* au travail est le principe puisqu'elle conditionne l'accomplissement de la prestation de travail par le salarié. *L'absence justifiée*, qui donne lieu à un droit d'absence pour le salarié, est ainsi considérée comme l'exception. Enfin, *l'absence injustifiée* est traitée comme une inexécution contractuelle sans justification. Pourtant, la reconnaissance d'une pluralité de motifs qui sont l'origine d'un droit d'absence, invite à questionner la pertinence à traiter *l'absence justifiée* comme exception. La plupart des salariés sont absents plusieurs jours par an, ne serait-ce que pour exercer leur droit à congés payés. En outre, certaines situations pourtant qualifiées de présence au travail – comme l'aménagement du temps de travail ou du poste de travail – peuvent traduire des problématiques d'absence.

535.- L'opposition binaire existant entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées* interroge également. Si elle permet de régir un certain nombre de situations et d'accorder une protection aux salariés dont l'absence est justifiée, la qualification se révèle parfois plus complexe. En effet, certaines situations *d'absences injustifiées* ne sont que temporaires car, aussitôt régularisées, elles basculent dans le giron des situations *d'absences justifiées*. À l'inverse, la qualification *d'absence justifiée* peut donner lieu la rupture du contrat de travail du salarié et ainsi, produire les mêmes effets qu'une *absence injustifiée*. Dès lors, ces situations conduisent à constater un effacement de la frontière entre les *absences justifiées* et *injustifiées*.

536.- En définitive, il semblerait que la notion d'absence en droit social soit trop restrictive et nécessite d'être élargie pour que chaque situation bénéficie d'un régime juridique appropriée.

CHAPITRE 2 : UNE CONCEPTION EXCLUANT LA CAUSE PREMIÈRE DE L'ABSENCE

537.- Plan. Le fait que l'absence en droit social souffre d'une conception réductrice tient également au fait que son appréhension repose sur une logique formelle. Plutôt que de s'intéresser aux conséquences de l'absence, le droit social devrait encourager l'employeur à rechercher les raisons de cette absence. Or, actuellement, les évènements qui en sont à l'origine importent peu : c'est la *cause immédiate* de l'absence, celle qui est formellement constatée par l'employeur, qui entraîne l'application du régime juridique qui s'y rapporte[1926]. L'employeur n'est donc pas invité à rechercher les motifs – réels – qui ont entraîné l'absence. Cette logique se retrouve dans la théorie juridique de la causalité. Selon cette théorie, le droit retient la *cause immédiate*, la seule qui génère des effets juridiques, au détriment de la *cause première*, plus lointaine et difficilement observable. En ne s'intéressant qu'à la *cause immédiate*, et donc aux conséquences de l'absence, le système juridique actuel fonctionne selon des repères qui sont certes objectifs mais qui évitent à l'employeur de rechercher la raison originelle, profonde et parfois plurielle, ayant conduit à l'absence.

538.- Cette appréhension formelle s'expliquerait par le fait que la *cause première* de l'absence est une question complexe à appréhender. En effet, il est difficile de déterminer les évènements exacts qui sont à l'origine d'une absence car il peut exister une pluralité de causes. Les dispositions législatives en vigueur n'encouragent pas l'employeur à rechercher la cause *première* ayant conduit à l'absence. En matière d'absence justifiée, l'employeur doit s'en tenir au motif allégué par le salarié, éventuellement attesté par un document, comme c'est le cas du certificat médical pour l'absence pour maladie. Dans l'hypothèse d'une absence injustifiée, l'employeur pourra user des dispositifs juridiques dont il dispose pour pallier les conséquences produites par l'absence. Dans les deux cas, le motif de la *cause immédiate* entraîne l'application de mécanismes juridiques. En ne s'intéressant qu'aux conséquences de l'absence, donc à celles produites par la *cause immédiate*, l'employeur prend le risque de ne jamais traiter la cause profonde

[1926] Cette logique se retrouve en droit de la responsabilité civile dans la théorie juridique de la causalité. En effet, il existe une distinction doctrinale entre la théorie de la *causalité adéquate* (qui invite à ne retenir que la cause prépondérante à l'origine du dommage) et celle de *l'équivalence des conditions* (qui invite, quant à elle, à retenir l'ensemble des faits ayant concouru à la production du dommage, sans les hiérarchiser). Sur ces questions, v. en ce sens : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013, pp. 238-265.

et réelle de cette absence. Ce constat est d'autant plus regrettable que l'absence s'impose progressivement comme un phénomène endémique au sein des entreprises[1927]. Comme le souligne Pascal Lokiec, « en droit comme ailleurs, mieux vaut prévenir que guérir, et réglementer en amont plutôt que sanctionner en aval, une fois que le mal est fait »[1928]. Si le droit positif conduit l'employeur à ne s'intéresser qu'aux conséquences produites par l'absence du salarié, cela peut s'expliquer par la difficulté d'identifier la cause *première* **(Section 1)**.

539.- Si les dispositifs du droit social se limitent aux conséquences, c'est aussi parce qu'il est plus aisé de mettre en place un mécanisme juridique en réaction à la situation d'absence que d'en rechercher les causes originelles. En effet, alors que la recherche de la *cause première* est très incertaine, les incidences produites par l'absence sont plus palpables puisque le salarié n'exécute pas sa prestation de travail. Partant, si cette absence se pérennise, elle continuera d'influer négativement sur la productivité de l'entreprise. Quand bien même cette absence serait de courte durée, elle conduira à une réorganisation du service car les tâches devant être exécutées par le salarié absent seront transférées à un autre salarié de l'entreprise. Pour ce qui est du salarié absent, il s'exposera au risque de la perte temporaire de ses revenus professionnels voire, dans certains cas, à la perte de son emploi. Les risques générés par l'absence, à la fois au détriment de l'employeur, mais également au détriment du salarié absent, sont ainsi facilement identifiables. Si, pour l'heure, le droit social ne se limite qu'aux conséquences de la cause *immédiate*, c'est parce que les outils juridiques permettant de réagir aux situations d'absence sont plus aisés à mettre en place **(Section 2).**

[1927] Cette expression est essentiellement utilisée en sociologie du travail et en gestion des ressources humaines. Sur l'absence comme phénomène endémique, v. en ce sens : S. Dassa, « Absentéisme au travail : phénomène socio-professionnel en situation ou expression d'évènements de santé diffus », *Sciences sociales et santé*, vol. X, n° 3, 1992, p. 67 ; C. Giraud, « L'absentéisme : un symptôme organisationnel. Une lecture sociologique du cas d'une administration au plan régional », *Sociologie du travail*, n° 3, 1987 ; M. Dumas, « De la gestion de l'absentéisme à la gestion de la santé dans une entreprise de cosmétiques », *Management de la santé et de la sécurité au travail*, l'Harmattan, 2005, p. 379 ; D. Côté, R. Haccoun, « L'absentéisme des femmes et des hommes : une méta-analyse », *Revue canadienne des sciences de l'Administration*, vol. 8, juin 1991, p. 131 ; E. Vlassenko, « Mensualisation et absentéisme », *Economie et statistique*, n° 73, décembre 1975, p. 59 ; D. Depardieu, S. Lollivier, « Les facteurs de l'absentéisme », *Economie et statistique*, n° 176, avril 1985, p. 15 ; S. Randon, C. Baret, C. Prioul, « La prévention de l'absentéisme du personnel soignant en gériatrie : du savoir académique à l'action managériale », *Management et avenir*, n° 49, 2011, p. 134.

[1928] P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 40.

Section 1 : La difficile appréhension des origines de l'absence

541.- Plan. La complexité de la recherche de la *cause première* de l'absence se manifeste dans une pluralité de situations, mais qui ne doivent pas être généralisées à toutes les absences. En effet, la problématique de la *cause première* de l'absence apparaît seulement dans certains cas. Dans de nombreux cas, la *cause première* correspond strictement à la *cause immédiate* et ne saurait être remise en cause. C'est notamment le cas de la situation de grossesse de la salariée qui est médicalement constatée et fait l'objet d'un certificat médical. Les données acquises de la science permettent de constater avec certitude l'état de grossesse de la femme par le biais d'examens médicaux tels que le bilan sanguin ou l'échographie[1929]. Partant, l'état de grossesse constitue à la fois la *cause immédiate* et la *cause première* d'absence. Plus largement, pour la plupart des congés tels que le congé pour formation professionnelle, le congé pour la création ou la reprise d'entreprise, ou encore le congé lié à l'exercice d'un mandat de représentation, la *cause immédiate* correspond strictement à la *cause première*. Néanmoins, pour certains motifs d'absence, la *cause immédiate* ne correspond pas à la *cause première*. C'est le cas de l'absence pour maladie, qui peut dissimuler une *cause première* dépourvue de lien avec l'état de santé du travailleur **(§1)**, comme une insatisfaction au travail **(§2)**.

§1 : La maladie comme cause immédiate de l'absence

542.- Plan. L'absence pour maladie est une *cause immédiate* qui peut recouvrir une pluralité de situations. La plupart du temps, elle permet au salarié en incapacité de travail de s'absenter. Dans ce cas, la question de la *cause première* de l'absence ne pose pas de difficulté, puisqu'elle correspond à la *cause immédiate*. Cependant, dans certaines situations, le salarié bénéficie d'un arrêt de travail pour maladie alors que son état de santé réel lui permettrait de travailler. Dans ce second cas, la *cause première* est différente de la *cause immédiate*. Or, cette hypothèse est particulièrement complexe à traiter dans la mesure où les arrêts de travail pour maladie ordinaire font l'objet d'une prescription facilitée par plusieurs éléments **(I)**. En outre, la révélation de la *cause première* de l'absence se révèle particulièrement complexe, parce que l'employeur est largement limité en matière de contrôle de l'arrêt de travail **(II)**.

[1929] Des analyses sanguines ainsi qu'une échographie de datation permettent d'attester de manière certaine l'état de grossesse d'une femme.

I- Une prescription facilitée des arrêts de travail

543.- Plan. L'arrêt de travail pour maladie ou accident d'origine non professionnelle est une cause très importante d'absence[1930]. Le nombre d'arrêts de travail pour maladie par an et par salarié interroge. S'il est indéniable que parmi eux, certains ont réellement pour origine une maladie ou un accident conduisant le salarié à une incapacité de travail, un tel constat ne saurait être généralisé à l'ensemble des arrêts de travail[1931]. Certains salariés obtiendraient ainsi un arrêt de travail pour maladie alors que la *cause première* est étrangère à leur état de santé. Cette pratique peut s'expliquer par le fait que l'absence pour maladie ordinaire bénéficie d'un régime juridique relativement protecteur. Par ailleurs, l'arrêt de travail est relativement aisé à obtenir par un professionnel de santé[1932]. En effet, l'expertise médicale pratiquée par ce dernier est complexe. Cette complexité s'exprime à plusieurs égards. Il existe pléthore de maladies conduisant à une incapacité de travail et justifiant, à ce titre l'arrêt de travail du salarié. Si certaines sont relativement aisées à constater compte tenu des données acquises de la science, d'autres s'avèrent bien plus complexes à caractériser. C'est notamment le cas des affections d'ordre mental, comme la dépression ou le syndrome d'épuisement professionnel **(A)**. En outre, l'expertise médicale est parfois complexe, parce que des éléments extérieurs à la maladie interviennent lors de la prescription d'un arrêt de travail. Parmi eux, on peut citer le manque de formation des médecins à la prescription des arrêts de travail, mais également le rôle prépondérant joué par le salarié patient lors de l'examen médical au cours duquel l'arrêt de travail se décide **(B)**.

A) L'expertise médicale compliquée par la nature de la maladie

544.- Plan. La *nature* de la maladie apparaît comme un premier facteur permettant d'expliquer la complexité à laquelle le médecin prescripteur d'un arrêt de travail fait face. Jusqu'au milieu du XX^{e} siècle, seule l'incapacité physique du travailleur était de nature à justifier

[1930] Une étude menée par le groupe Malakoff Humanis révèle que « 42% des salariés se sont vu prescrire un arrêt maladie en 2022 ». V. en ce sens : Malakoff Humanis, *Baromètre annuel Santé et qualité de vie au travail. Études de perception menée auprès de 3 500 salariés représentatifs du secteur privé*, 11^{e} éd., 2022.

[1931] Selon l'Assurance Maladie, de nombreux arrêts de travail seraient frauduleux. Elle aurait évalué le préjudice financier liés aux faux arrêts de travail à plus de 30 millions d'euros en 2024, tandis qu'elle l'évaluait à 8 millions d'euros en 2023. V. en ce sens : https://entreprendre.service-public.fr/actualites/A17772. Consulté le 31/10/2025.

[1932] Ce constat est d'autant plus vrai si l'on cite l'actualité publiée par l'Assurance Maladie sur son site internet, dans lequel elle indique expressément que

un arrêt de travail. Il faudra attendre la période d'après-guerre pour que le champ de définition de l'absence soit élargi et que la santé mentale soit prise en considération au même titre que la santé physique[1933]. Si cette évolution a constitué une véritable avancée dans la protection de la santé des individus – particulièrement des travailleurs – elle a eu pour incidence de rendre plus complexe la caractérisation de la maladie. Désormais, le champ de l'expertise médicale donnant lieu à un arrêt de travail est donc particulièrement vaste **(1)**. Par ailleurs, la prescription de l'arrêt de travail est perturbée par l'intervention d'éléments subjectifs. En effet, si pour certains, l'apparition d'une maladie génère une souffrance physique ou psychologique incompatible avec le travail, d'autres considéreront que la même infirmité ne les empêche pas d'accomplir une telle activité **(2)**.

1. Le champ vaste et étendu de l'expertise médicale

545.- La distinction moderne entre la *santé* et la *maladie*. Selon la définition classique, la *santé* est définie comme un « état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »[1934]. Une telle définition est intervenue lors de la reconnaissance du droit à la santé en 1946[1935]. Pourtant, cette définition semble relativement novatrice puisqu'elle inclut, au-delà de l'absence de maladie, la notion de *bien-être*. Cette acception positive de la santé apparaît comme novatrice. Elle s'oppose à l'ancienne définition qui définissait la santé, selon une acception négative, comme le défaut de maladie ou d'infirmité. En effet, avant 1945, la *santé* se définissait par opposition à la *maladie*. L'antinomie de ces notions donnait lieu à une définition binaire de la santé puisque seules deux

[1933] La définition de la santé donnée par l'OMS en 1946 a largement contribué à cette évolution, indiquant que « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité » : Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New-York, 19 juin - 22 juillet 1946. La *santé mentale* a quant à elle reçu une consécration légale en droit social par la loi de modernisation sociale de 2002 (L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale). Jusqu'alors, elle était « sous-tendue par le droit positif » mais n'avait pas donné lieu à une reconnaissance par le législateur. Ce n'est qu'en 2016 que la Cour de cassation a affirmé que « la santé mentale est une composante de la santé ». V. en ce sens : Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914 ; *JCP E* 2016, n° 43, p. 55, chron. J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; *Gaz. Pal.* 2016 2016, n° 32, p. 53, obs. B. Decrette ; *JCP E* 2016, n° 8, p. 16, obs. I. Beyneix ; *JCP S* 2016, n° 12, p. 33, note M. Babin. Pour la première fois, les magistrats de la Cour de cassation érigent la santé mentale comme un « concept autonome », qui existe « par lui seul et en dehors de la santé physique » : F. Lalanne, « La santé mentale, nouvelle marotte du droit du travail ? », *JSL* 2016, 406.

[1934] Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New-York, 19 juin - 22 juillet 1946.

[1935] Préambule de la Constitution de 1946, al. 11 : « [La Nation] garantit à tous […] la protection de la *santé*, la sécurité matérielle, le repos et les lois ».

situations étaient envisagées. Soit il était possible de déclarer un état pathologique, une maladie chez l'individu ; soit, *a contrario*, ce dernier en était dépourvu. Dans le premier cas, l'individu n'était pas en « bonne santé » et était ainsi considéré comme *malade* ; dans le second, il était en bonne santé et perçu comme un individu *valide*. Appliquée au travailleur, une telle acception de la santé limitait considérablement l'absence pour raison de santé. En effet, cette dernière était strictement conditionnée à la preuve de l'existence d'une maladie ou d'une pathologie. La définition positive de la santé exposée par l'OMS et la conception large et extensive qui y est inhérente a contribué à étendre les motifs d'absence pour raison de santé. De la définition précitée, découle le constat d'une double acception de la santé : physique d'une part, mentale d'autre part. Si la première est, depuis longtemps, invoquée pour qualifier différentes pathologies, la seconde est apparue bien plus tardivement. On retrouve des usages épars de cette terminologie dès le XIX[e] siècle dans la littérature médicale[1936]. À cette époque, comme l'exprime l'historien Claude-Olivier Doron, « la santé ne se donne toujours ici que comme un objet en négatif, très secondaire par rapport au primat accordé à la maladie comme référentiel »[1937]. En d'autres termes, la terminologie de santé mentale était utilisée de manière systématique pour désigner une forme mentale de maladie ou d'infirmité. Ce n'est qu'à partir du XX[e] que les problématiques de santé mentale ont été fortement prises en considération. En conséquence, la notion de *santé mentale* s'est émancipée de l'acception mentale de la santé.

546.- Les incidences de la définition extensive de la *santé* en matière d'absence au travail. Si la définition de la *santé* jouit d'une acception large et extensive, ce constat doit être nuancé en matière d'absence. La lecture stricte des dispositions du Code du travail conduit à constater que le salarié est bien-fondé à s'absenter en raison de la survenance d'une *maladie* ou d'un *accident*[1938]. Le législateur aurait pu faire le choix d'élargir ce motif d'absence, en prévoyant, en lieu et place de l'absence pour maladie ou accident, l'absence pour *l'altération de l'état de santé* ou de manière plus large, l'absence pour *raison de santé*. Pourtant, ce n'est pas le choix qui a été opéré. Il est cependant intéressant de constater que la Cour de cassation utilise

[1936] Ce terme était à cette époque utilisé pour dénoncer les aliénations mentales. V. en ce sens : J. Dagonet, G. Duhamel, *Traité des maladies mentales*, 1894, p. 60 ; A. Journiac (dir.), *Recherches cliniques sur le délire hypocondriaque : valeur séméiologique*, BNF, 1888, p. 35 ; J. L. Casper, *Traité pratique de médicale légale, trad. G. Gemer Baillère,* t. 1, Librairie médicale Gemer Baillère, 1862, p. 255 ; W. C. Ellis, *Traité de l'aliénation mentale, ou de la nature, des causes, des symptômes et du traitement de la folie, comprenant des observations sur les établissements d'aliénés,* Éd. Rouvier, 1840, p. 304.

[1937] C.-O. Doron, « L'émergence du concept de "santé mentale" dans les années 1940-1960 : genèse d'une psycho-politique », *Rev. Pratiques en santé mentale* 2015, p. 3.

[1938] V. en ce sens : C. trav., Partie législative, Première partie, Livre II, Titre II, Chapitre VI, Section qui s'intitule « Absences pour maladie ou accident ».

de façon sporadique ce terme pour qualifier les absences du salarié[1939]. L'absence pour raison de santé est un terme beaucoup plus large et englobant que celui de maladie ou d'accident. Par ailleurs, l'altération de l'état de santé se traduit par la survenue d'une maladie ou d'un accident. Or, sur le plan probatoire, il est plus évident d'exiger du salarié qu'il rapporte la preuve d'une maladie ou d'un accident plutôt que d'une altération de son état de santé[1940]. Toutefois, si le vocable de « santé » n'a pas été retenu pour justifier une absence, la vision englobante de la santé existant depuis 1946 a conduit à une prise en considération croissante des problèmes de santé mentale. L'extension du champ de la définition de la santé a donc généré des incidences en matière d'absence pour maladie. En effet, en 2016, la chambre sociale a expressément affirmé que « la santé mentale est une composante de la santé »[1941], reconnaissant ainsi à cette acception de la santé une existence indépendante, aux côtés de la santé physique. Il semble donc que la maladie mentale soit de nature à justifier l'absence du salarié. D'ailleurs, certaines enquêtes révèlent que le motif le plus fréquemment renseigné sur le formulaire d'un arrêt de travail est « l'épisode dépressif » ou le « syndrome dépression »[1942]. Cependant, le développement important des affections de santé mentale se heurte à un certain nombre de difficultés, notamment en matière d'examen médical.

2. La prescription de l'arrêt de travail troublée par des éléments subjectifs

547.- Le difficile constat médical des affections de santé mentale. Les maladies d'ordre mental et psychique, par opposition aux maladies physiques, sont particulièrement difficiles à constater. Le professionnel de santé qui est consulté – le plus souvent, le médecin traitant – fait face à la difficulté d'apprécier l'incapacité de travail. En effet, parmi les maladies liées à la santé physique du travailleur, il est possible de citer les infections virales ou les affections musculaires ou squelettiques (TMS). Pour ces maladies, l'incapacité de travail est

[1939] V. en sens : Cass. soc. 16 déc. 2010, n° 09-43.074 ; *Dr. ouvr.* 2011, n° 752, p. 191, note B. Augier ; Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834 ; *JCP E* 2012, n° 43, p. 52, obs. F. Taquet ; *BJT* 2012, n° 245, p. 316, note F.-J. Pansier ; *RDT* 2012 2012, n° 10, p. 565, note M. Véricel ; *JCP S* 2012, n° 38, p. 34, note R. Favre ; *Lexbase soc.* 2012, n° 494, obs. S. Tournaux ; Cass. soc. 24 juin 2009, n° 08-40.055, *précité* ; Cass. soc. 19 juill. 1965 (Bull. Civ., n° 591).

[1940] En effet, la maladie et d'accident constituent des motifs légaux d'absence justifiée, comme en témoigne le Chapitre VI du Code du travail intitulé *Maladie, accident et inaptitude médicale* (C. trav., art. L. 1226-1 à L. 1226-24) qui traite expressément des absences pour ces motifs.

[1941] Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914, *précités*. Ce postulat a été expressément affirmé par la chambre sociale de la Cour de cassation dans cet arrêt, mais il est plus ancien. Il résulte du droit européen ainsi que de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Toutefois, c'est le premier arrêt dans lequel la Cour de cassation l'affirme de manière expresse, détachant cette acception de la santé de celle de santé physique.

[1942] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 52.

relativement aisée à constater pour le professionnel de santé. Ces dernières s'accompagnent de signes cliniques, qui peuvent être facilement appréciées par un examen médical. Toutefois, les symptômes provoqués par la maladie mentale s'avèrent bien plus complexes à identifier. À titre d'illustration, le symptôme dépressif peut se révéler par des troubles éminemment subjectifs d'ordre émotionnels, cognitifs ou comportementaux. Or, l'émergence de tels troubles est particulièrement difficile à diagnostiquer. Il s'agit d'un ressenti du patient, qui est par définition subjectif et ne présente que peu de signes extérieurs. Partant, le professionnel peut aisément commettre une erreur de diagnostic. C'est la raison pour laquelle de nombreux arrêts de travail abusifs ont pour motif une maladie mentale telle que le trouble dépressif. Le professionnel de santé est guidé, dans l'exercice de sa profession, par une attitude « altruiste, visant au bien-être personnel du patient »[1943].

548.- Le rôle déterminant du ressenti de la maladie par le patient. Comme le démontrent certains experts, des « éléments extérieurs peuvent influencer la prescription des arrêts de travail : les caractéristiques du patient, les contextes, la situation subie, ressentie ou vécue »[1944]. Là encore, la part de subjectivité est importante et laisse place à différents types de patients, certains étant bien plus en demande d'arrêts de travail que d'autres qui refuseraient de s'arrêter même si leur état de santé ne leur permet pas de continuer le travail[1945]. *A contrario*, certains patients amplifieraient largement les symptômes ressentis en vue d'obtenir un arrêt de travail. Ainsi, le patient jouerait un rôle prépondérant dans la prescription d'un arrêt de travail, et ce d'autant plus si « les signes cliniques objectifs sont faibles ou inexistants »[1946]. Or, tel est le cas en matière d'affection de santé mentale. En définitive, la confiance du médecin dans les faits allégués par le patient est centrale, comme le soulignait Bernard Cassou, professeur émérite en santé publique, lors d'une journée d'étude sur les arrêts maladie[1947]. Ainsi, au-delà des symptômes pouvant faire l'objet d'un examen clinique, la prescription de l'arrêt de travail est également influencée par une pluralité d'éléments subjectifs.

[1943] Arrêté du 12 avril 2017 portant organisation du troisième cycle des études de médecine, art. 2 al. 7.
[1944] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 51.
[1945] *Ibid.*
[1946] D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *Rev. Négociations* 2015, p. 151.
[1947] B. Cassou, Compte-rendu de la journée-débat « Arrêts maladie : des ordonnances sous contrôle patronal », organisée pour l'Étude des risques du travail, 23 oct. 2004, cité par D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *op. cit.*, p. 151.

B) L'expertise médicale compliquée par des éléments extérieurs à la maladie

549.- Plan. L'expertise médicale peut également s'avérer complexe en raison d'éléments extérieurs à la maladie. Les professionnels de santé font régulièrement face à la prescription d'arrêts de travail. Ce constat est d'autant plus vrai pour les médecins généralistes qui, chaque jour, se heurtent à la problématique de la prescription des arrêts de travail. Pourtant, il est permis de constater un manque de formation des médecins en la matière **(1)**. Du point de vue du droit médical, le « colloque singulier » propre à la relation médicale fait naître un lien spécifique entre le médecin et le patient. Cette relation a évolué au XXe siècle car, jusqu'alors, le patient s'en remettait à l'expertise du médecin sur la base d'une confiance mutuelle. À partir du XXe siècle, un changement de paradigme s'est opéré. Le patient a joué un rôle de plus en plus actif dans la relation médicale. À l'heure actuelle, il est permis d'affirmer qu'il joue un rôle essentiel dans la prescription de l'arrêt de travail **(2)**.

1. Le manque de formation des médecins prescripteurs

550.- Un manque de formation générale des médecins. La prescription facilitée des arrêts de travail peut également s'expliquer par un manque de formation des médecins dans cet exercice[1948]. L'évolution historique des études de médecine met en exergue une telle déficience[1949]. En effet, la durée du tronc commun des études de médecine a été considérablement allongée. Jusqu'en 1909, elle était de quatre années et passe à cinq ans à cette date[1950]. Actuellement, elle oscille entre neuf et douze ans selon la spécialité choisie. Pourtant, en dépit de cet allongement, les étudiants en médecine ne bénéficient, durant leurs études, d'aucune formation spécifique relative à la prescription des arrêts de travail[1951]. Cette lacune, notamment au cours du troisième cycle de leurs études, est surprenante. L'article 2 de l'arrêté relatif à l'organisation du troisième cycle des études de médecine dispose expressément qu' « au

[1948] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 94.
[1949] Pour une étude générale de l'évolution des études médicales en France, v. en ce sens : M. Rumeur, *L'enseignement médical en France : quelle évolution au cours des siècles ? Quelle place pour la médecine générale ?*, Thèse de médecine, Faculté de médecine de Rouen, 2016. La présente étude n'a pas l'ambition de retracer l'évolution historique des études de médecine, mais simplement de donner certaines dates clés permettant d'identifier l'évolution générale ayant conduit au cursus qui existe actuellement.
[1950] D. du 11 janv. 1909 relatif à la réorganisation des études médicales (*Bull. des lois* 1909, n° 1, p. 27).
[1951] B. Fourré, *Critères décisionnels de prescription des arrêts de travail : une enquête transversale en médecine générale*, Thèse de médecine, Université Lyon I, 2006, cité par D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *op. cit.*, p. 151.

cours de sa formation, l'étudiant en médecine acquiert progressivement les connaissances et compétences qui permettent au médecin de dispenser dans sa spécialité des soins de qualité centrés sur les besoins du patient et de participer à l'amélioration de l'état de santé global des populations »[1952]. Or, la prescription d'arrêts de travail participe inéluctablement à cette finalité. En effet, le salarié dont l'état de santé est incompatible avec l'exercice de son activité professionnelle doit bénéficier d'un arrêt de travail. À défaut, son état de santé risque d'être aggravé par l'exercice du travail. L'enjeu de la prescription des arrêts de travail est donc déterminant. Le défaut de formation des professionnels de santé en la matière est à déplorer et semble contrarier l'article 2 de l'arrêté précité. Si les médecins spécialistes se heurtent également à des difficultés liées à la prescription d'un arrêt de travail[1953], ce constat est d'autant plus vrai pour les médecins généralistes, qui sont les plus sollicités pour la prescription des arrêts de travail.

551.- Un manque de formation spécifique aux médecins généralistes. Pour ce qui est du troisième cycle des études de médecine, il est prévu que des maquettes de formation, pour chaque spécialité, soient définies par arrêté des ministres chargés de l'Enseignement supérieur, de la Santé et de la Défense[1954]. Or, la maquette de formation liée à l'exercice de la médecine générale ne fait nullement apparaître de quelconques connaissances ou compétences liées à la prescription d'un arrêt de travail[1955]. Ce constat est pour le moins surprenant, puisque les médecins généralistes sont fréquemment confrontés à la demande de prescription d'arrêts de travail[1956]. D'ailleurs, des études révèlent que les médecins déplorent ce manque de formation, certains faisant face au moins une fois par semaine à une difficulté liée à la prescription d'un arrêt de travail[1957]. En effet, une telle formation leur permettrait d'acquérir

---

1952 Arr. du 12 avr. 2017 portant organisation du troisième cycle des études de médecine, art. 2.

1953 On songe notamment aux médecins psychiatres, qui peuvent être amenés à prescrire un arrêt de travail en raison d'une affection de santé mentale.

1954 C. éduc., art. R. 632-20 al. 1er.

1955 La maquette liée au DES de médecine générale se trouve à l'annexe II de l'arrêté du 27 nov. 2017 modifiant l'arrêté du 12 avr. 2017 relatif à l'organisation du troisième cycle des études de médecine et l'arrêté du 21 avr. 2017 relatif aux connaissances, aux compétences et aux maquettes de formation des diplômes d'études spécialisées et fixant la liste de ces diplômes et des options et formations spécialisées transversales du troisième cycle des études de médecine.

1956 Au début du XXIe siècle, il avait été démontré que 10% des consultations débouchent sur la prescription d'un arrêt de travail : O. Kandel, D. Duhot, G. Very, J.-F. Lemasson et P. Boisnault, « Existe-t-il une typologie des actes en médecine générale ? », *Rev. du Praticien Médecine Générale* 2004, p. 781.

1957 A. Löfgren et a., « Frequency and nature of problems associated with sickness certification tasks : a cross-sectional questionnaire study of 5455 physicians », *Scandinavian Journal of Primary Health Care* 2001, p. 178, cité par D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *op. cit.*, p. 151.

des éléments objectifs leur permettant de procéder ou non à l'arrêt de travail, et ainsi de diminuer les éléments subjectifs qui sont de nature à perturber leur expertise médicale. Pour pallier le manque de formation des médecins durant leurs études, des formations professionnelles sont ouvertes aux médecins en activité, ces dernières demeurant facultatives et d'une durée relative. Cette carence au niveau de la formation pourrait en réalité s'expliquer par le fait que la prescription des arrêts de travail est davantage une problématique de Sécurité sociale que de médecine pure. En effet, les organismes de Sécurité sociale alertent chaque année les pouvoirs publics, notamment à l'approche du PLFSS, sur la nécessité de diminuer la durée des arrêts de travail dans une optique de réduction des dépenses publiques[1958].

2. Le comportement actif du patient

552.- L'évolution historique ayant conduit le patient à jouer un rôle actif dans la relation médicale. La relation qui existe entre le médecin et le patient se caractérise par le colloque singulier. Par essence, la relation médicale est paternaliste puisque le patient est un individu souffrant qui rencontre un professionnel de santé qui détient la connaissance médicale et qui en mesure de le soulager[1959]. À cet égard, la relation médicale est inégalitaire et pourrait être qualifiée de paternaliste. Le patient peut être considéré comme une personne vulnérable – et donc comme la partie faible – étant dans l'attente du diagnostic établi par le professionnel de santé. La relation médicale s'apparente ainsi, à certains égards, à celle qui lie un commerçant et un consommateur. Certains auteurs ont d'ailleurs interrogé les liens existants entre le droit de la consommation et le droit médical[1960]. Dans cette conception, le patient joue un rôle passif dans la relation médicale puisqu'il subirait un examen médical, un traitement voire une intervention, dont le seul décisionnaire serait le médecin. Cependant, la relation médicale a évolué au fil du temps et plus particulièrement au cours du XX^{e} et au début du XXI^{e} siècle. La période de guerres traversée par la France au début du XX^{e} siècle a joué un rôle majeur dans cette évolution. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le procès des médecins de

[1958] En juin 2025, l'Assurance maladie a préconisé dans son rapport intitulé *Charges et Produits pour 2026*, de limiter la durée des arrêts de travail pouvant être prescrits à 15 jours en ville et 1 mois en cas d'hospitalisation « afin de garantir un vrai suivi médical de la personne arrêtée » : https://www.assurance-maladie.ameli.fr/presse/2025-06-24-cp-presentation-rapport-charges-et-produits-2026. Consulté le 31/10/2025).

[1959] Étymologiquement, le terme « patient » est issu du latin « *patior* » qui signifie supporter, endurer la souffrance. V. en ce sens : F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 1934, p. 1125.

[1960] J. Samson-Pichereau, « Une immixtion du droit de la consommation dans le droit médical ? », *RGDM* 2015, p. 135 ; G. Rousset, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *RGDM* 2008, p. 147.

Nuremberg a donné lieu au Code de Nuremberg[1961]. Ce dernier a érigé le consentement du patient comme pierre angulaire du droit médical[1962]. Bien que détenteur de la connaissance médicale, le professionnel de santé ne peut plus décider arbitrairement de soumettre le patient à un traitement ou à une intervention médicale. Le consentement de ce dernier est requis, ce qui signifie que le patient devient décisionnaire de toutes les interventions médicales et thérapeutiques auxquelles il sera soumis. Pour ce faire, toutes les informations nécessaires à sa décision doivent être portées à sa connaissance. C'est ainsi que le patient a commencé à jouer un rôle actif dans la relation médicale. Depuis lors, ce dernier n'a cessé de s'accroître. Avec l'avènement et le développement des nouvelles technologies, le patient recherche une expertise médicale en dehors d'une consultation classique auprès d'un professionnel de santé. À titre d'illustration, il est fréquent qu'un patient s'informe sur les symptômes de sa maladie et effectue une recherche d'informations médicales sur internet[1963]. C'est ainsi que le vocabulaire a évolué, certains utilisant le terme d'*actient* pour qualifier le patient actif[1964].

553.- Les incidences du comportement actif du patient sur la prescription de l'arrêt de travail. Prenant en considération l'évolution de la relation médicale, certains chercheurs anglais ont démontré qu'actuellement, seul un patient sur quatre reste inactif face au professionnel de santé, se laissant guider et acceptant le médecin comme un expert médical[1965]. Le paternalisme médical recule ainsi face à la montée en puissance des nouvelles technologies, qui peuvent inciter le patient à aller rechercher les réponses à ses questionnements médicaux en dehors d'une consultation avec un professionnel de santé. Une telle évolution influe sur la prescription des arrêts de travail. En effet, cet acte résulte en théorie de l'expertise médicale du professionnel de santé prescripteur. Ce dernier est le seul habilité à établir un diagnostic qui permet de rendre compte d'une incapacité de travail. Or, en pratique, il est permis

---

1961 Code de Nuremberg, 1947.

1962 *Ibid.*, art. 1er : « Le consentement humain est absolument essentiel ».

1963 La Haute Autorité de Santé a d'ailleurs rédigé un guide à ce sujet en 2007. V. en ce sens : HAS, *La recherche d'informations médicales sur internet*, 2007. En outre, certains professionnels du droit et de la santé mettent en lumière les raisons de ce phénomène, mais également sa constante augmentation : C. Lindenmeyer, M.-P. d'Ortho (dir.), *Santé connectée*, Éd. CNRS, coll. Les Essentiels d'Hermès, 2022 ; M. Soulard-Buet, *Les patients de mmédecine générale et leurs comportements de recherche d'informations médicales sur internet*, 2012 ; C. Wurtz, *Impact de la recherche d'informations médicales sur Internet par les patients sur la relation patient-médecin généraliste*, 2011 ; C. Jaubert, *Le média internet. Impact sur le comportement des patients*, 2009.

1964 Sur la définition du terme « actient », v. le site du ministère de la culture qui consacre une page explicative relative au « patient actif ». V. en ce sens : https://www.culture.fr/FranceTerme/Clin-d-oeil/patient-actif. Consulté le 31/10/2025.

1965 K. O'Brien et a., « Sickness certification in the general practice consultation : the patients' perspective, a qualitative study », *Family Practice* 2008, p. 20. Cité par : D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *op. cit.*, p. 151.

de constater que le rôle du patient s'avère important dans la prescription d'un arrêt de travail[1966]. Certains patients seraient à l'initiative d'une négociation, en vue d'obtenir un arrêt de travail à l'issue de la consultation médicale[1967]. Ce phénomène s'explique par différents facteurs qui sont inhérents au caractère humaniste de la relation médicale. Le premier d'entre eux serait relatif au choix du médecin traitant par le patient. En effet, ce dernier serait davantage enclin à entrer en phase de négociation avec un professionnel de santé qu'il connaît et qu'il consulte depuis plusieurs années. La relation de confiance établie entre les deux parties à la relation médicale serait propice à une négociation à l'initiative du patient. Ainsi, la connaissance du patient par le médecin influencerait positivement ce dernier à prescrire un arrêt de travail. Partant, le professionnel de santé serait davantage enclin à croire en la véracité des symptômes allégués par le patient, lorsqu'ils ne sont pas vérifiables cliniquement. En outre, des éléments liés à la personne du médecin influeraient sur l'acte de prescription. À titre d'illustration, il a pu être soutenu que les médecins de sexe féminin et ayant atteint un certain âge étaient davantage enclins à prescrire un arrêt de travail[1968]. Enfin, la prescription de nombreux arrêts de travail en début de journée peut dissuader le médecin généraliste, en fin de journée, d'en prescrire de nouveaux[1969]. En effet, un contrôle médical peut être effectué par les Caisses primaires d'assurance maladie en matière de prescription des arrêts de travail[1970]. La possibilité d'un tel contrôle joue un rôle dissuasif auprès des médecins prescripteurs. Ainsi, une prescription importante d'arrêts de travail au sein d'une même journée dissuaderait le professionnel de santé d'en prescrire de nouveaux, au risque d'alerter les organismes de sécurité sociale sur un éventuel abus en la matière.

554.- La lutte contre les « faux arrêts de travail ». Dans le prolongement du comportement actif du patient dans la prescription d'un arrêt de travail, il existerait également

---

1966 *Ibid.*

1967 À ce titre, il est possible de songer aux hypothèses d'arrêts de travail abusifs voire frauduleux. L'Assurance Maladie indique d'ailleurs sur son site internet faire de « la lutte contre les fraudes », une priorité : https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/actualites/lutte-contre-les-fraudes-l-assurance-maladie-des-resultats-records-en-2024. Consulté le 23/09/2025.

1968 K. O'Brien et a., « Sickness certification in the general practice consultation : the patients' perspective, a qualitative study », *op. cit*, p. 20.

1969 *Ibid.*

1970 CSS, art. L. 315-1, II : « Le service du contrôle médical constate les abus en matière de soins, de prescription d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations. Lorsque l'activité de prescription d'arrêt de travail apparaît anormalement élevée au regard de la pratique constatée chez les professionnels de santé appartenant à la même profession, des contrôles systématiques de ces prescriptions sont mis en œuvre […] ».

des « faux arrêts de travail » qui seraient délivrés depuis des sites internet[1971]. En raison du préjudice financier subi par les Caisses d'Assurances Maladie, ces dispositifs juridiques ont été créés pour lutter contre cette pratique. Par exemple, la LFSS pour 2025 a limité le recours aux arrêts de travail délivrés dans le cadre d'une consultation en télémédecine[1972]. Afin de lutter contre la fraude aux arrêts de travail, la loi prévoit l'interdiction, pour un fournisseur de services en ligne, de « mettre en place une plateforme visant à fournir à titre principal […] des actes de télémédecine prescrivant ou renouvelant un arrêt de travail »[1973]. De même, un professionnel de santé qui exerce principalement son activité à l'étranger n'est pas habilité à prescrire ou à renouveler un arrêt de travail[1974]. Dans le sillage de la LFSS pour 2025, le décret du 28 juin 2025[1975] instaure l'obligation à la charge des professionnels de santé d'utiliser un nouveau formulaire d'avis d'arrêt de travail homologué[1976], pour tout arrêt de travail faisant l'objet d'une prescription ou d'un renouvellement[1977]. Ce formulaire mis à la disposition des professionnels de santé par la CPAM répond à des spécificités techniques garantissant une meilleure sécurisation de la prescription des arrêts de travail, en vue de lutter contre les faux arrêts de travail » diffusés sur internet[1978]. Il convient cependant de préciser que la prescription ou le renouvellement de l'arrêt de travail doit se faire, en priorité, par voie dématérialisée, qui serait la voie la plus sécurisée[1979]. Ainsi, ce nouveau dispositif répond à un double objectif : promouvoir la dématérialisation des certificats d'arrêts de travail, tout en sécurisant davantage ceux par voie papier en vue de lutter contre la fraude. Cette réglementation nouvelle pose cependant question s'agissant du rôle de l'employeur dans la réception d'un avis d'arrêt de

---

1971 L'Assurance Maladie dénonce la pratique des « faux arrêts de travail » sur son site internet. V. en ce sens : https://www.ameli.fr/haute-garonne/entreprise/actualites/avis-d-arret-de-travail-attention-aux-faux. Consulté le 23/09/2025. Cette pratique est également dénoncée sur le site service-public.fr. V. en ce sens : https://entreprendre.service-public.fr/actualites/A17772. Consulté le 23/09/2025.

1972 L. n° 2025-199 du 28 fév. 2025 de financement de la sécurité sociale pour 2025, spéc. art. 54.

1973 CSP, art. L. 6316-1, al. 4.

1974 CSP, art. L. 6316-1, al. 5.

1975 D. n° 2025 du 28 juin 2025 relatif à la transmission des avis d'arrêt de travail, spéc. art. 1er.

1976 V. en ce sens : CSS, art. R. 321-2, al. 2..

1977 Cet impératif s'applique aux avis d'arrêts de travail prescrits depuis le 1er juillet 2025 : D. n° 2025-587 du 28 juin 2025 relatif à la transmission des avis d'arrêt de travail art. 2. Cependant, l'utilisation de ce nouveau formulaire a fait l'objet d'une « période de tolérance » pour les arrêts de travail prescrits ou renouvelés entre le 1er juillet 2025 et le 1er septembre 2025. Depuis cette date, « tout formulaire non sécurisé [est] rejeté ». V. en ce sens le site internet de l'Assurance Maladie : https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/actualites/arret-de-travail-le-nouveau-formulaire-papier-securise-devient-obligatoire. Consulté le 23/09/2025.

1978 Sur cette question, v. en ce sens : https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/actualites/lutte-contre-les-abus-d-arrets-de-travail-l-assurance-maladie-particulierement-vigilante. Consulté le 23/09/2025.

1979 Cette règle ressort en filigrane de l'article R. 321-2 al. 1er du Code de la sécurité sociale. Ce n'est qu'à défaut, c'est-à-dire si le recours à l'arrêt de travail électronique s'avère impossible, que le professionnel de santé devra recourir au formulaire homologué. Cette règle est expressément précisée par l'Assurance Maladie sur son site internet : https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/actualites/arret-de-travail-le-nouveau-formulaire-papier-securise-devient-obligatoire. Consulté le 23/09/2025.

travail[1980]. Peut-il refuser de prendre en compte un arrêt de travail qui ne serait pas justifié par un formulaire conforme[1981] ? Cela pourrait créer une situation peu protectrice des intérêts du salarié, si ce dernier, de bonne foi, a obtenu un certificat d'arrêt de travail non conforme auprès d'un professionnel de santé pourtant habilité à délivrer une telle prescription. Il faudrait alors attendre que ce dernier produise un nouvel avis d'arrêt de travail homologué. Les démarches administratives contraignantes liées à ce nouveau formulaire pourraient avoir pour effet de retarder le versement des prestations en espèces du salarié, voire de l'en priver totalement alors même que son incapacité de travail est réelle. Pour l'heure, aucune réponse à ces interrogations ne peut être apportée, et les précisions jurisprudentielles à venir semblent bienvenues.

II- Le difficile contrôle des arrêts de travail

555.- Plan. En raison de la facilité liée à la prescription des arrêts de travail, un contrôle a dû être prévu. En effet, les dépenses engagées par les organismes de sécurité sociale en matière d'arrêt de travail sont considérables[1982]. Le contrôle de la prescription est une nécessité. Or, ce contrôle se heurte à certaines limites, au premier rang desquelles figure le secret médical. Ce dernier constitue un frein à l'immixtion d'un tiers, comme l'employeur, à la relation médicale **(A)**. D'autres limites au contrôle des arrêts de travail peuvent être relevées. En 1968, pour tenter de limiter les dépenses liées aux arrêts de travail, un décret a établi le contrôle médical du régime de la Sécurité sociale[1983]. Ainsi, il prévoit en son article 2 que « la Caisse nationale de l'assurance maladie organise et dirige le contrôle médical du régime général de la Sécurité sociale ». Ce dernier est un service national régionalisé. Le service du contrôle médical avait à son origine pour but de contrôler les dépenses de sécurité sociale liées à la santé en vérifiant la conformité des prescriptions médicales et en prévenant ainsi toute fraude ou abus. Depuis lors, il s'est adapté aux évolutions pour se conformer aux enjeux actuels,

[1980] V. Bohbot Sebban, « Quelques enjeux pratiques autour de l'entrée en vigueur du nouveau CERFA de déclaration des arrêts maladie au 1er septembre 2025 », *Lexbase Social* septembre 2025, n° 1015.

[1981] En effet, il semblerait que le nouveau dispositif semble ne vise que les règles applicables dans les rapports entre l'assuré et la Caisse, puisque si le nouveau dispositif est intégré dans le Code de la sécurité sociale à l'article R. 321-2, il n'a pas été intégré dans le Code du travail. Il semblerait donc que ce formulaire soit inopposable au salarié dans ses rapports avec l'employeur.

[1982] Selon une étude de la DREES datant de décembre 2024, « la dépense consacrée à l'indemnisation des salariés du privé et des contractuels de la fonction publique atteint 10,2 milliards d'euros ». Par ailleurs, il est précisé que « les arrêts maladie représentent 60% des dépenses d'indemnités journalières » : N. Colinot, G. Debeugny, C. Pollak, *Arrêts maladie : au-delà des effets de la crise sanitaire, une accélération depuis 2019*, DRESS, Études et résultats, 2024.

[1983] D. n° 68-401 du 30 avr. 1968 relatif au contrôle médical du régime général de la sécurité sociale.

notamment de maîtrise des dépenses en matière de santé. Ce contrôle médical permet ainsi d'encadrer les dépenses en matière d'arrêt de travail, mais son effectivité se heurte à certaines limites, notamment financières et matérielles **(B)**.

A) Un arrêt de travail couvert par le secret médical

556.- Plan. Le secret médical, qui constitue un devoir déontologique et éthique des professionnels de santé, consiste à imposer à ces derniers de garder confidentielles les informations médicales relatives à leurs patients. Partant, le secret médical constitue une limite au contrôle des arrêts de travail dès lors que le médecin ne pourra pas justifier auprès d'un tiers les raisons médicales l'ayant conduit à l'acte de prescription. Le secret médical, garant de la liberté du patient **(1)**, limite ainsi le contrôle de l'arrêt de travail sans pour autant le rendre impossible. Cette limite concerne tant l'employeur **(2)**, que des tiers à la relation de travail **(3)**.

1. Le secret médical garant de la liberté du patient

557.- La consécration juridique d'un impératif issu d'une conception religieuse de la maladie. « Celui à qui vous dites votre secret devient maître de votre liberté »[1984]. Loin d'être désuète, cette citation du duc de La Rochefoucauld datant du XVII[e] siècle met en lumière les raisons du secret professionnel. Ce dernier impose que certains professionnels taisent les informations qui leur sont confiées dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle, en dehors des cas où la loi impose et autorise la révélation du secret[1985]. Le secret médical s'explique par le fait que les informations recueillies par un professionnel revêtent un caractère éminemment privé qui doit à ce titre être protégé par le droit au respect de la vie privée[1986]. C'est un principe qui innerve les impératifs déontologiques de nombreuses professions. C'est notamment le cas des professionnels de santé, à qui les patients confient des informations relatives à leur état de santé. Dans le domaine médical, le secret professionnel s'entend du secret médical. Or, la reconnaissance de ce secret est très ancienne. En effet, les informations relatives à l'état de santé du patient confiées à un professionnel de santé sont protégées par le secret médical, et ce depuis l'Antiquité. Dans la Grèce Antique, Hippocrate est considéré comme le

1984 F. de La Rochefoucault, Mémoire 41 de la minorité de Louis XIV, 1688.
1985 G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° secret professionnel.
1986 C. civ., art. 9.

père du secret médical, l'ayant prôné dans son célèbre serment[1987]. Cette origine ancienne du secret médical s'explique par le fait que les maladies ont, pendant longtemps, fait l'objet d'une appréciation négative qui trouvait son origine dans la conception religieuse de la maladie. En effet, cette dernière était considérée d'un point de vue religieux comme la sanction d'un péché[1988]. Or, à cette époque, la religion était relativement prégnante. Lorsqu'il consultait un médecin, il était donc nécessaire que le patient ait la garantie que les informations confiées seraient tues auprès des tiers. En cela, le secret médical est consubstantiel à la notion de confidentialité et de respect de la vie privée. Il garantit la liberté du patient d'exprimer au professionnel de santé des éléments à caractère confidentiel. Il est un devoir qui s'impose aux médecins, et ce sont d'ailleurs eux qui l'ont considéré comme tel, avant qu'il ne soit érigé en une obligation légale[1989]. Depuis lors, le secret médical a été substantiellement repris par le législateur[1990]. Étant une composante du secret professionnel, il sera sanctionné par les dispositions du Code pénal à partir de 1810[1991].

558.- L'étendue du secret médical. Actuellement, le secret médical revêt une dimension relativement large puisqu'il « couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris »[1992]. Ainsi, il s'étend à des faits objectivement confiés au professionnel de santé, mais également à des éléments subjectifs que ce dernier aurait pu déduire, comprendre ou interpréter. De ce fait, la citation du duc de la Rochefoucauld est d'autant plus pertinente en matière médicale. Le professionnel de santé est garant de la liberté

1987 Bien qu'ayant été quelque peu réadapté et réécrit depuis lors, le serment d'Hippocrate datant de l'Antiquité prévoyait que le professionnel de santé prononce ces termes : « Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas » : A. Dechambre (dir.), D*ictionnaire encyclopédique des sciences médicales*, Éd. P. Asselin et G. Masson, t. 8, 1880, p. 419.

1988 A. Demichel, *Le secret médical*, BNDS, coll. Essentiel, 2001, p. 31.

1989 P. Brouardel, *Le secret médical*, Éd. J.-B. Baillière et Fils, 1887, p. 9.

1990 CSP, art. L. 1110-4 al. 1er et 2 : « Toute personne prise en charge par un professionnel de santé […] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel […] ». Aussi, l'article 4 du Code de déontologie (CSP, art. R. 4127-4 al. 1er) prévoit que « le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.

1991 CP, art. 226-13. Ce texte prévoit que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Cette sanction pénale date de la promulgation du Code pénal, en 1810, puisqu'à cette date, l'Ancien Code pénal prévoyait expressément que les professionnels de santé tenus au secret médical qui auraient violé ce dernier seraient « punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 à 150000F » (Ancien CP, art. 378 al. 1er).

1992 CSP, art. R. 4127-4 al. 2 (art. 4 du Code de déontologie médicale).

du patient à s'exprimer et à se confier auprès du professionnel de santé qu'il consulte. Le secret médical permet ainsi de garantir la préservation des données de santé. Par ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que le secret médical est « institué dans l'intérêt des patients »[1993] et « s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi, [lui faisant] obligation de protéger contre toute indiscrétion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées »[1994]. Partant, le secret médical constitue l'assise à la relation de confiance qui existe entre le médecin et son patient et, plus particulièrement, de la confiance accordée par le patient au professionnel de santé. C'est un droit subjectif protecteur des intérêts du patient. Le secret médical est donc garant de la protection de l'état de santé du patient, puisqu'il lui permet de porter à la connaissance du professionnel de santé toutes les informations utiles à son expertise sans craindre qu'elles ne soient diffusées auprès de tiers. Par conséquent, le secret médical prive le professionnel de santé de révéler quelconques informations sur l'état de santé du patient salarié à l'employeur.

2. L'immixtion limitée de l'employeur

559.- L'impossible immixtion personnelle de l'employeur dans le contrôle du bien-fondé de l'arrêt de travail. L'employeur est un tiers à la relation médicale. Par conséquent, il n'a pas la possibilité de contrôler de manière personnelle le bien-fondé de l'arrêt de travail prescrit par un professionnel de santé. En outre, il ne détient pas la connaissance médicale pour vérifier l'incapacité de travail et donc, le bien-fondé de l'arrêt de travail. Le motif médical allégué par le professionnel de santé, prescripteur de l'arrêt de travail, échappe donc à un contrôle qu'il pourrait exercer de manière directe et personnelle. C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé, au visa de l'article 9 du Code civil, de l'article 4 du Code de déontologie médicale et de l'ancien article 96 de ce même texte que « le dossier médical d'un salarié couvert par le secret médical qui s'impose au médecin qui le tient, ne peut en aucun cas être communiqué à son employeur qui ne peut, dès lors, se voir reprocher une absence de transmission d'informations tirées de ce dossier »[1995]. Ainsi, l'employeur ne peut demander la

[1993] Cass. soc. 15 juin 2022, n° 20-21.090 ; Cass. Crim. 13 oct. 2020, n° 19-87.341 ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 3, p. 53, chron. A. Coviaux ; *JCP G* 2021, n° 6, p. 278, note J.-C. Saint-Pau ; *AJ Pénal* 2020, n° 12, p. 591, note B. Py ; *Lexbase Pénal* 2020, n° 32, obs. E. Raschel ; Cass. civ. 2, 22 nov. 2007, n° 06-18.250 ; *JCP S* 2008, n° 18, p. 46, note T. Tauran ; *D.* 2008, n° 8, p. 506, Pan. J. Penneau.
[1994] Cass. civ. 2, 22 nov. 2007, n° 06-18.250, *précité*.
[1995] Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-40.209 ; *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 1010, note J. Savatier ; *BJT* 2002, n° 144, p. 455, note F.-J. Pansier.

communication du dossier médical de l'intéressé, de même que les professionnels de santé ne peuvent communiquer de quelconques informations sur ce sujet à l'employeur. Il se voit donc opposer le diagnostic établi par le médecin, de même que les résultats d'examens médicaux. Pourtant, ce dernier pourrait en être tenté puisqu'un tel contrôle lui permettrait de s'assurer du caractère justifié de l'arrêt de travail.

560.- L'introduction d'une contre-visite médicale par l'employeur : une possibilité de contrôler l'arrêt de travail. L'employeur étant tenu au versement d'une indemnité complémentaire, la Cour de cassation a admis au début des années 1980 que l'employeur ait la possibilité de solliciter un contrôle de l'arrêt de travail[1996]. Cette possibilité a été reprise par le législateur et figure expressément à l'article L. 1226-1 du Code du travail[1997]. La lecture de ce texte permet de constater que la possibilité pour l'employeur de solliciter un tel contrôle est directement liée au fait qu'il soit tenu de verser au salarié une indemnité complémentaire à l'allocation journalière de sécurité sociale. Ainsi, si ne peut pas solliciter une contre-visite médicale s'il n'est pas débiteur de l'indemnité complémentaire. C'est notamment le cas si le salarié a moins d'un an d'ancienneté[1998], hors dispositions conventionnelles plus favorables. En revanche, si l'employeur est tenu au versement de l'indemnité complémentaire, il peut diligenter un contrôle médical par le biais d'une contre-visite médicale[1999]. Dans le cadre de ce contrôle inopiné, l'employeur a le choix du médecin qu'il sollicite pour réaliser la contre-visite[2000]. Il n'a pas à informer de manière préventive le salarié de ce contrôle, ni même de lui exposer les raisons pour lesquelles il réalise ce contrôle. À l'occasion de ce contrôle, le médecin diligenté par l'employeur doit s'assurer que l'arrêt de travail est justifié, à la fois quant à son opportunité et quant à sa durée[2001]. Il peut être réalisé de manière inopinée pendant les heures durant lesquelles le salarié en arrêt de travail doit être présent à son domicile[2002]. En effet, en dehors de l'hypothèse où le médecin ayant prescrit l'arrêt de travail initial a autorisé le salarié à sortir de son domicile en précisant expressément qu'il bénéficie de « sorties libres », il doit

1996 Cass. soc. 27 avr. 1983, n° 81-40.387.
1997 L'alinéa premier de ce texte prévoit que « tout salarié ayant une année d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie, en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou d'accident constaté par certificat médical et contre-visite, s'il y a lieu, d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière prévue à l'article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale », sous certaines conditions.
1998 C. trav., art. L. 1226-1, al. 1er.
1999 CSS, art. L. 315-1 II, al. 3.
2000 Cass. soc. 7 janv. 1981, n° 79-71.097. Conf. par Cass. soc., 20 oct. 2015, n0 13-26.890.
2001 A. d'Heilly, M. Biesse, « En questions : le contrôle patronal des arrêts de travail », *JCP S* 2020, p. 3.
2002 Cass. soc. 13 juin 2012, n° 11-12.152 ; Cass. soc. 28 sept. 1983, n° 81-40.008.

« rester présent à son domicile de 9h à 11h et de 14h à 16h, sauf en cas de soins ou d'examens médicaux »[2003]. Le médecin prescripteur peut également autoriser l'exercice de certaines activités en dehors de son domicile qui pourraient contribuer à l'amélioration de l'état de santé du patient[2004]. Dans ce cas, l'examen médical du salarié est plus complexe à réaliser. Un décret du 5 juillet 2024 a apporté des précisions en la matière[2005]. Il crée un nouvel article, R. 1226-10 du Code du travail, qui prévoit que « le salarié communique à l'employeur, dès le début de l'arrêt de travail […] ainsi qu'à l'occasion de tout changement, son lieu de repos s'il est différent de son domicile et, s'il bénéficie d'un arrêt de travail portant la mention "sortie libre" »[2006]. Par ailleurs, l'article suivant du Code du travail prévoit désormais que la contre-visite s'effectue soit au domicile du salarié ou au lieu communiqué par lui, soit au cabinet du médecin, sur convocation de celui-ci[2007]. À l'issue du contrôle, le médecin mandaté par l'employeur devra informer ce dernier des résultats de sa contre-visite. L'employeur a l'obligation de notifier les résultats de la contre-visite au salarié[2008], qui dispose d'un droit de contestation de l'avis rendu par le médecin contrôleur[2009]. Si le médecin contrôleur estime que l'arrêt de travail est injustifié, l'employeur peut suspendre le versement des indemnités complémentaires[2010]. La contre-visite médicale effectuée à la demande de l'employeur produit également des incidences sur le maintien du versement des indemnités journalières de Sécurité sociale. Pour autant, l'article L. 315-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que « lorsqu'un contrôle effectué par un médecin à la demande de l'employeur […] conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré, ce médecin transmet son rapport au service du contrôle médical de la caisse ». Ce service peut alors soit demander à la Caisse de suspendre le versement des indemnités journalières, soit procéder à une nouvel examen de la situation de l'assuré[2011]. Ainsi, l'employeur dispose tout de même d'un certain pouvoir de contrôle sur la prescription d'un arrêt de travail, et ce en vue de s'assurer que le versement de l'indemnité complémentaire est justifié et ne repose pas sur un motif d'arrêt de travail frauduleux.

2003 CSS, art. R. 323-11-1.3.
2004 CSS, art. R. 323-11-1.
2005 D. n° 2024-692 du 5 juill. 2024 relatif à la contre-visite mentionnée à l'article L. 1226-1 du Code du travail.
2006 *Ibid.*, art. 1, codifié à l'article R. 1226-10.
2007 C. trav., art. R. 1226-11.
2008 Cass. soc. 10 oct. 1995, n° 91-45.242.
2009 Cass. soc. 26 oct. 1982, n° 80-40.875.
2010 S. Tondreau, « Le cadre juridique de la contre-visite médicale est désormais défini par décret ! », Brèves à propos du décret n° 2024-692, *Lexbase soc.* 19 sept. 2024.
2011 CSS, art. L. 315-1, II, al. 3.

561.- Le libre choix du professionnel de santé mandaté par l'employeur comme limite à l'objectivité de l'examen médical. L'effectivité du contrôle des arrêts de travail ne peut se concevoir que si le médecin qui pratique la contre-visite est impartial et effectue l'expertise médicale en écartant toute considération d'ordre personnel. Partant, il est permis d'interroger le choix de ce médecin par l'employeur eu égard à l'exigence d'impartialité. Ce constat doit néanmoins être relativisé. En effet, une étude démontre que la plupart des arrêts de travail qui sont suspendus à la suite d'un contrôle diligenté par l'employeur résultent d'une absence du salarié à son domicile, et non du caractère injustifié de l'arrêt de travail initialement prescrit[2012]. La suspension d'un arrêt de travail résulte donc le plus souvent d'un manquement du salarié absent à l'obligation de présence à son domicile, et non du caractère injustifié de l'arrêt de travail. Plus exactement, cette étude révèle que seulement 11% des arrêts de travail seraient considérés comme non justifiés médicalement[2013].

3. Une immixtion étendue à des tiers à la relation de travail

562.- Le contrôle de l'arrêt de travail par les Caisses de Sécurité sociale. Si le contrôle des arrêts de travail à l'initiative de l'employeur est limité, il n'en va pas de même de celui diligenté par les Caisses de sécurité sociale[2014]. Le médecin-conseil d'une Caisse peut, en effet, exercer un contrôle de l'arrêt de travail de manière arbitraire. Là encore, le salarié en arrêt de travail est tenu de se soumettre aux contrôles organisés par la Caisse[2015]. Par ailleurs, l'article L. 315-2 du Code de la sécurité sociale prévoit que « les avis rendus par le service du contrôle médical […] s'imposent à l'organisme de prise en charge »[2016]. Par conséquent, dès lors que le service du contrôle médical considère que le salarié doit reprendre le travail et que le versement des indemnités journalières n'est plus justifié, l'assuré ne peut pas engager sa responsabilité civile contre la Caisse sur le terrain de l'ancien article 1382 du Code civil[2017]. Ainsi, le médecin-conseil joue un rôle important dans le contrôle des arrêts de travail puisque ses avis lient la Caisse et sont donc lourds de conséquences. En réalité, l'importance du rôle du médecin-

---

2012 Étude réalisée par Médica Europe. Citée par : J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* v. note de bas de page n° 12.
2013 *Ibid.*
2014 Sur les dispositions applicables au contrôle médical diligenté par les Caisses de Sécurité sociale, v. en ce sens : CSS, art. L. 315-1 à L. 315-4.
2015 CSS, art. L. 323-6, 2°.
2016 CSS, art. L. 315-2, spéc. I.
2017 Cass. civ. 2, 7 juill. 2016, n° 14-13.805 ; *RDSS* 2016, p. 973, obs. T. Tauran ; *JCP E* 2017, n° 13-14, p. 46, obs. D. Ronet-Yague.

conseil s'expliquerait par le fait que ce contrôle participe de la maîtrise des dépenses de Sécurité sociale en matière de santé. Dans ce cas, les moyens mis à la disposition du médecin-conseil sont exacerbés au motif de la maîtrise des dépenses en matière de santé[2018]. Depuis une ordonnance de 1996[2019], le médecin-conseil peut accéder aux dossiers médicaux du praticien qu'il contrôle[2020]. Cette possibilité a été fortement décriée, notamment en doctrine. D'aucuns considèrent que le médecin-conseil dispose de « pouvoirs d'investigation démesurés », considérant la possibilité d'accéder aux dossiers médicaux comme une « véritable atteinte au secret professionnel »[2021]. En effet, on peut s'interroger sur le bien-fondé de cette possibilité dont le médecin-conseil bénéficie. Il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les moyens mis à la disposition du médecin-conseil se justifient par la finalité de la mesure, à savoir le contrôle de l'activité libérale des praticiens relevant de son ressort. Selon certains auteurs, il s'agit d'une véritable ingérence dans la relation entre le médecin traitant et son patient[2022]. Les moyens mis à la disposition du médecin-conseil apparaissent donc contestables, même s'ils sont justifiés par l'objectif de contrôle des dépenses de l'Assurance maladie.

563.- Le contrôle de l'arrêt de travail par les organismes de protection sociale complémentaires. À la différence du contrôle effectué par les Caisses de sécurité sociale ou par l'employeur, aucune disposition législative ne permet aux organismes complémentaires (mutuelle, prévoyance ou assurance) de contrôler l'arrêt de travail d'un salarié. Cependant, même si aucune disposition législative ou règlementaire ne leur attribue directement cette compétence, reste que le salarié qui a conclu un contrat avec sa compagnie d'assurance s'est engagé à respecter l'ensemble de ses clauses. À défaut, il ne pourra plus en bénéficier. Dès lors, en vertu de la force obligatoire du contrat[2023], le salarié qui a conclu un contrat d'assurance qui prévoirait explicitement une expertise médicale, devra s'y soumettre au risque que l'indemnité versée par l'assureur soit suspendue. La faculté accordée aux organismes complémentaires ne découle donc pas de la loi mais du contrat[2024]. Il convient également de préciser qu'en vertu de

[2018] Sur les moyens dont dispose le service du contrôle médical pour procéder au contrôle, v. en ce sens : CSS, art. L. 315-1 et R. 315-1.
[2019] Ord. n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins.
[2020] CSS, art. R. 315-1.
[2021] G. Rebecq, « Le droit d'accès au dossier médical des médecins-conseils des caisses de sécurité sociale », *RDSS* 1998, p. 551.
[2022] *Ibid.*
[2023] C. civ., art. 1103.
[2024] https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33908. Lire en ce sens : « Votre régime complémentaire (mutuelle) peut également procéder à des vérifications, y compris par voie d'enquête, en application du contrat qui vous lie à l'assureur ».

l'article L. 112-4 du code des assurances, une clause prévoyant une expertise médicale doit être rédigée en « caractères très apparents ». Dès lors, pour que l'organisme puisse diligenter un tel contrôle, il est nécessaire que ce contrôle soit mentionné dans le contrat et qu'il le soit sans ambiguïté. De plus, il convient d'ajouter que le salarié-assuré est contractuellement tenu de fournir à l'organisme l'ensemble des informations nécessaires au contrôle et à l'évaluation de la prestation. En conséquence, l'organisme complémentaire – par exemple l'assureur –, lorsqu'il sollicite une expertise médicale, a l'obligation de remettre le rapport à l'assuré qui pourra, à son tour, demander une contre-expertise. À défaut d'avoir « loyalement » communiqué ces pièces, l'organisme se verrait sanctionner par le juge pour ne pas avoir respecté le principe du contradictoire prévu par l'article L. 1111-7 du code de la santé publique[2025]. Ainsi et par voie de conséquence, si aucune clause n'est prévue par le contrat, l'organisme complémentaire ne pourra pas imposer une expertise médicale. Un tel contrôle peut également être prévu par la convention collective dans le cadre des « garanties collectives » accordées aux salariés[2026]. L'accord de branche – à condition que la clause qui prévoit les garanties collectives soit, là encore, claire et précise – peut contraindre le salarié à se rendre auprès de son organisme pour qu'une expertise médicale soit effectuée. Par exemple, un accord collectif de branche relatif à la prévoyance prévoit que « les médecins missionnés par l'assureur doivent avoir, sous peine de déchéance de garantie et de suspension du paiement de la prestation en cours de service, un libre accès auprès de l'assuré en état d'incapacité ou d'invalidité […] afin de pouvoir constater son état de santé »[2027]. Ainsi, le salarié-assuré doit se rendre aux convocations du médecin diligenté par l'assureur. Toutefois, comme l'a rappelé la Cour de cassation, le respect des dispositions conventionnelles est fondamental. En l'espèce, l'accord collectif applicable ne prévoyait pas la possibilité, pour l'organisme de prévoyance, d'organiser une contre-visite médicale. En revanche, le contrat de prévoyance conclu entre l'employeur et l'organisation de prévoyance stipulait expressément cette possibilité. L'organisme de prévoyance a donc effectué une contre-visite médicale. Le médecin a conclu que le salarié était apte à reprendre le travail. Sur ce fondement, l'organisme de prévoyance a interrompu le versement des indemnités journalières complémentaires. La Cour de cassation a jugé que, dans la mesure où l'accord collectif ne prévoyait pas expressément que l'organisme de prévoyance pouvait organiser une

[2025] Cass. Civ. 2, 14 oct. 2021, 20-11.980 (publié) ; *JCP E* 2022, n° 39, p. 34, chron. P.-G. Marly ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 5, p. 41, obs. A. Coviaux ; V. également en ce sens : Cass. ch. mixte., 28 sept. 2012, pourvoi n° 11-18.710, Bull. 2012 ; Cass. Civ. 1, 26 sept. 2006, n° 05-11.906, Bull. 2006, I, n° 417 (rejet).
[2026] CSS, art. L. 911-1.
[2027] Acc. du 25 févr. 2013 relatif à la prévoyance (étendu par arrêté du 12 novembre 2014, *JORF* 26 déc. 2014).

telle contre-visite, cette dernière est inopposable au salarié. Dès lors, comme l'employeur doit garantir le respect des dispositions conventionnelles, il engage sa responsabilité lorsqu'il souscrit un contrat de prévoyance non conforme. Le salarié est alors fondé à exiger de l'employeur le versement des indemnités complémentaires[2028].

B) Un contrôle limité des arrêts de travail

564.- Plan. S'il est possible pour l'employeur ou pour les organismes de Sécurité sociale de procéder à un contrôle des arrêts de travail, ce dernier peut s'avérer insuffisant. L'effectivité de contrôle est limitée à plusieurs égards. Elle se heurte tout d'abord à un manque de moyens financiers, à la fois matériels et financiers **(1)**. En outre, l'objectif de maîtrise des dépenses publiques oriente le contrôle, facilitant sa mise en œuvre aux Caisses d'assurance maladie **(2)**.

1. Le manque de moyens matériels comme obstacle à un contrôle effectif de l'arrêt de travail

565.- Le manque de moyens du contrôle des arrêts de travail de courte durée. Le manque de moyens matériels s'illustre également en matière de contrôle d'arrêt de travail de courte durée. Certes, les textes relatifs à l'exercice du contrôle médical ne font pas apparaître de durée minimale d'arrêt de travail en deçà de laquelle un contrôle médical ne pourrait être diligenté[2029]. Cependant, les moyens matériels dont disposent les services du contrôle médical rendent impossible un tel contrôle pour les arrêts de courte durée. En effet, pour les arrêts de travail d'une durée de quelques jours seulement, l'employeur et les organismes de sécurité sociale ne disposent pas du temps nécessaire pour diligenter une contre-visite médicale. Le salarié aurait nécessairement repris son travail lorsque la contre-visite serait effectuée. Le contrôle médical est ainsi impossible pour les arrêts de courte durée. En conséquence, ces arrêts échappent au contrôle médical. Or, en pratique, ces absences pour maladie de courte durée sont relativement nombreuses[2030]. Par une loi de 2004, le législateur avait encadré le versement des compensations salariales en élargissant le champ du contrôle des arrêts de courte

[2028] Cass. soc., 27 nov. 2024, n° 22-17.392 ; *BJDA* 2025, n° 97, obs. D. Coudreau.
[2029] CSS, art. L. 315-1 et suiv.
[2030] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 10.

durée et des arrêts répétés[2031]. Avant cette loi, le contrôle médical exercé par la CPAM se cantonnait aux arrêts de longue durée. Si le contrôle des arrêts de travail de courte durée est particulièrement complexe, le dispositif des jours de carence entend être un outil visant à lutter contre ces derniers. En effet, ce dispositif se veut dissuasif contre des arrêts de travail de courte durée qui ne seraient justifiés par aucune incapacité de travail. La présente étude a néanmoins entendu démontrer que l'effet escompté n'était pas atteint[2032].

566.- Un manque de moyens matériels lié aux modalités d'exercice du contrôle. Les moyens matériels limités du contrôle médical s'illustrent par le fait qu'un contrôle sur pièces s'exerce le plus souvent en lieu et place d'un contrôle sur personne. Un rapport de la Cour des comptes a révélé que les « objectifs assignés au service du contrôle médical diffèrent selon la durée des arrêts et ne donnent pas systématiquement lieu à un examen sur personne »[2033]. En effet, une grande majorité des assurés font l'objet d'un contrôle sur dossier. Or, de telles modalités de contrôle limitent inéluctablement son étendue. Si cet examen est plus rapide et moins coûteux, il semblerait moins efficace. Certains auteurs appellent de leurs vœux le fait de soumettre l'assuré à un examen sur personne en lieu et place de l'examen sur pièces couramment pratiqué à l'heure actuelle[2034]. Cela supposerait que les praticiens respectent la lettre de l'article R. 4127-33 du Code de la santé publique, lequel dispose que « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ». En application de ce texte, le contrôle sur dossier semble inopportun pour apprécier le bien-fondé de l'arrêt de travail initialement prescrit. Les « méthodes scientifiques » auxquelles l'article précité fait allusion imposent *a minima* une rencontre avec le patient et donc un contrôle sur personne, voire, pour certaines pathologies, à une auscultation de ce dernier. Si le contrôle sur dossier semble satisfaisant eu égard à l'impératif de célérité qui s'impose au médecin diligenté pour effectuer un contrôle, il n'en demeure pas moins insatisfaisant au regard des obligations qui découlent du texte précité. En effet, le contrôle sur dossier expose inéluctablement le professionnel de santé à un manque de moyens matériels pour effectuer un contrôle de l'état de santé du salarié.

2031 L. n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (*JORF* n° 0190 du 17 août 2004).
2032 V. *infra,* Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, II-.
2033 Rapp. Cour des comptes, « L'application des lois de financement de la sécurité sociale », sept. 2012, p. 529.
2034 C.-F. Pradel, V. Pradel, « L'abus d'arrêt de travail », *JCP S* 2012, 1504.

567.- Un manque de moyens matériels pour le contrôle des pathologies mentales. Toujours sur le fondement de l'article R. 4127-33 du Code de la santé publique, le médecin diligenté pour réaliser la contre-expertise médicale se heurte à un manque de moyens matériels lorsque l'arrêt de travail repose sur une pathologie mentale. Traditionnellement, l'existence avérée d'une telle pathologie est particulièrement complexe à établir. Or, le manque de méthodes scientifiques efficientes rend le contrôle difficile. En outre, dans les domaines des pathologies mentales telles que le syndrome d'épuisement professionnel ou l'état dépressif, la connaissance du patient par le médecin prescripteur peut le conduire à prendre en considération une pluralité de faits subjectifs – comme des difficultés personnelles ou familiales auxquelles le patient a dû faire face – pour apprécier le bien-fondé de l'arrêt de travail. Or, de tels éléments sont davantage susceptibles d'échapper à la connaissance du médecin qui effectue la contre-visite, puisqu'il rencontre le plus souvent le patient pour la première fois.

2. Un contrôle ayant pour finalité la maîtrise des dépenses publiques

568.- Un contrôle de l'arrêt de travail facilité pour les organismes de sécurité sociale. Le contrôle effectué à l'initiative des caisses de sécurité sociale, et singulièrement de l'Assurance Maladie, est largement admis. Il est même facilité en comparaison à la contre-visite médicale diligentée par l'employeur. En effet, le recours à cet examen a pour finalité un intérêt général de lutte pour la maîtrise des dépenses publiques en matière de santé. *A contrario*, le contrôle effectué à la demande de l'employeur a seulement pour intérêt la maîtrise d'une dépense dans un intérêt privé, à savoir celui de l'employeur. Or, cette distinction entre la protection d'un intérêt général et celle d'un intérêt privé permet de justifier le recours facilité au contrôle des arrêts de travail au profit de l'assurance maladie. La problématique des dépenses publiques en matière de santé fait, depuis plusieurs années, l'objet de préoccupations majeures. En effet, un rapport rendu au Premier ministre en 2019 – avant que l'épidémie de covid n'intervienne – indiquait que les arrêts de travail représentaient, en 2017, un coût supérieur à sept milliards d'euros[2035]. Le montant de l'indemnisation des arrêts de travail pour maladie a subi une augmentation de près d'un milliard et demi d'euros en moins d'une décennie[2036], ce qui est considérable et qui n'a fait que s'accroître depuis lors en raison de la pandémie mondiale

[2035] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 53.
[2036] Plus exactement entre 2009 et 2017, soit en huit années : v. *Ibid.* Il convient cependant de préciser que ce chiffre doit être nuancé car doivent également être pris en compte dans l'augmentation du montant d'indemnisation des arrêts de travail : l'inflation, le vieillissement, le départ à la retraite, etc.

liée à la Covid-19. En effet, durant la crise sanitaire, une pluralité d'arrêts de travail dérogatoire avait été mise en place et n'a fait qu'accroître les dépenses publiques engagées en matière de santé.

569.- Un contrôle portant sur le respect des obligations imposées au salarié en arrêt maladie. Le salarié en arrêt de travail pour maladie bénéficie d'autorisations de sorties si le médecin prescripteur l'y autorise. Les règles applicables en la matière ont été renforcées par la loi de financement de sécurité sociale pour 2007[2037]. Néanmoins, cet assouplissement a été compensé par deux lois. Ces dernières prévoient que le salarié qui ne s'abstient pas de toute sortie lorsque l'arrêt de travail ne l'y autorise pas, ou qui ne respecte pas scrupuleusement les heures de sortie, voit le versement des indemnités journalières suspendu. Il est également tenu de restituer à la Caisse les indemnités versées[2038]. En outre, aux termes de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2011[2039], lorsque l'arrêt de travail du salarié a fait l'objet d'un contrôle ayant donné lieu à la suspension du versement des indemnités journalières, le nouvel arrêt de travail intervenu dans un délai très court après le précédent ne pourra être indemnisé qu'après avis du contrôle médical effectué par la Sécurité sociale[2040]. Toutefois, ces lois successives ayant renforcé le contrôle des arrêts de travail de courte durée poursuivaient un objectif de maîtrise des dépenses en matière de santé. En effet, ces règles sont exclusivement applicables au contrôle diligenté par les organismes de sécurité sociale. Lorsque le contrôle est effectué à la demande de l'employeur et qu'il conclut à un manquement du salarié, le dispositif de sanction est moins rigoureux que ne l'est celui exercé par les caisses dans la mesure où il ne peut donner lieu qu'à la seule suspension des indemnités journalières. Aucune restitution des sommes versées jusqu'à la date du contrôle n'est prévue par les textes en vigueur[2041]. Cette contre-visite patronale conditionne donc les droits du salarié au maintien de ses indemnités journalières de sécurité sociale et complémentaires.

2037 Art. 46 de la L. 2006-1640 du 21 décembre 2006 (*JORF* n° 296 du 22 déc. 2006).
2038 LFSS pour 2010 et 2011 : L. n° 2009-1646 du 24 déc. 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010 (*JORF* n° 0300 du 27 déc. 2009) et L. n° 2010-1594 du 20 déc. 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 (*JORF* n° 0295 du 21 déc. 2010)
2039 L. n° 2010-1594 du 20 déc. 2010, *précitée.*
2040 Cette disposition législative a donné lieu à une codification : CSS, art. L. 323-6.
2041 V. Lacoste-Mary, « Les conditions d'attribution des indemnités journalières : état des lieux », *RDSS* 2011, p. 692.

§2 : Une manifestation de l'insatisfaction au travail

570.- Plan. La complexité de la recherche des origines de l'absence réside également dans le fait que certaines absences ont pour origine une *insatisfaction au travail* **(I)**. Si elle n'est pas précisément définie, elle se traduit par un état émotionnel négatif ressenti par un travailleur à l'égard de son emploi[2042]. Or, l'insatisfaction au travail comme *cause première* de ces absences est particulièrement complexe à identifier, parce qu'elle peut prendre différentes formes **(II)**.

I- L'insatisfaction au travail comme origine de l'absence

571.- Plan. En 1946, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la recherche du *bien-être* de l'individu a été placée au cœur de la notion de santé, cette conception ayant été reçue par le droit social. Ainsi, cette recherche du bien-être a été la préoccupation première de la santé au travail **(A)**. Elle a généré des conséquences en matière d'absence, puisque le salarié qui souffre d'un sentiment d'insatisfaction au travail pourrait être tenté de s'absenter. Or, l'insatisfaction est revêtue d'une connotation fortement subjective. C'est la raison pour laquelle ces absences sont objectivées par des motifs considérés comme autorisés. Ces nouvelles causes d'absence apparues à la fin du XX^e^ siècle et se perpétuant au XXI^e^ siècle, ne font que renforcer la complexité de la recherche de la *cause première* des absences **(B)**.

A) De la lutte contre la pénibilité à la recherche du bien-être au travail

572.- Plan. Les premières lois sociales intervenues au XIX^e^ et au début du XX^e^ siècles ont eu pour but de protéger la santé des travailleurs. Elles se sont, dans un premier temps, attachées à la protection de catégories de travailleurs vulnérables, puis ont œuvré à la protection générale des travailleurs contre la pénibilité au travail **(1)**. Ce n'est qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale qu'un changement de paradigme a été opéré en matière de santé au travail. Une évolution majeure est alors apparue. Si la lutte contre la pénibilité au travail demeure, la recherche du bien-être des travailleurs a été placée au centre des préoccupations **(2)**.

[2042] « L'emploi » revêt ici une acception large, puisqu'il s'agit tant de l'activité professionnelle qu'il exerce, de l'environnement professionnel au sein duquel il évolue et donc notamment, des conditions de travail et de l'organisation du travail.

1. La protection de la santé par la lutte contre la pénibilité des travailleurs

573.- La protection contre la pénibilité au profit de certaines catégories de travailleurs. Au XIX[e] siècle, l'exercice d'une activité professionnelle avait pour but unique de procurer un revenu au travailleur afin qu'il puisse assurer sa propre subsistance ainsi que celle de sa famille. Le travail revêtait donc une fonction de subsistance. Elle permettait au travailleur de lui assurer des conditions de vie décentes. Tout individu en situation de précarité économique était ainsi incité voire contraint de travailler. Au cours de ce siècle, les premières lois sociales sont intervenues, mais les dispositifs juridiques créés demeuraient assez limités. Ils visaient à encadrer l'exercice du travail afin que certaines catégories de personnes vulnérables, comme les enfants, en soient exclus alors que leur précarité financière les aurait conduits à travailler. Les premières lois intervenues introduisaient une protection du travailleur en raison de son âge. Ainsi, les enfants ont été les premières personnes vulnérables à bénéficier d'une protection légale. Une loi de 1841 a encadré le travail des enfants dans les manufactures[2043]. Cependant, cette protection demeurait très relative puisque les dispositions en vigueur interdisaient l'emploi des enfants de moins de huit ans, et limitaient les heures de travail des enfants de huit à douze ans à huit heures journalières. En outre, elle exigeait la scolarisation des enfants *a minima* deux heures par jour. Cette loi œuvrait donc en faveur de la protection contre la souffrance des enfants, générée par le travail. Par la suite, une loi de 1874 a étendu cette protection en interdisant le travail des enfants de moins de douze ans[2044]. Elle limitait également la durée journalière de travail des enfants âgés de douze à seize ans à onze heures. Cette loi a également protégé une nouvelle catégorie de personnes considérées comme vulnérables : celle des femmes. Elle a interdit les travaux souterrains aux personnes de sexe féminin[2045]. Une loi de 1892 a poursuivi l'œuvre jusqu'alors entreprise de la protection des femmes et des enfants dans les établissements industriels[2046]. Cette loi introduit notamment un repos obligatoire de onze heures consécutives entre chaque journée de travail pour les femmes. Elle interdit le travail de nuit ainsi que le travail dans des établissements industriels considérés comme dangereux aux femmes et aux enfants de moins de seize ans. Elle protégeait donc certaines catégories de

[2043] L. du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers (*Bull. des lois* 1841, n° 795, p. 461).
[2044] L. du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures, employés dans l'industrie (*Bull. des lois* 1874, n° 204, p. 773).
[2045] La section III « Travaux souterrains » de la loi précitée dispose en son deuxième alinéa que « les filles et les femmes ne peuvent être admises dans ces travaux ».
[2046] L. du 2 nov. 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels (*Bull. des lois* 1892, n° 1511, p. 801).

travailleurs vulnérables en dépit de leur volonté, pour éviter que le travail ne soit la cause d'une dégradation de leur état de santé. En définitive, la fonction de ces premières lois était de préserver certaines catégories de travailleurs vulnérables contre la souffrance physique qui pouvait résulter de l'exercice du travail. Elles constituaient « les prémisses d'un droit du travail [visant] à la protection d'une *partie de la main-d'œuvre* contre des conditions de travail susceptibles d'altérer leur santé ou état physique »[2047]. Toutefois, aucun encadrement légal ne permettait de prémunir tout travailleur contre une forme de pénibilité au travail. Il sera nécessaire d'attendre le siècle suivant pour que les premières lois sociales à caractère général voient le jour.

574.- Une protection générale contre la pénibilité au travail. Ce n'est qu'au XX[e] siècle que des lois sociales générales, ne visant plus des catégories de travailleurs vulnérables, sont intervenues. À cette époque, le changement de conception du travail a contribué à prendre davantage en considération la personne humaine du travailleur. Ainsi, la célèbre loi sur les accidents du travail de 1898 ayant permis aux victimes d'obtenir une réparation forfaitaire de leur dommage auprès de l'employeur a constitué un point d'ancrage de cette nouvelle finalité des lois sociales[2048]. En 1919, le principe de la journée de travail de huit heures a été instauré avec le système des « trois-huit »[2049]. Ces lois ont constitué une avancée certaine en matière de protection de la santé du travailleur. Cette dernière n'est plus réservée à des catégories de travailleurs vulnérables, mais est généralisée à l'ensemble des travailleurs. En lien avec les exemples de lois précédemment évoquées, cette pénibilité pouvait résulter de journées de travail trop longues ou de la survenue d'un accident du travail. Or, la recherche de la lutte contre la pénibilité au travail a guidé le législateur jusqu'au milieu du XX[e] siècle.

2. La promotion de la santé par la recherche du bien-être des travailleurs

575.- La création de la Sécurité sociale et de la médecine du travail. Un changement de paradigme s'est opéré en lendemain de la Seconde Guerre mondiale, générant *de facto* des incidences au profit des travailleurs. La création de la Sécurité sociale en

[2047] F. Héas, « Le bien-être au travail », *JCP S* 2010, 1284.
[2048] L. du 9 avr. 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. V. Viet, « Aux fondements introuvables de l'État-providence : la loi du 9 avril 1898 à l'épreuve de la Grande Guerre », *Le Mouvement Social*, La Découverte, 2016/4 (n° 257), p. 127-147
[2049] L. du 23 avr. 1919 sur la journée de huit heures (*Bull. des lois* 1919, n° 248, p. 1234).

1945 peut être considérée comme le fondement de ce changement[2050]. En effet, dès 1946, les risques professionnels sont intégrés parmi les missions de la Sécurité sociale. Une loi de cette même année vise notamment à prévenir les accidents du travail et maladies professionnelles[2051]. Par ailleurs, la création de la médecine du travail en 1946 a contribué à promouvoir la santé des travailleurs, en réduisant le risque de dégradation de l'état de santé du salarié par le travail[2052]. En effet, l'article premier de cette loi proclamait expressément que les médecins du travail avaient un « rôle exclusivement *préventif* [consistant] à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène du travail, les risques de contagion et l'état de santé des travailleurs ». Cette loi constitue une avancée en matière de protection de la santé des travailleurs. Pour la première fois, la prévention est placée au cœur du dispositif juridique. Ces premières lois sociales poursuivaient donc un but bien précis : la lutte contre des conditions de travail étant susceptibles d'altérer leur santé[2053].

576.- Une définition extensive de la santé. Ces premiers dispositifs de prévention contre les risques professionnels ont été encouragés par la définition de la santé donnée par l'OMS en 1946, s'entendant d' « un état de complet bien-être physique, mental et social, [qui] ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Cette définition extensive de la santé trouve une application dans la sphère professionnelle. La recherche du bien-être des salariés est ainsi particulièrement prégnante. Cette notion de *bien-être* n'est toutefois pas aisée à saisir en raison de son caractère éminemment subjectif[2054]. Si la définition juridique de cette notion n'est pas évidente, il est permis d'appréhender le bien-être par rapport à sa finalité. En effet, cette exigence viserait à « orienter les conditions et l'organisation du travail vers une meilleure et conjointe prise en compte de la santé, de la sécurité et de la place de l'individu au sein de l'entreprise ». Ainsi, le bien-être au travail est consubstantiel à l'organisation du travail et des conditions de travail. En définitive, la prise en considération croissante des intérêts du salarié a contribué à faire évoluer la finalité du travail. Depuis lors, l'intérêt porté par le travailleur à l'activité professionnelle qu'il exerce, c'est-à-dire sa motivation à travailler, ne peut

[2050] Ord. n° 45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale (*JORF* n° 0235 du 6 oct. 1945, p. 6289).
[2051] L. n° 46-2426 du 30 oct. 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (*JORF* n° 0256 du 31 oct. 1946, p. 9273).
[2052] L. n° 46-2195 du 11 oct. 1946 relative à l'organisation des services médicaux du travail (*JORF* n° 0239 du 12 oct. 1946, p. 8638).
[2053] F. Héas, « Le bien-être au travail », *op. cit.*, p. 1284.
[2054] *Ibid.*, p. 1284 ; V. Grosjean, « Le bien-être au travail : un objectif pour la prévention ? », *Hygiène et sécurité au travail : Cahiers de notes documentaires (INRS)* 2005, n° 198, p. 32.

être écarté. Partant, la *santé* des travailleurs et plus largement, des individus, est au cœur des préoccupations des acteurs du droit social depuis la fin du XXe et le début du XXIe siècles.

B) La subjectivation de la cause première des absences

577.- Plan. L'insatisfaction au travail génère une subjectivation des absences. Il s'agit d'un sentiment qui revêt, par essence, un caractère subjectif. L'insatisfaction au travail traduit un ressenti, qui peut ainsi différer entre les individus. Cela explique que si l'absence au travail a longtemps été la traduction d'une privation *subie* par le salarié d'exercer son travail – en raison de son état de santé ou de son état de grossesse par exemple – elle a peu à peu évolué vers des formes d'absence davantage *choisies* **(1)**. En outre, la subjectivation des absences s'illustre également par le facteur de motivation au travail, qui est propre à chaque travailleur et dont les composantes sont variables d'un individu à l'autre **(2)**. À l'évidence, sont ici visées les *causes premières* de l'absence, dissimulées derrières des causes immédiates *d'absence justifiée* qui elles, sont parfaitement objectives.

1. D'une absence subie à une absence partiellement choisie

578.- Des absences originairement *subies*. Dans de nombreuses situations d'absence, le salarié est contraint de s'absenter. La manifestation de son choix d'être présent au travail n'est pas prise en considération. C'est notamment le cas lorsque son état de santé est à l'origine d'une incapacité de travail, ou lorsque l'état de grossesse contraint la salariée à cesser l'exercice de son activité professionnelle. Dans le cas de la maladie, l'absence vise à protéger l'état de santé du salarié afin d'éviter qu'il ne se dégrade davantage en raison du travail. De nombreux exemples permettent d'illustrer le caractère *subi* des absences pour maladie. À titre d'illustration, un salarié dont le contrat de travail a été suspendu pendant une durée relativement longue doit se soumettre à une visite médicale de reprise. Cette procédure s'impose également au salarié reprenant le travail après une maladie professionnelle ou un congé de maternité[2055]. Or, si le médecin du travail conclut à un avis d'inaptitude[2056], selon sa teneur, le salarié ne pourra pas reprendre le travail à son ancien poste ou à tout autre poste.

[2055] C. trav., art. L. 4624-2-3.

[2056] Cette situation est prévue par le Code du travail, tant pour le régime de la maladie ou de l'accident d'origine non professionnelle (C. trav., art. L. 1226-2 al. 1er) que pour le régime de la maladie et de l'accident non professionnelle (C. trav., art. L. 1226-10 al. 1er).

L'avis d'inaptitude a pour but de protéger le salarié, indépendamment de sa volonté, puisqu'il s'agit d'une mesure protectrice de la santé du travailleur. Un exemple similaire se rencontre en matière de congé de maternité. La salariée en état de grossesse ou venant d'accoucher bénéficie d'une protection dite absolue, dont la durée minimale est de huit semaines et dont six doivent être postérieures à l'accouchement[2057]. Durant cette période, il s'agit d'une interdiction totale d'emploi. Ce congé de maternité a pour finalité la protection et à la préservation de l'état de santé de la femme enceinte ou venant d'accoucher et, au-delà, de son bien-être physique et mental. Or, ce dernier est considéré comme incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle. En définitive, dans ces situations, le salarié est protégé contre les conséquences délétères qui pourraient résulter de sa présence au travail. Cette protection se traduit par une obligation d'absence.

579.- L'émergence d'absences *partiellement choisies*. Les situations d'absence qui résultent d'un sentiment d'insatisfaction au travail sont, à tout le moins partiellement, liées à des considérations subjectives. En pareils cas, le salarié n'est plus contraint de s'absenter, mais fait le choix de cette absence. Est ici visée la cause première de l'absence. Certes, ce choix est guidé par des éléments objectivement vérifiables qui rendent l'absence autorisée ou, *a contrario*, qui l'interdisent, et qui constituent la cause immédiate de l'absence. En effet, le salarié ne saurait s'absenter pour des considérations purement subjectives. La présente étude a démontré que les motifs d'absence autorisés sont limitatifs, car ils doivent être objectifs. En dépit de cet encadrement légal, les causes premières d'absence sont, dans certains cas, guidées par des éléments subjectifs. C'est ce que certains auteurs qualifient *d'absentéisme*. Ce terme viserait toutes les situations d'absence qui résultent d'une « manifestation de l'insatisfaction au travail »[2058]. Cette dernière est directement liée au sentiment de *mal-être* au travail. En tant que sentiment, le mal-être au travail revêt une connotation fortement subjective. Ainsi, un salarié peut estimer que les conditions de travail auxquelles il est soumis sont délétères, tandis qu'un autre salarié peut les juger satisfaisantes. C'est la raison pour laquelle les absences guidées par un sentiment d'insatisfaction au travail sont étroitement liées à la volonté du salarié d'être présent ou absent.

[2057] C. trav., art. L. 1225-29.
[2058] D. Gouroubera, Mémoire de fin de formation « Absentéisme au travail : étude comparée secteur public - secteur privé (cas de Cotonou) », ENA, 1995-1998, p. 10.

580.- La reconnaissance de la volonté du salarié en matière d'absence. La volonté est propre à l'être humain, elle lui est inhérente[2059]. D'aucuns ont pu affirmer à ce sujet qu'elle est la « marque incommensurable de l'homme »[2060]. En tant qu'individu, le salarié devrait être en mesure d'exprimer sa volonté dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Cependant, la volonté du salarié est limitée par le pouvoir hiérarchique de l'employeur qui est de nature à l'infléchir, le travailleur subordonné s'exposant alors à des sanctions disciplinaires. Aussi, Alain Supiot a pu affirmer à ce sujet que « la volonté du salarié s'engage moins qu'elle ne se soumet »[2061]. Ainsi, l'expression de la volonté est relative puisqu'en tant que travailleur subordonné, le salarié est contraint de se soumettre aux ordres et aux directives de l'employeur. Sa volonté n'est donc que très peu prise en considération. En outre, dans la mesure où le salarié travaille pour se procurer un revenu, il se trouve, dans une certaine mesure, en situation de dépendance économique vis-à-vis de l'employeur[2062]. Ainsi, la manifestation de la volonté du salarié peut être vidée de sa substance si ce dernier a une nécessité absolue de se procurer un revenu, qui le contraint à ne pas s'exposer à la perte d'un revenu voire au risque qu'une sanction disciplinaire ne soit prononcée à son encontre[2063].

581.- La reconnaissance du salarié comme titulaire d'un droit d'absence. Si l'expression de la volonté du salarié est limitée, elle n'est pas pour autant inexistante. Depuis le XX^e^ siècle, elle se manifeste à différents égards et notamment en matière d'absence. En effet, hormis les hypothèses visées précédemment, l'absence est un droit que le salarié peut choisir ou non d'exercer. Ce constat trouve une illustration probante en matière de congé. En matière de congés payés par exemple, le salarié peut décider d'exercer son droit à congé en s'absentant mais il peut également y renoncer, partiellement voire intégralement[2064]. Par ailleurs, depuis

---

[2059] E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 ; P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in La volonté du salarié,* T. Sachs (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 36.

[2060] M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

[2061] A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 487.

[2062] Si l'on s'est interrogé sur la pertinence de retenir la dépendance économique comme critère déterminant de la qualification du contrat de travail à la suite du célèbre arrêt *Labbanne* (v. en ce sens : Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572), la dépendance économique est un indice permettant de caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique, qui demeure le seul critère de qualification du contrat de travail, aux côtés de ceux de l'exercice d'un travail et de la perception d'une rémunération. V. en ce sens : D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, p. 145.

[2063] Sur cette question, v. T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2012.

[2064] C. trav., art. L. 3141-1 : « Le salarié *a droit* chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur ». Il s'agit là d'un droit et non d'une obligation. Toutefois, si le report des congés est permis, le salarié ne pourra faire l'objet d'une indemnisation si le défaut de prise de congé résulte de sa propre volonté. Les jours de congés non pris sont donc considérés comme perdus.

2014[2065], le salarié peut renoncer sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos au profit d'un autre salarié de l'entreprise qui fait face à la perte d'un enfant ou à une grave maladie de ce dernier[2066]. Le salarié est donc de plus en plus acteur de son droit d'absence, dont il détient le pouvoir d'exercice ou de renonciation. Ces situations prennent en considération la volonté du salarié dans l'exercice de son droit d'absence. Or, le sentiment d'insatisfaction au travail est un facteur majeur en matière d'absence et joue un rôle important, parfois décisif en matière d'absence. Partant, la volonté du salarié de s'absenter s'en trouve corrélativement accrue. Certes, le salarié qui souhaite s'absenter en raison d'un sentiment d'insatisfaction au travail peut se trouver contraint d'être présent au travail en dépit de sa volonté de s'absenter pour des raisons économiques ou liées à la préservation de son emploi. Cependant, d'autres facteurs peuvent conduire le salarié à faire le choix de s'absenter, en dépit des conséquences économiques et contractuelles que ces dernières génèrent. De telles absences peuvent alors se traduire de différentes manières.

2. La motivation au travail comme facteur subjectif d'absence

582.- Le manque de motivation comme facteur incitatif de l'absence au travail. Le manque de *motivation* du travailleur peut être analysé comme un facteur déterminant en matière d'absence. En dehors de la sphère professionnelle, la notion de motivation désignerait « les forces qui agissent sur une personne à l'intérieur d'elle pour la pousser à se conduire d'une manière spécifique orientée vers un objectif »[2067]. À la lecture de cette définition, il est permis d'observer que cette notion revêt une forte connotation subjective. Elle inclut diverses composantes telles que le sentiment d'accomplissement, de reconnaissance, les responsabilités confiées au travailleur, le montant du salaire ou encore l'entente au sein d'une équipe de travail. L'influence de ces éléments dans la motivation d'un travailleur varie d'une personne à l'autre. En effet, certains préféreront une augmentation de salaire tandis que d'autres seront en quête d'une reconnaissance sociale ou d'un contact humain. Appliqué à l'objet d'étude, les sociologues du travail ont pu affirmer que certaines absences au travail devaient être perçues

[2065] L. n° 2014-459 du 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade (*JORF* n° 0108 du 10 mai 2014). Le champ d'application de cette loi a été élargi aux parents d'un enfant décédé, par une loi de 2020. V. en ce sens : L. n° 2020-692 du 8 juin 2020 visant à améliorer les droits des travailleurs et l'accompagnement des familles après le décès d'un enfant (*JORF* n° 0140 du 9 juin 2020).
[2066] C. trav., art. L. 1225-65-1.
[2067] P. Louart, « Maslow, Herzberg et les théories du contenu motivationnel », *Les cahiers de la recherche CLAREE CNRS* 2002, p. 3.

comme un « règlement de compte envers l'employeur »[2068]. La motivation comme cause d'absence est à mettre en parallèle avec la « théorie des deux facteurs » avancée par le psychologue Herzberg[2069]. Cet auteur s'est intéressé à la question de la motivation au travail. Il ressort de la théorie précitée que la satisfaction et l'insatisfaction au travail sont guidées par des facteurs divergents, qui agissent de manière totalement indépendante. Cet auteur dissocie deux types de facteurs. Les premiers facteurs sont ceux dits « d'hygiène ». Ils sont relatifs aux conditions de travail, et doivent avoir un niveau de base. Si ces dernières sont en deçà du niveau minimal nécessaire, le travail s'en ressentira. Toutefois, si les conditions de travail sont supérieures au niveau de base, cela ne produira pas nécessairement d'effet mélioratif sur la productivité du salarié. Aux côtés de ces facteurs d'hygiène, on trouve les facteurs dits « moteurs ». Ils sont intrinsèques au travail et relèvent de l'épanouissement de l'individu. Il s'agit notamment des perspectives d'évolution ou des promotions. Ils sont générateurs de satisfaction pour le salarié. En considération de cette théorie, certains auteurs ont pu expliquer le phénomène d'absentéisme par le fait que les entreprises dans lesquelles le taux d'absentéisme apparaissait comme particulièrement élevé commettaient l'erreur de se focaliser « sur les facteurs d'hygiène […] au détriment des facteurs moteurs »[2070]. Or, dans la lignée de cette théorie, on pourrait avancer que certaines absences seraient la traduction d'un « *désengagement* du travailleur »[2071]. La notion d'engagement au travail se définit par « le degré selon lequel un personnel perçoit son travail comme étant une partie importante de sa vie et de son identité, grâce aux opportunités qu'il offre de satisfaire des besoins importants »[2072]. Certaines absences pourraient ainsi provenir d'un manque d'engagement, voire d'un désengagement de l'individu dans le travail. Si cette théorie est défendue par de nombreux auteurs, d'autres écrits vont à l'encontre de celle-ci[2073]. Selon eux, la satisfaction au travail serait extérieure à la décision des travailleurs de s'absenter[2074].

2068 D. Monneuse, B. Gautier, « Quand le rendu de compte tourne au règlement de comptes, DRH et managers face à l'absentéisme », *Revue française de gestion* 2013, p. 133.
2069 F. Herzberg, B. Mausner, B. Snyderman, *The motivation to work*, New York, John Wiley and Sons, 1959.
2070 D. Monneuse, B. Gautier, « Quand le rendu de compte tourne au règlement de comptes, DRH et managers face à l'absentéisme », *op. cit.*, pp. 133-146.
2071 T. Rousseau, *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir*, ANACT, 2009, pp. 10-12.
2072 E. E. Lawler, D. T. Hall, « Relationship of job characteristics to job involvement, satisfaction, and intrinsic motivation », *Journal of applied psychology*, vol. 54, 1970, pp. 305-312.
2073 C. Pollak, L. Ricroch, « Les disparités d'absentéisme à l'hôpital sont-elles associées à des différences de conditions de travail ? », *Revue française d'économie*, vol. XXXI, 2016, p. 181.
2074 *Ibid.*

II- La traduction de l'insatisfaction au travail par l'absence

583.- Plan. L'insatisfaction au travail comme origine d'absence est particulièrement complexe à traiter. En effet, cette *cause première* d'absence peut se traduire par une pluralité de *causes immédiates*. L'insatisfaction au travail peut d'abord donner lieu à une absence injustifiée. Ce sera notamment le cas lorsque le salarié choisit de s'absenter sans justifier d'une *cause immédiate* d'absence non autorisée **(A)**. *A contrario*, certaines raisons d'absence autorisées permettent au salarié de revendiquer son insatisfaction par l'absence. Dans ce cas, l'absence sera considérée comme autorisée et pourra donc être justifiée **(B)**.

A) L'insatisfaction au travail à l'origine de l'absence injustifiée

584.- Le manque de motivation comme cause subjective d'absence. Le manque de motivation au travail ne figure pas parmi les motifs d'absence justifiée. Pourtant, le manque de motivation au travail repose sur des facteurs sur lesquels l'employeur serait en mesure d'agir. Une telle action lui permettrait ainsi d'agir de manière préventive, afin d'éviter les absences dont la cause première est le manque de motivation au travail. Toutefois, une telle raison d'absence est subjective et son énoncé parmi les raisons d'absence justifiées romprait avec la logique de l'objectivation des absences. En effet, les acteurs du droit social sont, de manière générale, hostiles à reconnaître des éléments subjectifs comme fondement à l'application d'un régime juridique. Un exemple probant se rencontre en matière de motifs de licenciement. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse que le licenciement d'un salarié repose sur un motif subjectif. Partant, elle n'admet pas qu'un salarié soit licencié au motif d'une mésentente, d'une incompatibilité d'humeur ou d'une perte de confiance. Le cas échéant, le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse[2075]. En revanche, le licenciement est admis s'il repose sur des faits objectifs, personnellement imputables au salarié, à l'origine de la mésentente[2076], de

[2075] Pour la mésentente injustifiée par des éléments objectifs, v. en ce sens : Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-42.938 ; *Dr. ouvr.* 2005, n° 679, p. 45, note A. Chirez ; Cass. soc., 5 févr. 2002, n° 99-44.383.

[2076] Il a pu être jugé qu'une telle condition était remplie pour un salarié qui contredisait publiquement son directeur général sur des sujets importants, notamment dans le cadre de réunions : Cass. soc., 4 févr. 1998, n° 95-42.061. C'est également le cas si la mésentente est de nature à entraîner des perturbations dans le bon fonctionnement de l'entreprise. V. en ce sens : Cass. soc., 16 janv. 1985, n° 82-41.135 ; Cass. soc., 12 déc. 1984, n° 83-40.458 ; Cass. soc., 18 juin 1980, n° 79-40.240.

l'incompatibilité d'humeur[2077] ou de la perte de confiance[2078]. Sur le modèle de ces motifs à connotation subjective, le manque de motivation au travail pourrait être de nature à justifier le licenciement s'il était établi par des éléments objectifs. Il est permis de considérer que le manque de motivation au travail, qui est un élément subjectif, peut donner lieu à une *insuffisance professionnelle* qui constitue un motif de licenciement[2079]. Or, l'insuffisance professionnelle n'est pas nécessairement fondée sur un manque de motivation au travail. D'autres facteurs peuvent l'expliquer, comme le manque d'organisation du salarié au travail[2080] ou la prise d'initiatives non pertinentes pour l'accomplissement du travail[2081]. Une corrélation peut être établie entre le refus des motifs à connotation subjective justifiant le licenciement et ceux légitimant l'absence du salarié. En effet, les motifs subjectifs ne sont pas admis comme cause d'absence justifiée, parce qu'ils ne sont pas objectivement vérifiables. En effet, il s'agit d'un motif trop large et subjectif pour qu'il puisse donner lieu au constat d'éléments objectifs. La motivation au travail repose sur une pluralité de facteurs, qui sont variables d'un individu à un autre. L'ensemble de ces raisons permet donc d'expliquer qu'elle ne soit pas constitutive d'une raison d'absence justifiée. S'il s'absente sur ce motif, l'absence sera donc qualifiée d'injustifiée et ouvrira droit, pour l'employeur, à l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Cependant, le manque de motivation au travail peut être la cause première de l'absence d'un salarié. Le cas échéant, elle constitue une absence injustifiée, à moins que la cause immédiate soit justifiée.

585.- La difficulté de concilier la vie professionnelle avec la vie personnelle. En dehors des causes d'absence autorisées, comme c'est le cas du congé pour la garde d'un enfant malade, ou du congé faisant suite à un PACS ou à un mariage, le salarié peut ressentir une insatisfaction au travail liée à la difficulté de concilier son activité professionnelle avec sa vie personnelle et familiale. Ce sentiment d'insatisfaction peut, là encore, être une cause immédiate d'absence. Toutefois, en dehors des cas d'absence reconnus, le salarié n'est pas

---

[2077] Là encore, ce motif est de nature à justifier le licenciement lorsqu'il entraîne une perturbation aux intérêts de l'entreprise : Cass. soc., 7 janv. 1998, n° 98-44.354.

[2078] La nécessité d'éléments objectifs pour un licenciement reposant sur la perte de confiance est établie par la jurisprudence depuis 1993. V. en ce sens : Cass. soc., 16 juin 1993, n° 91-44.535. Cette jurisprudence a, depuis lors, été réitérée à plusieurs reprises. V. en ce sens : Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-41.380 ; Cass. soc., 9 juin 2004, n° 02-43.086 ; *SSL* 2004, n° 1179, p. 14, obs. V. Spacensky-Riff ; Cass. soc., 31 mars 2004, n° 02.40.993 ; Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341 ; *JSL* 2001, n° 84, note M. Hautefort.

[2079] Ce motif est admis lorsque le juge peut établir une insuffisance professionnelle par des éléments objectivement vérifiables. Cette jurisprudence est constante depuis un arrêt de 1981 : Cass. soc., 1er juill. 1981, n° 79-42.423.

[2080] Cass. soc., 3 oct. 2000, n° 98-42.522.

[2081] Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-44.543.

autorisé à s'absenter. Or, de nombreux cas peuvent se présenter. À titre d'illustration, le salarié peut s'absenter inopinément pour conduire son enfant ou un proche à un rendez-vous médical impérieux. En considération des motifs d'absence prévus, une telle raison ne permet pas au salarié de s'absenter et doit donc être qualifiée d'absence injustifiée. Pourtant, un tel motif est purement objectif et la preuve pourrait en être rapportée assez aisément. L'impossibilité de justifier une telle absence par sa cause immédiate pose difficulté puisqu'elle peut contraindre le salarié à s'absenter pour une cause immédiate reconnue comme légitime. En conséquence, son absence pourra être considérée comme justifiée. Le salarié ne se rendrait pas coupable d'une absence fautive et ne pourrait encourir une sanction disciplinaire. La difficulté, liée au fait qu'une telle absence puisse être considérée comme injustifiée, s'explique par le fait que les motifs limitatifs d'absence justifiée sont particulièrement restrictifs. Ainsi, il pourrait être envisagé d'élargir les motifs d'absence justifiés liés à un impératif d'ordre personnel ou familial. Il s'agirait de créer une cause d'absence légitime plus vaste, la preuve de la survenue d'un évènement inopiné pouvant être rapportée par des éléments objectifs. Cela permettrait, par conséquent, d'éviter les absences injustifiées dont la cause apparaît pourtant comme légitime.

B) L'insatisfaction au travail à l'origine de l'absence justifiée

586.- Plan. L'insatisfaction au travail peut également se traduire par des absences autorisées pouvant donc être justifiées. En effet, certaines causes légales d'absence sont la traduction d'une insatisfaction au travail. Le sentiment d'insatisfaction au travail peut être donc être à l'origine d'une cause d'absence justifiée. Cela peut être le cas lorsque le salarié exerce son droit de grève **(1)**. En revanche, s'agissant de l'exercice du droit de retrait, ce dernier ne saurait être regardé comme ayant pour cause première une insatisfaction au travail, étant conditionné à l'existence d'un danger **(2)**.

1. L'exercice du droit de grève

587.- La grève : une absence pouvant révéler une insatisfaction au travail. Derrière les revendications professionnelles apparentes, l'exercice du droit de grève pourrait aussi révéler un sentiment d'insatisfaction au travail, puisque son objet repose sur « des

revendications professionnelles auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction »[2082]. Comme le relève Gérard Cornu il s'agit de l'action, par les salariés, de « réclamer une amélioration de leurs conditions de travail et de rémunération et avantages réclamés »[2083]. De telles revendications sont largement entendues par la jurisprudence. Ainsi, la grève peut porter sur une augmentation de salaire, l'amélioration des conditions de travail, la protection de l'emploi ou la contrainte de l'employeur à respecter ses engagements, notamment conventionnels ou contractuels. Partant, l'ensemble des situations précitées illustre une insatisfaction du salarié. Ainsi, la réclamation des revendications professionnelles est mise en œuvre par l'exercice du droit de grève. Or, ce dernier constitue un arrêt de travail. Il se traduit donc par l'absence des travailleurs grévistes. Le droit de grève est un droit fondamental à valeur constitutionnelle. L'absence pour l'exercice du droit de grève est donc justifiée dès lors que la grève est exercée de manière licite. Le contrat de travail du salarié gréviste est protégé, puisqu'un principe général d'interdiction des sanctions est énoncé à l'article L. 1132-2 du Code du travail. Ce texte repose sur le principe de non-discrimination en raison de la grève. Par ailleurs, l'article L. 2511-1 du Code du travail interdit la rupture du contrat de travail du salarié gréviste, sauf commission d'une faute lourde qui lui serait personnellement imputable.

588.- L'exercice collectif d'un droit justifiant l'absence pour insatisfaction au travail. Le droit de grève est un droit individuel qui s'exerce collectivement[2084]. L'exercice collectif de ce droit permet de rendre la grève licite et, par conséquent, de justifier l'absence des salariés grévistes. En effet, si la grève traduit, même indirectement, une insatisfaction des travailleurs qui est par essence subjective, cette dernière est objectivée par le fait que ce sentiment est partagé par plusieurs salariés. Le sentiment d'insatisfaction au travail est ainsi considéré comme justifiant l'absence du salarié, dès lors qu'il ne s'agit plus d'un ressenti individuel mais collectif. Certes, d'autres outils juridiques permettent d'appuyer des revendications professionnelles, qui peuvent être portées par la voie de la négociation collective ou de l'action du Comité social et économique. À titre d'illustration, la rémunération constitue un thème de négociation obligatoire au niveau de l'entreprise[2085]. Par ailleurs, les revendications professionnelles, et l'insatisfaction au travail qui peut en découler, ne sont pas l'apanage des relations collectives de travail. En effet, un salarié peut parfaitement porter des revendications

[2082] Cass. soc., 17 janv. 1968 (Bull. Civ., n° 35).
[2083] G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° grève.
[2084] Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237.
[2085] C. trav., art. L. 2242-1, 1°.

de manière individuelle auprès de l'employeur. Il pourra notamment porter de telles revendications lors de l'entretien professionnel prévu tous les deux ans[2086]. Cependant, dans ce cas, il ne s'agit pas d'une absence. Outre l'exercice du droit de grève, un droit d'absence est reconnu au salarié lorsqu'une situation de travail est considérée comme dangereuse.

2. L'exclusion du droit de retrait

589.- L'obligation de prévention des risques professionnels. Aux termes de l'article L. 4121-1 du Code du travail, l'employeur est tenu à une obligation de prévention des risques professionnels. Il doit prendre « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »[2087]. Partant, les conditions de travail ou l'organisation du travail ne doivent pas être de nature à mettre en péril la santé et la sécurité des salariés. L'employeur doit, par conséquent, soumettre les salariés à des conditions de travail qui ne sont pas de nature à les exposer à un risque professionnel. À défaut, il commet un manquement à l'obligation de prévention des risques professionnels dont il est débiteur. Or, les dispositions législatives en vigueur prévoient que le salarié puisse se retirer du travail, et donc s'absenter, lorsqu'un tel manquement peut être à l'origine d'une situation particulièrement dangereuse.

590.- La possibilité de se retirer d'une situation dangereuse. Le salarié doit « [alerter] immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection »[2088]. En d'autres termes, il doit avertir l'employeur des conditions ou d'une organisation du travail qu'il juge délétère à la protection de sa santé ou de sa sécurité et peut s'en retirer. C'est en raison du caractère dangereux que le travailleur peut « se retirer d'une telle situation », comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article L. 4131-1 du Code du travail. Afin d'apprécier le danger, les magistrats se livrent à une appréciation *in abstracto*. Les juges du fond observent si un autre salarié placé dans cette même situation aurait pu exercer légitimement son droit de retrait[2089]. À la lecture des

[2086] C. trav., art. L. 6315-1 al. 1er.
[2087] C. trav., art. L. 4121-1, al. 1er.
[2088] C. trav., art. L. 4131-1, al. 1er.
[2089] C. Leborgne-Ingelaere, « L'ambivalence du droit de retrait du salarié : entre protection de l'intégrité du salarié et garantie des intérêts de l'employeur », *Dr. ouvr.* 2023, p. 278.

arrêts rendus par la Cour de cassation, il est permis de constater que les juges font une interprétation relativement large de la notion de danger[2090]. À l'évidence, le droit de retrait est intrinsèquement lié à la notion de dangerosité et ne permet pas de l'envisager sous l'angle de l'insatisfaction du travailleur. Dès lors, une absence consécutive à l'exercice du droit de retrait ne saurait traduire un sentiment d'insatisfaction au travail, comme pourrait l'être la grève.

*
* *

591.- Conclusion de la Section 1. Le droit applicable au salarié absent encourage l'employeur à s'attacher à la *cause immédiate* de l'absence, c'est-à-dire celle qui est constatée par l'employeur comme créant des effets de droit. Par exemple, si le salarié est en situation d'absence injustifiée, l'employeur disposera d'un droit de sanction – sous réserve de respecter les règles relatives au pouvoir disciplinaire –. À l'inverse, si le salarié fournit à l'employeur un certificat médical d'arrêt de travail, le régime juridique appliqué sera celui de l'absence pour maladie. Cependant, si dans de nombreuses situations, la *cause première* de l'absence correspond à la *cause immédiate*, ce constat ne saurait être généralisé. À cet égard, l'insatisfaction au travail comme cause première d'absence apparaît comme un exemple particulièrement évocateur. Si les origines de l'absence sont complexes à appréhender, les conséquences d'une situation d'absence sont, quant à elles, relativement aisées à traiter.

[2090] Par exemple, les juges ont pu considérer que l'existence d'un tel danger était avéré dans une situation où l'employeur n'avait pas fourni de gilet de protection aux travailleurs alors que cela était nécessaire. V. en ce sens : Cass. soc., 20 nov. 2014, n° 13-22.421 ; *Dr. soc.* 2015, n° 2, p. 189, note J. Mouly. Le danger a également été caractérisé dans une situation où les salariés étaient soumis à état de stress permanent de la hiérarchie, sans écoute ni soutien de la part de l'employeur. V. en ce sens : Cass. soc., 31 mai 2017, n° 15-29.225.

Section 2 : La facilité du traitement de l'absence

592.- Plan. Contrairement à la difficulté de déterminer la *cause première*, les conséquences liées à l'absence sont aisées à déterminer et donc, évidentes à traiter. Le traitement des absences entend concilier les intérêts de l'entreprise, qui fait face à une perte – temporaire voire définitive – de l'activité du salarié absent. Dans cette perspective, les intérêts de l'employeur sont pris en considération **(§1)**. Ceux du salarié le sont également lorsque son absence est justifiée puisqu'il a été démontré que cette situation donnait lieu à une protection contractuelle voire économique du salarié subordonné. Toutefois, il semblerait que la prise en compte des intérêts du salarié ne soit qu'apparente **(§2)**. En définitive, la protection des intérêts de l'employeur primerait sur celle du salarié en matière d'absence.

§1 : La prise en considération affirmée des intérêts de l'employeur dans le traitement des absences

593.- Plan. La prise en considération des intérêts de l'employeur dans le traitement de l'absence a donné lieu à des dispositifs juridiques lui permettant de réduire voire d'annihiler les conséquences produites par l'absence d'un salarié. Ce constat s'illustre à travers la possibilité de recourir aux contrats de remplacement. Différents types de contrats permettent à l'employeur de pourvoir au remplacement du salarié absent, et ce pour presque toutes les causes d'absence **(I)**. En outre, l'absence injustifiée du salarié permet en principe à l'employeur d'exercer son droit disciplinaire et poursuit, à ce titre, une finalité punitive mais également dissuasive, afin d'éviter que le salarié dont l'absence est injustifiée ne réitère un tel comportement **(II)**.

I- Le recours facilité au remplacement du salarié absent

594.- Plan. L'employeur qui fait face à l'absence d'un salarié dispose d'un arsenal de mécanismes juridiques lui permettant de pourvoir au remplacement de ce salarié. Si certaines

absences comme la grève[2091] limitent le remplacement du salarié absent[2092], il s'agit là des seules causes d'absence ne permettant pas le remplacement. En dehors de ces cas, l'employeur peut librement pourvoir au remplacement d'un salarié absent. Ce remplacement peut être temporaire. Dans ce cas, il correspond à la durée de l'absence du salarié **(A)**. Dans certains cas, le remplacement du salarié absent pourra être définitif lorsque l'absence est de nature à perturber le fonctionnement de l'entreprise **(B)**.

A) Le recours facilité au remplacement temporaire du salarié absent

595.- Les types de contrats facilitant le remplacement temporaire du salarié absent. Le contrat de travail à durée déterminée a été créé en 1979[2093]. Selon Guy Poulain, le législateur est intervenu pour apporter une réponse à « une demande pressante du patronat »[2094]. En effet, il s'agissait de légaliser un nouveau type de contrat de travail permettant de répondre à des situations de difficultés économiques rencontrées par les entreprises, dont le contrat de travail à durée indéterminée n'avait pas la capacité de répondre. Dès 1979, les motifs de recours au CDD ont été strictement encadrés. Actuellement, ils sont régis par les dispositions législatives. Le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'un des cas prévus expressément par la loi. Pour éviter la précarisation des salariés concernés, l'idée directrice est que le recours à ce type de contrat doit être exceptionnel et temporaire[2095]. Ainsi, l'article L. 1242-2 du Code du travail dresse la liste limitative des cas de recours au CDD. Au premier rang de cette liste, figure le remplacement d'un salarié absent[2096], ou dont le contrat

[2091] Pour ce qui est de la grève, une interdiction légale de remplacement existe. Ce ne fut pas toujours le cas, puisqu'avant, rien n'interdisait à l'employeur de recruter de la main d'œuvre pour remplacer les salariés grévistes. V. en ce sens : Cass. soc., 24 juill. 1952. Aujourd'hui, l'article L. 1242-6, 1° du Code du travail prévoit expressément qu'il est interdit de conclure un contrat de travail à durée déterminée « pour remplacer le salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail ». Selon les auteurs du Précis Dalloz, la rédaction du texte n'est pas pleinement satisfaisante dès lors qu'elle ne permet pas d'interdire « la conclusion d'un contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié qui, travaillant dans un établissement, a été envoyé en renfort dans un autre établissement en grève pour remplacer un salarié absent » : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 349.

[2092] En effet, le salarié gréviste ne peut pas être remplacé par l'embauche d'un salarié en contrat à durée déterminée ou en contrat de travail temporaire : C. trav., art. L. 1242-6, 1° (interdiction de conclure un CDD pour remplacer un salarié gréviste) ; C. trav., art. L. 1251-10 (interdiction de recourir au travail temporaire pour remplacer un salarié gréviste). Cependant, l'employeur peut contourner cette interdiction en recrutant un salarié en contrat à durée indéterminée ou faire usage d'une prestation de service, sauf hypothèse du portage salarial (C. trav., art. L. 1254, I-, 1°).

[2093] L. n° 79-11 du 3 janv. 1979 relative au contrat à durée déterminée. Avant cette date, la jurisprudence encadrait ce type de contrat, sans que les dispositions légales en vigueur le prévoient expressément.

[2094] G. Poulain, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *Dr. soc.* 1979, p. 67.

[2095] C. trav., art. L. 1242-1.

[2096] C. trav., art. L. 1242-1, 1°, a).

de travail est suspendu[2097]. Ainsi, l'employeur qui fait face à l'absence d'un salarié peut faire usage de ce type de contrat pour pallier les effets de cette absence. Parmi les contrats de travail à durée déterminée, l'employeur peut recourir à un contrat de travail temporaire pour remplacer un salarié absent. Ce dernier prend alors la forme d'un contrat dit « de mission », comme le prévoit l'article L. 1251-6 du Code du travail[2098].

596.- L'assouplissement des modalités de recours au CDD, facilitant le remplacement temporaire d'un salarié absent. Si le CDD est prévu comme étant un type de contrat exceptionnel, les règles encadrant le CDD se sont largement assouplies afin de permettre à l'employeur d'y recourir plus aisément. D'ailleurs, selon une étude de la DARES datant de 2018, « la part de CDD dans l'emploi salarié a augmenté fortement entre 1982 et 2002, puis plus modérément »[2099]. Si la volonté du Gouvernement de 1982[2100] était de restreindre les possibilités de recours à ce type de contrat, faisant du CDD un contrat d'exception[2101], la loi de 1985[2102] en a, quant à elle, élargi les cas de recours. L'ordonnance de 1986 a supprimé les cas limitatifs de recours au CDD[2103]. Plus récemment, la loi de 2015 a étendu la possibilité de renouveler un CDD[2104]. En effet, elle prévoit qu'il est désormais possible de renouveler un CDD deux fois, et non plus une comme c'était le cas auparavant. Une des ordonnances Macron de 2017 a également poursuivi vers cet élan, en attribuant la possibilité aux accords de branche étendus de fixer la durée maximale du contrat, le nombre de renouvellements ou le délai de carence à respecter entre deux contrats[2105]. Cette conventionnalisation des règles en matière de CDD ne pourrait, selon Julien Icard, « conduire à autre chose qu'à un accroissement de la précarité »[2106]. La pandémie de Covid-19 n'a pas œuvré vers un recul de cette précarisation. Au contraire, au vu des situations particulièrement complexes dans lesquelles les employeurs étaient placés en raison de cette crise sanitaire, une

2097 C. trav., art. L. 1242-1, 1°, c).
2098 C. trav., art. L. 1251-6, 1°, a) et c).
2099 K. Milin, « CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? », *DARES Analyses* 2018.
2100 Ord. n° 82-130 du 5 fév. 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du Code civil.
2101 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.,* p. 335.
2102 L. n° 85-772 du 25 juill. 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (*JORF* n° 0172 du 26 juill. 1985).
2103 Ord. n° 86-948 du 11 août 1986 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au travail à temps partiel (*JORF* du 12 août 1986, p. 9906).
2104 L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (*JORF* n° 0189 du 18 août 2015).
2105 Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail (*JORF* n° 0223 du 23 sept. 2017).
2106 J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », *BJT* 2019, p. 55.

loi de 2020 a poursuivi la démarche entreprise en permettant aux partenaires de fixer, par voie d'accord d'entreprise, le nombre de renouvellements possibles et le délai de carence entre deux contrats[2107].

597.- Le remplacement temporaire du salarié absent facilité par les contrats « multi-remplacements ». En matière de remplacement de salariés absents, un important bouleversement a été opéré par la loi dite « Avenir professionnel » du 5 septembre 2018[2108]. Pour la première fois, une expérimentation législative[2109] a autorisé ce que la jurisprudence refusait jusqu'alors[2110]. Cette loi prévoyait une expérimentation d'une durée de deux ans, relative à la conclusion de CDD ou de contrats de travail temporaires dits « multi-remplacements »[2111]. Il s'agissait de permettre la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée pour le remplacement de plusieurs salariés absents et pour certains secteurs définis par décret[2112]. Les salariés absents pouvaient l'être de manière simultanée ou successive, ouvrant le champ d'application du dispositif. Comme le relève Pierre-Yves Verkindt, le champ d'application de cette expérimentation s'est avéré particulièrement large, les secteurs d'activité concernés étant multiples[2113]. Ce dispositif expérimental a été repris plus récemment par la loi d'urgence relative au marché du travail de décembre 2022[2114]. Un décret conclu l'année suivante

---

2107 L. n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (*JORF* n° 0149 du 18 juin 2020).

2108 L. n° 2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (*JORF* n° 0205 du 6 sept. 2018).

2109 L'expérimentation législative est prévue par l'article 37-1 de la Constitution, qui prévoit que « la loi ou le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Ce dispositif a été reconnu par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Sur l'expérimentation législative en droit du travail, v. notamment : P. Deumier, « De l'expérimentation législative à l'expérience du droit », *RDT* 2014, p. 309.

2110 V. notamment : Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-12.243 ; *RLDA* 2012, n° 76, p. 46, note B. Siau ; *RDT* 2012, n° 11, p. 627, obs. B. Reynès ; *JCP S* 2012, n° 39, p. 35, obs. F. Bouchez ; *Lexbase soc.* 2012, n° 498, obs. S. Tournaux. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise expressément qu' « un contrat à durée déterminée ne peut être conclu pour le remplacement de plusieurs salariés ».

2111 Sur cette question, v. en ce sens : E. Petkova, « Le contrat à durée déterminée multi-remplacements : aspects pratiques », *SSL* 2020, p. 13.

2112 D. n° 2019-1388 du 18 déc. 2019 définissant les secteurs d'activité autorisés à mettre en œuvre l'expérimentation sur le remplacement de plusieurs salariés par un seul salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire.

2113 P.-Y. Verkindt, « Brève exégèse de l'article 6 sur les CDD de multi-remplacements », *Dr. soc.* 2023, p. 163.

2114 L. n° 2022-1598 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi (*JORF* n° 0296 du 22 déc. 2022), art. 6, I. : « À titre expérimental et par dérogation au 1° des articles L. 1242-2 et L. 1251-6 du code du travail, dans les secteurs définis par décret, un seul contrat à durée déterminée ou un seul contrat de mission peut être conclu pour remplacer plusieurs salariés. L'expérimentation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » ; sur ce point, v. P.-Y. Verkindt, « Brève exégèse de l'article 6 sur les CDD de multi-remplacements », *op. cit.*, p. 163 ; M. Labarthe, « Le CDD multi-remplacement : le retour attendu d'une expérimentation étendue », *BJT* 2023, p. 39.

a élargi le champ des secteurs d'activités concernés[2115]. Concrètement, pour recourir à ce type de contrat, les règles de droit commun sont applicables. C'est le cas s'agissant des mentions obligatoires du contrat[2116], de la durée du contrat[2117] et de la fin du contrat[2118]. S'ajoute à cela des règles spéciales qui sont précisées dans un document *Questions-réponses* publié par le ministère du Travail sur son site internet[2119]. Il est notamment précisé que lorsque le contrat de remplacement initial « n'a été conclu que pour le remplacement d'un seul salarié absent, un avenant doit impérativement être conclu pour que le salarié assume de nouvelles responsabilités ». L'expérimentation législative menée en 2018 semble avoir convaincu, au point qu'une nouvelle expérimentation ait été engagée seulement deux ans après son terme. Ainsi, la première expérimentation a donné lieu à une seconde et interroge quant aux éventuelles généralisation et pérennisation de ce dispositif pour l'avenir. En effet, les lois successives ont œuvré dans le sens d'une facilitation au recours de tels contrats de remplacement, créant par là même une situation contractuelle précaire pour de nombreux salariés. Or, si de tels dispositifs sont présentés comme poursuivant la finalité d'un meilleur fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, reste qu'ils sont largement favorables aux employeurs. Ces derniers y recourent pour pallier les absences de salariés. Partant, le remplacement de salariés absents est largement facilité et n'encourage pas l'employeur à mettre en œuvre des politiques préventives de lutte contre les absences. Ce constat ne peut qu'être entériné, dès lors qu'il est permis d'observer que des dispositifs permettent également de faciliter le recours au remplacement définitif du salarié absent.

598.- Le remplacement temporaire du salarié facilité par l'admission de CDD successifs. Conformément aux dispositions de l'article L. 1244-3 du Code du travail, lorsque le CDD prend fin, l'employeur ne peut recourir ni à un nouveau CDD ni à un contrat de travail temporaire pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, avant l'expiration d'un

---

[2115] D. n° 2023-263 du 12 avr. 2023 définissant les secteurs autorisés à mettre en œuvre l'expérimentation prévue par la loi n° 2022 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi sur le remplacement de plusieurs salariés par un seul salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire

[2116] Sur les obligations de droit commun applicables au CDD, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1242-12. Sur les obligations de droit commun applicables au contrat de travail temporaire, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1251-16.

[2117] Sur la durée du CDD de remplacement, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1247-7 et art. L. 1242-8 ; sur la durée du contrat de travail temporaire de remplacement, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1251-12 et art. L. 1251-14.

[2118] Sur les règles de fin du CDD de remplacement, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1243-1 à L. 1243-4 ; sur les règles de fin du contrat de travail temporaire de remplacement, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1251-17.

[2119] Site internet du ministère du travail, *CDD multi-remplacement : relance de l'expérimentation*, 13 avr. 2023. https://travail-emploi.gouv.fr/cdd-multi-remplacement-relance-de-lexperimentation-questions-reponses. Consulté le 31/10/2025).

délai de carence. En outre, l'alinéa premier de l'article L. 1243-11 du Code du travail prévoit que lorsque la relation contractuelle se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée. Ces dispositions garantissent le respect de la temporalité du CDD. Elles permettent d'éviter que l'employeur ne recoure à des CDD en lieu et place d'un CDI. Toutefois, dans certains cas, l'exigence du délai de carence n'est plus requise et la succession de CDD est alors permise. C'est notamment le cas lorsque le CDD est conclu pour le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail a été suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé[2120]. De même, la sanction de la requalification du CDD en CDI après l'échéance du terme est levée en cas de conclusion de CDD successifs, lorsqu'il s'agit de remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail a été suspendu[2121]. Si la première disposition permet la conclusion de CDD successifs avec le même salarié, la seconde ouvre la possibilité, pour l'employeur, de recourir à des CDD successifs sur le même poste. En outre, la jurisprudence est relativement souple en la matière puisqu'elle a pu indiquer que l'employeur était dispensé du délai de carence, en cas de conclusion de CDD successif pour le remplacement de plusieurs salariés successivement absents[2122]. Partant, le droit applicable est largement favorable à l'employeur pour pallier temporairement l'absence d'un salarié. En effet, il est permis de constater que ce dernier dispose d'un arsenal de dispositifs lui permettant de contourner les règles strictes existantes en matière de CDD, et ayant pour but de lutter contre la précarisation du contrat de travail. La dispense du délai de carence ou de requalification en CDI dans de telles situations permet à l'employeur de conclure des CDD successifs et, partant, d'éviter une période de latence qui conduirait à une perte de main-d'œuvre de plusieurs jours.

B) Le recours facilité au remplacement définitif du salarié absent

599.- Le principe du caractère temporaire du recours au contrat à durée déterminée. En raison de la nature éminemment précaire des contrats à durée déterminée, le principe demeure celui posé par l'article L. 1242-1 du Code du travail, selon lequel un tel contrat « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Pour ce faire, tout CDD doit comporter un terme

[2120] C. trav., art. L. 1244-4-1, 1°.
[2121] C. trav., art. L. 1244-1, 1°.
[2122] Cass. soc. 17 nov. 2021, n° 20-18.338 ; *JCP S* 2021, p. 491.

précisément fixé lors de sa conclusion[2123]. Si ce principe semble avoir pour finalité de limiter la situation contractuelle précaire dans laquelle le salarié remplaçant est placé, il est permis d'interroger l'efficacité d'un tel objectif. En effet, ce principe n'est pas intangible. Il est assorti d'exceptions, notamment pour le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail a été suspendu[2124]. Là encore, l'employeur bénéficie d'un régime juridique plus favorable lorsqu'il recourt à un tel contrat pour remplacer un salarié absent. La précarité contractuelle du salarié remplaçant s'en trouve accrue, puisqu'il ne peut anticiper la date de fin de son contrat. En effet, son contrat « a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée »[2125]. Une telle disposition renforce largement la protection de l'employeur : il n'est confronté à aucune perte de main-d'œuvre puisque la fin du CDD de remplacement et la reprise du travail par le salarié remplacé sont concomitants. En revanche, une telle situation est largement défavorable pour le salarié remplaçant, dont le CDD prendra fin de manière imprévue sans qu'il ne bénéficie d'un délai de préavis pour anticiper la perte de son emploi. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'indemnité de précarité.

600.- La possibilité de pourvoir au remplacement définitif du salarié absent. En vertu du principe précité, le CDD ne doit pas avoir pour effet de pourvoir durablement à un emploi. Pour autant, un tel principe ne fait pas échec au remplacement définitif du salarié absent par la voie du CDI. D'une part, si le salarié absent l'est de manière injustifiée, l'employeur pourra prononcer une sanction disciplinaire allant jusqu'au licenciement. Une fois le contrat de travail du salarié absent rompu, l'employeur pourra ainsi remplacer définitivement ce salarié en recrutant un nouveau salarié pour ce poste. L'hypothèse de l'absence justifiée semble quant à elle plus complexe car le contrat de travail du salarié est protégé par le mécanisme de la suspension du contrat de travail. Cependant, il a été précédemment démontré que la suspension du contrat de travail n'offre pas toujours une protection contractuelle absolue[2126]. Dans de nombreuses situations, l'employeur pourra licencier le salarié pendant la période de suspension. C'est notamment le cas du salarié dont le contrat est suspendu pour maladie ordinaire, s'il commet une faute grave. Ce même exemple est applicable à la salariée enceinte ou venant d'accoucher, à l'exclusion toutefois des périodes où elle bénéficie d'une protection absolue[2127].

[2123] C. trav., art. L. 1242-7, al. 1er.
[2124] C. trav., art. L. 1242-7, 1° et 2°.
[2125] C. trav., art. L. 1242-7, al. 3.
[2126] V. *supra*, n° 407 et suiv.
[2127] C. trav., art. L. 1225-4, al. 2.

C'est également le cas du salarié gréviste qui commettrait une faute lourde[2128]. Dans ces exemples où le licenciement est autorisé, l'employeur pourra là encore rompre le contrat du salarié absent et le remplacer définitivement en recrutant un nouveau salarié. En définitive, ces mécanismes permettant de pallier les absences dans une entreprise n'incitent pas l'employeur à mettre en œuvre des politiques de prévention des absences. Partant, les mesures curatives priment largement sur les mesures préventives au point qu'il est préférable, pour l'employeur, de rompre les relations contractuelles d'un salarié absent plutôt que de tenter de réduire les absences. Cependant, les mesures curatives existant n'ont pas pour unique conséquence la sanction du salarié. Elles jouent également un rôle dissuasif poursuivant donc, de manière assez marginale, une finalité de lutte contre les absences.

II- La finalité dissuasive de la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire de l'employeur

601.- Plan. L'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur est rendu possible lorsque l'absence du salarié est injustifiée. Lorsque l'absence injustifiée est caractéristique d'une faute contractuelle, des sanctions disciplinaires peuvent intervenir. Si le licenciement n'est pas systématique en cas d'absence injustifiée, d'autres sanctions moins graves peuvent intervenir. Si ces sanctions disciplinaires jouent avant tout un rôle coercitif, elles n'en demeurent pas moins dissuasives pour les salariés de l'entreprise. À l'évidence, cette finalité de l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur en cas d'absence injustifiée s'observe en premier lieu à l'égard du salarié sanctionné qui sera dissuadé de réitérer de telles absences injustifiées **(A)**. Elle s'observe également pour les autres salariés de l'entreprise qui pourront être découragés à s'absenter sans justifier rigoureusement leurs absences futures, par crainte d'une sanction disciplinaire **(B)**.

A) Une finalité dissuasive pour le salarié sanctionné

602.- La crainte d'une nouvelle sanction disciplinaire. Les dispositifs juridiques existants mettent entre les mains de l'employeur de nombreuses mesures lui permettant de traiter les absences. Si le remplacement du salarié absent lui permet d'assurer une continuité

[2128] C. trav., art. L. 2511-1, al. 1er.

dans l'accomplissement du travail, l'exercice du droit disciplinaire lui est également ouvert lorsque l'absence du salarié est injustifiée. Or, si le pouvoir disciplinaire est exclusivement exercé dans l'intérêt de l'employeur, il l'est à plusieurs titres. En effet, l'exercice de ce pouvoir permet à l'employeur d'asseoir le lien de subordination juridique caractéristique de la relation de travail[2129]. Lorsque le salarié viole ses obligations contractuelles et qu'il désobéit, il commet une faute disciplinaire susceptible d'être sanctionnée. La sanction disciplinaire est conditionnée à un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif[2130]. À l'évidence, la sanction poursuit en premier lieu un rôle punitif. Le salarié répond ainsi des actes répréhensibles commis, comme c'est le cas dans une situation d'absence injustifiée. En second lieu, la sanction poursuit également un rôle dissuasif. En effet, le salarié sanctionné craindra de nouvelles sanctions pour l'avenir. L'employeur a donc un double intérêt à sanctionner un comportement fautif. Une telle sanction lui permet, d'une part, de punir le salarié fautif afin qu'il prenne conscience de l'acte répréhensible et, d'autre part, de prévenir de futures absences injustifiées puisque le salarié sera dissuadé de s'absenter à nouveau pour les mêmes motifs. Cette seconde finalité rejoindrait ainsi la théorie institutionnelle développée par Paul Durand, selon laquelle le pouvoir disciplinaire serait exclusivement une prérogative de l'employeur exercée dans l'intérêt exclusif de l'entreprise[2131]. À l'évidence, le salarié sanctionné à la suite d'une absence injustifiée sera dissuadé de s'absenter alors qu'aucune cause ne l'y autorise. Au-delà, la dissuasion s'opérera pour les absences qui traduisent un manque de motivation du salarié au travail. Si ces dernières sont en principe justifiées par une cause immédiate légitime telle que la maladie, elles résident sur une cause réelle ne permettant pas au salarié de s'absenter. Dans ce cas, le salarié ayant déjà fait l'objet d'une sanction pourra être dissuadé de s'absenter en avançant une cause d'absence autorisée, par crainte d'une nouvelle sanction. Enfin, si le salarié sanctionné est contraint de s'absenter pour une cause autorisée, il sera incité à justifier son absence de manière circonstanciée pour éviter une nouvelle sanction. Ainsi, il veillera au respect des impératifs de fond et de forme propres à la cause de son absence. Le rôle dissuasif des sanctions est d'autant plus important que le salarié sanctionné peut craindre la perte de sa rémunération. En effet, l'article L. 1331-1 du Code du travail prévoit que certaines sanctions sont susceptibles d'affecter

[2129] Sur le rapprochement entre l'état de subordination juridique du salarié et l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur, v. en ce sens : J. Hugueney, *Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise*, Thèse, Paris, 1948 ; G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1968.
[2130] C. trav., art. L. 1331-1.
[2131] P. Durand, *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1963, p. 404.

la rémunération du salarié. C'est notamment le cas lorsque ce dernier est mis à pied. Il peut également être dissuadé de s'absenter de manière injustifiée par crainte de perdre son emploi.

603.- La crainte d'un licenciement disciplinaire. Le salarié qui serait tenté de s'absenter alors qu'il n'y est pas autorisé sera assurément dissuadé de le faire, s'il a déjà fait l'objet d'une sanction disciplinaire par le passé et qu'une nouvelle sanction pourrait être la cause de la rupture de son contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Certes, le licenciement n'est pas conditionné au fait que le salarié ait fait l'objet de sanctions disciplinaires par le passé. Toutefois, le salarié ayant déjà commis des fautes disciplinaires sera davantage exposé à un licenciement disciplinaire. Partant, le salarié sanctionné pour absences injustifiées pourra être dissuadé de réitérer un tel comportement par crainte de perdre son emploi. Une telle crainte sera renforcée par d'autres éléments subjectifs, tels que son ancienneté dans l'entreprise, sa situation de famille ou de son niveau de dépendance économique vis-à-vis de son travail. Par ailleurs, en vertu de l'exigence de proportionnalité entre la gravité de la faute et la sanction disciplinaire, seule une faute d'une gravité suffisante peut être de nature à justifier le licenciement disciplinaire. En effet, une faute légère ne peut justifier une telle rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Les juges du fond disposent en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité de la faute. Or, les juges du fond peuvent considérer que des absences injustifiées répétées ou une absence injustifiée unique mais prolongée caractérisent une faute suffisamment grave de nature à justifier le licenciement disciplinaire[2132].

B) Une finalité dissuasive pour les autres salariés de l'entreprise

604.- Une fonction dissuasive liée à l'existence d'une collectivité de travailleurs. La sanction disciplinaire poursuit une finalité dissuasive à l'égard du salarié sanctionné, mais également à l'égard des autres salariés de l'entreprise. Le constat, par ces derniers, d'une sanction à l'encontre de l'un d'eux peut générer la crainte que cette même sanction leur soit appliquée s'ils commettaient le même comportement fautif. Ainsi, le rôle dissuasif est certes individuel mais également collectif. Le caractère collectif de la fonction dissuasive de la sanction ne peut subvenir que s'il existe une communauté de travailleurs. Dans ce cas, la fonction dissuasive de la sanction disciplinaire s'apparente à bien des égards à celle de la peine pénale.

[2132] Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-43.189 ; Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.592 ; *Lettre juridique Lexbase* 2005, n° 153, p. 2, note C. Radé. ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 74, p. 31, note B. Boubli.

Cette dernière ne saurait être assimilée en tous points à la sanction disciplinaire, puisqu'elle poursuit un but d'intérêt général[2133]. De ce fait, elle revêt d'autres fonctions, notamment réparatrices[2134]. Néanmoins, puisque les salariés évoluent au sein d'une collectivité, il est possible d'établir un certain nombre de corrélations entre les fonctions de la peine pénale et celles de la sanction disciplinaire. En effet, la peine pénale apparaît comme ayant une fonction de dissuasion, voire d'intimidation, à la fois individuelle mais aussi et surtout collective. Au-delà de sa fonction répressive, elle revêt donc une fonction préventive. Bien qu'étant en principe opposées, ces deux fonctions s'entremêlent et sont complémentaires[2135]. Elles s'inscrivent dans une même continuité. Il en va de même pour la sanction disciplinaire, qui est tant coercitive que dissuasive et par conséquent, préventive. Partant, les salariés de l'entreprise seront dissuadés de s'absenter de manière injustifiée s'ils observent que l'un d'entre eux a fait l'objet d'une sanction.

605.- L'effectivité limitée des sanctions disciplinaires comme instrument de dissuasion des absences collectives. À l'instar de la peine pénale, la sanction disciplinaire revêt une fonction dissuasive contre les absences collectives. Pour autant, l'effectivité de cette dissuasion ne semble pas être comparable. La sanction pénale est guidée par l'intérêt général[2136], contrairement à la sanction disciplinaire qui défend un intérêt privé, à savoir celui de l'entreprise. Alors que la peine pénale est universelle puisqu'elle est prévue par la loi de la même manière pour tous les individus, les sanctions disciplinaires sont propres à chaque entreprise. En effet, l'employeur fixe unilatéralement les règles relatives à la discipline au sein du règlement intérieur[2137]. Le droit disciplinaire s'adapte donc aux spécificités de l'entreprise, puisque le degré de sévérité de ces sanctions diffère entre les entreprises. Pour autant, il convient de souligner que le caractère dissuasif de la sanction disciplinaire n'a qu'un effet relatif sur les autres salariés de l'entreprise. Si l'employeur s'aventurait à divulguer publiquement les raisons qui l'ont conduit à sanctionner le salarié fautif, il prendrait alors le risque de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation. En effet, de tels propos exposeraient l'employeur à une condamnation par

---

2133 C. Michaud, *La peine et l'intérêt général*, Thèse, Université de Poitiers, 2011.

2134 Sur la fonction réparatrice de la peine pénale, v. B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. Robert, LGDJ, Bibl. des sciences criminelles, 2007.

2135 P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, 3e éd., 2019, p. 387.

2136 CP, art. 130-1. Plus exactement, la peine pénale assure la protection de la société, prévient la commission de nouvelles infractions et restaure l'équilibre social. V. également C. Michaud, *La peine et l'intérêt général*, *op. cit.*

2137 C. trav., art. L. 1321-1, 3°. L'employeur dispose d'un pouvoir unilatéral dans la rédaction du règlement intérieur, dès lors que ce dernier est établi dans le respect des lois qui le règlementent. Ce document est susceptible d'un contrôle exercé par l'inspecteur du travail.

le juge au titre du préjudice de réputation. D'ailleurs, la Cour de cassation a considéré que « même s'il est justifié par une faute grave du salarié, le licenciement peut causer à celui-ci, en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné, un préjudice dont il est fondé à demander réparation »[2138]. En l'espèce, l'employeur avait répandu en public que le salarié avait été licencié car « il prenait de la drogue et qu'il était un voleur ». Si on applique ce raisonnement à toute sanction disciplinaire consécutive à une absence injustifiée, l'effet de la dissuasion ne peut qu'être limité à l'égard des autres salariés de l'entreprise. En effet, ces derniers ne pourraient être dissuadés de s'absenter pour les mêmes raisons que le salarié sanctionné puisque l'employeur ne prendrait pas le risque de les informer. Ainsi, le risque de faire publiquement état d'un comportement qui causerait un préjudice de réputation au salarié contraint l'employeur au silence. Par conséquent, les autres salariés n'en seront pas informés. Partant, si le caractère coercitif de la sanction présente un effet *dissuasif* pour le salarié concerné par le comportement fautif, celui-ci n'aura qu'un effet relatif auprès des autres salariés de l'entreprise.

§2 : La prise en considération apparente des intérêts du salarié dans le traitement de l'absence

606.- Plan. Dans le traitement de l'absence, la prise en considération des intérêts de l'entreprise est affirmée. Cependant, il apparaît que la protection des intérêts de l'entreprise s'effectue au détriment de ceux du salarié. Certes, ce dernier bénéficie, sous certaines conditions, d'une protection dans le traitement de l'absence lorsque son absence est justifiée. Toutefois, cette protection est largement limitée. En effet, la précarité de la protection du salarié dans le traitement de l'absence s'observe tant à l'égard du salarié absent **(I)** que du salarié remplaçant **(II)**.

I- Une protection précaire des intérêts du salarié absent

607.- Plan. Le salarié absent bénéficie de protections juridiques à différents égards. La protection est en premier lieu contractuelle. À l'évidence, une telle protection est applicable lorsque le salarié s'absente de manière justifiée. Son emploi est donc en principe protégé, pendant la période d'absence par le mécanisme de la suspension du contrat de travail. Or, l'hypothèse d'une absence justifiée n'est pas une garantie absolue de la protection de l'emploi

[2138] Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966 ; *JCP S* 2021, n° 9, p. 21, obs. A. Barège ; *Dr. soc.* 2021, n° 3, p. 272, obs. J. Mouly ; *Lexbase soc.* 2021, n° 851, obs. P. Lokiec.

absolue puisque l'issue de la période de suspension peut donner lieu à la rupture du contrat de travail **(A)**. En outre, le salarié absent bénéficie d'une protection économique. Une telle protection est accrue lorsque l'absence du salarié est dûment justifiée. Cependant, le salarié dont l'absence est injustifiée voire fautive bénéficie également d'une telle protection lorsque cette absence donne lieu à un licenciement. L'assurance chômage assure ainsi au salarié licencié pour absence injustifiée le versement d'allocations chômage pour la perte de son emploi **(B)**.

A) Une protection contractuelle fragile

608.- La suspension du contrat de travail comme protection contractuelle du salarié dont l'absence est justifiée. La protection contractuelle ne bénéficie qu'au salarié en situation d'absence justifiée. Partant, l'absence dûment justifiée sur le fond et sur la forme donne lieu, en principe, à la suspension du contrat de travail. Ainsi, le contrat de travail du salarié est suspendu lorsque le salarié est contraint de s'absenter en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle[2139], pour la maladie ordinaire[2140], mais également pour les congés comme le congé maternité[2141], le congé d'adoption[2142] ou encore pour le congé parental d'éducation[2143]. Par ailleurs, l'exercice légitime du droit de grève suspend également le contrat de travail[2144]. Le mécanisme de la suspension du contrat de travail a pour but la protection de l'emploi du salarié. En effet, durant cette période, il existe une paralysie temporaire des principales obligations des deux parties au contrat de travail. Ainsi, la suspension du contrat de travail peut être définie comme une période contractuelle durant laquelle « le travailleur est fondé à refuser sa prestation de travail ou l'employeur à s'abstenir de fournir du travail »[2145]. La suspension du contrat de travail est en apparence un mécanisme contractuel protecteur puisqu'elle entraîne, en principe, une interdiction pour l'employeur de rompre la relation contractuelle. De plus, comme l'affirment certains auteurs, « la suspension n'assure pas seulement la persistance d'obligations provisoirement inexécutées ; elle fait échec

2139 C. trav., art. L. 1226-7, al. 1er.
2140 C. trav., art. L. 1226-1-2.
2141 C. trav., art. L. 1225-4, al. 1er.
2142 C. trav., art. L. 1225-37, al. 1er.
2143 C. trav., art. L. 1225-47, 1°.
2144 C. trav. art. L. 2511-1, al. 1er.
2145 J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis, 1970, p. 491. Les auteurs du Précis Dalloz retiennent d'ailleurs cette définition en lieu et place d'une définition qui se voudrait certes plus précise, mais trop restrictive pour englober toutes les situations qui donnent lieu à la suspension du contrat de travail. V. en ce sens : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.,* p. 508.

à des ruptures de contrat qui pourraient résulter d'évènements indépendants de ceux qui justifient l'inexécution momentanée des obligations principales »[2146]. C'est notamment le cas de la salariée enceinte, qui ne peut être licenciée qu'en cas de commission d'une faute grave non liée à son état de grossesse ou de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail[2147]. Il en va également du salarié dont le contrat de travail est suspendu en raison d'une maladie ordinaire et, à plus forte raison, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle[2148]. Pour autant, il convient de préciser que cette interdiction dans chacun des cas présente un degré qui varie en fonction du motif à l'origine de la suspension. Cette protection peut être qualifiée d'*absolue* pour les salariées enceintes ou venant d'accoucher, de *ferme* pour les AT-MP et de *classique* pour la maladie ordinaire.

609.- Les limites de la suspension du contrat de travail comme protection contractuelle. Le mécanisme de la suspension du contrat de travail assure en principe la pérennité du contrat de travail du salarié dont l'absence est justifiée. Toutefois, une telle protection n'est pas absolue. Certains modes de ruptures sont admis durant cette période. C'est notamment le cas de la rupture conventionnelle. De jurisprudence constante, les magistrats admettent qu'une rupture conventionnelle puisse être conclue durant la période de suspension, mettant fin aux relations contractuelles entre l'employeur et le salarié[2149]. L'admission d'un tel mode de rupture pendant la période de suspension est critiquable. Elle l'est d'autant plus lorsque cette dernière est liée à la survenue d'un risque professionnel. Dans ce dernier cas, la responsabilité de l'employeur devrait faire obstacle à tout mode de rupture du contrat de travail dans laquelle il est, en tout ou partie, à l'initiative. En effet, la rupture conventionnelle est en

---

[2146] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *op. cit.*, p. 488.

[2147] C. trav., art. L. 1225-4 al. 2. Cette interdiction s'étend aux mesures préparatoires au licenciement : Dir. 92/85 du 19 oct. 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 10 ; CJCE, 11 oct. 2007, aff. C-740/06. Cette jurisprudence est reprise en droit interne par la Cour de cassation. V. en ce sens : Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-15.794 ; *Europe* 2024, n° 10, p. 5, chron. A.-S. Chone-Grimaldi ; *JSL* 2024, n° 557, p. 10, obs. M. Hautefort ; *JCP S* 2024, n° 2, p. 37, obs. T. Lahalle ; *SSL* 2023, n° 27072, p. 10, note M. Szwarcberg ; Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299 ; *BJT* 2010, n° 224, p. 342, note F.-J. Pansier ; *LPA* 2011, n° 55, p. 16, note V. Fraissinier-Amiot ; *JCP S* 2011, n° 1, p. 29, obs. B. Bossu ; *RDT* 2011, n° 1, p. 31, note M. Mercat-Bruns ; *Dr. soc.* 2010, n° 12, p. 1256, note F. Favennec-Héry.

[2148] C. trav., art. L. 1226-9. Sur la distinction existant entre la maladie ordinaire et la maladie professionnelle, v. en ce sens : V. Bordas, « La distinction entre maladie professionnelle et non professionnelle », *JT* 2025, n° 281, p. 17.

[2149] Sur la validité de la rupture conventionnelle conclue pendant la suspension du contrat de travail pour accident du travail, v. en ce sens : Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 13-27.212, *précité* ; Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297, *précité*. Sur la validité de la rupture conventionnelle conclue pendant la suspension du contrat de travail pour congé maternité, v. en ce sens : Cass. soc., 25 mars 2014, n° 13-23.368 ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 263, p. 17, chron. V. Orif ; *JSL* 2015, n° 388, p. 19, note J.-P. Lhernould ; *BJT* 2015, n° 274, p. 264, obs. J. Icard ; *Lexbase soc.* 2015, n° 608, obs. C. Radé.

théorie un mode de rupture du contrat de travail dont l'initiative est conjointe, c'est-à-dire partagée entre l'employeur est le salarié. Or, en pratique, l'employeur joue un rôle majeur dans la rupture. Jean Mouly relève qu'à travers la rupture conventionnelle, « le législateur avait souhaité mettre à la disposition de l'employeur une technique concurrente évinçant le droit commun du licenciement »[2150]. La validité de la conclusion d'une rupture conventionnelle en cours de période de suspension est donc contestable. Elle porterait atteinte à la protection contractuelle inhérente à cette période, pouvant être analysée comme un moyen permettant à l'employeur de contourner le principe d'interdiction de licencier en cours de période de suspension. Par ailleurs, dans certaines situations d'absence justifiée, la rupture du contrat de travail fait suite à la période de suspension. Cette dernière s'analyse alors comme un « prélude » au licenciement[2151]. Partant, l'existence d'une telle possibilité ne permet pas d'affirmer que la suspension du contrat de travail consiste en une protection absolue contre le licenciement. L'absence pour maladie constitue l'exemple le plus évocateur. En effet, le salarié malade bénéficie, pendant sa période d'absence, de la suspension de son contrat de travail. Toutefois, à l'issue de cette période, il peut être licencié pour inaptitude ou pour absences répétées ou prolongées. Cette possible rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur démontre que la protection inhérente à la période de suspension est limitée.

B) Une protection économique relative

610.- La protection économique du salarié absent en cours de relation contractuelle. Dans le traitement de l'absence, la protection économique du salarié absent est prise en considération. Une telle protection est nécessaire pour garantir la sécurité économique du salarié. En effet, la fonction économique du travail imprègne très largement la relation de travail. Le travail est ainsi, de manière incontestable, perçue comme une « activité de "survie" » économique et sociale[2152]. C'est la raison pour laquelle la plupart des situations d'absence justifiée ouvrent droit au bénéfice d'un revenu de remplacement pour le salarié absent. À l'évidence, une telle protection économique est exclue lorsque le salarié se trouve en situation d'absence injustifiée. Elle l'est également dans certaines situations d'absence justifiée, comme c'est le cas de la grève. En effet dans ce cas, l'employeur peut procéder à un abattement du

[2150] J. Mouly, « La rupture conventionnelle *versus* la protection des salariés victimes des risques professionnels ou en état de grossesse », *Dr. soc.* 2015, p. 399.
[2151] G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, A. Fabre, *Droit du travail, op. cit.*, p. 512.
[2152] D. Gardes, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail, op. cit.,* p. 74.

salaire proportionnel à la durée du travail. Par ailleurs, bien que le salarié absent soit éligible au bénéfice du revenu de remplacement, ce dernier ne correspond pas au salaire habituellement perçu par le salarié lorsqu'il exerce sa prestation de travail. Le revenu de remplacement, qui prend la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale, ne correspond qu'à une fraction de ses revenus, dans la limite d'un plafond[2153]. Elle ne peut s'étendre au-delà d'une période de trois ans[2154]. Le différentiel peut être compensé par une indemnité complémentaire versée par l'employeur[2155]. Cependant, cette dernière demeure partielle et ne permet pas d'atteindre le montant du salaire habituellement perçu par le salarié[2156]. En outre, elle est dégressive, ce qui signifie que son montant du revenu de remplacement diminue à compter du trente et unième jour d'arrêt. Elle est également limitée, puisque les dispositions en vigueur prévoient qu'elle ne peut dépasser quatre-vingt-dix jours[2157]. En définitive, la protection économique du salarié dont l'absence est justifiée est le plus souvent assurée. Toutefois, une telle protection est loin d'être absolue en raison de son caractère partiel et dégressif de l'indemnité complémentaire, qui conduit à assurer une protection relative, surtout si le salarié est contraint de s'absenter pour une durée relativement longue. De ce point de vue disparités peuvent être constatées entre le secteur privé et le secteur public. En effet, le régime applicable dans la fonction publique apparaît plus favorable à différents égards. D'une part, le délai de carence de versement des indemnités journalières n'est que d'un jour, alors qu'il est de trois jours dans le secteur privé[2158]. D'autre part, le fonctionnaire perçoit 90% de son traitement pendant les trois premiers mois, et la moitié de son traitement pendant les neuf mois suivants[2159]. Les fonctionnaires peuvent également bénéficier d'un congé de longue maladie dont la durée maximale est de trois ans[2160], dans les cas où la maladie le met dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions et rend nécessaire

[2153] Pour la maladie ordinaire, v. en ce sens : CSS, art. L. 323-4 al. 1er. Pour l'accident du travail ou la maladie professionnelle, v. en ce sens : CSS, art. L. 433-2 al. 1er.
[2154] CSS, art. R. 323-1, 2°.
[2155] C. trav., art. L. 1226-1, al. 1er. Pour que le salarié absent puisse bénéficier d'une telle indemnité complémentaire, il doit remplir certaines conditions. Il doit avoir au moins une année d'ancienneté dans l'entreprise, avoir transmis le certificat d'arrêt de travail dans les quarante-huit heures, être pris en charge par la sécurité sociale et être soigné sur le territoire français ou tout autre territoire de la communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'espace économique européen.
[2156] C. trav., art. D. 1226-1, 2°. Il est prévu que ce montant soit corresponde à 90% de la rémunération brute du salarié durant les trente premiers jours d'absence. Ce montant sera abaissé aux deux tiers de cette rémunération durant les trente jours suivants. Les dispositions conventionnelles peuvent toutefois prévoir un montant d'indemnisation plus favorable.
[2157] C. trav., art. D. 1226-2.
[2158] L. n° 2017-1837 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018 (*JORF* n° 0305 du 31 déc. 2017), art. 115, I.
[2159] CGFP, art. L. 822-3, al. 1er.
[2160] CGFP, art. L. 822-7.

un traitement et des soins prolongés[2161]. Le fonctionnaire malade bénéficie donc d'une protection économique plus favorable que le salarié absent pour maladie.

611.- La protection économique du salarié absent à l'issue de la relation contractuelle. La période d'absence, que cette dernière soit justifiée ou injustifiée, peut donner lieu à une rupture du contrat de travail. Tout d'abord, le salarié dont l'absence est justifiée peut voir son contrat de travail rompu à l'issue de la période de suspension du contrat de travail[2162]. Ainsi, il peut être licencié pour inaptitude, ou pour absences répétées ou prolongées. Dans ces deux cas, le licenciement ouvre droit pour le salarié au bénéfice d'allocations chômage. Ces dernières sont toutefois conditionnées au fait que la personne soit apte au travail, qu'elle recherche un nouvel emploi, qu'il ait atteint un certain âge et qu'elle justifie d'une durée d'activité antérieure[2163]. L'assiette de calcul du montant de l'allocation chômage est la rémunération perçue par le salarié lors de son dernier emploi[2164]. Le montant peut être dégressif[2165]. Depuis 2021, l'allocation chômage est dégressive à compter du septième mois d'indemnisation, soit du 183e jour d'indemnisation, dans la limite d'un montant journalier plancher[2166]. Par ailleurs, la durée d'indemnisation est limitée en fonction de l'âge du bénéficiaire[2167]. À l'évidence, le bénéfice d'une telle allocation chômage permet notamment d'assurer la protection du salarié absent[2168], si la période de suspension du contrat de travail donne lieu à un licenciement ou à une rupture conventionnelle. Cette dernière demeure limitée dans la mesure où elle n'est que temporaire et, pour la plupart des bénéficiaires, dégressive. Cette protection économique à l'issue de la relation contractuelle est d'autant plus précaire si les absences à l'origine du licenciement étaient injustifiées. En effet, le salarié dont l'absence est injustifiée peut voir son contrat de travail rompu pour abandon de poste. Or, si jusqu'à très récemment un tel licenciement ouvrait droit au bénéfice d'allocations chômage, ce n'est plus le

2161 CGFP, art. L. 822-6.
2162 Il peut s'agir soit d'une « privation involontaire d'emploi », c'est-à-dire d'un licenciement : v. C. trav., art. L. 5422-1, 1°. Il peut également s'agir d'une rupture conventionnelle individuelle (C. trav., art. L. 5422-1, I-, 2°) ou d'une rupture conventionnelle collective (C. trav., art. L. 5422-1, I-, 3°).
2163 C. trav., art. L. 5422-1, I-.
2164 C. trav., art. L. 5423-3, al. 1er.
2165 C. trav., art. L. 5422-3, al. 3.
2166 Circ. Unédic n° 2021-13 du 19 oct. 2021 relative à la règlementation d'assurance chômage applicable au 1er octobre 2021.
2167 C. trav., art. L. 5422-2.
2168 Ce n'est pas là l'unique finalité de l'allocation chômage, étant précisé qu'elle constitue un mécanisme assurantiel général contre la perte d'emploi.

cas depuis la loi du 21 décembre 2022[2169] et le décret du 17 avril 2023[2170]. En effet, le salarié qui ne reprend pas le travail après que l'employeur l'a mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste est considéré comme démissionnaire[2171]. Par conséquent, il n'est plus considéré comme involontairement privé d'emploi et ne peut accéder aux prestations d'assurance chômage. Ces textes portent une atteinte importante à la protection économique du salarié dont le contrat de travail a été rompu à la suite d'absences injustifiées et qui sont de nature à caractériser un abandon de poste. La situation économique de ce dernier est précaire car, à l'instar d'un salarié démissionnaire, il se verra privé d'indemnité de licenciement.

II- Une protection précaire des intérêts du salarié remplaçant

612.- Plan. Le salarié remplaçant bénéficie également de certaines protections juridiques, bien que ces dernières soient relativement précaires. Sur le plan contractuel, la protection est quasiment inexistante **(A)**. Fort heureusement, une telle précarité n'est pas dénuée de contrepartie. La précarité contractuelle est compensée par la protection économique du salarié remplaçant. Bien que cette dernière soit limitée et, le salarié remplaçant bénéficie de différentes indemnités en raison de la nature précaire de son contrat de travail **(B)**.

A) Une précarité contractuelle indéniable

613.- Le recours à des formes de contrats de travail précaires. Pour pallier l'absence d'un salarié, l'employeur peut recourir au remplacement de ce dernier. Le cas échéant, il recrute un salarié remplaçant. Pour ce faire, une forme de contrat de travail apparaît particulièrement opportune. Le CDD à terme imprécis permet de remplacer le salarié absent pour l'intégralité de la période d'absence[2172]. Le contrat prend fin la veille du jour où le salarié absent reprend le travail. Une telle forme de contrat prend en considération les intérêts de l'employeur. En effet, elle permet de lutter contre la désorganisation d'un service voire de

[2169] L. n° 2022-1598 du 21 déc. 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi (*JORF* n° 0296 du 22 déc. 2022), art. 4.
[2170] D. n° 2023-275 du 17 avr. 2023 sur la mise en œuvre de la présomption de démission en cas d'abandon de poste volontaire du salarié.
[2171] C. trav., art. L. 1237-1-1.
[2172] C. trav., art. L. 1242-7. L'alinéa 2 de cet article prévoit que par exception, le CDD peut « ne pas comporter de terme précis » dans un certain nombre de cas limitatifs, notamment pour le remplacement d'un salarié absent (1° art. *précité*) ou pour le remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu (2° art. *précité*).

l'entreprise liée à l'absence. En outre, le contrat de travail du salarié ne peut, en principe, pas être prolongé après que le salarié remplacé ait repris le travail. Le CDD sera ainsi rompu lors du retour du salarié remplacé dans l'entreprise et au plus tard, deux jours après ce retour[2173]. Or, par définition, la date de ce dernier est inconnue lorsque le salarié remplaçant est recruté. Cela vaut pour une absence pour maladie, qu'elle soit ordinaire ou d'origine professionnelle, pour un congé maternité ou pour un congé familial. Partant, l'incertitude liée au terme du contrat participe inéluctablement de la précarité de l'emploi du salarié remplaçant. Ce dernier ne pourra anticiper la perte de son emploi, qui surviendra de manière brutale. Or, pour diminuer les conséquences liées à cette incertitude, le législateur prévoit que le CDD à terme imprécis doit prévoir une durée minimale[2174]. Cette dernière permet au salarié remplaçant d'assurer la continuité de son emploi pendant cette durée. De la même manière, le CDD de remplacement ne peut continuer après le licenciement du salarié remplacé[2175]. En effet, dans ce cas, le CDD de remplacement perd son motif[2176]. Ainsi, le CDD de remplacement à terme imprécis cessera à la date effective du licenciement du salarié remplacé. Or, cette position jurisprudentielle est regrettable. En effet, elle permet d'encadrer le CDD et d'éviter de systématiser cette forme précaire de contrat de travail. Cependant, la Cour de cassation aurait pu considérer que dans ce cas, le CDD du salarié remplaçant devait évoluer en CDI. En effet, le contrat de travail du salarié remplacé ayant été rompu, il existe en théorie une perte de main-d'œuvre pour l'employeur. Or, ce dernier pourrait facilement pallier cette perte en recrutant en CDI le salarié remplaçant. Une telle solution paraîtrait opportune puisque le salarié remplaçant a bénéficié d'une formation spécifiquement pour ces missions.

614.- Des mesures éparses de protection de l'emploi du salarié remplaçant. Si la précarité contractuelle du salarié remplaçant est indéniable, certaines mesures contribuent à assurer, de manière très partielle, la protection de son emploi. En effet, il est prévu que si le CDD se poursuit après l'échéance du terme, ce dernier est requalifié en CDI[2177]. Une telle solution a dans un premier temps été jurisprudentielle, avant d'avoir reçu une consécration légale[2178]. Cette requalification semble participer de la protection contractuelle du salarié

[2173] C . trav., art. L. 1243-7.
[2174] C. trav., art. L. 1242-7, *précité*.
[2175] Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 18-12.446 ; *Dr. soc.* 2020, n° 10, p. 847, chron. S. Tournaux et L. Bento de Carvalho ; *LPA* 2020, n° 33, p. 18, obs. M. Richevaux ; *JCP S* 2019, n° 43, p. 26, note F. Bousez.
[2176] J. Savatier, « Le terme du contrat conclu pour remplacer un salarié absent », *Dr. soc.* 1996, p. 141.
[2177] C. trav., art. L. 1243-11 al. 1er.
[2178] V. en ce sens : Cass. soc., 17 déc. 1985, n° 83-40.107.

remplaçant. Toutefois, ce texte a eu l'occasion d'être précisé à plusieurs reprises. Une telle requalification automatique étant préjudiciable aux intérêts de l'entreprise, de nombreuses situations ont donné lieu à des exceptions. La disposition législative précitée fait l'objet d'une appréciation jurisprudentielle relativement souple. Par exemple, il a été jugé que le fait, pour le salarié remplaçant, de ne travailler que quelques heures après le terme du CDD n'est pas de nature à entraîner la requalification en CDI[2179]. De même, l'article L. 1244-1 du Code du travail prévoit le contournement de la requalification du CDD en CDI. Il permet à l'employeur de conclure des CDD de remplacement successifs avec le même salarié, sous réserve que ces contrats n'aient pas pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise[2180]. Ainsi, la conclusion d'un nouveau CDD permet au salarié remplaçant de continuer à exercer son travail dans l'entreprise en dépit du fait que le précédent CDD soit arrivé à terme. En réalité, l'analyse de l'ensemble de ces dispositions permet d'identifier la finalité de requalification du CDD en CDI. Cette sanction de l'employeur participe de la lutte contre le recours abusif au CDD. Toutefois, il est à regretter le fait que les intérêts du salarié remplaçant ne soient pas davantage protégés. Certes, il existe une disposition du Code du travail qui semble poursuivre cette finalité. En ce sens, l'article L. 1242-17 du Code du travail prévoit que lorsqu'un salarié titulaire d'un CDD en fait la demande et qu'il justifie d'une ancienneté continue d'au moins six mois dans l'entreprise, l'employeur est tenu de l'informer des postes en CDI à pourvoir dans l'entreprise. Cependant, ce texte a fait l'objet d'une réforme par une loi de 2023[2181]. Cette nouvelle disposition se substitue à l'ancienne obligation générale d'information dont l'employeur était débiteur au profit de l'ensemble des salariés en CDD[2182]. Il y a donc là un recul en matière d'obligation d'information, puisque l'employeur n'y est tenu que si le salarié en CDD en fait la demande et qu'il répond à une condition d'ancienneté. Par ailleurs, il est regrettable que les salariés en CDD ne bénéficient

[2179] Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.549.

[2180] V. en ce sens. : Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966 ; *Dr. soc.* 2021, n° 2, p. 167, note L. Bento de Carvalho ; *JCP E* 2018, n° 49, p. 33, chron. J.-F. Cesaro ; *Dr. ouvr.* 2018, n° 841, p. 502, note S. Tournaux ; *RDT* 2018, n° 4, p. 286, note D. Baugard ; *Dr. soc.* 2018, n° 4, p. 364, note J. Mouly. Conf. par : Cass. soc., 9 fév. 2022, n° 20-17.295 ; Cass. soc., 15 janv. 2025, n° 23-20.168 ; *JCP E* 2025, n° 14, p. 51, note L. Dauxerre ; *JCP S* 2025, n° 11, p. 34, note F. Bousez ; *JSL*, n° 602, p. 20, obs. D. Fallik.

[2181] L. n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture (*JORF* n° 0059 du 10 mars 2023).

[2182] C. trav., ancien art. L. 1242-17. Ce texte prévoyait que : « l'employeur porte à la connaissance des salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée la liste des postes à pourvoir dans l'entreprise par des contrats de travail à durée indéterminée lorsqu'un tel dispositif d'information existe déjà pour les salariés bénéficiant d'un contrat à durée déterminée ».

pas d'une réelle priorité d'embauche, comme c'est par exemple le cas des salariés en CDI à temps partiel qui convoitent un poste à temps plein[2183].

B) Une protection économique relative

615.- Une précarité contractuelle compensée par le bénéfice d'une indemnité de précarité propre au CDD. En raison de la nature précaire du CDD, le législateur a prévu des indemnités de licenciement propres à cette forme de contrat de travail. L'article L. 1243-8 du Code du travail prévoit une indemnité de fin de contrat « destinée à compenser la précarité de sa situation »[2184]. Partant, la fonction de cette indemnité ne fait nul doute, puisqu'elle est expressément indiquée par le législateur. Elle est égale à 10% de la rémunération brute du salarié et constitue un complément de salaire[2185]. Toutefois, le montant de cette indemnité peut être abaissé à 6% si l'employeur s'engage à offrir au salarié une formation professionnelle[2186]. Le fait d'abaisser le montant de cette indemnité dans cette hypothèse interroge. Le salarié dont le CDD arrive à terme se voit accéder à une formation professionnelle qui lui permettra en principe d'accéder plus facilement à un nouvel emploi. Cependant, cela n'a rien d'automatique. Le salarié peut également rester sans emploi, se trouvant alors dans une situation de précarité financière importante. En outre, la finalité d'une telle indemnité réside dans la compensation de la situation de précarité dans laquelle le salarié en CDD est placé. Or, cette situation n'est nullement effacée par une formation professionnelle une fois le CDD arrivé à terme. L'abaissement de cette indemnité semble avoir pour finalité d'inciter l'employeur à offrir une formation professionnelle au salarié en CDD. Cette politique incitative est certes bienvenue, mais il est à déplorer qu'elle s'effectue au détriment de la protection économique du salarié. Par ailleurs, lorsque le salarié remplaçant effectue sa mission dans le cadre d'un CDD à terme imprécis, la précarité économique de sa situation s'en trouve renforcée. En effet, l'incertitude liée à la date de fin de contrat est source d'un accroissement de sa situation de précarité, tant contractuelle qu'économique. Le CDD à terme imprécis pourrait donc être à l'origine d'une prime de précarité plus importante. Or, il n'en est rien. D'ailleurs, le salarié recruté en CDD pour un emploi saisonnier se voit privé du bénéfice de la prime de précarité par les dispositions

[2183] C. trav., art. L. 3123-3.
[2184] C. trav., art. L. 1243-8, al. 1er.
[2185] *Ibid.*
[2186] C. trav., art. L. 1243-9.

législatives[2187]. Or, le CDD saisonnier peut être conclu à terme imprécis. La privation de cette prime est liée au fait qu'il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI pour les contrats saisonniers. Or, là encore, les intérêts de l'employeur supplantent ceux du salarié en CDD. Le fait que le salarié soit recruté en CDD saisonnier n'enlève en rien la précarité inhérente à ce type de contrat. Partant, il est difficilement acceptable qu'il soit privé du bénéfice de la prime de précarité. Ce n'est toutefois pas la position du Conseil constitutionnel, qui avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à ce sujet en 2014. Selon le juge constitutionnel, cette exclusion est conforme à la Constitution puisque la différence de traitement est fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi[2188]. L'heure ne semble donc pas à la reconnaissance d'une prime de précarité accrue au profit des salariés titulaires d'un CDD à terme imprécis.

616.- Une protection économique par l'indemnisation chômage. La protection économique du salarié remplaçant est en demi-teinte. En effet, elle n'est pas systématique et le salarié doit avoir préalablement satisfait à plusieurs conditions pour bénéficier des allocations chômage. La fin du CDD est considérée comme une perte involontaire d'emploi sur le plan du bénéfice de l'indemnisation chômage[2189]. Pour accéder au bénéfice de l'indemnisation chômage, le salarié doit avoir travaillé durant au moins six mois au cours des vingt-quatre derniers mois[2190]. En deçà de cette période minimale d'affiliation, le salarié se verra privé des allocations chômage. Ce texte prive donc de cette protection économique les salariés qui ont effectué un CDD de remplacement court. Cependant, les CDD successifs permettront au salarié de bénéficier des allocations chômage, sous réserve que la durée précitée d'ouverture des droits soit atteinte.

2187 C. trav., art. L. 1243-10, 1°.

2188 Cons. const., 13 juin 2014, QPC n° 2014-402 ; *Dr. soc.* 2014, n° 7-8, p. 682, comm. J. Mouly ; *Cahiers sociaux du barreau de Paris : jurisp. Sociale* 2014, n° 266, p. 505, comm. J. Icard ; *Dr. ouvr.* 2014, n° 797, p. 831, comm. R. Marié.

2189 D. n° 2019-797 du 26 juill. 2019 relatif au régime d'assurance chômage.

2190 *Ibid.*, art. 3. Ce texte précise que la durée d'affiliation minimale est de 130 jours travaillés, soit 910 heures travaillées.

*
* *

617.- Conclusion de la Section 2. Les régimes juridiques applicables offrent à l'employeur un arsenal de dispositifs pour faire face à une situation d'absence. La possibilité de suspendre le salaire du salarié absent, de le remplacer voire, dans certains cas, de le licencier sont autant d'exemples liés à la facilité pour l'employeur de faire face à une absence. Si le salarié en situation d'absence justifiée bénéficie à son tour d'une protection (contractuelle voire économique), reste que cette dernière est susceptible d'être mise en péril au nom des intérêts de l'entreprise. L'ensemble des dispositifs permettant à l'employeur de pallier une situation d'absence conduisent ainsi à faciliter le traitement de l'absence au travail pour l'employeur.

Conclusion du Chapitre 2

618.- Le traitement de l'absence par le droit social exclut la cause première de l'absence. Cela s'explique par le fait que les éléments à l'origine de l'absence sont complexes à appréhender, tandis que ses conséquences sont aisées à régir.

619.- La *cause première* d'une absence peut être difficile à déterminer. Dans certains cas, la cause première correspond directement à la cause immédiate. C'est le cas de nombreux congés – comme le congé maternité – pour lesquels la cause première et la cause immédiate sont identiques. C'est également le cas du congé de formation par exemple, pour lequel le salarié doit démontrer qu'il va suivre une formation pour laquelle il bénéficiera d'un droit à congé. Cependant, dans certains cas, il existe une causalité complexe, parfois plurale. Dans ce cas, une *cause immédiate* d'absence peut être de nature à dissimuler une cause première plus profonde : la maladie. En effet, s'agissant de l'absence pour maladie, de nombreux facteurs interviennent et sont susceptibles de masquer une cause première distincte de l'incapacité de travail. Par exemple, le ressenti personnel du patient face à la maladie, la place qu'il occupe dans la prescription de l'arrêt de travail, mais également le secret médical, sont autant de facteurs susceptibles de dissimuler d'autres causes premières. Or, le droit positif applicable incite l'employeur à s'en tenir au certificat médical d'arrêt de travail, alors même que des facteurs liés au travail et sur lesquels il aurait un pouvoir d'action – comme l'insatisfaction au travail – pourraient être à l'origine de l'absence.

620.- Il apparaît que les régimes juridiques d'absence en droit social ont été construits presqu'exclusivement pour traiter les conséquences juridiques de la situation d'absence. Partant, les dispositifs juridiques existants permettent à l'employeur de réagir à une situation d'absence, par exemple en remplaçant le salarié absent ou en lui permettant de suspendre le versement du salaire. En réalité, de tels dispositifs s'expliquent par la facilité pour les acteurs du droit social de les créer. Or, il apparaît regrettable que ces dispositifs aient pour principale finalité la protection des intérêts de l'entreprise devant répondre à une situation d'absence. Par conséquent, les intérêts du salarié s'en trouvent affectés, et l'employeur n'est pas encouragé à prendre des mesures de prévention des absences.

Conclusion du Titre 1

621.- L'analyse de l'évolution de la notion juridique en droit social, mais également celle des régimes juridiques existants conduisent au constat suivant : l'absence souffrirait d'une conception restrictive.

622.- Historiquement, l'absence en droit social a été construite sur le modèle industriel. Elle répondait ainsi aux spécificités du travail industriel. Depuis lors, le travail a évolué : les formes de travail se sont diversifiées, et la relation de travail a évolué. Par conséquent, le maintien de la conception historique de l'absence interroge. L'application de l'absence telle qu'elle a été historiquement construite, aux nouvelles formes de travail conduit en réalité à une perte de lisibilité de l'absence, aussi bien à l'égard de sa qualification qu'à l'égard de l'application de ses régimes juridiques. Désormais, dans plusieurs situations, il est difficile de déterminer si le salarié est *présent* ou *absent* du travail. En outre, l'évolution des régimes juridiques de l'absence et la prise en considération croissante des intérêts de l'entreprise face à une situation d'absence conduisent à troubler la frontière qui existe entre les *absences justifiées* et celle des *absences injustifiées*.

623.- Actuellement, les régimes juridiques d'absence créés s'inscrivent dans une approche *curative et individuelle*. En effet, le droit applicable à la situation du salarié absent permet à l'employeur de réagir à une situation d'absence. Il vise à sauvegarder les intérêts de l'entreprise qui est affectée par une situation d'absence. Par exemple, et sous réserve de respecter certains impératifs, l'employeur pourra suspendre le versement du salaire pendant la durée de l'absence, recourir à des contrats précaires pour remplacer le salarié absent, voire rompre son contrat de travail. Il peut sembler regrettable que l'absence soit traitée en réaction à une situation, sans s'attacher aux causes plus profondes qui permettraient de diminuer les absences.

624.- Le traitement *curatif et individuel* de l'absence est nécessaire. Toutefois, il semblerait opportun d'introduire une dimension collective des absences – c'est-à-dire la pluralité des absences au niveau d'une entreprise – dans une logique de prévention des absences.

TITRE 2 : UN SYSTEME GENERAL DE PREVENTION COMME OUTIL JURIDIQUE DE REGULATION DES ABSENCES

625.- La notion d'absence, telle qu'elle est entendue actuellement en droit social est, à certains égards, trop restrictive. Partant, il apparaît nécessaire de repenser la notion d'absence en droit social pour l'adapter à l'évolution du travail.

626.- Actuellement, les régimes juridiques existants régissent exclusivement l'absence d'un salarié pris individuellement, par des mesures dites *curatives*. Certes, la *dimension individuelle* de l'absence est nécessaire puisqu'elle permet de traiter les conséquences de l'absence, en mettant en place des mesures curatives lorsqu'une absence survient. Toutefois, elle n'est pas suffisante à elle seule. Il est nécessaire d'envisager les absences d'une entreprise dans leur *dimension collective*. En d'autres termes, il apparaît opportun de prendre en considération l'ensemble des absences des salariés d'une entreprise. Or, seules quelques dispositions éparses invitent l'employeur à identifier le taux d'absences collectives dans l'entreprise, à travers l'indicateur de *l'absentéisme*[2191]. La portée de cet impératif doit cependant être nuancée, puisqu'il ne s'impose que dans des cas très limités. Par ailleurs, dans la mesure où les causes d'absence devant être incluses dans l'absentéisme sont imprécises, il est difficile d'apprécier concrètement ce que recouvre cette notion[2192]. En définitive, la présente étude entend préciser les causes d'absence qu'il convient d'inclure dans l'absentéisme, pour que ce dernier soit érigé en indicateur juridique d'alerte des absences **(Chapitre 1)**.

[2191] V. en ce sens : C. trav., art. R. 2312-9. Cet article prévoit les dispositions supplétives applicables aux entreprises de moins de trois cents salariés, pour l'organisation et le contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales. Ce texte précise les informations devant figurer dans cette base de données. Parmi eux, il est nécessaire de recenser les informations en matière d'investissement social (v. 1°, A- art. *précité*). Différents éléments doivent figurer dans la rubrique de l'investissement social, notamment les informations relatives aux conditions de travail (v. 1°, A-, f) art. *précité*). Plusieurs éléments sont considérés par le pouvoir réglementaire comme indicateurs des conditions de travail, notamment *l'absentéisme*.

[2192] Le vi- de l'article R. 2312-9, 1°, A-, f) est relatif à l'absentéisme. Il fournit une liste exhaustive des éléments devant être pris en considération au titre de l'absentéisme. Il s'agit du nombre de journées d'absence, du nombre de journées théoriques travaillées, du nombre de journées d'absence pour maladie, de la réparation des absences pour maladie selon leur durée, du nombre de journées d'absence pour accidents du travail et de trajet ou maladies professionnelles, du nombre de journées d'absence pour maternité, du nombre de journées d'absence pour congés autorisés tels que les congés pour évènements familiaux, congés spéciaux pour les femmes et, enfin, du nombre de journées d'absence imputables à d'autres causes.

627.- Une fois l'indicateur d'absentéisme établi avec précision, l'employeur serait en mesure d'analyser les difficultés auxquelles l'entreprise fait face en matière d'absence. Le fait de recenser les *absences collectives* d'une entreprise et les causes qui sont à l'origine de chaque absence permettrait de créer un indicateur d'alerte des absences, qui déclencherait l'obligation pour l'employeur de mettre en place des dispositifs juridiques pour tenter de les diminuer voire de les éviter. En effet, la prévention est de plus en plus présente dans les règles de droit, puisqu'elle constitue une technique de régulation[2193]. Or, pour l'heure, il est à déplorer que ce constat ne soit pas transposable en matière d'absence, puisqu'il a été démontré préalablement que les *mesures curatives* supplantaient largement les *mesures préventives*. En définitive, la diffusion d'un indicateur d'alerte permettrait de mettre en œuvre un système général de *prévention* des absences **(Chapitre 2)**.

[2193] S. Garnier, *Droit du travail et prévention. Contribution à l'étude d'un nouveau paradigme*, préf. F. Héas, LGDJ, coll. Bibl. de droit social t. 77, 2019, pp. 8-9.

CHAPITRE 1 : LA NÉCESSAIRE PRISE EN CONSIDÉRATION D'UNE DIMENSION COLLECTIVE DES ABSENCES

628.- L'élargissement des régimes juridiques d'absence à une *dimension collective* semble nécessaire. L'absentéisme doit être utilisé comme un indicateur juridique d'alerte des absences au travail, de sorte qu'il permette une politique efficace de *prévention* des absences.

629.- La mesure du volume collectif des absences dans une entreprise est un indicateur utile, à différents égards. Il permet de dépasser le spectre réducteur de l'absence individuelle, pour mettre en exergue les difficultés auxquelles l'entreprise est confrontée. En outre, la création de dispositifs en droit social n'est possible qu'en prenant en compte les réalités extrajuridiques. Les questions abordées par le droit du travail sont au carrefour de nombreuses disciplines telles que la sociologie du travail, les sciences de gestion ou les ressources humaines[2194]. Or, il est intéressant de constater que ces disciplines, que la présente étude qualifiera d'extrajuridiques, se saisissent de cette dimension collective des absences par le biais du phénomène de *l'absentéisme*. Ce dernier n'apparaît que de manière très éparse dans le Code du travail[2195]. Les enjeux de la réception de l'absentéisme par le droit social sont pourtant considérables, dans une logique de prévention des absences. Pour ce faire, il conviendra de proposer juridique un indicateur juridique de l'absentéisme en droit social **(Section 1)**.

630.- Une fois la définition de l'absentéisme établie en droit social, les modalités de cet indicateur devront être établies. En effet, en vue d'établir des mesures efficaces de prévention des absences, seules certaines causes d'absence doivent être incluses dans l'absentéisme. C'est le cas de toutes celles pour lesquelles l'employeur dispose d'un pouvoir d'action permettant de les diminuer. À l'inverse, les causes qui n'ont aucun lien avec l'environnement professionnel du salarié devront être exclues de cet indicateur[2196] **(Section 2)**.

[2194] L'interaction qu'entretient le droit social avec d'autres disciplines relève de la théorie développée par Gunther Teubner, selon laquelle le droit est un système autopoïétique. Plus exactement, il soutient que le droit est un système normativement clos mais cognitivement ouvert, ce qui explique que sa fonction est de mettre de l'ordre en entrant en communication avec d'autres disciplines. V. en ce sens : G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, 1994, p. 24.

[2195] La notion d'absentéisme apparaît seulement à un article de la partie réglementaire du code du travail : v. C. trav., art. R. 2312-9.

[2196] Il est nécessaire de constater que ces exclusions rompent avec l'indicateur d'absentéisme tel qu'il est actuellement entendu par le pouvoir réglementaire, et présenté à l'article R. 2312-9 du Code du travail. En effet,

la lecture du texte précité conduit à inclure dans l'absentéisme les congés de maternité, mais également d'autres congés tels que les congés pour évènements familiaux. Par conséquent, la présente étude n'entend pas seulement étend le champ d'application de l'article R. 2312-9 à l'ensemble des entreprises en matière d'absentéisme. Elle entend redéfinir l'absentéisme afin que cette notion intègre dans son champ de définition les seules absences dont la cause a un lien, même indirect, avec les conditions de travail. Une telle définition plus restrictive que celle qui apparait en filigrane à la lecture de l'article précité permettra d'ériger l'absentéisme en indicateur juridique d'alerte des absences au travail.

Section 1 : Les enjeux de la prise en compte d'une dimension collective des absences

631.- Plan. Si la prise en considération d'une *dimension collective* des absences est nécessaire, il convient de remarquer qu'elle n'est pas inexistante. En effet, l'étude des disciplines extrajuridiques permet de constater que la sociologie du travail, l'économie du travail ou les sciences de gestion prennent en considération les absences collectives à travers la notion de *l'absentéisme*. Ces disciplines insistent sur l'attention qu'il est nécessaire de porter à un tel indicateur. Or, la transposition de l'absentéisme en droit serait utile pour déterminer les absences collectives d'une entreprise. Ainsi, l'étude de l'absentéisme en dehors du droit social permettra de clarifier la signification de cette notion plurivoque **(§1)**. Au regard des enjeux existants en droit social, il serait pertinent que l'absentéisme soit utilisé comme un instrument juridique d'alerte des absences collectives **(§2)**.

§1 : L'étude de l'absentéisme en dehors du droit social

632.- Plan. L'absentéisme est régulièrement utilisé en dehors du droit comme un indicateur d'alerte. Il est régulièrement invoqué dans ces disciplines, pour dénoncer un nombre d'absences trop important au niveau d'une entreprise **(I)**. Il l'est également dans la sphère juridique, en dehors du droit social. L'analyse de l'utilisation de l'absentéisme dans certaines disciplines juridiques extérieures au droit social permet de constater qu'il ne fait pas systématiquement écho à une dimension collective des absences. Une telle acception de l'absentéisme semble en réalité s'expliquer au regard de sa finalité dans ces disciplines extrajuridiques **(II)**.

I- L'absentéisme comme indicateur d'alerte des absences

633.- Plan. Les disciplines extrajuridiques mettent en exergue *l'absentéisme* comme un indicateur des absences collectives. Ce terme est souvent usité lorsque ces disciplines se saisissent de l'étude de l'absence au travail. Le constat de l'hypertrophie usuelle de ce terme permet de présumer de son importance dans ces disciplines, lorsqu'il est question d'étudier l'absence au travail **(A)**. Au-delà de l'absentéisme, la lecture de la doctrine sociologique, économique et gestionnaire permet de constater l'usage fréquent du taux d'absentéisme comme

instrument de mesure de l'absentéisme. Il permet de mettre en exergue l'importance des absences dans une entreprise **(B)**.

A) L'absentéisme saisi par les disciplines extrajuridiques

634.- Plan. La dimension collective des absences au travail est exprimée par de nombreuses disciplines extrajuridiques à travers l'*absentéisme*. Si la dimension collective des absences apparaît en filigrane derrière l'emploi de ce terme, son sens précis est complexe à identifier. Les éléments déterminants de l'absentéisme sont pluraux **(1)**. En outre, l'absentéisme est souvent confondu avec le *taux d'absentéisme*. Or, il est nécessaire d'établir une distinction entre l'*absentéisme* et le *taux d'absentéisme* afin de déterminer de manière précise les éléments déterminants de chacun de ces termes **(2)**.

1. La notion d'absentéisme

635.- L'origine étymologique de l'absentéisme. Il convient de porter une attention particulière à l'étymologie, puisqu'elle permet d'éclairer le sens d'un terme[2197]. Pour abstraire une définition unique de l'absentéisme de la pluralité des définitions existantes, il est donc nécessaire de s'orienter vers l'origine étymologique de ce terme. L'absentéisme a une origine anglophone, étant issu du terme *absenteeism*[2198]. Ce dernier définit l'absence des grands propriétaires terriens dans la gestion de leurs exploitations agricoles au XIX^e^ siècle. Plus précisément, l'absentéisme est défini comme étant « l'habitude prise par les propriétaires fonciers de résider hors de leurs terres »[2199]. L'absence de ces propriétaires était source de misère pour les agriculteurs irlandais qui, en l'absence de leurs maîtres, « n'étaient pas capables ou n'osaient pas prendre la responsabilité de mesures susceptibles d'augmenter la production ou même de ne pas épuiser le sol »[2200]. Étymologiquement, l'absentéisme est donc source de conséquences dommageables, singulièrement en matière de productivité. D'abord francisé en « *absentisme* »[2201], l'anglicisme l'a par la suite emporté au profit de l'utilisation du terme

[2197] J.-H. Michel, « Aux sources de notre vocabulaire juridique. Note sur trois termes d'origine indo-européenne », *in* L. Ingber (dir.), *Le langage du droit*, Nemesis, 1991, p. 55.
[2198] *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° absentéisme.
[2199] P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, t. I, 1953, p. 17.
[2200] « L'absentéisme politique », *Courrier hebdomadaire du CRISP n° 429* 1969, p. 2.
[2201] J.-B. Say, « De l'absentisme et de ce que deviendra l'Irlande », *Rev. encyclopédique*, p. 283. « En Irlande, les terres ont été non pas vendues, mais données aux suppôts de la dynastie nouvelle. Ces gens, ne pouvant habiter au milieu d'un pays ainsi traité sont revenus en Angleterre, après avoir loué leurs biens à des spéculateurs qui les ont

« absentéisme »[2202]. Si l'on s'en tient au sens originel de ce terme, on perçoit à certains égards une connotation moralisatrice au profit de ceux qui se rendaient coupables d'*absentéisme*, à savoir les grands propriétaires terriens. Ces derniers étaient en quelque sorte défaillants dans la gestion de leurs exploitations agricoles. Cela portait nécessairement préjudice à celles-ci[2203]. Le propos d'un auteur laisse ainsi entrevoir une connotation moralisatrice au détriment du propriétaire terrien se rendant coupable de ce que l'on caractérisait alors d'absentéisme, bien qu'il relativise ce phénomène qui semblait relever plus de l'exception que de la règle[2204]. Dans un raisonnement analogue, en transposant cette acception aux absences au travail, il s'agirait de considérer qu'il existe un abus voire une fraude du salarié qui cause un préjudice à l'entreprise. Ce dernier se traduirait par une perte de productivité de l'entreprise. Or, si une telle acception de l'absentéisme est reprise par certains auteurs, elle n'est toutefois pas consensuelle[2205]. Elle ne peut donc être érigée en définition générale de l'absentéisme.

636.- Le constat du caractère plurivoque de l'absentéisme. L'absentéisme ne fait l'objet d'aucune définition universelle[2206]. La lecture des définitions données par les différents dictionnaires existants dans ce domaine illustre le constat de la polysémie de ce terme, puisque différentes significations sont dévolues à l'absentéisme au sein d'un même dictionnaire[2207]. À titre d'illustration, l'un d'eux précise que le terme *absentéisme* revêt trois significations distinctes[2208]. Il peut s'agir d'une « situation individuelle ou collective marquée par des absences

---

sous-loués à de pauvres cultivateurs ». Tel est le régime pour lequel on a créé un nouveau nom commun : l'absentisme, qui deviendra par la suite l'absentéisme. Site internet du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales de l'Académie française : https://www.cnrtl.fr/etymologie/absentéisme.

[2202] V. en ce sens : Site internet du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales de l'Académie française : https://www.cnrtl.fr/etymologie/absentéisme.

[2203] En témoigne d'ailleurs la citation d'un auteur de cette époque qui indiquait que : « […] Qu'on me dénonce les grands magnats du vin, les féodaux du vignoble, ceux qui, séjournant à Paris ou dans les villes d'eaux se contentent de percevoir ici des revenus annuels se chiffrant par millions. Ces privilégiés ne se comptent point par centaines. L'absentéisme n'est pas ici la règle ». V. en ce sens : L. Naudeau, *La France se regarde : Le problème de la natalité*, Librairie Hachette, Paris, 1931.

[2204] *Ibid.*

[2205] À titre d'illustration, Pierre Dubois voit dans l'absentéisme une « attitude passive du salarié » : P. Dubois, « Absentéisme ouvrier dans l'Industrie », *RFAS* 1977, vol. 31, n° 2, p. 15. D'autres auteurs y voient une « riposte individuelle du salarié » : H. Behrend, S. Pocock, « Absentéisme industriel : résultat d'une étude de six ans dans une entreprise », *Revue internationale du travail* 1976, p. 345. Enfin, selon le psychologue Elton Mayo, présente l'absentéisme comme « une déviation de l'état coopératif » : E. Mayo, *The social problems of an Industrial Civilization,* Harvard, 1945. Cité par : D. Weiss, *Relations industrielles. Le travail et l'organisation, l'individuel et le collectif*, Éd. Sirey, coll. « Administration des entreprises », 1980, p. 96.

[2206] M. Albert, *Absentéisme au travail : l'absence comme moyen de rétablir l'équité au travail lors d'iniquités perçues*, Mémoire de la maîtrise en gestion des organisations, Université du Québec à Chicoutimi, 2005, p. 8.

[2207] P. Jardillier, H. Bauduin, *L'absentéisme : mythes et réalités*, Éd. Entreprise moderne, coll. Centor, 2e éd., 1984, p. 1.

[2208] J.-M. Peretti, *Dictionnaire des ressources humaines*, Éd. Vuibert, 7e éd., 2015, p. 7.

au travail susceptibles d'entraîner une gêne dans le fonctionnement de l'entreprise », d'un « manque d'assiduité », ou encore d'une « absence au poste de travail pour un personnel figurant à l'effectif inscrit »[2209]. Néanmoins, il ressort de l'analyse des définitions données par la littérature gestionnaire que l'absentéisme est intimement lié à l'idée de collectivité[2210]. *L'absence* évoquerait donc une situation individuelle, tandis que *l'absentéisme* renverrait quant à lui à une pluralité d'absences et serait donc empreint d'une dimension collective. Plusieurs acceptions peuvent néanmoins être dévolues à la dimension collective des absences. L'absentéisme pourrait s'entendre d'une pluralité d'absences d'un même salarié. Une autre interprétation est également recevable : celle de l'ensemble des absences individuelles, c'est-à-dire celles de plusieurs salariés d'une même entité juridique. Or, par définition, l'adjectif « collectif » désigne un ensemble de personnes[2211]. Selon cette définition, la situation collective visée dans la définition précitée de l'absentéisme semble logiquement désigner les absences dont l'acteur n'est plus le salarié pris isolément, mais devient un ensemble de salariés ou plus largement, d'un ensemble de travailleurs.

2. La distinction terminologique entre l'absentéisme et le taux d'absentéisme

637.- L'absentéisme comme phénomène. Quelle que soit la définition retenue, l'absentéisme est présenté dans les disciplines extrajuridiques comme un *phénomène*. En effet, ce terme est classiquement défini par l'Académie française comme « ce qui apparaît, se produit, se manifeste et peut être saisi par l'expérience ou l'observation »[2212]. Selon le même dictionnaire, la seconde définition du phénomène serait « ce qui frappe l'imagination, est rare, exceptionnel »[2213]. C'est essentiellement cette seconde acception de la définition qui trouve application en matière d'absentéisme. Il peut être perçu comme une situation rare et exceptionnelle, puisqu'il a précédemment été établi que la présence au travail s'impose comme la règle, le principe. Dans un raisonnement analogue, la pluralité des absences au sein d'une entreprise apparaît donc comme un évènement anormal. Une seconde définition de ce terme, dévolue par le dictionnaire Larousse, paraît elle aussi séduisante. Il s'agirait d'un « fait observé,

2209 *Ibid.*
2210 P. Jardillier, H. Bauduin, *L'absentéisme : mythes et réalités, op. cit.*, p. 1.
2211 Le dictionnaire Larousse donne la définition suivante au terme « collectif » : « qui est le fait de plusieurs personnes. V. *Dictionnaire Larousse*, v° collectif.
2212 *Dictionnaire de l'Académie française*, v° phénomène.
2213 *Ibid.*

en particulier dans son déroulement ou comme manifestation de quelque chose »[2214]. Là encore, cette définition est probante en matière d'absentéisme puisque les disciplines extrajuridiques s'intéressent particulièrement aux causes et facteurs de ce dernier. Il serait donc bien la « manifestation », c'est-à-dire la traduction de la survenue de certains évènements, lesquels seraient alors analysés comme les causes et facteurs à l'origine de ce phénomène. Ces disciplines s'intéressent principalement à la recherche des causes d'absence qui sont à l'origine du phénomène d'absentéisme. Le champ d'investigation de l'absentéisme dans ces matières a trait à l'étude de ses causes. Il permet de mieux appréhender les conséquences de l'absentéisme, prélude nécessaire à la détermination de solutions envisageables visant à diminuer ce phénomène. En définitive, dans les disciplines extrajuridiques, l'absentéisme est perçu comme un phénomène[2215]. Il s'agit plus exactement d'un phénomène endémique, contre lequel les entreprises souhaitent lutter. En effet, l'absentéisme suscite un coût important pour les entreprises et produit des incidences délétères sur sa productivité[2216].

638.- Le taux d'absentéisme comme instrument de mesure de l'absentéisme. Si l'absentéisme est un phénomène, le taux d'absentéisme est la traduction chiffrée de ce phénomène. Il s'agit donc d'un instrument de mesure de l'absentéisme. À l'évidence, les réflexions sur la définition dévolue au taux d'absentéisme sont peu présentes dans les écrits. Le taux d'absentéisme étant un instrument de mesure, il permet seulement de révéler l'importance du phénomène d'absentéisme au sein d'une communauté de travailleurs. Il est cependant intéressant d'observer que dans les disciplines extrajuridiques, ce taux d'absentéisme fait consensus[2217], car il permettrait de totaliser « le nombre de salariés absents »[2218].

2214 *Dictionnaire Larousse*, v° phénomène.

2215 V. en ce sens : D. Monneuse, *L'absentéisme au travail. De l'analyse à l'action*, Éd. Afnor, 2015 (l'absentéisme y est décrit comme un phénomène à plusieurs reprises, notamment dans le résumé de la quatrième de couverture) ; D. Mesnard, *Absentéisme : phénomène maîtrisable ou fatalité*, Thèse, Université de Bourgogne, 1997 ; B. Coquet, *Étude du phénomène d'absentéisme dans une entreprise*, Thèse, Université de Bourgogne, 1980.

2216 S. Randon, C. Baret, C. Prioul, « La prévention de l'absentéisme du personnel soignant en gériatrie : du savoir académique à l'action managériale », *Management et avenir* 2011, p. 134 ; M. Dumas, « De la gestion de l'absentéisme à la gestion de la santé dans une entreprise de cosmétiques », *Management de la santé et de la sécurité au travail*, l'Harmattan, 2005, p. 379 ; D. Depardieu, S. Lollivier, « Les facteurs de l'absentéisme », *Economie et statistique* 1985, p. 15 ; S. Dassa, « Absentéisme au travail : phénomène socio-professionnel en situation ou expression d'évènements de santé diffus », *Sciences sociales et santé*, 1992 ; D. Côté, R. Haccoun, « L'absentéisme des femmes et des hommes : une méta-analyse », *Revue canadienne des sciences de l'Administration* 1991, p. 131 ; C. Giraud, « L'absentéisme : un symptôme organisationnel. Une lecture sociologique du cas d'une administration au plan régional », *Sociologie du travail* 1987 ; E. Vlassenko, « Mensualisation et absentéisme », *Economie et statistique*, n° 73, décembre 1975, p. 59.

2217 D. Monneuse, B. Gautier, « Quand le rendu de compte tourne au règlement de comptes, DRH et managers face à l'absentéisme », *op. cit.*, p. 133.

2218 T. Rousseau, *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir*, *op. cit.*, p. 3.

Pour relever le taux d'absentéisme, il convient de recenser l'ensemble des absences d'une entreprise sur une période déterminée. Pour ce faire, il est important de déterminer un référentiel temporel. Il peut s'agir de jours d'absence ou, de manière plus précise, d'heures d'absence. Le taux d'absentéisme se calculerait en divisant le nombre d'heures d'absence sur une période déterminée, par le nombre d'heures de présence théoriques sur cette même période. Ce rapport est d'ailleurs repris expressément par la définition donnée par le dictionnaire juridique Cornu à l'absentéisme[2219]. Ce calcul devrait donc prendre en considération les absences de l'ensemble des travailleurs d'une entreprise[2220]. Le taux d'absentéisme doit être revêtu d'une dimension collective afin qu'il ne se confonde pas avec le taux d'absence qui est propre à chaque salarié. Ce faisant, contrairement au taux d'absence, le taux d'absentéisme pourrait constituer un véritable indicateur d'alerte pour une entreprise.

B) Le taux d'absentéisme comme indicateur d'alerte

639.- Plan. L'intérêt pour une entreprise de relever le taux d'absentéisme est qu'il constitue un indicateur d'alerte. Il permet de déterminer les motifs d'absence fréquents, sur lesquels l'entreprise pourrait tenter d'agir de manière préventive. Pour ce faire, il conviendra de déterminer l'utilisation du taux d'absentéisme dans ces disciplines **(1)**. Ainsi, il constituerait un indicateur d'alerte, dont la nature serait variable **(2)**.

1. L'objet de l'indicateur d'alerte

640.- Le taux d'absentéisme comme indicateur d'alerte. Dans le domaine des ressources humaines, la gestion du personnel, c'est-à-dire la qualité des relations entre les salariés et les organes dirigeants, est difficilement mesurable. Le taux d'absentéisme apparaît comme « un des rares indicateurs à faire consensus en tant qu'instrument de mesure

[2219] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° absentéisme. Plus précisément, l'absentéisme y est défini comme un « rapport, pour une même période de travail, de l'importance globale des absences à la durée théorique du travail ». À la lecture de cette définition, une confusion semble avoir été opérée entre *l'absentéisme* et le *taux d'absentéisme*. Il est d'ailleurs intéressant de constater que ce dernier terme n'est pas défini par ce dictionnaire. Cette confusion témoigne, une fois de plus, du caractère nébuleux de l'absentéisme en la sphère juridique.

[2220] Cette affirmation entendra être nuancée dans la suite de l'étude, pour ne retenir dans le champ de l'absentéisme que les absences qui sont un indicateur pour l'entreprise. Seules certaines causes d'absence seront donc incluses dans le champ de définition de l'absentéisme.

objectif »[2221]. En tant qu'indicateur de gestion, le taux d'absentéisme servirait à totaliser « le nombre de salariés absents »[2222]. Il est cependant essentiel de déterminer les paramètres à inclure dans le calcul du taux d'absentéisme, afin que l'analyse de cet indicateur permette de mettre en lumière les causes et facteurs à l'origine de l'absentéisme. Selon le sociologue Thierry Rousseau, le recueil de ces données et l'analyse de ces dernières constitue le préalable nécessaire à l'élaboration d'un plan d'action permettant de lutter contre ce phénomène[2223]. Les causes d'absentéisme ainsi que leur importance dans l'entreprise constitueraient de véritables indicateurs du facteur à l'origine du phénomène d'absentéisme. À titre d'illustration, un taux d'absentéisme élevé en raison d'accidents du travail et de maladies professionnelles serait révélateur d'une insuffisance de prévention des risques professionnels. Outre les causes d'absence, la *fréquence* et la *durée* des absences sont également des éléments à prendre en considération. À titre d'illustration, des absences de courte durée, répétées fréquemment, « peuvent être un signe de désengagement du travail, et elles ont tendance à renforcer ce désengagement, en l'éloignant chaque fois un peu plus de son collectif de travail »[2224]. *A contrario*, les absences pour maladie de longue durée ne semblent pas être un réel indicateur d'alerte, puisqu'elles sont généralement physiologiques et donc, liées à l'âge du salarié[2225]. Cependant, dans ce cas, peut se poser la question de l'adaptation du travail aux salariés séniors. Elles peuvent également être liées à une pathologie chronique du salarié, sur laquelle l'employeur n'a, à l'évidence, aucune emprise. Pourtant, là encore, il serait possible d'envisager des mesures d'adaptation pour diminuer les absences.

641.- Les paramètres du taux d'absentéisme. D'aucuns suggèrent de prendre en considération l'importance et l'évolution du taux d'absentéisme, sa persistance dans le temps ainsi que la fréquence de sa dégradation[2226]. En effet, l'absentéisme est avant tout « un phénomène social qu'il faut comprendre »[2227]. Pour l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail, il est nécessaire de ne prendre en compte dans le calcul de ce taux que certaines *causes* d'absence. Plus exactement, il s'agirait de prendre uniquement en considération les motifs d'absence « réductibles », c'est-à-dire ceux sur lesquels l'employeur dispose d'un

[2221] D. Monneuse, B. Gautier, « Quand le rendu de compte tourne au règlement de comptes, DRH et managers face à l'absentéisme », *op. cit.*, p. 133.
[2222] T. Rousseau, *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir*, *op. cit.*, p. 3.
[2223] *Ibid.*, p. 17.
[2224] *Ibid.*, p. 18.
[2225] *Ibid.*, p. 20.
[2226] A. Reymann, « L'absentéisme : comprendre et agir », *Les Cahiers du DRH* 1er janvier 2007.
[2227] T. Rousseau, *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence*, Éd. réseau ANACT, 2012, p. 37.

moyen d'action à titre préventif. C'est la raison pour laquelle l'ANACT livre une définition particulière de l'absentéisme, qui caractériserait « toute absence qui aurait pu être évitée par une prévention suffisamment précoce des facteurs de dégradations des conditions de travail entendues au sens large »[2228]. Dans cette conception, les absences pour accidents de travail, maladies professionnelles et accidents de trajet seraient des éléments du taux d'absentéisme sur lesquels il serait nécessaire de porter une attention particulière. De telles causes d'absence sont intrinsèquement liées aux conditions de travail et à l'organisation de ce dernier et seraient donc le résultat d'un fait de l'employeur[2229]. Ces causes d'absence sont donc réductibles. *A contrario*, il semblerait inutile de prendre en considération d'autres motifs d'absence dans le calcul du taux d'absentéisme. C'est notamment le cas du congé de maternité, dès lors qu'il s'agit d'une cause d'absence irréductible pour l'employeur. D'autres paramètres seraient plus complexes à analyser, comme c'est notamment le cas de la maladie ordinaire. En effet, il a été précédemment démontré que cette cause immédiate d'absence peut correspondre strictement à la cause première, lorsque l'état de santé du salarié ne lui permet pas d'être présent au travail. Toutefois, une telle cause immédiate peut dissimuler une cause première distincte, et résulter de conditions de travail insatisfaisantes. Dans ce dernier cas, les absences pour maladie entreraient donc dans le champ de définition de l'absentéisme au sens de l'ANACT.

2. La nature de l'indicateur d'alerte

642.- Plan. Lorsque ces paramètres sont définis de manière précise et pertinente, le taux d'absentéisme apparaît comme un indicateur d'alerte pour l'employeur. Cependant, la nature de cet indicateur semble plurale. Le taux d'absentéisme pourrait être un *indicateur social*, c'est-à-dire qu'il traduirait un comportement de retrait des salariés qui font face à un sentiment de mécontentement voire de mal-être social au travail **(a)**. Il peut également s'analyser comme un *indicateur de santé au travail*. Dans ce dernier cas, le taux d'absentéisme serait un outil utile à l'amélioration des conditions de travail **(b)**. En définitive, la présente étude entend démontrer que le taux d'absentéisme doit être perçu comme un indicateur hybride **(c)**.

[2228] ANACT, 10 questions sur l'absentéisme, *Éd. réseau ANACT*.
[2229] T. Rousseau, *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence, op. cit.*, p. 33.

a- Un indicateur social

643.- Un indicateur révélant une insatisfaction au travail. Selon certains auteurs de la doctrine gestionnaire, l'absentéisme est avant tout un indicateur social[2230]. Il traduirait la satisfaction des individus du fait de leur travail, et révélerait donc l'insatisfaction, la protestation de l'individu contre son travail[2231]. Partant, le taux d'absentéisme serait un indicateur utile pour les entreprises de la satisfaction des travailleurs à l'égard de leur activité professionnelle[2232]. Dans le même sens, il pourrait être perçu comme un « indicateur du désengagement dans l'entreprise »[2233], comme une forme de « défection »[2234] liée à un mécontentement[2235]. Ainsi, le taux d'absentéisme serait un indicateur « d'engagement et d'implication au travail, voire d'un malaise dans la relation d'emploi »[2236]. Dans certains cas, les processus organisationnels de l'entreprise contribueraient à pérenniser le phénomène d'absentéisme[2237]. En lien avec l'organisation du travail, l'absentéisme pourrait également avoir pour origine une surcharge de travail imposée au salarié[2238]. Les facteurs organisationnels sont également à rapprocher de la question des conditions de travail, qui est bien souvent présentée comme un facteur prépondérant à l'absentéisme[2239]. L'absentéisme est présenté comme un indicateur social par une doctrine largement majoritaire, qu'il s'agisse de sociologues ou de gestionnaires. Toutefois, d'autres auteurs infirment cette interprétation, affirmant que la satisfaction au travail serait parfaitement extérieure à la décision des travailleurs de s'absenter du travail[2240].

2230 G. Johns, N. Nicholson, « The meanings of absence : New strategies for theory and research », *in* B.M. Staw, L.L. Cummings (eds.), *Reaseach in organizational behavior* 1982, p. 127 ; M. Thévenet, J.-L. Vachette, *Culture et comportements*, Paris, Vuibert, 1992.

2231 S. L. Dolan, E. Gosselin, J. Carrière, *Psychologie du travail et comportement organisationnel*, Gaëtan Morin éd., 4ème éd., 2002, p. 484 ; P. Muchinsky, « Employee absenteeism : a review of the literature », *Journal of vocational bahavior*, n° 10, p. 43.

2232 B. Mahy, F. Rycx, M. Volral, « La dispersion salariale augmente-t-elle l'absentéisme au sein des firmes ? », *Reflets perspectives de la vie économique*, Tome LV, 2016, p. 72.

2233 S. Maillard, « Le désengagement au travail des salariés », *Dr. soc.* 2025, p. 11.

2234 Traduction littérale de l'anglais « exit ».

2235 A. Otto Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty : Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1970.

2236 D. Monneuse, *L'absentéisme au travail. De l'analyse à l'action, op. cit.*

2237 Plus précisément, la désorganisation d'un service conduirait à la pérennisation d'un taux d'absentéisme relativement élevé. V. en ce sens : J.-P. Dumond, « L'absentéisme pour raison de santé : comparaison méthodologique », *Santé publique* 2009, p. 31.

2238 *Ibid.*, p. 32.

2239 M. Frémy, « L'absentéisme au travail : de nombreux facteurs déclencheurs. Le cas des opérateurs et techniciens circulation de l'Établissement infra circulation Paris Champagne Ardenne – SNCF », *Sociologies pratiques n° 30*, 2015, p. 124.

2240 C. Pollak, L. Ricroch, « Les disparités d'absentéisme à l'hôpital sont-elles associées à des différences de conditions de travail ? », *op. cit.*, p. 181.

644.- Un indicateur du climat social de l'entreprise. Le taux d'absentéisme est également présenté comme un indicateur indirect du *climat social* de l'entreprise, dès lors qu'il révélerait « la façon dont les salariés vivent l'organisation où ils travaillent ; elle traduit le fait qu'ils s'y sentent bien ou pas, qu'ils s'y impliquent ou non ; elle décrit le sens et l'intensité des énergies qui circulent dans l'organisation »[2241]. Dès lors, certains ont pu affirmer qu' « il est impossible de déconnecter l'absentéisme du substrat organisationnel sur lequel il repose, et qui lui sert parfois de terreau fertile »[2242]. À titre d'illustration, le sociologue Thierry Rousseau prétend que les absences injustifiées révèlent une fatigue, un manque de motivation au travail et de manière plus générale, une insatisfaction des salariés auteurs de ces absences[2243]. Cette analyse conduirait donc à considérer que l'absentéisme est éminemment lié à l'organisation du travail. L'entreprise serait à l'origine d'un taux d'absentéisme faible ou, à l'inverse, important. Dans une perspective plus englobante, il pourrait s'analyser en un indicateur de la performance de l'entreprise devant ainsi figurer au bilan social de cette entité juridique[2244]. Un faible taux d'absentéisme serait révélateur d'une performance de l'entreprise élevée, et donc une organisation du travail propice à la présence des salariés. La production de l'entreprise s'en trouverait corrélativement accrue.

b- Un indicateur de santé

645.- Un indicateur des conditions de travail. Selon une autre analyse, l'absentéisme serait un indicateur de santé au travail. Plus particulièrement, un taux d'absentéisme élevé traduirait des conditions de travail défavorables à la présence au travail[2245]. Par conséquent, les salariés seraient encouragés voire contraints de s'absenter du travail, car il existerait un risque pour leur santé et leur sécurité. Les conditions de travail peuvent être à l'origine d'une dégradation de l'état de santé du salarié, tant physique que mentale. À titre

2241 P. Louart, *Gestion des ressources humaines*, Eyrolles, p. 51.
2242 L. Brami, S. Damart, F. Kletz, « Santé au travail et travail en santé. La performance des établissements de santé face à l'absentéisme et au bien-être des personnels soignants », *Revue management et Avenir* 2013, p. 168.
2243 T. Rousseau, *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence, op. cit.*, p. 35.
2244 J.-M. Peretti, J.-L. Vachette, *Audit social*, Éditions d'organisation, 1987 ; P. Candau, *Audit social*, Paris, Vuibert, 1989 ; M. Combemale, J. Igalens, *L'audit social*, PUF, 2005. D'ailleurs, l'article R. 2323-17 du Code du travail, avant qu'il ne soit abrogé par le décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017, faisait expressément le lien entre *absentéisme* et *bilan social* (v. 1.8. du tableau).
2245 V. notamment : G. Bouville, « Absentéisme et conditions de travail au féminin : une frontière méconnue au sein des organisations », *Revue interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2014, p. 3 ; ANACT, 10 questions sur l'absentéisme, *Éd. réseau ANACT* ; « Les conditions de travail, cause principale de l'absentéisme », *LSQ* 20 fév. 2013, n° 16289 ; T. Rousseau, *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence, op. cit.*

d'illustration, il a été établi que les conditions de travail pouvaient être source de stress pour les salariés[2246]. Des professionnels de santé ont démontré que le stress pouvait à l'origine de maladies physiques et mentales[2247]. En outre, les conditions de travail sont intimement liées à l'organisation du travail. Partant, une organisation du travail peu favorable aux salariés entraîne inéluctablement une dégradation des conditions de travail, qui est susceptible de générer un taux d'absentéisme important.

646.- Un indicateur de l'état de santé des salariés. Dans cette dernière conception, l'absentéisme apparaît inéluctablement comme un indicateur de l'état de santé des salariés. Après avoir relevé les causes d'absence dans une entreprise, il est possible de recenser les absences pour maladie ordinaire, accident du travail ou maladie professionnelle. S'il a été démontré précédemment que la maladie ordinaire pouvait être la cause immédiate d'une absence fondée sur une autre cause première, la même affirmation ne saurait s'imposer aux accidents du travail ou maladies professionnelles. En effet, pour les premiers, il est nécessaire de prouver que l'accident est survenu « par le fait ou à l'occasion du travail »[2248]. Pour ce qui est de la maladie professionnelle, l'INRS la définit comme « la conséquence directe de l'exposition d'un travailleur à un risque physique, chimique ou biologique, ou résulte des conditions dans lesquelles il exerce son activité professionnelle et si elle figure dans un des tableaux du régime général ou agricole de la Sécurité sociale »[2249]. Le lien de causalité entre le travail et la maladie doit donc nécessairement être établi. Par conséquent, il existe une concordance parfaite entre la cause immédiate et la cause première. Un fort taux d'absentéisme pour accidents du travail ou maladies professionnelles conduit donc au constat selon lequel les conditions de travail auxquelles les salariés sont soumis sont défavorables à leur santé et à leur sécurité. En revanche, d'autres causes d'absence sont strictement étrangères aux conditions de travail. Le congé de maternité constitue un exemple topique. En définitive, le taux d'absentéisme apparaît comme un indicateur de santé, pour certaines causes d'absence seulement.

[2246] Accord-cadre européen sur le stress au travail du 8 octobre 2004 ; ANI sur le stress au travail du 2 juillet 2008 ; P. Nasse, P. Légeron, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, 2008. Ce facteur d'absentéisme concernant les conditions de travail est néanmoins à relativiser, puisque selon une enquête de l'Union européenne publiée en mai 2014, la France arrive en 13e position pour les conditions de travail et se situe en dessus de la moyenne européenne : J.-E. Ray, *Droit du travail Droit vivant, La relation individuelle de travail*, Éditions Wolters Kluwer, 26e éd., 2018, p. 183.

[2247] V. notamment : P. Légeron, *Le stress au travail. Un enjeu de santé*, Odile Jacob, 2015

[2248] CSS, art. L. 411-1.

[2249] Site internet : https://www.inrs.fr/publications/bdd/mp.html. Consulté le 31/10/2025.

c- Un indicateur hybride

647.- Des indicateurs alternatifs. Selon certains auteurs, l'absentéisme serait dans certains cas un *indicateur social* ; dans d'autres, il serait un *indicateur de santé*. Les absences pour maladie seraient particulièrement évocatrices en la matière. En effet, la durée de l'absence pour maladie permettrait de révéler la nature de l'indicateur d'absentéisme. Les absences pour maladie de courte durée seraient un indicateur social ; celles de longue durée, un indicateur de santé[2250]. Il convient toutefois d'observer que l'absentéisme organisationnel tel que présenté par certains auteurs de la doctrine gestionnaire se justifie par la finalité de cette discipline. Les sciences de gestion ont pour objectif d'analyser une faille dans le fonctionnement d'une entité, en vue d'accroître sa performance. Il est indéniable que l'absentéisme est une préoccupation importante dans le domaine des ressources humaines, ce dernier s'inscrivant dans une logique de productivité de l'entreprise et donc, à sa performance. Or, le phénomène d'absentéisme est un frein à cet objectif. Dans la doctrine de la littérature gestionnaire, la distinction entre absentéisme *compressible* et *incompressible* est prégnante. Le premier peut être diminué par des politiques menées par les organes dirigeants de l'entreprise. Le second ne peut, quant à lui, être diminué. Le fait de retenir l'organisation du travail comme principale cause d'absentéisme s'inscrit donc parfaitement dans le courant de la logique gestionnaire. En considérant que l'organisation du travail est un facteur d'absentéisme, les solutions seront plus facilement identifiables. Il semble nécessaire de repenser l'organisation du travail afin qu'elle soit plus favorable aux salariés et, *in fine*, que ces derniers soient davantage présents.

648.- Des indicateurs complémentaires. Les différentes natures de l'indicateur d'absentéisme ne doivent pas être cloisonnées. La perception du taux d'absentéisme comme indicateur de santé ne s'oppose pas à la théorie selon laquelle il serait un indicateur social. En réalité, les deux sont intrinsèquement liés. Le second peut apparaître comme la suite logique du premier. En effet, le taux d'absentéisme peut être perçu comme un *indicateur social* en rapport avec les difficultés organisationnelles de l'entreprise. Toutefois, une mauvaise organisation du travail est susceptible de générer des difficultés de santé pour les salariés qui y sont soumis[2251].

[2250] A. Chevalier, M. Goldberg, « L'absence au travail : indicateur social ou indicateur de santé ? », *Sciences sociales et santé* 1992, p. 47.

[2251] Il en va ainsi notamment et principalement des nouvelles formes de problèmes de santé liées au travail. Tel est notamment le cas du stress, burn-out ou encore des troubles musculosquelettiques. Selon un rapport de l'IGAS et de l'IGF de 2003, les deux premiers motifs d'arrêts de travail de plus de deux semaines seraient les états anxiodépressifs et les pathologies dorso-lombaires.

Ainsi, ces derniers seraient contraints de s'absenter pour motif médical. Le taux d'absentéisme évoluerait alors vers un *indicateur de santé au travail*. Par ailleurs, l'absentéisme peut révéler des difficultés liées aux conditions de travail, qui se traduisent par des absences pour maladie. Pour ces absences, il existe donc une *cause immédiate* d'absence – la maladie – qui traduit un indicateur de santé. En réalité, la *cause première* de ces absences peut révéler des conditions de travail considérées comme insatisfaisantes. Il existe donc une étroite corrélation entre l'absentéisme comme indicateur social et comme indicateur de santé au travail.

II- Une utilisation juridique marginale de l'absentéisme

649.- Plan. L'utilisation de l'absentéisme s'observe également dans certains textes juridiques. En dehors du droit social, l'absentéisme est utilisé dans d'autres matières juridiques. C'est notamment le cas en droit de l'éducation, où il existe de nombreuses occurrences de *l'absentéisme scolaire*. Son étude apparaît nécessaire pour tenter de déterminer le sens qui lui est dévolu en droit **(A)**. Un usage épisodique de l'absentéisme peut également être révélé dans d'autres matières juridiques, qu'il conviendra d'analyser **(B)**.

A) L'absentéisme scolaire

650.- Plan. Dans la sphère juridique, la notion d'absentéisme se rencontre principalement en droit de l'éducation. Cependant, son sens revêt une acception propre à la matière, qui s'explique par le fait que l'éducation est d'une importance telle qu'il existe une véritable obligation d'assiduité scolaire **(1)**. Cette dernière est au fondement même de la définition de l'absentéisme scolaire **(2)**.

1. L'existence d'une obligation d'assiduité scolaire

651.- L'apparition historique d'une obligation de scolarité. Au regard des enjeux et finalités poursuivis par l'éducation de l'individu, le *droit à l'école* s'est mû, dès la III^e^ République, en une véritable *obligation de scolarité*. Les lois Jules Ferry de 1882 ont rendu l'enseignement primaire obligatoire[2252]. Les textes internationaux ont, à la fin du XX^e^ siècle,

[2252] L. du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire (*Bull. des lois* 1882, n° 690, p. 381). L'article 4 de cette loi prévoit que « l'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de 6 ans révolus à 13 ans révolus […] ».

consacré le principe de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit[2253]. De plus, l'éducation est considérée comme un service public, comme le précise expressément l'article L. 111-1 alinéa premier du Code de l'éducation. Ce dernier résulte du Préambule de la Constitution de 1946, dont l'alinéa 13 dispose que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». S'il ressort de ce texte que l'éducation est un devoir étatique, l'importance qui lui est dévolue est rappelée par le Code de l'éducation, qui précise que « l'éducation est la première priorité nationale »[2254]. L'emploi de cette expression qui s'apparente à un pléonasme, puisque le terme *priorité* évoque la qualité de ce qui passe en premier[2255]. L'analyse de ces textes permet donc d'affirmer l'importance dévolue à l'éducation en France. Cela s'explique au regard des multiples finalités de ce service public. L'éducation vise à garantir l'égalité des chances et, par conséquent, la réussite de tous en luttant contre les inégalités[2256]. Elle permet l'acquisition à tous les individus du respect de l'égale dignité des êtres humains, de la liberté de conscience et de la laïcité[2257]. En définitive, l'éducation est un devoir étatique et la scolarité une obligation pour tout enfant âgé de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans[2258].

652.- Une obligation d'assiduité transcendant l'obligation de présence. L'obligation de scolarité des élèves âgés de trois à seize ans permet aux élèves d'acquérir à un apprentissage et à une maîtrise de la langue française, mais au-delà, de développer leur personnalité, d'élever leur niveau de formation et *in fine*, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle[2259]. Il a précédemment été établi que l'absence en droit social s'entend comme la non-présence du salarié au travail pendant ses heures de travail. Partant, l'*absence* et la *présence* apparaissent comme de parfaits antonymes. En droit social, l'opposition entre ces deux termes est binaire : le salarié est considéré comme étant soit *présent*, soit *absent* du travail. Cette opposition binaire est transposable en droit de l'éducation, où les élèves ou étudiants sont considérés soit comme absents, soit comme présents à l'école ou à l'université. Toutefois, au regard de l'obligation de scolarité qui leur incombe, ces derniers sont astreints à une *obligation*

[2253] V. en ce sens : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 3 janv. 1976, art. 13, 2. a) ; Conv. De New York du 26 janv. 1990 relative aux droits de l'enfant, art. 28, 1. a).
[2254] C. éduc., art. L. 111-1, al. 1er.
[2255] *Dictionnaire Robert*, v° priorité.
[2256] C. éduc., art. L. 111-1, al. 1er.
[2257] C. éduc., art. L. 111-1, al. 2.
[2258] C. éduc., art. L. 131-1, al. 1er.
[2259] C. éduc., art. L. 111-1, al. 4.

d'assiduité[2260], restreignant de ce fait leur droit d'absence. Les élèves – plus exactement leurs représentants légaux puisque l'obligation de scolarité concerne les personnes mineures – sont ainsi astreints à une obligation d'assiduité pour la scolarité du mineur qu'ils représentent[2261]. Dans cette perspective, l'article L. 131-8 du Code de l'éducation prévoit une mission spécifique des directeurs d'établissements d'enseignement en matière d'absentéisme et de décrochage scolaire. Il est précisé que ces derniers doivent informer les collectivités territoriales et les autorités concernées par la protection de l'enfance des mesures prises dans l'établissement contre les deux phénomènes précités. La nature de ce texte est particulièrement éclairante quant à l'acception dévolue à l'absentéisme dans le Code de l'éducation. D'une part, il apparaît que l'absentéisme semble être un phénomène annonciateur d'un éventuel décrochage scolaire. Par conséquent, il suppose une pluralité d'absences d'un élève pris isolément. L'absence de longue durée, quant à elle, semble davantage répondre à la qualification de décrochage scolaire. En définitive, il semblerait que l'absentéisme scolaire soit caractérisé lorsqu'un élève est absent de manière répétée voire fréquente, de sorte qu'il n'est plus assidu. La lecture de l'article R. 131-7 du même Code permet de corroborer cette acception. En effet, ce texte prévoit que le directeur d'école ou le chef d'établissement doit informer le directeur académique s'il constate la poursuite de l'absentéisme de l'enfant et que les mesures prises jusqu'alors n'ont pas permis de faire cesser ce phénomène. Là encore, il semble que la poursuite de l'absentéisme soit caractérisée par de nouvelles absences répétées de l'élève, au point qu'il est permis de penser qu'il existe un risque de décrochage scolaire.

2. Essai d'une définition juridique de l'absentéisme scolaire

653.- L'assiduité comme antonyme de l'absentéisme en droit de l'éducation. Certes, l'absentéisme scolaire pourrait désigner les absences collectives des élèves au sein d'une même entité, qu'il s'agisse d'une classe ou d'une école. Néanmoins, ce n'est pas le sens qu'il convient de retenir de cette notion. La lecture des articles du Code de l'éducation employant cette notion conduit à déduire ce que recouvre cette notion. L'absentéisme scolaire semble être caractérisé par des absences répétées voire fréquentes d'un enfant à l'école. Cette théorie se

[2260] C. éduc., art. L. 511-1 : « Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent *l'assiduité* et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements ». Sur la définition de l'obligation d'assiduité, v. en ce sens : C. éduc., art. R. 511-11.
[2261] Plus exactement, cette obligation incombe aux responsables légaux de l'enfant tant que ce dernier est mineur : C. éduc., art. L. 131-8 al. 4.

confirme par le fait que le législateur présente l'absentéisme comme étant un « défaut d'assiduité »[2262]. Par conséquent, *absentéisme* et *assiduité* seraient deux parfaits antonymes en droit de l'éducation. La démarche consistant à déterminer l'antonyme d'une notion est particulièrement éclairante lorsqu'il s'agit de parvenir à identifier le sens qui lui est dévolu.

654.- L'absentéisme scolaire : une pluralité d'absences caractérisant un manquement à l'obligation d'assiduité. Si l'absentéisme est l'antonyme de l'assiduité, l'absentéisme scolaire s'entend comme la pluralité d'absences d'un élève, répétées et fréquentes, de manière à entraîner un défaut d'assiduité. En droit de l'éducation, l'absentéisme se caractérise donc par sa dimension individuelle. La transposition d'une telle acception de l'absentéisme au droit social semble échouer, dans la mesure où le salarié n'est pas tenu à une obligation d'assiduité[2263]. Or, comme l'exprime Marcel Sousse, « la notion juridique peut être définie comme un outil opérationnel pour l'action juridique »[2264]. En droit de l'éducation, l'absentéisme est bien un outil opérationnel pour l'action juridique, qui consiste à mettre en œuvre l'obligation d'assiduité scolaire et luttant contre des absences répétées ou prolongées. Si le sens dévolu à l'absentéisme en droit de l'éducation rompt avec celui qui existe dans les disciplines extrajuridiques, il n'est pas anecdotique. Une acception comparable se rencontre dans d'autres matières juridiques.

B) Autres utilisations juridiques de l'absentéisme

655.- L'utilisation de l'absentéisme en droit de la construction et en droit de l'environnement. Outre le Code du travail et le Code de l'éducation qui font mention de l'absentéisme scolaire, deux autres codes font usage de cette notion, chacun dans la partie décrétale. Il s'agit du Code de la construction et de l'habitation[2265], et du Code de

[2262] C. éduc., art. L. 131-8 al. 4.

[2263] Il est permis de déduire que l'affirmation de Madame Van Den Torren selon laquelle « l'état de subordination engendre pour le salarié une obligation d'assiduité » n'est pas exacte : v. en ce sens C.-M. Van Den Torren, *L'absence du salarié*, Thèse, Université de Toulouse, 1986, p. 9. En effet, il existe un principe d'exécution du travail, qui se traduit par la présence du salarié au travail. Toutefois, ce principe peut être contrarié si le salarié exerce un droit d'absence, qui se traduit par une absence justifiée. Ce droit d'absence s'érige alors comme une exception au principe de présence. Il n'existe donc pas d'obligation d'assiduité, puisqu'une pluralité de motifs sont de nature à justifier l'absence du salarié.

[2264] M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français,* préf. J.-M. Pontier, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1994, p. 10.

[2265] CCH, art. D. 121-16 al. 1er : « En cas d'absence de l'un des membres lors de trois séances consécutives du Conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique, indépendamment des règles de suppléance et des pouvoirs donnés à d'autres membres, le président du conseil saisit l'instance ayant procédé à la désignation

l'environnement[2266]. La portée juridique de ces textes est similaire, justifiant ainsi qu'ils soient analysés conjointement. Ces deux textes prévoient qu'en cas d'absentéisme d'un membre d'un Conseil ou d'un Comité doit être porté à la connaissance de l'instance qui l'a désigné ou proposé, afin qu'il puisse être procédé soit à la confirmation de sa désignation, soit à la désignation d'un nouveau membre. L'absentéisme consiste donc, pour le membre du Conseil ou du Comité, à avoir été absent à trois séances consécutives de l'instance au sein de laquelle ils exercent leurs prérogatives. Ces dispositions entendent donc mettre fin à l'absentéisme du membre d'un Conseil ou d'un Comité afin de garantir le bon fonctionnement de l'instance.

656.- Une acception de l'absentéisme propre aux spécificités des mesures juridiques envisagées. Qu'il s'agisse de l'article du Code de la construction et de l'habitation ou de celui du Code de l'environnement, l'absentéisme vise une pluralité d'absences individuelles qui, en raison de leur caractère répété, mettent en péril le fonctionnement du Comité. L'acception dévolue à l'absentéisme dans ces textes doit donc être perçue au regard de la finalité des mesures juridiques envisagées, à savoir le fonctionnement pérenne de l'institution. La transposition d'une telle acception de l'absentéisme en droit social n'est pas convaincante car les enjeux de l'absentéisme en droit social sont foncièrement différents.

§2 : La nécessité de l'absentéisme comme indicateur juridique d'alerte des absences collectives

657.- Plan. L'absentéisme témoigne d'une connexité entre les sciences gestionnaires, économiques, sociologiques et managériales. Par ailleurs, ce vocable est utilisé dans le langage courant. Or, en droit du travail, la loi est souvent élaborée en des termes usuels parce que cette matière a vocation à régir le travail, qui est une activité particulière. Cette vocation spécifique peut permettre d'expliquer le réalisme du discours[2267]. Cela pourrait expliquer que le droit social ait reçu l'absentéisme. Cette réception est toutefois limitée, parce que ce terme est utilisé de

---

de ce membre lui demande, dans un délai de trois mois, soit de confirmer sa désignation, soit de procéder à la désignation d'un nouveau représentant ; le membre du conseil dont *l'absentéisme* est ainsi porté à la connaissance de l'instance qui l'a désigné est simultanément informé de la procédure engagée ».

[2266] C. envir., art. D. 213-20, al. 2 : « En cas d'absence d'un membre lors de trois séances consécutives du comité de bassin, le secrétariat du comité de bassin saisit l'instance ou l'organisme ayant procédé à la proposition de ce membre et lui demande, dans un délai de trois mois, soit de la confirmer, soit de procéder à la proposition d'un nouveau membre. Le membre du comité de bassin dont *l'absentéisme* est ainsi porté à la connaissance de l'instance qui l'a proposé est simultanément informé de la procédure engagée ».

[2267] S. Thomas, *La compétence du salarié*, préf. L. Casaux-Labrunée, LGDJ, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2018, p. 24.

manière éparse par le pouvoir réglementaire et les juges **(I)**. Pour ces raisons, l'absentéisme ne constitue pas un indicateur en droit social, mais cela serait souhaitable parce qu'il permettrait la mise en œuvre d'un régime juridique de prévention des absences **(II)**.

I- La réception limitée de l'absentéisme par le droit social

658.- Plan. En raison de l'interdisciplinarité que le droit social entretient avec d'autres disciplines comme les sciences de gestion, l'économie du travail, la sociologie du travail ou encore la psychologie du travail, la réception de l'absentéisme en droit social s'est imposée. Ce constat s'illustre en premier lieu par le fait que cette notion est utilisée par les juges. L'usage de l'absentéisme est toutefois confus en raison de son sens plurivoque **(A)**. Si l'utilisation de ce terme est timide, le pouvoir réglementaire semble l'ériger en indicateur d'alerte des conditions de travail. Ce dernier demeure cependant précaire, en raison de nombreuses imprécisions liées à l'identification ainsi qu'à l'usage de ce terme **(B)**.

A) L'usage confus de l'absentéisme par les juges

659.- Plan. Il n'existe aucune définition prétorienne de l'absentéisme en droit social. Si ce terme se retrouve dans les décisions de justice, leur analyse permet de constater que plusieurs acceptions lui sont dévolues. L'utilisation de l'absentéisme par les magistrats de la Cour de cassation illustre l'évolution de l'usage de ce terme dans le temps. En effet, le sens dévolu à l'absentéisme a évolué au cours du XX^e^ siècle, pour n'être plus utilisé à partir du XXI^e^ siècle **(1)**. L'absentéisme est également présent dans les arrêts d'appel. Néanmoins, les cours d'appel ne semblent pas s'accorder sur le sens précis de ce terme **(2)**.

1. L'usage confus de l'absentéisme par la Cour de cassation

660.- L'absentéisme comme traduction d'un comportement fautif du salarié. Une évolution historique est notable dans l'emploi du terme « absentéisme » par la Cour de cassation. La lecture des jurisprudences les plus anciennes, conduit à observer qu'étaient visées les absences du salarié qui pouvaient être à l'origine d'un licenciement[2268]. Ainsi, il peut être

[2268] V. en ce sens : Cass. soc., 17 déc. 1962, *précité* (l'absentéisme pour raison de santé s'analyse en une insuffisance professionnelle de nature à justifier le licenciement) ; Cass. soc., 19 juill. 1965, *précité* (l'absentéisme « habituel »

déduit de cette utilisation du terme une connotation dépréciative, presque moralisatrice. Les juges employaient ce terme pour désigner un comportement abusif lié aux absences, portant atteinte aux intérêts de l'entreprise. Les sanctions intervenues sous l'empire de cette jurisprudence étaient systématiquement recevables. Dans un arrêt du 17 décembre 1962, il a pu être jugé qu'un absentéisme pour raison de santé constituait un juste motif de licenciement[2269]. Pourtant, aucun élément factuel ne laissait supposer que le salarié avait commis une quelconque faute, telle qu'un défaut de déclaration de la maladie à l'employeur. Partant, si l'état de santé constituait à cette époque un motif d'absence justifiée, la Cour de cassation appliquait à « l'absentéisme » le régime des absences répétées et prolongées qui a été reconnu à cette époque.

661.- La distinction entre absentéisme *fautif* et *non fautif*. La jurisprudence a ensuite évolué, pour utiliser ce terme afin de désigner, dans une acception générique, le phénomène d'absence d'un salarié. Elle opérait alors une distinction entre absentéisme *fautif* et *non fautif*. Pour que les absences entrent dans le champ de la première catégorie, il était nécessaire qu'elles revêtent un caractère de répétition, de fréquence ou de durée[2270]. Depuis lors, il n'existe plus de lien entre la caractérisation d'un phénomène d'absentéisme et la légitimité d'une sanction disciplinaire. Afin qu'un comportement fautif du salarié soit retenu, il

pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat lorsqu'il apporte un gêne indiscutable au fonctionnement du service).

[2269] *Ibid.*

[2270] V. en ce sens, par ordre chronologique : Cass. soc., 11 mars 1976, n° 75-40.245 (privation injustifiée de l'indemnité compensatrice de préavis au bénéfice du salarié dont les absences injustifiées répétées étaient peu importantes) ; Cass. soc., 14 fév. 1980, n° 78-41.441 (absence longue d'un salarié en état d'arrêt de travail pour maladie et déloyauté du salarié qui travaille, pendant l'arrêt de travail, sur le chantier de sa maison) ; Cass. soc., 6 mai 1982, n° 80-40.784 (les absences répétées d'un salarié, même non fautives, peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement) ; Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-43.904 (privation d'une augmentation de salaire d'un salarié absent pour maladie) ; Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 85.40-075 (licenciement d'un salarié pour absentéisme chronique pour cause de maladie, plusieurs mois par an, qui nécessité son remplacement temporaire en ce qu'il perturbe le fonctionnement de l'entreprise) ; Cass. soc., 10 mars 1988, n° 85-42.824 (est considéré comme légitime le déclassement d'une salariée souvent absente, à un nouveau poste moins sensible à l'absentéisme que le précédent) ; Cass. soc., 6 déc. 1990, n° 88-45.359 (licenciement injustifiée d'une salariée dont les absences répétées sont principalement justifiées par des accidents du travail et pour lesquelles l'employeur ne démontre pas qu'elles ont perturbé le fonctionnement de l'entreprise) ; Cass. soc., 19 déc. 1991, n° 91-40.966 (licenciement pour absentéisme fréquent dépourvu de cause réelle et sérieuse, la qualification de l'emploi ne permettant pas de considérer que les absences répétées étaient de nature à entrainer la désorganisation de l'entreprise) ; Cass. soc., 9 avr. 1992, n° 90-45.406 (licenciement abusif d'une salariée pour insuffisance de travail lié à ses absences répétées dont la réalité n'est pas établi par l'employeur) ; Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-41.679 (cassation de l'arrêt d'appel qui se borne à constater des absences répétées fréquentes dont le motif repose sur la maladie, considérant que de telles absences sont de nature à entrainer une perturbation à la bonne marche de l'entreprise, sans se prononcer sur le caractère fautif du comportement du salarié) ; Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.252 (nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié pour un licenciement reposant sur des absences répétées entraînant des perturbations au fonctionnement de l'entreprise).

était nécessaire qu'il soit démontré que l'absentéisme en cause apporte une « gêne indiscutable au fonctionnement du service »[2271]. Cette jurisprudence a ouvert une brèche, et les divers arrêts postérieurs se sont inscrits dans sa lignée. Seul un absentéisme « répété », « injustifié » ou « fréquent » était constitutif d'une faute grave, de nature à justifier le licenciement. Ces arrêts sont précurseurs de la jurisprudence ayant fondé le régime prétorien du licenciement pour absences répétées ou prolongées qui s'est consolidé quelques années plus tard[2272].

662.- Un défaut d'utilisation de la notion au XXIe siècle. Depuis 2001, la Cour de cassation ne fait pratiquement plus usage de cette notion imprécise. Elle figure uniquement dans les moyens des arrêts de la chambre sociale, les éléments factuels étant caractérisés comme tels par les parties, mais non repris par les juges. La notion d'absentéisme n'étant pas juridiquement définie, la décision pouvait manquer de clarté. Il est donc préférable de faire usage de notions dont la signification exacte est connue. Tel est le cas de la notion d'absence, dont seules celles qui sont abusives, répétées, fréquentes ou encore injustifiées, sont de nature à entraîner un licenciement. Cette précaution jurisprudentielle est salutaire. En effet, il est préférable que les magistrats optent pour des termes usuels, comme c'est le cas de l'absence, qui laisse peu de place à des interprétations trop subjectives.

2. L'usage confus de l'absentéisme par les juges du fond

663.- Un terme plurivoque. L'analyse que l'on peut faire de l'usage du terme « absentéisme » par les cours d'appel est moins linéaire que celle qui découle de l'utilisation de ce terme par la chambre sociale de la Cour de cassation. Cela résulte de la pluralité des juridictions d'appel. Ainsi, en fonction de celle qui a la charge de juger l'affaire, l'acception du terme « absentéisme » varie. Ce constat permet une nouvelle fois d'illustrer le défaut de définition universelle du terme. Toutefois, certaines acceptions peuvent être dégagées. Cela permet de dessiner des tendances générales, afin d'observer les convergences et divergences avec l'usage qu'en font les magistrats de la Cour de cassation.

[2271] V. en ce sens : Cass. soc., 19 juill. 1965, *précité* (l'absentéisme « habituel » pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat lorsqu'il apporte un gêne indiscutable au fonctionnement du service).
[2272] Sur la consolidation du licenciement pour absences répétées et prolongées, v. en ce sens : Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110 ; *Droit et Patrimoine* 2001, n° 97, p. 110, note P.-H. Antonmattei ; *Dr. ouvr.* 2001, n° 638, p. 438, note P. Bouaziz ; *D.* 2001, n° 29, p. 2339, note H. K. Gaba ; *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 558, note J.-Y. Frouin.

664.- L'absentéisme comme phénomène d'absence. L'analyse jurisprudentielle conduit à observer que certaines cours d'appel utilisent fréquemment ce terme. C'est notamment le cas de la Cour d'appel de Versailles. Souvent, la qualification d'absentéisme fait écho à un phénomène d'absences fréquentes ou répétées d'un salarié[2273]. Deux arrêts de 2012 rendus par la même juridiction d'appel faisaient mention du terme « absentéisme » en vue de dénoncer les absences d'une salariée, liées à un manque de prévention des risques psychosociaux imposée par les dispositions législatives, et à un défaut de mesures curatives qui auraient dû être prises en temps utiles dans le but de les faire cesser[2274]. La responsabilité de l'employeur dans les absences de la salariée semble être retenue par la juridiction d'appel qui a tenu compte de ces éléments dans la qualification de l'absentéisme. Ce dernier sens dévolu à la notion d'absentéisme est surprenant. Pourtant, d'autres juridictions d'appel font usage de ce terme pour désigner les absences liées au fait de l'employeur.

665.- La responsabilité de l'employeur dans les absences. Ce sens attribué à la notion d'absentéisme est relativement inhabituel. Selon cette acception, l'absentéisme désignerait toutes les absences pour lesquelles l'employeur aurait, directement ou indirectement, une part de responsabilité, rejoignant ainsi la définition donnée par l'ANACT[2275]. La Cour d'appel de Toulouse a admis cette position dès le début des années 2000[2276]. En l'espèce, l'absentéisme était dû à des altercations entre salariés, lesquelles résultaient d'un trafic de stupéfiants opéré par l'employeur en dehors de l'entreprise, mais qui avait entraîné des perturbations au sein de cette entité. Le phénomène d'absence des salariés était donc dû au mauvais climat social qui s'était instauré dans l'entreprise du fait d'un comportement déviant de l'employeur. Bien que marginal, ce sens du terme « absentéisme » a ensuite été repris par d'autres juridictions d'appel[2277].

[2273] CA Versailles, 6e ch., 4 avr. 2006, n° 05/02455 (est visé un « absentéisme injustifié » du salarié) ; CA Versailles, 22 juin 2006, n° 03/00457 (suppression de la prime d'assiduité en cas d'absentéisme).

[2274] CA de Versailles, 15ème ch., 9 mai 2012, n° 10/04361 (défaut de prise en compte par l'employeur d'indicateurs de facteurs psychosociaux liés à l'absentéisme de la salariée) ; CA de Versailles, 15ème ch., 23 mai 2012, n° 10/05277 (défaut de prise en compte par l'employeur d'indicateurs de facteurs psychosociaux liés à l'absentéisme de la salariée, singulièrement à la pluralité d'arrêts maladie pour état anxiodépressif).

[2275] Sur ce point, v. *supra*, n° 641.

[2276] CA de Toulouse, 31 octobre 2000, n° 2000/00966 (climat social délétère, caractérisé par des insultes, des menaces et des altercations à l'origine de l'absentéisme).

[2277] CA de Lyon, 6 novembre 2007, n° 06/04937 : une entreprise assurant une mission de service public avait mis en œuvre une organisation interne de manière à limiter le recours aux entreprises de travail temporaire. Cette entité juridique avait fait face au début des années 2000 à une « augmentation de l'absentéisme ». À la lecture de l'arrêt, la Cour d'appel fait peser sur l'employeur le poids de la responsabilité des absences salariales. À la lecture des motifs, la Cour d'appel évoque même un « taux d'absentéisme conjoncturel », la conjoncture visée résultant d'un fait de l'employeur ; CA d'Angers, ch. soc., 27 mars 2012, n° 10/02007 : des salariés d'une entreprise avaient

666.- L'absentéisme comme comportement abusif du salarié. Il ressort également de plusieurs arrêts de cours d'appel une utilisation de ce terme afin de désigner un comportement abusif, fautif, voire frauduleux du salarié. Aucun adjectif négativement connoté n'est accolé au terme *absentéisme*. Il semblerait que la dépréciation du comportement du salarié découle directement de l'usage du terme. Selon cette acception, des « absences injustifiées et répétées » peuvent être qualifiées d'absentéisme. Ce dernier peut ainsi être pris en considération, emportant pour conséquence la suspension d'une prime d'assiduité jusqu'alors versée au salarié. De nombreux arrêts retiennent cette qualification dès lors qu'il s'agit de justifier la suspension ou le non-versement d'une prime d'assiduité. Le seul constat de l'absentéisme du salarié ferait donc échec au fait de considérer que le salarié est « assidu » au travail.

B) Les prémices d'un indicateur des conditions de travail

667.- L'introduction de l'absentéisme dans le Code du travail. L'introduction de l'absentéisme dans le Code du travail est relativement récente. Il est entré pour la première fois à la partie réglementaire dudit Code par un décret du 7 mars 2008, à l'article R. 2323-17[2278]. Ce texte est entré en vigueur au 1er mai 2008. Il établit les attributions économiques du Comité d'entreprise, et prévoit la liste des informations devant être établies, sous forme de tableau, dans le bilan social de l'entreprise ou de l'établissement. L'absentéisme figure parmi les informations relatives à l'emploi devant être recensées au bilan social de l'entreprise ou de l'établissement[2279]. Le pouvoir réglementaire indique plus exactement les paramètres de l'absentéisme à prendre à compte, notamment le nombre de journées d'absence et celui des journées théoriquement travaillées. Il s'agit également, pour le Comité d'entreprise, d'établir le nombre de journées d'absence pour maladie, pour accident de travail, de trajet ou maladies professionnelles, pour maternité, pour congés autorisés et pour « d'autres causes ». Les dispositions réglementaires en vigueur imposent donc, sous certaines conditions, que les

fait l'objet de diverses sanctions disciplinaires émanant de la directive. La juridiction d'appel retient que certaines salariées de l'entreprise avaient alerté l'inspection du travail ainsi que le médecin du travail en vue de dénoncer les « pressions hors normes » donc les salariés étaient victimes, engendrant *de facto* un absentéisme important qui reflétait les difficultés générales ; CA de Versailles, 15ème ch., 9 mai 2012, n° 10/04361 : le terme « absentéisme » a été utilisé pour dénoncer les absences d'une salariée, dues à un manque de prévention des risques psychosociaux imposée par les dispositions législatives, et à un défaut de mesures curatives qui auraient dû être prises par l'employeur en temps utiles en vue de les faire cesser. La responsabilité de l'employeur dans les absences de la salariée est retenue par la juridiction d'appel, qui qualifie alors les absences de la salariée « d'absentéisme ».

[2278] D. n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au code du travail (partie réglementaire).

[2279] Anc. C. trav., art. R. 2323-17, 1., 1.8.

entreprises référencent les absences au niveau collectif et en fonction du motif qui en est à l'origine. En application de ce texte, l'entreprise doit donc en principe analyser les absences collectives en les classifiant selon leurs causes. Il est toutefois regrettable que le pouvoir réglementaire n'ait pas donné de clé de lecture de ce tableau aux employeurs. Cet article est seulement un guide pour l'ancien Comité d'entreprise sur la manière dont il convient de référencer les absences de l'entreprise ou de l'établissement. Par ailleurs, il est intéressant d'observer que l'absentéisme figure comme le huitième indicateur d'emploi, au côté de l'effectif de l'entreprise, du nombre d'embauches, de départs, ou encore du nombre de travailleurs handicapés. Partant, l'absentéisme doit être perçu comme un indicateur d'emploi. Une telle initiative apparaît comme bienvenue, puisque pour la première fois, les absences collectives de l'entreprise sont prises en considération comme un indicateur devant figurer au bilan social de l'entreprise. Depuis 2008, l'absentéisme n'a jamais quitté ce tableau, bien qu'il ait fait l'objet d'évolutions quant à la manière de le prendre en compte.

668.- L'évolution de l'absentéisme comme indicateur des conditions de travail. Un nouveau texte prévoyant le contenu de la base de données, devant être établi par le Comité d'entreprise, a fait son apparition dans le Code du travail en 2014[2280]. Il prévoit que les Comités d'entreprise d'au moins 300 salariés sont tenus d'établir une base de données devant rassembler différentes informations, notamment les conditions de travail. Parmi les indicateurs des conditions de travail, figure l'absentéisme[2281]. Il se trouve aux côtés de la durée du travail, de l'aménagement du temps de travail, de l'exposition aux risques et aux facteurs de pénibilité, des maladies professionnelles ainsi que des dépenses engagées en matière de santé. Pour la première fois, l'absentéisme est donc érigé en *indicateur des conditions de travail*. Ces deux textes de la partie réglementaire faisant mention de l'absentéisme ont été modifiés et ont fait l'objet de correctifs par plusieurs décrets[2282]. Or, l'absentéisme n'a pas été modifié. Ces articles ont finalement été

[2280] Anc. C. trav., art. R. 2323-1-3, créé par le D. n° 2013-305 du 27 déc. 2013 relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise.
[2281] Anc. C. trav., art. R. 2323-1-3, A-, 1°, g).
[2282] Pour les modifications de l'ancien article R. 2323-17 du C. trav., v. en ce sens : D. n° 2009-349 du 30 mars 2009 relatif à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sur les interventions publiques en faveur de l'entreprise ; Ord. nº 2010-462 du 6 mai 2010 créant un livre IX du code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine ; D. n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail ; D. n° 2016-868 du 29 juin 2016 relatif aux modalités de consultation des institutions représentatives du personnel ; D. n° 2016-1551 du 18 nov. 2016 portant diverses mesures relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés. Pour les modifications de l'ancien article R. 2323-1-3 du C. trav., v. en ce sens : D. nº 2016-868 du 29 juin 2016 relatif aux modalités de consultation des institutions représentatives du personnel ; D. n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juill. 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises de certains groupes

abrogés en 2018[2283]. Cette abrogation est néanmoins à relativiser, puisqu'elle concerne exclusivement la fusion des institutions représentatives du personnel intervenue par les ordonnances Macron en 2017[2284]. En effet, un nouvel article R. 2312-9 a remplacé les anciens articles abrogés. Il prévoit le contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales qui doit être établi par le Comité social et économique. Il reprend substantiellement le contenu de l'ancien article R. 2323-1-3 du Code du travail. En effet, les entreprises d'au moins 300 salariés doivent établir une base de données économiques, sociales et environnementales comportant plusieurs thèmes, notamment l'investissement social. Différentes informations doivent figurer dans l'investissement social, notamment les conditions de travail. L'absentéisme est mentionné comme un indicateur de ces dernières[2285]. Toutefois, plusieurs constats découlent de la lecture de ce texte. L'absentéisme n'est plus un *indicateur des conditions de travail*, mais est présenté comme un *indicateur d'exposition des travailleurs aux risques et aux facteurs de pénibilité*, aux côtés des accidents du travail, maladies professionnelles et dépenses de santé. Par ailleurs, ce texte est une disposition supplétive puisqu'il n'est imposé qu'à défaut de conclusion d'un accord d'entreprise[2286]. Par conséquent, si les partenaires sociaux parviennent à la conclusion d'un tel accord définissant le contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales, ils sont libres de choisir les indicateurs qu'ils souhaitent. Ils peuvent donc ne pas utiliser l'absentéisme comme indicateur des risques et facteurs de pénibilité. Au-delà, ils peuvent choisir de ne pas recenser l'investissement social de l'entreprise parmi les thèmes de la base de données. En effet, le législateur impose seulement que la base de données comporte au moins un des dix thèmes expressément listés à l'article L. 2312-21 alinéa 2 du Code du travail, parmi lesquels figure l'investissement social. Ces évolutions sont regrettables, puisqu'il est nécessaire que l'absentéisme soit érigé en *indicateur juridique d'alerte des absences collectives* au sein d'une entreprise.

d'entreprises ; D. n° 2017-1768 du 27 déc. 2017 relatif à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

[2283] Article abrogé par le D. n° 2017-1819 du 29 déc. 2017 relatif au comité social et économique.

[2284] Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

[2285] C. trav., art. R. 2312-9, 1°, A-, f).

[2286] V. en ce sens : C. trav., art. L. 2312-21.

II- La construction d'un indicateur d'absentéisme propre au droit social

669.- Plan. La construction d'un indicateur d'absentéisme propre au droit social est pertinente dans une perspective de prévention des absences. Ainsi, la présente étude entend démontrer la nécessité de cette construction au regard de la fonction de l'absentéisme, qui résiderait dans la création d'un indicateur d'alerte des absences au travail. La finalité d'un tel indicateur serait la mise en place de dispositifs juridiques de prévention des absences **(A)**. Après avoir cerné les enjeux d'un tel indicateur, il conviendra d'envisager les moyens de sa mise en œuvre **(B)**.

A) Les enjeux d'un indicateur de l'absentéisme en droit social

670.- La fonction de l'absentéisme : un indicateur d'alerte. L'émergence d'un indicateur d'absentéisme propre au droit social n'a d'intérêt que s'il permet d'appréhender la *dimension collective* des absences. En effet, la notion d'absence et les différents régimes juridiques existants permettent de régir les situations individuelles d'absence. Par ailleurs, le caractère répété, fréquent ou prolongé des absences d'un salarié, est également régi par les régimes juridiques d'absence. En effet, les outils juridiques permettent à l'employeur de faire face à des situations d'absences répétées, fréquentes ou prolongées selon la cause immédiate à l'origine de ces absences. À titre d'illustration, une absence injustifiée prolongée pourra donner lieu à un licenciement pour abandon de poste voire à une démission présumée. Par ailleurs, un salarié absent de manière répétée ou prolongée pourra, sous réserve de respecter certaines conditions, faire l'objet d'un licenciement[2287]. Partant, il n'existe pas de réel intérêt de définir l'absentéisme en droit social à travers une *dimension individuelle* de l'absence. Cependant, la *dimension collective* des absences dans une entreprise échappe à la définition de l'absence. Ainsi, l'absentéisme aurait pour fonction d'être un *indicateur juridique d'alerte des absences*. Pour ce faire, il conviendrait de restreindre l'absentéisme à une *dimension collective* des absences, comme semblent le suggérer les articles de la partie réglementaire du Code du travail qui mentionnent ce terme. Une telle acception de l'absentéisme permettrait de l'utiliser comme un indicateur d'alerte des absences, qui déclencherait *in fine* l'obligation pour l'employeur de mettre en œuvre des politiques de prévention des absences.

[2287] Sur ce point, v. *supra*, n° 435 et suiv.

671.- La finalité de l'absentéisme : la mise en œuvre de politiques de prévention des absences. Si l'absentéisme constituait un indicateur d'alerte des absences collectives d'une entreprise, sa finalité serait de lutter contre les absences de manière préventive. Pour ce faire, le taux d'absentéisme apparaît comme l'instrument de mesure de l'absentéisme. Lorsque le taux d'absentéisme relevé est trop important, cela conduirait à déclencher l'obligation, pour l'employeur, de mettre en place des dispositifs juridiques de prévention des absences. Partant, au regard de sa finalité, les paramètres de l'absentéisme doivent être définis de manière précise. Il s'agirait donc de recenser l'ensemble des absences individuelles, selon leur cause immédiate. En effet, la cause première de l'absence est complexe voire impossible à rechercher pour l'employeur. Toutefois, certains indices permettraient de mettre en lumière des causes premières, liées aux conditions de travail ou à un sentiment d'insatisfaction au travail, sur lesquelles l'employeur serait en mesure d'agir. C'est la raison pour laquelle il conviendrait, outre *l'indicateur général de l'absentéisme*, de prévoir *un suivi précis* des absences. Ce dernier répertorierait les absences selon leurs motifs[2288]. En définitive, la pluralité des absences individuelles permettrait de révéler les difficultés auxquelles l'entreprise est exposée.

672.- La dimension collective des absences au travail. La construction d'un indicateur général d'absentéisme est nécessaire, tant au regard de sa fonction que de sa finalité. Ainsi, l'absentéisme se définit en premier lieu au regard de sa *dimension collective*. Il s'agit là des absences collectives au niveau de l'entreprise. En d'autres termes, l'absentéisme se caractérise par la pluralité des absences individuelles de chaque travailleur. La dimension collective des absences ne s'entendrait donc pas, comme certains arrêts semblaient le suggérer, comme l'ensemble des absences d'un travailleur pris isolément. Les absences collectives d'un travailleur peuvent être prises en considération dans la notion d'absence, puisqu'elles permettent de préciser l'application d'un régime juridique d'absence. Cependant, leur prise en compte dans la notion d'absentéisme n'est pas pertinente. En effet, l'absentéisme doit révéler la situation d'une entreprise en matière d'absence pour constituer un indicateur pour l'employeur. Elle doit donc refléter le fait que la collectivité de travail est peu ou souvent absente. Il s'agit d'élever les absences à une dimension collective, afin de dépasser les absences individuelles.

[2288] Les absences devant être répertoriées au titre de l'absentéisme et celles devant en être exclues seront développées dans la Section 2 du présent Chapitre.

673.- Des absences liées à la qualité de vie et des conditions de travail. Pour constituer un véritable indicateur, seules certaines causes d'absence devraient être incluses dans l'absentéisme[2289]. En définitive, la définition de l'absentéisme qui entend être retenue dans cette étude se rapproche de celle proposée par l'ANACT. En effet, cette dernière inclut dans l'absentéisme « toute absence qui aurait pu être évitée par une prévention suffisamment précoce des facteurs de dégradation des conditions de travail »[2290]. À l'évidence, les absences qui traduisent des conditions de travail dégradées doivent être incluses dans le champ de l'absentéisme. Pour autant, il serait réducteur de circonscrire l'absentéisme à la seule question des conditions de travail. De nombreuses absences, contraintes ou subies, traduisent une qualité de vie au travail insatisfaisante, sans pour autant être liées aux conditions de travail. En effet, la *qualité de vie au travail* (QVT) dépasse les seules conditions de travail. Conformément aux termes de l'ANI du 19 juin 2013, la QVT vise « le travail, les conditions de travail et la possibilité qu'elles ouvrent ou non de "faire du bon travail " dans une bonne ambiance et dans le cadre de son organisation. Elle est également associée aux attentes fortes d'être pleinement reconnu dans l'entreprise, et de mieux équilibrer vie professionnelle et vie personnelle »[2291]. La vision englobante de la QVT a été confirmée dans l'ANI du 9 décembre 2020, qui précise que « la qualité de vie au travail, dont la santé et la sécurité au travail sont un des aspects, est un facteur de santé et de réalisation personnelle pour les salariés »[2292]. Afin de réaffirmer l'importance de prendre en compte les conditions de travail dans la qualité de vie au travail, les partenaires sociaux ont consacré l'expression de *qualité de vie au travail et des conditions de travail* (QVCT) dans l'ANI du 9 décembre 2020, en lieu et place de la QVT. La QVCT a d'ailleurs été reprise par le législateur dans la loi du 2 août 2021[2293]. Rapprocher l'absentéisme de la QVCT permettrait d'inclure, dans cet indicateur, les absences liées aux risques professionnels et celles résultant d'une difficulté pour le salarié de concilier ses vies personnelle et professionnelle. Partant, cela permettrait de responsabiliser l'employeur sur les mesures de prévention à mettre en œuvre.

2289 Sur ce point : v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

2290 10 questions sur l'absentéisme, *Éd. réseau ANACT-ARACT*, p. 3.

2291 ANI du 19 juin 2013 relatif à une qualité de vie au travail et à l'égalité professionnelle.

2292 ANI du 9 déc. 2020 relatif à la prévention renforcée et à une offre renouvelée en matière de santé au travail et des conditions de travail, Préambule, al. 2.

2293 L. n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail (*JORF* n° 0178 du 3 août 2021), spéc. art. 7, 3° et art. 38, I-. Sur la question de la transition des accords QVT vers les accords QVCT, v. en ce sens : F. Héas, « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie et des conditions de travail, une deuxième génération d'accords », *Dr. soc.* 2025, p. 538.

B) Les moyens de mise en œuvre de l'indicateur général de l'absentéisme

674.- Vers une obligation générale d'évaluation de l'absentéisme. Au regard tant des fonctions que de la finalité de l'absentéisme, il est nécessaire d'élargir son champ d'application actuel afin de renforcer cet indicateur. Dans cette perspective, il serait intéressant de créer une *obligation générale d'évaluation de l'absentéisme* qui pèserait sur l'employeur dans toutes les entreprises, quelle que soit leur taille. Actuellement, les employeurs doivent recenser l'absentéisme uniquement dans le cadre des dispositions supplétives relatives à la BDESE dans les entreprises de moins de trois cents salariés[2294]. Concrètement, cela signifie que l'absentéisme est un indicateur qui, pour l'heure, ne doit être établi, au sein de la BDESE, que dans les entreprises dont l'effectif est compris entre cinquante et trois cents salariés. En outre, l'absentéisme ne figure que dans les dispositions supplétives, ce qui signifie que si les partenaires sociaux concluent une convention ou un accord collectif sur la BDESE, ils n'ont pas l'obligation d'inclure l'absentéisme parmi les informations devant figurer dans cette base de données. Or, il apparaît nécessaire de détacher la mesure de l'absentéisme de la BDESE. En effet, cette base de données n'est obligatoire que dans les entreprises dont l'effectif est de cinquante salariés et plus[2295]. La question de l'absentéisme n'est pas propre aux moyennes et grandes entreprises puisqu'elle concerne également les petites entreprises. Dès lors, l'absentéisme devrait également être mesuré dans les entreprises dépourvues de CSE, dans celles dont le CSE n'exerce que des attributions réduites et qui n'ont pas l'obligation de mettre en place une BDESE, mais également dans celles dont le contenu de la BDESE est défini par voie conventionnelle. Par conséquent, l'absentéisme devrait être évalué indépendamment de l'effectif de l'entreprise.

675.- L'employeur comme acteur de l'évaluation de l'absentéisme. L'absentéisme étant un indicateur de la QVCT, il devrait être mesuré dans toutes les entreprises. Dans cette perspective, il semblerait opportun d'instaurer une obligation de l'employeur de recenser toutes les absences intervenues au cours d'une période de référence – par exemple, une année civile –. Cette mesure de l'absentéisme par l'employeur permettrait d'étendre cet

[2294] Le texte ici visé fait référence à l'article R. 2312-8 du Code du travail, qui prévoit des dispositions supplétives en matière d'organisation et de contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales pour les entreprises de moins de trois cents salariés.
[2295] V. C. trav, L. 2312-18. Cet article est inclus dans la Section 3, relative aux « Attributions du Comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés » (C. trav. L. 2312-8 à L. 2312-84).

indicateur à l'ensemble des entreprises, quelle que soit leur taille et indépendamment de l'existence de représentants du personnel ou syndicaux au sein de l'entreprise. Dès lors, l'employeur serait tenu de référencer dans un indicateur unique le *nombre* d'absences ainsi que leur *durée*, au cours d'une période de référence, en fonction de leur motif. Si la présente étude s'intéressera, dans un second temps, à la détermination des politiques de prévention pour répondre à ces absences, il convient de souligner que l'employeur interviendrait seul, en amont, pour mesurer l'absentéisme. Cette obligation ne relèverait pas exclusivement du champ de la santé et de la sécurité au travail, mais s'inscrirait dans une perspective plus large : celle de la QVCT. Afin que cet indicateur révèle les problématiques liées à l'entreprise (conditions de travail, difficulté à assurer la santé et la sécurité des travailleurs, difficulté pour les salariés à concilier leur vie professionnelle avec leur vie personnelle), certains motifs d'absence doivent en être exclus. C'est par exemple le cas des congés payés. À l'inverse, il apparaît pertinent d'inclure dans cet indicateur certaines causes d'absence qui n'ont *a priori* aucun lien avec le travail, mais qui pourraient traduire une QVCT pouvant être améliorée. Cette mesure de l'absentéisme pourrait être effectuée sous la forme d'un tableau, qui répertorierait les absences selon leur cause, leur nombre (pour évaluer leur fréquence), leur durée, mais également d'autres paramètres tels que le genre du travailleur absent (notamment pour les absences liées à une difficulté pour le salarié à concilier sa vie professionnelle avec sa vie personnelle) afin que les mesures de prévention à mettre en place soient le plus efficace possible.

676.- L'implication des acteurs de la négociation collective d'entreprise et du CSE dans le traitement de l'absentéisme. Une fois l'absentéisme mesuré par l'employeur, il apparaîtrait essentiel que d'autres acteurs soient mobilisés pour déterminer les mesures de prévention des absences qu'il convient de prendre. À ce titre, il serait pertinent que l'indicateur de l'absentéisme soit négocié au niveau de l'entreprise. Ainsi, il ferait l'objet d'une analyse par les partenaires sociaux qui seraient mobilisés pour envisager les mesures de prévention à mettre en place dans une logique d'amélioration de la QVCT. L'absentéisme entrerait dans le cadre de la négociation collective obligatoire relative à la QVCT dans les entreprises de cinquante salariés et plus, conformément aux dispositions d'ordre public relatives à la négociation obligatoire en entreprise[2296]. S'agissant du champ de la négociation collective, l'absentéisme pourrait être

[2296] Plus exactement, il entrerait dans le champ de l'article L. 2242-1, 2° du Code du travail qui prévoit que dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur doit engager au moins une fois tous les quatre ans « une négociation sur l'égalité professionnelle

inclus dans les dispositions de l'article L. 2242-17 du Code du travail. Ce texte prévoit que la négociation annuelle, sur l'égalité entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail, doit porter sur sept thèmes. Un huitième thème pourrait être ajouté en prévoyant, par exemple, que cette négociation annuelle devrait également porter sur « les mesures qui permettent de réduire l'absentéisme, notamment en matière d'aménagement du temps de travail, des horaires de travail ou du poste de travail ».

Il semble également essentiel d'impliquer le CSE dans la question du traitement de l'absentéisme. Pour les CSE des entreprises de onze à quarante-neuf salariés, ces derniers disposent d'attributions réduites. Toutefois, il est possible de rattacher la question de l'absentéisme aux attributions dont dispose le CSE en matière de santé, de sécurité et d'amélioration des conditions de travail[2297]. Pour les CSE des entreprises de plus de cinquante salariés, puisqu'ils disposent d'attributions étendues, il serait opportun d'inclure l'absentéisme parmi les thèmes faisant l'objet d'une information et d'une consultation récurrente. Ainsi, le CSE serait régulièrement informé et consulté sur les résultats de cet indicateur. L'article L. 2312-17 du Code du travail, qui prévoit les dispositions d'ordre public applicables en matière de consultations et d'informations récurrentes, dispose que le CSE est consulté sur « la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ». En outre, conformément aux dispositions de l'article L. 2312-19 du Code du travail, un accord d'entreprise ou en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CSE, peut définir « le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du CSE »[2298]. Il serait souhaitable que les partenaires sociaux ajoutent *l'absentéisme* dans le contenu de ces consultations récurrentes. En outre, il est prévu que la BDESE doit rassembler « l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité économique et social »[2299]. Pour autant, le législateur précise que « ces informations comportent en particulier l'ensemble des indicateurs relatifs l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »[2300]. Dès lors, dans la mesure où l'absentéisme constituerait un indicateur de la QVCT, il conviendrait de l'inclure – au même titre que les indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes – parmi les informations devant obligatoirement figurer dans la BDESE.

---

entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie et des conditions de travail ».

[2297] C. trav., art. L. 2312-5, al. 2.

[2298] C. trav., art. L. 2312-19, 1°.

[2299] C. trav., art. L. 2312-18, al. 1er.

[2300] *Ibid.*

En définitive, les acteurs de la négociation collective en entreprise ainsi que le CSE devraient systématiquement être mobilisés pour le traitement de l'absentéisme, en raison du lien qui existerait entre l'absentéisme et la QVCT. D'autres acteurs pourraient également être mobilisés, comme c'est le cas du médecin du travail. Cependant, puisque son rôle consiste uniquement à assurer une prévention de la santé et de la sécurité des travailleurs et des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail[2301], son implication dans le traitement de l'absentéisme ne peut intervenir que pour les causes d'absence liées à ces thèmes. Dès lors, son action est ciblée sur certains volets de la QVCT seulement. Par exemple, les questions relatives à la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié échappent au rôle du médecin du travail. C'est la raison pour laquelle il sera proposé de l'impliquer dans le cadre du *suivi précis*, et non au titre de *l'indicateur général* de l'absentéisme.

*
* *

677.- Conclusion de la Section 1. En droit social, il semble nécessaire de dépasser l'approche individuelle des absences qui ne permet qu'un traitement curatif de ces dernières. Or, la prise en compte des absences collectives au niveau d'une entreprise, c'est-dire la pluralité des absences individuelles, permettrait de constituer un indicateur d'alerte en matière de QVCT. À cet égard, un phénomène étudié dans des disciplines extrajuridiques – et utilisé de manière épars en droit social – apparaîtrait utile : *l'absentéisme*. Pour ce faire, il serait nécessaire d'instaurer une obligation générale d'évaluation de *l'absentéisme* à la charge de l'employeur. Ce dernier devrait ainsi recenser les absences intervenues au cours d'une période de référence dans l'entreprise. Cette démarche suppose de circonscrire le champ de l'absentéisme à certaines absences, en ne retenant que celles qui sont liées, directement ou indirectement, à la QVCT. Afin que cet indicateur puisse être opérationnel, il convient de déterminer les causes d'absence à intégrer au sein de *l'absentéisme*.

[2301] C. trav., art. L. 4622-3.

Section 2 : Les causes d'absence à prendre en compte dans l'indicateur d'absentéisme

678.- Plan. S'il est établi que la *dimension collective* des absences dans une entreprise doit être prise en considération à travers l'indicateur de *l'absentéisme*, la question des moyens de l'évaluation de ces absences demeure. Pour que l'absentéisme puisse constituer un indicateur d'alerte significatif pour l'employeur, et dans une perspective d'amélioration de la QVCT, il est nécessaire de définir précisément les causes d'absence qu'il convient de prendre en compte ou d'exclure de son champ. Pour la plupart, il apparaît relativement aisé de déterminer s'il convient de les inclure ou de les exclure de l'indicateur de l'absentéisme. C'est souvent le cas lorsqu'il est possible d'affirmer de manière certaine que la cause première de l'absence est en parfaite corrélation avec la cause immédiate **(§1)**. À l'inverse, une cause d'absence ne saurait être intégrée ou exclue de *l'absentéisme* de manière aussi évidente, parce que cette cause immédiate est susceptible de dissimuler une cause première autre. Est ici visée l'absence pour maladie ordinaire, pour laquelle il est particulièrement complexe d'établir un lien – même indirect – avec la QVCT. Par conséquent, l'inclusion ou l'exclusion des absences pour maladie ordinaire dans le champ de l'absentéisme s'avère particulièrement complexe **(§2)**.

§1 : Les causes d'absence déterminantes et indifférentes de l'absentéisme

679.- Plan. En premier lieu, certaines causes d'absence doivent nécessairement être incluses dans l'indicateur de l'absentéisme, parce qu'elles constituent un indicateur d'alerte important sur la QVCT sur lesquelles l'employeur est en mesure d'agir. À titre d'illustration, il peut s'agir de l'organisation du travail, des conditions de travail, mais également d'un manquement à son obligation de prévention des risques professionnels **(I)**. À l'inverse, d'autres causes d'absence sont strictement étrangères à la QVCT. Partant, ces causes d'absence doivent être exclues de l'absentéisme, parce qu'elles résultent uniquement d'une obligation ou d'un droit du salarié. C'est le cas de la plupart des congés, bien que certains doivent être intégrés dans l'indicateur de l'absentéisme **(II)**.

I- Les causes d'absence à inclure

680.- Plan. Différentes causes d'absence devraient être incluses dans l'absentéisme, puisqu'une action de l'employeur sur la QVCT pourrait permettre de diminuer ces absences. *A fortiori*, ce sera le cas de toutes les absences qui résultent d'un comportement ou d'une décision de l'employeur et qui contraignent le salarié à s'absenter. L'exemple le plus évocateur se rencontre en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles **(A)**. D'autres causes d'absence sont également à inclure dans le champ de l'absentéisme, parce qu'elles résultent, du moins pour partie, d'un choix du salarié de s'absenter en réponse à une dégradation de ses conditions de travail **(B)**.

A) Les absences subies

681.- Plan. Une cause d'absence apparaît comme étant subie par le salarié : il s'agit de l'accident du travail et de la maladie professionnelle **(1)**. Ce motif d'absence doit assurément être intégré dans le champ de l'absentéisme, puisqu'il révèle des conditions de travail qui doivent être améliorées **(2)**.

1. Des absences consécutives à la réalisation d'un risque professionnel

682.- La réalisation du risque professionnel, conséquence d'un manquement de l'employeur à l'obligation de santé et de sécurité. La réalisation d'un risque professionnel, qui se traduit par la survenue d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, contraint le salarié à s'absenter. Ce type d'absences permet d'établir un lien de causalité avec l'employeur. En effet, ce dernier est tenu d'assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés. Cette obligation a d'abord été contractuelle[2302], avant de devenir légale à la suite de la transposition d'une directive européenne datant de 1989[2303]. Cette directive-

[2302] Cette obligation contractuelle est née de la loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, *précitée*. Cette loi a instauré un régime de réparation de plein droit pour les « accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail » (art. 1er de la loi *précitée*). Sous l'empire de ce texte, l'impératif lié à la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs découlait exclusivement de la relation contractuelle.

[2303] Le conseiller à la Cour de cassation Pierre Sargos avait mis en avant le fait que « le facteur déterminant de l'évolution en profondeur du concept de sécurité au travail a été la directive […] du 12 juin 1989 ». (Dir. 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail). V. en ce sens : P. Sargos, « L'évolution du

cadre a véritablement fait entrer l'obligation de sécurité dans la sphère normative. Certains auteurs accordent à cette obligation une importance considérable. À cet égard, Marie-Ange Moreau affirme qu' « elle est à l'origine de la construction la plus importante de l'Europe sociale »[2304]. C'est à la suite de la transposition de la directive de 1989, par une loi de 1991[2305], que l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur a été codifiée aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail[2306]. Si le fondement contractuel de cette obligation a perduré, comme en témoigne la formule utilisée par la Cour de cassation dans les arrêts *Amiante*[2307], reste qu'elle est également consacrée par les dispositions législatives. En effet, l'alinéa premier de l'article L. 4121-1 du Code du travail prévoit désormais que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Or, cette obligation de prévention n'a pas toujours revêtu un tel caractère, ayant fait l'objet de nombreuses évolutions depuis le début du XXI^e^ siècle.

683.- L'évolution de la nature de l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur. À l'occasion des célèbres arrêts *Amiante* de 2002, la Cour de cassation a fait évoluer l'obligation de santé et de sécurité dont l'employeur est débiteur en une obligation *de résultat*, la chambre sociale affirmant « qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers [le salarié] d'une obligation de sécurité de résultat »[2308]. Opposée à l'obligation de *moyens*, celle de *résultat* permet au créancier de cette obligation d'engager la responsabilité de son cocontractant si le résultat escompté n'est pas atteint[2309]. Appliqué à l'obligation de santé et de sécurité, il s'agit de considérer que lorsque le salarié est victime d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle, l'employeur a manqué à cette obligation et sa responsabilité doit donc être engagée. Cette distinction entre obligation de *moyens* et de *résultat*

concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, p. 121. La directive précitée a fait l'objet d'une transposition dans le Code du travail par la loi du 31 décembre 1991 (L. n° 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 au travail, *JORF* n° 5 du 7 janv. 1992, p. 319).

2304 M.-A. Moreau, « Pour une politique de santé dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2002, p. 817.

2305 L. n° 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 au travail, *précitée*.

2306 Plus précisément, cette obligation a été codifiée aux articles L. 230-2 et suivants de l'ancien Code du travail.

2307 V. *infra*, § suivant.

2308 Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit*, n° 00-11.793 ; *Droit et Patrimoine* 2002, n° 108, p. 117, note P.-H. Antonmattei ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 125, p. 3, note A. Benmakhlouf et S. Petit ; *JCP E* 2002, n° 15, p. 672, note G. Strebelle ; *Environnement* 2003, n° 2, p. 8, note P. Bechmann.

2309 Cette distinction entre obligation de moyens et de résultat a été théorisée par René Demogue en 1923. V. en ce sens : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Éd. A. Rousseau, t. III, 1923, pp. 357 et suiv.

permet de déterminer le degré d'intensité de l'obligation. L'obligation de *résultat* est donc celle dont l'intensité est la plus forte. Toutefois, depuis 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence. Depuis lors, l'obligation de santé et de sécurité s'est mue en une obligation de *moyens renforcée*. Par conséquent, son degré d'intensité s'en est trouvé diminué. L'arrêt *Air France* peut être considéré comme le point de départ de cette mutation. En effet, la Cour de cassation affirmait que « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail »[2310]. Cette jurisprudence a donné lieu à de nombreuses interrogations doctrinales quant à la nature de l'obligation de santé et de sécurité[2311]. Après certaines réticences à admettre un tel changement de paradigme[2312], le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Yves Frouin, a admis un an plus tard le changement de nature de cette obligation vers une obligation de *moyens*[2313]. Le degré d'intensité de l'obligation semble avoir diminué à l'aune de la nouvelle jurisprudence[2314]. Pour autant, le changement de nature de l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur ne prive en rien la pertinence de l'inclusion des accidents du travail et maladies professionnelles dans les absences à prendre en compte au titre de l'absentéisme. En réalité, le changement de nature de l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur ne produit que des incidences relatives en matière d'absentéisme.

[2310] Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444 ; *Dr. soc.* 2016, n° 5, p. 457, obs. P.-H. Antonmattei ; *Dr. soc.* 2016, n° 5, p. 395, note J.-D. Combrexelle ; *JCP E* 2016, n° 49, p. 45, note Y. Pagnerre ; *RDC* 2016, n° 2016/2, p. 217, chron. G. Viney ; *JCP E* 2016, n° 10, p. 48, chron. A. Bugada ; *RLDA* 2016, n° 113, p. 32, note S. Selusi ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 2, p. 68, chron. C. Frouin ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 350, p. 4, note S. Prieur.

[2311] V. en ce sens : A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur. Brèves réflexions autour d'un changement de logique », *RJS* 2016, p. 99 ; F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *Dr. ouvr.* 2016, p. 10 ; M. Babin, « L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche », *JCP S* 2016, 1011 ; G. Pignarre, L.-F. Pignarre, « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et de sécurité au travail de l'employeur ? », *RDT* 2016, p. 151 ; M. Keim-Bagot, E. Jeansen, « Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ? », *RDT* 2016, p. 222 ; P.-H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *Dr. soc.* 2016, p. 457.

[2312] Cour de cassation, *Rapp. annuel 2015*, La documentation française 2016, p. 166.

[2313] J.-Y. Frouin, « Un an de jurisprudence vu par le Président de la chambre sociale », *LSQ* 11 oct. 2017.

[2314] Sur des arrêts récents, v. en ce sens : Cass. soc., 9 avr. 2025, n° 23-22.121 (absence de condamnation de l'employeur qui avait mis en œuvre des mesures de prévention visant à éviter une situation de harcèlement moral) ; Cass. soc., 16 oct. 2024, n° 23-16.411 (condamnation de l'employeur au motif qu'il n'a pas pris toutes les mesures pour assurer la sécurité et protéger la santé du salarié) ; *Lexbase soc.* 2025, n° 1008, chron. C. Blanc-Laussel ; *Lexbase soc.* 2024, n° 1000, obs. C. Langaney.

2. Des absences révélatrices de conditions de travail délétères

684.- Une mutation de la nature de l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur indépendante à l'action de prévention de l'employeur. Le changement de nature de l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur produit essentiellement des conséquences en matière de preuve. Selon la *summa divisio* dégagée par René Demogue, en matière d'obligation de résultat, il suffit au créancier de l'obligation de prouver que le résultat n'a pas été atteint tandis que pour ce qui est de l'obligation de *moyens*, le créancier de l'obligation est tenu de rapporter la preuve d'une faute commise par le débiteur. Historiquement, l'intérêt de cette distinction entre obligation de *moyens* et de *résultat* réside donc dans le contenu de la preuve de l'inexécution. Or, cette conception civiliste est transposable aux obligations existant en droit du travail et notamment à l'obligation de sécurité de l'employeur. La charge de la preuve qui incombe au salarié, pour engager la responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, est davantage complexe à établir sous l'empire de la jurisprudence nouvelle. Toutefois, il est indéniable que des absences reposant sur ce motif doivent être intégrées dans le champ de l'absentéisme. En effet, si la responsabilité de l'employeur apparaît plus complexe sous l'empire de la jurisprudence nouvelle, l'employeur conserve un pouvoir d'action à titre préventif pour éviter la survenue du risque professionnel. Au-delà, la nouvelle obligation de *moyens* porte sur les risques dont il avait ou aurait dû avoir connaissance, que certains auteurs traduisent par le critère de la connaissance du danger[2315]. Par conséquent, il est indispensable qu'il mette en œuvre tous les moyens dont il dispose pour éviter que le risque ne se réalise par le biais de mesures préventives[2316].

685.- Les absences pour accidents du travail ou maladies professionnelles comme indicateur de santé de l'entreprise. Les absences ayant pour motif un accident du travail ou une maladie professionnelle sont indéniablement un indicateur d'alerte de conditions de travail défavorables à la protection de la santé et de la sécurité des salariés dans l'entreprise. Ce constat est d'autant plus vrai si l'accident du travail ou la maladie professionnelle résulte d'une faute inexcusable et, à plus forte raison, d'une faute intentionnelle de l'employeur[2317].

[2315] V. en ce sens : A. Lucchini, E. Marant, F. Héas, « Les perspectives du droit de la santé au travail », *RDT* 2023, p. 311 ; E. Jeansen, « L'éclipse de l'obligation de sécurité ? L'éveil d'un principe ? », *Dr. soc.* 2020, p. 277.
[2316] Sont ici visées les dispositions des articles L. 4121-1 et suiv. du Code du travail.
[2317] Sur la faute inexcusable de l'employeur, v. en ce sens : CSS, art. L. 452-1. Sur la faute intentionnelle de l'employeur, v. en ce sens : CSS, art. L. 452-5.

Cependant, toutes les absences pour accident du travail ou maladies professionnelles doivent être prises en considération au titre de l'absentéisme, indépendamment de la commission d'une faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur. En effet, elles sont la conséquence d'un risque professionnel qui aurait pu être évité par des conditions de travail plus protectrices de la santé et de la sécurité des salariés. La prise en considération de ces absences dans le champ de l'absentéisme présente donc un intérêt tant pour les salariés que pour l'employeur. Le taux d'absentéisme relevé permettra à l'employeur de modifier les politiques de prévention des risques professionnels afin de les rendre plus efficaces[2318]. Par conséquent, il sera en mesure de mettre en place des dispositifs de prévention des absences ayant pour cause la réalisation d'un risque professionnel. Cela permettra à l'employeur de diminuer les absences futures en restreignant les risques liés à la survenance d'un risque professionnel.

B) Les absences choisies

686.- Plan. Aux côtés des absences subies, c'est-à-dire celles liées à la réalisation d'un risque professionnel, certaines absences choisies doivent également être incluses dans l'absentéisme. En effet, ces absences partiellement choisies sont révélatrices de difficultés auxquelles l'entreprise fait face, en termes d'organisation et de conditions de travail. Elles peuvent également traduire un climat social de l'entreprise peu propice à l'assiduité du salarié. Le choix de s'absenter peut ainsi résulter de l'exercice d'un droit dont le salarié est créancier. C'est notamment le cas de l'exercice du droit de grève ou du droit de retrait **(1)**. Ce choix peut également se traduire par une absence non autorisée, qui relèverait alors du régime juridique des absences injustifiées **(2)**.

1. L'exercice d'un droit d'absence

687.- L'exercice du droit de grève, comme indicateur de QVCT. La grève est considérée comme la « cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »[2319]. Par conséquent, l'exercice du droit de grève suppose que plusieurs salariés cessent le travail pour appuyer des revendications professionnelles

[2318] Il s'agira d'adapter les exigences légales aux particularités de l'entreprise, grâce à l'analyse de l'absentéisme.
[2319] Sur la définition de la grève *précitée*, v. en ce sens : Cass. soc., 2 fév. 2006, n° 04-12.336 ; *JCP S* 2006, n° 10, p. 32, note R. Vatinet ; *JSL* 2006, n° 184, p. 10, note M.-C. Haller ; *Lexbase soc.* 2006, n° 201, obs. C. Radé.

déterminées, « auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction »[2320]. La lecture de la jurisprudence permet de préciser la notion de *revendications professionnelles*. Il est permis d'observer que le caractère professionnel des revendications portées par les salariés dans le cadre de l'exercice du droit de grève est entendu assez largement par la chambre sociale. À titre d'illustration, les revendications professionnelles peuvent porter sur la rémunération[2321], les conditions de travail[2322], la protection de l'emploi[2323] ou encore sur des revendications liées à la représentation du personnel[2324]. La grève peut être considérée comme la réponse des salariés face à un environnement de travail qu'ils jugent insatisfaisant. Dans ce cas, la grève est consubstantielle à des conditions de travail insatisfaisantes et, plus généralement, à la QVCT. L'insatisfaction peut ainsi porter sur les salaires, un élément de rémunération, les conditions de travail ou encore la représentation des salariés dans l'entreprise. Partant, les absences pour exercice du droit de grève doivent être incluses dans le champ de l'absentéisme puisqu'elles sont un indicateur d'alerte, pour l'employeur, d'un sentiment d'insatisfaction au travail.

688.- L'exercice du droit de retrait, comme indicateur d'alerte en matière de santé et de sécurité. Selon l'article L. 4131-1 du Code du travail, « le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection ». En pareille situation, le salarié est bien-fondé à se « retirer du travail », c'est-à-dire à s'absenter tant que la situation de danger subsiste[2325]. L'employeur ne pourra le mettre en demeure de retourner au travail tant qu'il n'a pas fait cesser la situation dangereuse[2326]. Il ne pourra le sanctionner si le danger est avéré[2327]. Dans le cadre de l'exercice du droit de retrait, le salarié est donc titulaire d'un droit d'absence.

[2320] Sur les précisions relatives au critère de revendications professionnelles, singulièrement sur l'exigence d'un défaut de satisfaction de l'employeur quant aux revendications portées, v. en ce sens : Cass. soc., 17 janv. 1968, *précité*. Conf. par : Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.104 ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 16, p. 5, note C. Puigelier ; Cass. soc., 2 juin 1992, n° 89-40.565 ; Cass. soc., 29 mai 1979, n° 78-40.553 ; Cass. soc., 30 mars 1971, n° 69-40.333.

[2321] La grève peut avoir pour objet une demande d'augmentation des salaires. V. en ce sens : Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-24.462 ; Cass. soc., 22 avr. 1964, n° 61-40.673.

[2322] Sur ce point, v. en ce sens : Cass. soc., 28 mars 1982 (Bull. 1984, n° 130) ; Cass. soc., 8 oct. 1969 (Bull. Civ., n° 521) ; Cass. soc., 21 juin 1967 (Bull. Civ., n° 498) ; Cass. soc., 12 nov. 1964 (Bull. Civ., n° 745).

[2323] Sur ce point, v. en ce sens : Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.688 ; *RLDA* 2011, n° 57, p. 47, note B. Siau ; *JCP S* 2011, n° 15, p. 31, note M. Bailly ; *RDT* 2011, n° 4, p. 254, obs. S. Nadal ; *LPA* 2011, n° 58, p. 11, note H. Peschaud ; Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 88-43.909 Cass. soc., 30 juin 1976, n° 75-40.410 ; Cass. soc., 28 juin 1951, n° 51-01.66.

[2324] Sur la représentation syndicale, v. en ce sens : Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476 ; Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.104.

[2325] C. trav., art. L. 4131-1, al. 2.

[2326] C. trav., art. L. 4131-1, al. 3.

[2327] C. trav., art. L. 4131-3.

Ce dernier lui permet d'assurer la protection de sa santé et de sa sécurité face à une situation de travail considérée comme dangereuse. Par conséquent, l'exercice du droit de retrait révèle des conditions de travail mettant en péril la santé et la sécurité des travailleurs. Les absences consécutives à l'exercice légal du droit de retrait doivent donc, elles aussi, être incluses dans le champ de l'absentéisme. Elles constituent un indicateur d'alerte utile pour l'employeur en matière de santé et de sécurité. Elles sont l'expression de conditions de travail délétères, ne permettant pas de protéger la santé et la sécurité des salariés, comme l'impose l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur.

2. Des absences injustifiées

689.- L'absence injustifiée, traduction d'une insatisfaction au travail. Au-delà des absences justifiées, les absences injustifiées doivent également être prises en considération dans le cadre de l'absentéisme. Ces dernières traduisent, le plus souvent, un sentiment d'insatisfaction au travail. Plus exactement, elles seraient révélatrices de la fatigue ou du manque de motivation du salarié absent. Prise dans leur dimension collective, la pluralité d'absences injustifiées serait donc la traduction du climat social de l'entreprise[2328]. C'est pour cette raison qu'elles doivent être intégrées à l'absentéisme. Il convient toutefois d'apporter certaines nuances à un tel raisonnement. En effet, la catégorie juridique des absences injustifiées est particulièrement disparate. Or, certaines absences injustifiées ne sauraient être considérées comme la traduction d'une insatisfaction au travail. En premier lieu, il convient de distinguer selon que l'absence est injustifiée sur *le fond* ou sur *la forme*. L'inclusion de cette seconde catégorie au titre de l'absentéisme ne semble pas pertinente. Lorsque l'absence est injustifiée en raison du manquement du salarié au respect des formalités, il peut s'agir d'un simple manque de connaissance de la procédure inhérente à l'absence. Analyser de telles absences comme la traduction d'un manque de motivation au travail ne semble donc pas pertinent. En outre, de nombreuses absences sont temporairement injustifiées, mais sont justifiées par le salarié *a posteriori*. Dans ce cas, l'absence anciennement injustifiée devient justifiée. Or, la temporalité est à prendre en considération. Le salarié peut être privé de justifier son absence pendant une certaine période, pour diverses raisons, notamment parce que son état de santé l'en empêche ou qu'il ne dispose pas des moyens matériels pour le faire. Ainsi, de telles absences qui sont *in*

[2328] T. Rousseau, *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence, op. cit.*, pp. 70-81.

fine justifiées ne doivent pas être relevées au titre des absences injustifiées. Pour ce faire, il est nécessaire de recenser dans l'absentéisme l'absence une fois que l'employeur a la certitude qu'elle est *justifiée* ou, à l'inverse, qu'elle est *injustifiée*. Il pourrait également être pertinent de prendre en considération uniquement les absences injustifiées qui ont fait l'objet d'une sanction disciplinaire, quand bien même cette dernière serait d'une importance moindre.

690.- Les retards répétés, traduction d'un manque de motivation ou d'une difficulté à concilier vie personnelle et vie professionnelle. Au même titre que les absences injustifiées, les retards répétés, voire fréquents, d'un salarié pourraient être inclus dans l'absentéisme[2329]. Pour ce faire, il est nécessaire que le retard soit injustifié et qu'il soit relativement fréquent. Ces retards injustifiés répétés peuvent être analysés comme traduisant un manque de motivation du salarié à se rendre au travail. Ils peuvent également révéler des difficultés du salarié liées à la conciliation de sa vie personnelle avec sa vie professionnelle. Quelles qu'en soient les raisons, de tels retards répétés voire fréquents, doivent être intégrés dans le calcul de l'absentéisme, comme le suggèrent d'ailleurs certains auteurs[2330]. En effet, l'employeur pourra prendre des mesures préventives de lutte contre de tels retards, soit en garantissant au salarié une meilleure conciliation entre leur vie personnelle et leur vie professionnelle, soit en aménageant leurs horaires de travail. Il pourra également mettre en place des dispositifs afin d'influer positivement sur la motivation des salariés de l'entreprise.

II- Les congés : inclusions et exclusions de l'indicateur d'absentéisme

691.- Plan. La plupart des congés ont pour origine un motif totalement étranger à la QVCT. Pour cette raison, il conviendrait de les exclure de l'absentéisme. C'est le cas des congés obligatoires, c'est-à-dire ceux que le salarié est dans l'obligation de prendre indépendamment de sa volonté **(A)**. S'agissant des congés facultatifs, si certains doivent être exclus du champ de l'absentéisme, d'autres devront être inclus parce qu'ils ont un lien avec la QVCT **(B)**.

[2329] D. Monneuse*, L'absentéisme au travail. De l'analyse à l'action, op. cit.*, p. 2.
[2330] V. notamment : *Ibid.* ; F. Meuleman, *Vaincre l'absentéisme*, Éd. Dunod, 2011 ; D. Gouroubera, Mémoire de fin de formation « Absentéisme au travail : étude comparée secteur public – secteur privé (cas de Cotonou) », ENA, 1995-1998, pp. 20-21.

A) Les congés obligatoires

692.- Les congés obligatoires pour l'ensemble des salariés, exclus de l'absentéisme. Le congé caractérise une autorisation d'absence[2331]. Pourtant, l'évolution du droit du travail a fait naître certains congés obligatoires. Le congé ne fait alors plus écho à une faculté du salarié de s'absenter, mais devient une véritable obligation pour ce dernier. C'est notamment le cas des congés annuels payés. En effet, le salarié a droit, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, majorant la durée du congé en raison de l'âge, de l'ancienneté ou du handicap[2332], à deux jours et demi ouvrables de congé par mois de travail effectif[2333]. Or, les congés payés sont inhérents à la protection de la santé et de la sécurité du salarié, puisqu'ils garantissent le droit au repos du salarié[2334]. D'ailleurs, une directive européenne du 4 novembre 2003 prévoit des périodes minimales de repos, et garantit notamment à tout travailleur le bénéfice d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines par an[2335]. Il est précisé que cette période ne peut pas être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail[2336]. Cette obligation est reprise par le législateur, puisqu'il est prévu que seuls les congés payés annuels dus au salarié en plus de vingt-quatre jours ouvrables peuvent être reportés sur sa demande. Cela signifie que le salarié a l'obligation de prendre au moins vingt-quatre jours de congés payés annuels, sans possibilité de report ou de renonciation[2337]. De même, le salarié peut renoncer à une partie de ses jours de repos en accord avec l'employeur[2338]. À l'inverse, cela signifie qu'il existe une part de jours de repos que le salarié a l'obligation de prendre, indépendamment de sa volonté. Ces jours de repos ne doivent donc pas être comptabilisés dans l'absentéisme, puisque l'employeur n'a pas d'influence sur de telles absences. Aucun dispositif de prévention ne peut permettre de prévenir de telles absences, puisqu'elles constituent un droit, voire une obligation pour l'employeur. Ces absences sont donc extérieures à l'environnement de travail, et ne peuvent être analysées comme un indicateur d'alerte pour l'employeur, de quelque nature que ce soit. D'autres congés obligatoires doivent également être exclus de l'absentéisme, bien qu'ils ne concernent pas l'ensemble des travailleurs.

2331 Sur ce point, v. *supra*, n° 13.
2332 C. trav., art. L. 3141-10, 2°.
2333 C. trav., art. L. 3141-3, al. 1er.
2334 S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.*, p. 5.
2335 Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.
2336 Dir. *précitée*, art. 7.
2337 C. trav., art. L. 3142-120.
2338 C. trav., art. L. 3121-59.

693.- Les congés obligatoires propres à une situation particulière, exclus de l'absentéisme. D'autres congés obligatoires doivent être exclus du champ de l'absentéisme. Il s'agit de tous les congés que le salarié a l'obligation de prendre lorsqu'une situation particulière survient. L'exemple topique de cette hypothèse se rencontre en matière de *congé maternité*. Si le report du congé de maternité et une renonciation partielle à ce dernier sont possibles, la salariée a l'obligation de cesser le travail durant au moins huit semaines[2339]. Il s'agit d'une disposition d'ordre public, auxquelles les parties à la relation de travail ne peuvent faire le choix de renoncer. Cette obligation s'explique là encore par le fait que le congé maternité vise à protéger l'état de santé de la salariée en fin de grossesse ou venant d'accoucher et dont l'état physique est jugé comme incompatible avec l'exercice d'un travail salarié. Toutefois, il s'agit là du seul congé obligatoire lorsqu'un évènement survient. Les autres types de congés sont facultatifs. À l'évidence, le congé maternité, qu'il soit pris intégralement ou partiellement, doit également être exclu du champ de l'absentéisme, puisque l'employeur n'exerce aucune influence sur ce congé.

B) Les congés choisis

694.- Les congés facultatifs pour l'ensemble des salariés, exclus de l'absentéisme. Certains congés sont ouverts à l'ensemble des salariés, quelle que soit leur situation spécifique. Ils sont facultatifs et indépendants de la réalisation d'un évènement particulier, contrairement aux congés obligatoires. De tels congés sont en réalité inhérents à la qualité de salarié, mais demeurent facultatifs. Le salarié est donc libre de solliciter l'octroi de tels congés. C'est notamment le cas du congé sans solde, du congé sabbatique, ou encore du congé pour la création ou la reprise d'une entreprise, sous réserve que le salarié remplisse les conditions requises[2340]. Ces congés sont pris pour un motif de convenance personnelle et n'ont pas à être motivés[2341]. Il est donc permis de considérer que la motivation de tels congés est purement extérieure à l'environnement de travail. C'est la raison pour laquelle ces congés

[2339] C. trav., art. L. 1225-29.

[2340] Aucune condition n'est requise pour ouvrir droit au congé sans solde. En revanche, les articles L. 3142-28 et suivants du Code du travail prévoient des conditions relatives au congé sabbatique. Pour que le salarié puisse en bénéficier, une condition d'ancienneté dans l'entreprise est notamment imposée ainsi qu'une période d'activité professionnelle minimale. En outre, le salarié ne doit pas avoir bénéficié de ce congé ou d'un congé similaire sur une période fixée. Sur les conditions relatives au congé sabbatique, v. notamment C. trav., art. 3142-28, al. 2.

[2341] Sur le congé sabbatique, v. en ce sens : M. Véricel, « Retour de congé sabbatique », *RDT* 2015, p. 761 ; V. Bonnin, « Le départ en congé sabbatique : l'exercice d'un droit par le salarié », *RDT* 2008, p. 308. Selon cet auteur, le congé sabbatique est une « modalité d'évolution dans un parcours professionnel ».

doivent être exclus du champ de l'absentéisme, dès lors qu'ils ne représentent aucun indicateur pour l'employeur.

695.- L'ambivalence des congés facultatifs propres à une situation particulière. D'autres congés facultatifs résultent de la survenue d'une situation particulière. Généralement, cette dernière est en lien avec la situation personnelle ou familiale du salarié. C'est le cas du *congé pour évènement familial*, qui peut être pris par le salarié s'il se marie, se pacse, si l'un de ses enfants se marie ou encore en cas de décès d'un membre de sa famille[2342]. Ce congé doit être exclut de l'indicateur de l'absentéisme, puisqu'il est indépendant de la question de la QVCT. En outre, il ne peut être pris que de manière ponctuelle puisqu'il est conditionné à la survenue d'un évènement qui, par définition, n'est pas récurrent (mariage, PACS, décès). En revanche, d'autres congés ne sauraient être exclus de l'indicateur d'absentéisme, parce qu'ils peuvent être liés à une difficulté du salarié à concilier sa vie professionnelle et sa vie personnelle, et sont donc liés à la QVCT. C'est le cas des congés liés à la parentalité (congé de paternité et d'accueil de l'enfant, congé parental d'éducation). C'est également le cas des congés liés au fait que le salarié est responsable d'une personne dépendante (congé de proche aidant, congé de présence parentale, congé de solidarité familiale, congé de garde pour enfant malade). Par exemple, un salarié qui aurait épuisé son contingent de jours de congés pour garde d'un enfant malade (3 jours par an[2343]) pourrait être contraint de s'absenter de manière injustifiée ou de solliciter un arrêt de travail auprès de son médecin traitant[2344]. Or, certains dispositifs d'aménagement du temps de travail ou du poste de travail pourraient permettre au salarié de garder son enfant malade sans s'absenter. Si ces absences doivent être prises en compte dans l'indicateur général d'absentéisme, elles devraient également faire l'objet d'un *suivi précis*. Lors de la mesure de l'absentéisme, l'employeur devrait ainsi référencer ces absences (temps, durée, fréquence) par sexe[2345], par parentalité, par responsabilité des personnes dépendantes. L'importance de ces

[2342] C. trav., art. L. 3142-1. Un tel congé peut notamment être pris lorsque le salarié se marie ou conclut un pacte civil de solidarité (1° art. *précité*), lorsque son enfant se marie (2° art. *précité*) ou encore pour le décès d'un membre de sa famille (4° art. *précité*).

[2343] C. trav., art. L. 1225-61, al. 2.

[2344] À ce titre, 42% des parents « [poseraient] des jours de congés face à des imprévus liés aux enfants ». 40% auraient « déjà interrompu leur ou réduit leur activité professionnelle pour s'occuper de leurs enfants (en dehors des congés parentaux) : 49% des mères et 33% des pères » : « Améliorer l'équilibre entre vie professionnelle et parentalité de leurs salariés, un vrai enjeu pour les entreprises », consultable sur le site internet : https://www.francetravail.org/accueil/actualites/2023/ameliorer-lequilibre-entre-vie-professionnelle-et-parentalite-de-leurs-salaries-un-vrai-enjeu-pour-les-entreprises.html?type=article. Consulté le 31/10/2025.

[2345] Le sexe du salarié doit être pris en compte, dans la mesure où certains évènements de la vie personnelle comme la parentalité impacte différemment les femmes et les hommes. Une enquête réalisée par la DARES illustre parfaitement ce phénomène. Par exemple, « les mères passent en moyenne plus de temps avec l'enfant, y

absences traduiraient des conditions de travail et une organisation du travail défavorables à la conciliation des vies personnelles et professionnelles.

§2 : La maladie ordinaire comme cause immédiate ambivalente

696.- Plan. Pour l'ensemble des causes d'absence précitées, il est possible de déterminer s'il était nécessaire de les inclure ou, *a contrario*, de les exclure du champ de l'absentéisme. Cette classification binaire est permise parce que la cause première de l'absence réelle correspond strictement à la cause immédiate. En pareil cas, il est nécessaire de se demander si la QVCT pourrait être à l'origine, même indirectement, de ces absences. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, ces absences doivent être incluses dans l'absentéisme. À l'inverse, si la réponse à cette interrogation est négative, elles doivent en être exclues. Toutefois, il existe des motifs d'absence pour lesquels il n'est pas évident de déterminer s'ils sont liés à la QVCT. C'est le cas lorsqu'il faut déterminer si la cause première de l'absence correspond à la cause immédiate. Il a précédemment été démontré que c'était le cas de l'absence pour maladie ordinaire[2346]. Or, l'analyse de certains paramètres de l'absence pour maladie pourrait constituer un indicateur utile, afin de déterminer si la maladie est également la cause première. Pour ce qui est des absences pour maladie ordinaire, il est donc nécessaire d'analyser une pluralité d'autres éléments afin de déterminer si elles doivent être exclues **(I)** ou incluses **(II)** du champ de l'absentéisme.

consacrant les trois quarts de leur temps disponible contre moins de 60% pour les pères. Cependant, les pères assurent la majorité du temps de garde parentale dans trois couples "biactifs" sur dix. C'est le cas quand ils ont une faible durée de travail hebdomadaire, travaillent à domicile ou ont des horaires décalés ou alternants » : K. Briard, « L'articulation des temps parental et professionnel au sein des couples : quelle place occupée par les pères ? », *DARES Analyses* 14 sept. 2017, p. 1.

[2346] Il convient de relever qu'en principe et contrairement à l'accident ou à la maladie d'origine professionnelle, la maladie ordinaire est dépourvue de lien avec le travail. Pour rappel, l'accident du travail est celui qui est « survenu par le fait ou l'occasion du travail », le lien avec le travail étant ainsi largement entendu. Toutefois, afin que la maladie ordinaire ne soit pas troublée par des accidents du travail ou des maladies professionnelles, il est nécessaire que le salarié veille à ce que la maladie ou l'accident ayant une origine professionnelle – même partielle – soit reconnu comme telle. Par exemple, une dépression faisant suite à un syndrome d'épuisement professionnel doit être reconnue comme une maladie professionnelle (hors tableau) ou comme un accident du travail. Elle ne doit pas faire l'objet d'un arrêt de travail pour maladie ordinaire. En effet, cela contribuerait à biaiser l'exclusion de la maladie ordinaire dans l'indicateur de l'absentéisme.

I- L'exclusion de la maladie ordinaire comme cause première d'absence

697.- Plan. Certains éléments permettent d'établir que la maladie ordinaire présentée comme cause immédiate d'absence est également la cause première de cette dernière. C'est notamment le cas lorsque l'absence pour maladie ordinaire est de longue durée **(A)**, ou qu'elle concerne un travailleur en situation de handicap **(B)**.

A) Des absences de longue durée

698.- Une vigilance accrue des médecins-prescripteurs quant à l'existence réelle de la maladie. Les arrêts de travail de longue durée sont la traduction de véritables problèmes de santé du salarié absent. Lorsque l'absence pour maladie ordinaire est de longue durée, la cause immédiate d'absence correspond purement et simplement à la cause première. Différents éléments permettent d'accréditer cette théorie. Tout d'abord, les médecins-prescripteurs sont particulièrement vigilants dans la prescription d'un arrêt de travail de longue durée ou dans le renouvellement de celui-ci, passé un certain nombre de jours d'absence. En effet, les dispositions législatives prévoient expressément que des contrôles systématiques sont mis en œuvre par le service du contrôle médical, en cas de prescriptions d'arrêt de travail anormalement élevées[2347]. Le cas échéant, le médecin-prescripteur s'exposera à une sanction si l'existence de la maladie n'est pas avérée et l'arrêt de travail prescrit sera considéré comme injustifié. Pour la prescription d'un arrêt de travail d'une durée relativement importante, le médecin-prescripteur sera donc incité à s'assurer de l'existence réelle de la maladie qui le conduit à la prescription de l'arrêt de travail. Certains médecins refusent de prescrire des « primo-arrêts de plus de trois semaines », notamment par crainte d'un contrôle du médecin-conseil de la Sécurité sociale qui conclurait à un arrêt de travail injustifié[2348]. Ce constat est transposable à la situation de prolongation d'un arrêt de travail. Dans ce cas, le risque qu'un contrôle de l'arrêt de travail soit diligenté sera accru. Par ailleurs, cette prolongation est d'autant plus limitée qu'elle doit, en principe, émaner du médecin-prescripteur de l'arrêt de travail initial ou du médecin traitant[2349].

2347 CSS, art. L. 315-1, II, al. 2.

2348 D. Monneuse, « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *Rev. Négociations* 2015, p. 151.

2349 CSS, art. L. 162-4-4. Trois cas limitatifs permettent cependant de contourner ce principe. L'arrêt de travail peut ainsi être prolongé par un médecin spécialiste consulté à la demande du médecin traitant, par le médecin

699.- Les conséquences financières à l'arrêt de travail de longue durée. Le salarié placé en arrêt de travail pour maladie ordinaire de longue durée s'expose également au risque d'un contrôle médical. En principe, il a l'obligation de rester à son domicile quatre heures par jours dans l'hypothèse d'un éventuel contrôle médical[2350]. Or, les conséquences financières d'un tel contrôle peuvent être délétères pour le salarié puisque si l'arrêt de travail est considéré comme injustifié, il pourra perdre le bénéfice des indemnités journalières[2351]. Il convient de souligner que le risque d'un contrôle médical est plus important lorsque l'arrêt de travail est de longue durée. Ainsi, les risques financiers sont corrélatifs à la durée de l'arrêt de travail puisque les risques de contrôle médical sont accrus. Par conséquent, il semble difficilement envisageable que la maladie ordinaire soit un motif d'absence masquant une cause première distincte, parfois complexe, lorsque l'arrêt de travail est de longue durée. En outre, les conditions d'affiliation pour bénéficier de prestations en espèces sont plus importantes lorsque l'arrêt de travail atteint une durée d'au moins six mois. Le salarié devra alors justifier d'une durée d'exercice d'une activité salariée et d'une durée de cotisation à un régime de sécurité sociale bien plus importante[2352]. Enfin, l'arrêt de travail de longue durée peut conduire le salarié à une situation de précarité financière puisque le revenu de remplacement prend la forme d'indemnités journalières de sécurité sociale, qui ne représentent qu'une fraction des revenus d'activité[2353]. Une indemnité complémentaire versée par l'employeur pourra être versée, sous certaines conditions[2354]. Cependant, elle est dégressive[2355]. En définitive, les conséquences financières d'un arrêt de travail de longue durée permettent de considérer que le salarié est réellement privé de l'exercice de son travail pour des raisons liées à son état de santé qui sont donc indépendantes de sa volonté.

---

remplaçant du médecin ayant prescrit l'arrêt de travail initial ou par un praticien du milieu hospitalier en cas d'hospitalisation de l'assuré. V. en ce sens : CSS, art. R. 162-1-9-1.

2350 CSS, art. R. 323-11-1. Ce texte prévoit que le médecin prescripteur doit préciser sur l'arrêt de travail si les sorties sont autorisées ou non. En principe, l'assuré est tenu d'être présent à son domicile entre 9h et 11h et entre 14h et 16h. Toutefois, par exception, il est prévu que le praticien peut expressément prévoir dans l'arrêt de travail, en précisant les raisons médicales qui le justifient, que le salarié peut bénéficier de sorties libres.

2351 CSS, art. L. 315-1, II, 1°).

2352 CSS, art. R. 313-3. Pour les six premiers mois d'arrêt de travail, il devra justifier de l'exercice d'une activité professionnelle d'au moins 150 heures au cours des 3 derniers mois, et avoir cotisé au cours des six mois précédant l'arrêt de travail sur la base d'une rémunération au moins également à 1 015 fois le SMIC horaire (art. *précité*, 1°). Lorsque l'arrêt de travail atteint une durée de six mois, le salarié devra justifier de l'exercice d'une activité professionnelle d'au moins 600 heures au cours des 12 derniers mois, et avoir cotisé au cours des douze mois précédant l'arrêt de travail sur la base d'une rémunération au moins également à 2 030 fois le SMIC horaire (art. *précité*, 2°).

2353 CSS, art. L. 323-4, al. 1er.

2354 C. trav., art. L. 1226-1.

2355 C. trav., art. D. 1226-1.

700.- L'arrêt de travail de longue durée, indépendant de la volonté du salarié de s'absenter. Un rapport rendu sur les arrêts de travail relève que les arrêts de travail potentiellement injustifiés sont d'une durée inférieure à six mois[2356]. De même, différents auteurs de la doctrine gestionnaire ont pu arguer que les absences de longue durée étaient indépendantes de l'intention du travailleur à s'absenter[2357]. Une analyse des absences de longue durée pour maladie permet de constater que ces dernières sont souvent le fait des travailleurs séniors. Or, l'âge est souvent consubstantiel à la dégradation de l'état de santé d'un individu et à l'émergence de pathologies[2358]. Ce constat permet là encore d'affirmer que les arrêts de travail de longue durée et d'origine non professionnelle sont strictement étrangers aux conditions de travail et plus largement, à l'environnement de travail[2359]. Elles sont liées à l'état de santé du salarié, et à l'apparition de pathologies dépourvues de lien avec le travail. Partant, les arrêts de travail de longue durée doivent être exclus du champ de l'absentéisme, car ils sont révélateurs de l'existence d'une affection sans lien avec le travail. Ils ne constituent donc pas d'indicateur de quelque nature que ce soit pour l'employeur.

B) Les travailleurs en situation de handicap

701.- Une situation de vulnérabilité justifiant la qualité de travailleur handicapé. Le travailleur handicapé est une personne « dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique »[2360]. En d'autres termes, le travailleur handicapé est celui qui est placé en situation de particulière vulnérabilité face à l'emploi en raison de l'altération de ses capacités. La définition donnée par la CJUE dans un arrêt de 2013 illustre également ce constat. Elle définit la personne handicapée comme celle qui présente « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction

---

2356 J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 124.

2357 M. Albert, *Absentéisme au travail : l'absence comme moyen de rétablir l'équité au travail lors d'iniquités perçues, op. cit.,* p. 14 ; S. Forssman, « L'absentéisme dans l'industrie », *Bull. org. mond. santé* 1955, p. 506.

2358 V. en ce sens : « État de santé de la population », *in* INSEE Références, *France, portrait social*, 2019, p. 208 ; A. Carrère, C.-L. Dubost, « État de santé et dépendance des séniors », *in* J.-L. Tavernier (dir.), *France, portrait social*, Éd. 2019, p. 71 ; J. Pisarik, T. Rochereau, « État de santé des Français et facteurs de risque », *Questions d'économie de la santé* 2017.

2359 Il convient cependant de relever que les absences de longue durée pourraient également traduire une inadaptation de l'environnement de travail aux travailleurs séniors. Cependant, dans ce cas, il est important que la maladie ou l'accident soit reconnue comme ayant une origine professionnelle, afin qu'elle soit prise en compte dans l'indicateur de l'absentéisme.

2360 C. trav., art. L. 5213-1.

avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »[2361]. C'est en raison du handicap que ces personnes sont protégées et bénéficient de dispositifs spécifiques, notamment pour accéder et se maintenir sur le marché du travail[2362]. Or, la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé est strictement encadrée. Une Commission spécialisée est chargée de statuer et, le cas échéant, de délivrer la qualité de travailleur handicapé à la personne qui en fait la demande[2363].

702.- La précarité contractuelle du travailleur handicapé. En dépit des dispositifs d'aide qui lui sont accordés, le travailleur handicapé peut être contraint de s'absenter plus souvent qu'un travailleur valide en raison de son handicap. Dès lors, le salarié handicapé peut être davantage exposé au licenciement pour motif personnel qu'un autre salarié. C'est notamment le cas du licenciement pour absences répétées et prolongées. Il est seulement protégé par le principe de non-discrimination, puisque le handicap constitue un motif discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Cependant, la Cour de cassation précise expressément que si ce texte « fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, il ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié »[2364]. Les intérêts de l'employeur semblent ainsi primer sur ceux du salarié en situation de handicap, qui a de forts risques de s'exposer à un tel licenciement. De la même manière, la CJUE semble faire primer les intérêts de l'employeur sur ceux des salariés en situation de handicap. C'est notamment le cas de l'arrêt rendu le 11 avril 2013[2365]. En l'espèce, une disposition de droit national danois prévoyait qu'un salarié absent handicapé pour maladie pendant plus de 120 jours au cours des douze derniers mois, pouvait être licencié avec un préavis réduit. S'est posée la question de savoir si une telle disposition ne constituait pas une mesure de discrimination indirecte au titre du handicap, dans la mesure où les salariés

[2361] CJUE, 11 avril 2013, n° C-335/11, *précité*. Il convient de préciser qu'au-delà de la capacité, la définition de la CJUE prend également en compte la participation ou encore l'environnement de la personne en situation de handicap.
[2362] C. trav., art. L. 5213-2-1, I-.
[2363] C. trav., art. L. 5213-2.
[2364] Jurisprudence constante depuis un arrêt de 2001 : Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *précité*. Conf. not. par : Cass. soc., 6 juill. 2022, n° 21-10.261 ; Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188, *précité* ; Cass. soc., 31 mai 2016, n° 14-21.682.
[2365] CJUE, 2e ch., 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et aff. C-337/11, *HK Danmark c/ Dansk almennyttigt Boligselskab et a.*, *précités*.

handicapés sont davantage exposés au risque d'être absent pour maladie sur une période de 120 jours. Une telle mesure constitue effectivement une discrimination indirecte pour la CJUE. Cependant, la Cour considère que cette mesure poursuit un but légitime. Elle vise à inciter les employeurs à embaucher des travailleurs handicapés, tout en leur offrant la possibilité de rompre le contrat de travail si le handicap venait à constituer une atteinte trop importante aux intérêts de l'entreprise, en raison des absences répétées ou prolongées. Pour ce faire, il est nécessaire que la mesure soit proportionnée au but poursuivi. La Cour renvoie l'appréciation du caractère proportionnel au juge interne. La jurisprudence de la Cour de justice semble ainsi privilégier l'embauche des salariés en situation de handicap sur leur maintien dans l'emploi. Pour l'heure, il semblerait que cette jurisprudence n'ait pas été remise en cause[2366]. Afin de contrebalancer cette jurisprudence peu protectrice du maintien dans l'emploi du salarié handicapé, on pourrait envisager qu'un tel licenciement fasse l'objet d'une procédure spécifique, comme c'est le cas des salariés protégés au sens des articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail. L'inspecteur du travail pourrait être saisi pour s'assurer que le licenciement soit étranger à toute discrimination – ici, le handicap –, comme il le fait s'agissant des salariés bénéficiant du statut protecteur.

703.- L'exclusion des arrêts de travail pour maladie des travailleurs handicapés du champ de l'absentéisme. L'inclusion des absences pour maladie d'un travailleur handicapé dans le champ de l'absentéisme pourrait porter à interrogation. Certains arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne permettent d'éclairer ce questionnement. Dans un premier arrêt, la juridiction européenne était saisie d'une question préjudicielle visant à apprécier la conformité d'une loi danoise avec une convention de l'ONU relative au droit des personnes handicapées ratifiée par l'Union européenne[2367]. La loi nationale prévoyait que les dispositions applicables aux absences pour cause de maladie étaient identiques pour les personnes handicapées et les personnes non handicapées absentes plus de 120 jours. La Cour rappelle dans un premier temps qu'il faut exclure une « assimilation pure et simple de la notion de "handicap" à celle de "maladie" ». Elle constate toutefois que la règle des 120 jours est susceptible de désavantager les travailleurs handicapés, dans la mesure où ces derniers sont plus exposés au risque

[2366] La juridiction porte cependant un intérêt particulier au fait que l'employeur a bien respecté l'exigence d'aménagement de poste. Dès lors, le licenciement ne peut pas être prononcé s'il résulte du manquement de l'employeur à cette obligation : CJUE, 3e ch., 18 janv. 2018, *Ruiz Conejero* ; CJUE, 2e ch., 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et aff. C-337/11, *HK Danmark c/ Dansk almennyttigt Boligselskab et a.*, *précités*.

[2367] Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées, New-York, 13 déc. 2006. Cette convention a été ratifiée par l'Union européenne le 5 janv. 2011.

de se voir appliquer lesdites dispositions. Selon la juridiction européenne, cette disposition entraîne donc une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap. Cependant, elle considère que la différence de traitement peut être « objectivement justifiée par un objectif légitime, si les moyens mis en œuvre pour réaliser celui-ci sont appropriés et s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier »[2368]. Elle renvoie donc l'appréciation du caractère proportionnel de la mesure au juge national. À la suite de cette jurisprudence, la CJUE a été amenée à se prononcer sur une question préjudicielle dans un arrêt de 2018[2369]. Cet arrêt est d'autant plus intéressant au regard de la question de l'absentéisme. En effet, une disposition du statut des travailleurs espagnols permettait de licencier un salarié à partir d'un certain seuil d'absentéisme[2370]. Or, un salarié reconnu comme travailleur handicapé dépassait le seuil en question. Il était établi que ces absences avaient pour origine les pathologies qui avaient entraîné la reconnaissance de son handicap. Son employeur l'a donc licencié sur ce motif. Le travailleur remet en cause le motif de son licenciement. Selon lui, il existe un lien direct entre ses absences et sa situation de handicap. Il sollicite donc l'annulation de son licenciement au motif qu'il constitue une discrimination fondée sur le handicap. La CJUE affirme que les travailleurs handicapés sont effectivement plus exposés que les travailleurs valides au risque de se voir appliquer la disposition litigieuse de droit national, car le handicap accroît le risque de cumuler les jours d'absence. Néanmoins, elle retient que la lutte contre l'absentéisme au travail peut être reconnue comme un objectif légitime de nature à justifier cette différence de traitement. Elle précise toutefois qu'il appartient à la juridiction nationale de renvoi d'apprécier si cette réglementation n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif légitime de lutte contre l'absentéisme, ce dont on peut douter. En d'autres termes, la juridiction espagnole est tenue de vérifier que la disposition nationale respecte bien l'exigence de proportionnalité. Ces arrêts sont particulièrement évocateurs. Néanmoins, différents constats s'imposent. D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne ne retient pas la même définition de l'absentéisme que celle donnée dans la présente étude. En effet, elle donne à l'absentéisme une dimension individuelle. Il s'agit donc de la pluralité des absences d'un salarié pris isolément. L'absentéisme a donc, dans ce cas, une dimension purement individuelle et elle est dépourvue de tout lien avec l'environnement de travail. Il inclut tous les types d'absences, que ces dernières soient justifiées ou injustifiées et quel qu'en soit le motif. Toutefois, malgré cette conception de l'absentéisme, la solution apportée dans ces arrêts n'en demeure pas moins regrettable. En effet, la Cour de justice de

[2368] CJUE, 11 avr. 2013, *HK Danmark c/ Dansk aimennyttigt Boligselskab*, aff. C-335/11, *précité*.
[2369] CJUE, 18 janv. 2018, *Carlos Enrique Ruiz Conejero c/ Ferroser Servicios Auxiliares SA, Ministerio Fiscal*, aff. C- 270/16, *précités*.
[2370] Le seuil d'absentéisme visé par cette loi était de 5% des jours ouvrables au cours des 12 derniers mois.

l'Union européenne érige la lutte contre l'absentéisme, qui vise la protection des intérêts de l'entreprise, en objectif suprême qui semble supplanter celui de la protection des travailleurs handicapés. La prise en considération des absences du travailleur handicapé au sein de l'absentéisme est donc inopportune et contraire aux dispositions visant la protection de cette catégorie de personnes vulnérables. Par ailleurs, la prise en compte des absences pour maladie du travailleur handicapé dans l'absentéisme ne semble pas pertinente au regard de la définition retenue par la présente étude. En effet, les absences pour maladie ordinaire du travailleur handicapé sont étrangères au travail. Aucun dispositif de prévention des absences ne peut être établi par l'employeur. En effet, les dispositions légales en vigueur prévoient des droits et garanties spécifiques pour assurer la protection des personnes en situation de handicap. Il est prévu que ces travailleurs bénéficient d'un dispositif d'emploi accompagné[2371], mais également d'un aménagement raisonnable de leur emploi afin qu'ils soient en mesure « d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser »[2372].

II- L'inclusion de la maladie ordinaire comme cause immédiate d'absence

704.- Plan. Certains facteurs permettent de considérer que l'état de santé du salarié absent pour maladie ordinaire l'empêche effectivement d'être présent au travail. D'autres, à l'inverse, conduisent à identifier que la cause première d'absence qui existe derrière la cause immédiate de la maladie ordinaire serait liée au travail. S'il est particulièrement complexe pour l'employeur de déterminer si la cause immédiate de la maladie ordinaire est également la cause première, certains indices peuvent néanmoins être relevés. Ainsi les arrêts de travail de courte durée répétés sont une réponse des salariés à une QVCT insatisfaisante **(A)**. C'est la raison pour laquelle ces absences pour maladie constituent un indicateur d'alerte social pour l'employeur **(B)**.

A) Les absences répétées de courte durée comme traduction d'une QVCT insatisfaisante

705.- Les absences répétées de courte durée des salariés comme traduction d'une pénibilité au travail. À l'inverse des arrêts de travail de longue durée, ceux de courte

[2371] C. trav., art. L. 5313-2-1, II-.
[2372] C. trav., art. L. 5313-6.

durée seraient à inclure dans l'absentéisme. Il est ainsi possible d'affirmer que les absences de courte durée pour raisons de santé jouent un rôle déterminant dans la problématique des arrêts de travail[2373]. En effet, les arrêts de travail de courte durée peuvent révéler une pénibilité au travail. Les absences de courte durée pour maladie sont ainsi une réponse du salarié à la pénibilité à laquelle il est exposé. Il est permis d'observer qu'une population plus jeune a tendance à s'absenter plus souvent, mais pour des durées moins longues que les séniors[2374]. En d'autres termes, la durée des absences augmente à mesure que l'âge avance. Or, il serait possible d'établir une corrélation entre ce précédent constat et la pénibilité au travail[2375]. Ainsi, les absences courtes, mais répétées chez les salariés les plus jeunes, seraient révélatrices d'une pénibilité au travail importante. Il convient toutefois de nuancer un tel constat, qui tend à négliger la part de subjectivité inhérente à l'absence du travailleur. Certes, lorsque ce dernier s'absente, cela s'explique le plus souvent et en grande majorité par des éléments objectifs, mais il existe également une part de subjectivité de l'absence qui échappe à la connaissance de l'employeur. Pour un même motif, certains travailleurs seront absents tandis que d'autres, pour diverses raisons qui leur sont propres, seront présents au travail, et ce en dépit de leur état de santé. Établir une corrélation entre des absences fréquentes de courte durée et la pénibilité au travail n'est donc pas évident, et cette systématisation d'une telle causalité pourrait apparaître contre-productive pour rechercher la cause première des absences.

706.- Les absences répétées de courte durée comme traduction d'un désengagement au travail. Les absences répétées de courte durée incluent également une part de subjectivité. À cet égard, certains auteurs anglo-saxons ont pu affirmer que les absences de courte durée fréquentes et répétées sont révélatrices de l'intention de l'individu d'être absent[2376]. Les absences de courte durée et répétées fréquemment « peuvent être un signe de désengagement du travail, et elles ont tendance à renforcer ce désengagement, en l'éloignant chaque fois un peu plus de son collectif de travail »[2377]. Ce désengagement au travail pourrait avoir pour origine des causes plurales, parmi lesquelles la pénibilité ou l'insatisfaction au travail.

2373 J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 10.
2374 V. en ce sens : J.-M. Peretti, *Ressources humaines*, Éd. Vuibert, *op. cit.*, p. 181 ; S. Guyot, A. Pichené-Houard, M. Gilles, « Vieillissement, maintien en emploi et dans l'emploi, retour au travail : état des lieux et perspectives de prévention », INRS, *Références en santé au travail* 2020, p. 18 ; N. Missègue, « Les arrêts de travail des séniors en emploi », *DRESS* 2007.
2375 T. Rousseau, *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir, op. cit.*, p. 12.
2376 J. Chadwick-Jones, C. Brown, N. Nicholson, C. Sheppard, « Absence measures : their reliability and stability in an industrial setting », *Personnel psychology* 1971, p. 463.
2377 T. Rousseau, *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir, op. cit.*, p. 18.

Or, ces absences sont souvent dissimulées derrière la cause immédiate de la maladie, dont il a été démontré qu'il est particulièrement difficile pour l'employeur d'en rechercher la cause première. Selon cette analyse, il s'agirait donc d'absences choisies et non subies. Par conséquent, la maladie serait une cause immédiate utilisée comme prétexte d'absence.

B) Les absences répétées de courte durée comme indicateur d'alerte

707.- Les absences de courte durée annonciatrices d'une absence de longue durée à défaut d'action. Il est essentiel de recenser ces absences répétées et de courte durée au titre de l'absentéisme, dès lors qu'elles constitueraient un indicateur d'alerte social pour l'employeur[2378]. En outre, la nature de l'indicateur étant hybride, les absences de courte durée répétées pourraient également être un indicateur de santé au travail comme le préconise un rapport rendu sur les arrêts de travail[2379]. Il prévoit en effet « la mise en place d'un voyant d'alerte au médecin du travail en cas d'arrêts courts répétés »[2380]. Par ailleurs, ce sont les absences pour lesquelles les mesures curatives sont les plus complexes à mettre en œuvre puisque l'employeur pourrait hésiter à remplacer le salarié absent, constatant qu'il ne pourra être remplacé par une personne aussi formée que lui pour le poste. Ce sont donc celles qui sont les plus pénalisantes pour l'employeur. Or, il est possible de mettre en place des mesures préventives pour tenter de les éviter.

708.- La nécessité de repenser le délai de carence et les primes d'assiduité. Afin que les arrêts de travail de courte durée et répétés constituent un indicateur utile pour l'employeur, et puissent être intégrés à l'absentéisme, il est nécessaire de repenser certains outils actuellement utilisés au titre de la prévention des absences, comme c'est le cas du délai de carence ou des primes d'assiduité. De tels dispositifs troublent en réalité ces indicateurs. En effet, si le délai de carence est fréquemment présenté comme un dispositif visant à « décourager un absentéisme injustifié »[2381], il est porteur de lourdes conséquences, puisque l'assuré se voit amputé d'une part importante du revenu de remplacement en cas d'arrêt de

[2378] A. Chevalier, M. Goldberg, « L'absence au travail : indicateur social ou indicateur de santé ? », *op. cit.*, p. 47.
[2379] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.,* p. 141. Les auteurs ont relevé, à l'issue d'auditions menées avec des assureurs, que les absences pour maladie de courte durée et répétées seraient souvent « le signe de problématiques qui, sans mise en place d'une prévention, peuvent générer à terme des arrêts longs ».
[2380] *Ibid.*, p. 141.
[2381] M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 589.

travail de courte durée[2382]. Par conséquent, le salarié sera incité à s'absenter pour une durée plus longue en raison des conséquences financières générées par le délai de carence. Or, il a été démontré qu'il était nécessaire d'analyser de manière différente les arrêts de travail de courte durée, et ceux de longue durée. La présente étude entendrait inclure les premiers dans le champ de l'absentéisme, tandis que les seconds devraient être exclus, n'étant pas constitutifs d'un quelconque indicateur d'alerte pour l'employeur. Une telle appréciation dichotomique n'est en réalité pertinente que si les dispositifs de prévention des absences sont repensés. Par ailleurs, les modalités de versement des primes d'assiduité, et plus particulièrement de la possibilité de les diminuer voire de les supprimer en cas d'absences, peuvent conduire à dissimuler des difficultés liées à la QVCT. C'est notamment le cas du salarié qui pourrait être incité à travailler malgré en incapacité de travail, afin de bénéficier de la prime d'assiduité. Dans un raisonnement analogue, cela pourrait également dissuader le salarié qui souhaiterait participer à un mouvement de grève. Pour ces raisons, il est nécessaire de repenser le délai de carence et les primes d'assiduité.

*
* *

709.- Conclusion de la Section 2. Pour garantir l'effectivité de l'indicateur de l'absentéisme, les motifs d'absence liés directement ou indirectement à la QVCT devraient être inclus dans son champ. En effet, il est possible d'agir sur la QVCT et donc, de diminuer ces absences. C'est le cas des accidents du travail et des maladies professionnelles, du droit de grève, mais également des congés liés à une difficulté pour le salarié d'articuler sa vie professionnelle avec sa vie personnelle. S'agissant des absences pour maladie, si elles devraient *a priori* être exclues de l'absentéisme, il convient cependant de les inclure lorsqu'elles sont répétées et de courte durée, parce qu'elles sont susceptibles d'avoir un lien – même indirect – avec la QVCT.

[2382] T. Tauran, « Indemnités journalières : attention au délai de carence ! », *JCP S* 2017, n° 1168.

Conclusion du Chapitre 1

710.- Si actuellement, l'absence du salarié en droit social est traitée dans une approche *individuelle*, il serait nécessaire de prendre en considération les absences dans une dimension *collective*, c'est-à-dire la pluralité des absences survenues dans une entreprise au cours d'une période de référence.

711.- En effet, différents enjeux sont liés à la prise en compte des absences collectives. Cette approche permettrait, à l'instar des disciplines extrajuridiques, de constituer un indicateur pour l'employeur. En sciences de gestion, sociologie du travail ou encore en psychologie du travail, il existe un indicateur des absences collectives : *l'absentéisme*. Cet indicateur n'est pas exclu du droit social, puisque des occurrences de ce terme se retrouvent dans des dispositions réglementaires du Code du travail, mais également certains arrêts de cours d'appel et de la Cour de cassation. Cependant, en droit social, l'absentéisme se heurte à un obstacle : il n'est pas aisé de déterminer ce que ce terme recouvre et plus exactement, quelles sont les absences à prendre en considération dans cet indicateur. L'*absentéisme* pourrait pourtant constituer un indicateur utile de QVCT. Dans cette perspective, il convient de relever seulement les motifs d'absence qui auraient un lien avec la QVCT.

712.- En effet, certains motifs d'absence seraient la conséquence – directe ou indirecte – d'une QVCT pouvant être améliorée. Dès lors, recenser ces absences selon leurs motifs, leur durée mais également leur fréquence permettrait d'alerter l'employeur mais également le CSE, les partenaires sociaux ou la médecine du travail[2383] sur une QVCT devant être améliorée. Dans cette perspective, il apparaît intéressant de mettre à la charge de l'employeur une évaluation régulière de l'absentéisme, et d'intégrer dans la mise en œuvre des dispositifs de lutte contre les absences les différents acteurs précités. *In fine*, les dispositifs mis en place permettraient d'améliorer la QVCT et de prévenir des absences futures. L'absentéisme deviendrait ainsi un instrument de prévention des absences.

[2383] Au vu de sa fonction, la médecine du travail n'interviendrait que pour les questions directement liées à la santé et à la sécurité au travail.

CHAPITRE 2 : LA DIFFUSION D'UN INDICATEUR D'ALERTE COMME INSTRUMENT DE PRÉVENTION DES ABSENCES

713.- La diffusion de l'absentéisme comme indicateur d'alerte permettrait de déterminer, en raisonnant par rapport à un standard de référence, si le taux d'absentéisme relevé est raisonnable ou si, au contraire, il est anormalement élevé. Dans ce dernier cas, il serait nécessaire de mettre en œuvre des dispositifs juridiques de prévention[2384] des absences adaptés. Au regard de cet objectif, deux types de dispositifs juridiques pourraient être mis en place.

714.- En premier lieu, des dispositifs de *lutte contre les absences* pourraient constituer un instrument utile de prévention. Il s'agirait, par exemple, de lutter contre la survenue d'un évènement à l'origine de l'absence. Or pour ce faire, il est nécessaire que les causes à l'origine de l'absence soient directement liées à la QVCT, afin que les acteurs au niveau de l'entreprise (employeur, CSE, partenaires sociaux, médecin du travail) puissent mettre en œuvre des dispositifs efficaces visant à améliorer la QVCT. L'amélioration de la QVCT permettrait ainsi d'éviter la survenue d'un évènement entrainant une absence et, *in fine*, de prévenir les absences à venir. Outre le fait d'éviter une absence, ces dispositifs juridiques pourraient également permettre de limiter la durée d'une absence en cours, notamment en garantissant un meilleur suivi du salarié absent et un meilleur retour au travail **(Section 1)**.

715.- En second lieu, des dispositifs *d'incitation à la présence* pourraient constituer des outils de prévention des absences. En effet, certaines causes à l'origine d'une absence sont irréductibles, car il est impossible d'en éviter la survenue. Pour autant, certaines composantes de la QVCT permettent aux acteurs au niveau de l'entreprise d'agir afin que le salarié puisse être présent au travail en dépit de la survenue de l'évènement. C'est le cas des alternatives aux arrêts de travail, qui garantissent la présence du salarié, alors même qu'un évènement est de nature à autoriser son absence **(Section 2)**.

[2384] La prévention peut être définie comme « l'art de prévenir les risques » : B. Dorémus, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *RDSS* 2012, p. 706. Appliquée à l'objet d'étude, la prévention visée ici est l'art de prévenir les risques pouvant conduire à l'absence des salariés. Or, ces risques sont pluraux. Il s'agit en premier lieu des risques professionnels mais également, dans une vision plus englobante, de tous les risques pouvant conduire le salarié à s'absenter et sur lesquels l'employeur dispose d'un pouvoir d'action.

Section 1 : La mise en œuvre de dispositifs juridiques de lutte contre les absences

716.- Plan. Plusieurs dispositifs permettent de lutter contre les absences. Tout d'abord, l'absence peut survenir en raison de l'exposition des salariés aux risques professionnels. Or, il apparaît nécessaire d'assurer une prévention efficace des risques professionnels, afin d'éviter que ces risques ne soient à l'origine d'absences **(§1)**. S'ils sont nécessaires, les dispositifs de prévention contre les risques professionnels s'avèrent, à eux seuls, insuffisants. Un second instrument s'inscrit au cœur des dispositifs de lutte contre les absences : celui du maintien dans l'emploi du salarié absent. Il permet de limiter la durée des absences, et par conséquent, de favoriser le retour du salarié au travail **(§2)**.

§1 : Une prévention efficace des risques professionnels

717.- Plan. La prévention des risques professionnels constitue la pierre angulaire du système de santé au travail. D'ailleurs, il existe une obligation générale – légale – de prévention des risques professionnels[2385] **(I)**. Cependant, comme le relève Frédéric Guiomard, il est nécessaire de « trouver des outils concrets afin de mieux asseoir la prévention dans l'entreprise »[2386]. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de fixer un cadre plus étroit à cette obligation, afin que les politiques de prévention des risques professionnels s'adaptent aux problématiques spécifiques de l'entreprise, qui sont révélées par l'absentéisme **(II)**.

I- L'existence d'une obligation générale de prévention des risques professionnels

718.- Plan. L'obligation légale de prévention contre les risques professionnels a été créée par une loi de 1991[2387]. Dès la fin du XX^e^ siècle, les dispositions du Code du travail

[2385] Cette obligation est codifiée aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail.

[2386] F. Guiomard, « Le passeport de prévention, un objet juridique en mal d'identité », *Dr. soc.* 2021, p. 914. Dans le même sens, v. également : M. Keim-Bagot, J. Knetsch, « (Ré)concilier les inconciliables. Regards croisés sur la réparation des AT-MP », *Dr. soc.* 2023, p. 629. Morane Keim-Bagot et Jonas Knetsch observent que les chiffres révélant la sinistralité du travail en France sont supérieurs à ceux d'autres pays européens, dépassant le seuil des 600 000 accidents du travail par an. Ils appellent ainsi de leurs vœux une incitation renforcée à des dispositifs de prévention efficaces.

[2387] L. n° 91-1414 du 31 déc. 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 (*JORF* n° 5 du 7 janv. 1992, p. 319).

prévoyaient ainsi une obligation générale de santé et de sécurité de l'employeur[2388]. Cette obligation a évolué, de sorte qu'il existe aujourd'hui une obligation légale de prévention contre les risques professionnels dont l'employeur est débiteur **(A)**, ce que la jurisprudence récente a confirmé **(B)**.

A) L'obligation légale de prévention des risques professionnels

719.- Plan. L'obligation générale de lutte contre les risques professionnels a été précisée au gré des différentes évolutions relatives à la santé et à la sécurité au travail. Son contenu a été précisé, et le choix d'une protection de la santé et de la sécurité des salariés par une prévention efficace des risques professionnels s'est affirmé **(1)**. La mise en œuvre de cette obligation de prévention est notamment garantie par l'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) **(2)**.

1. Le contenu de l'obligation générale de prévention des risques professionnels

720.- Le renforcement de l'obligation légale de prévention des risques professionnels. Selon l'article L. 4121-1 du Code du travail, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la santé physique et mentale du travailleur ». Les articles suivants précisent les modalités de mise en œuvre des actions de prévention contre les risques professionnels. Par conséquent, de telles obligations contribuent à agir, de manière *préventive*, sur les accidents du travail ou maladies professionnelles[2389]. Plus largement, ces mesures luttent contre la dégradation de l'état de santé du salarié dont l'origine ne serait même que très partiellement ou indirectement liée au travail. Les dispositions législatives en vigueur sont donc relativement pertinentes au regard de la finalité de lutte contre la réalisation de risques professionnels. À cet égard, le troisième plan santé au travail pour la période 2016-2020 prévoyait un changement de paradigme, d'une politique de santé « trop tournée vers le soin et

[2388] La loi précitée a introduit dans le Code du travail l'article L. 230-2, qui prévoyait une obligation générale de sécurité et de santé des salariés. Le I- de l'article prévoyait expressément que « le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires ».

[2389] Sur l'impératif de prévention en droit du travail, v. en ce sens : S. Garnier, *Droit du travail et prévention. Contribution à l'étude d'un nouveau paradigme*, préf. F. Héas, LGDJ, coll. Bibl. de droit social t. 77, 2019 ; C. Millet-Ursin, « De la place de la prévention dans les relations sociales », *SSL* 2017, n° 1764.

la réparation », vers une promotion de la santé et de la prévention[2390]. Par ailleurs, l'ordonnance du 7 avril 2016 a contribué à renforcer largement les mesures de prévention des risques professionnels, notamment en améliorant les moyens d'action de l'inspection du travail et en consacrant de nouvelles sanctions, notamment administratives, à l'encontre de l'employeur[2391]. Or, ces dernières incitent *de facto* l'employeur à adopter des dispositifs juridiques de prévention efficaces. En matière de santé au travail, la prévention des risques et la protection de l'intégrité physique des salariés demeurent le rôle matriciel de l'inspecteur du travail[2392]. Si ce dernier constat est regrettable, il semble s'expliquer par le fait que l'inspection du travail est une institution strictement chargée de veiller à l'application du droit du travail[2393]. Le renforcement de la culture de la prévention a été parachevé par la loi du 2 août 2021, qui transpose un ANI de 2020 et entend renforcer la prévention en matière de santé au travail[2394]. Le quatrième plan santé au travail pour la période 2021-2025, faisant suite à la crise sanitaire survenue en France en 2020 a été l'occasion de rappeler que cette perspective entendait être confirmée, « en accordant la priorité à prévention sur la réparation »[2395].

721.- Le contenu de l'obligation de prévention des risques professionnels. Ce renforcement de la prévention est salutaire. En effet, la priorité était de « prévenir les accidents et maladies professionnelles et, pour ce faire, il [était] primordial de garantir l'application des règles d'hygiène et de sécurité au travail »[2396]. Toutefois, bien que nécessaires, les principes généraux de prévention méritent l'analyse. L'article L. 4121-2 du Code du travail dispose que les mesures de prévention prévues par l'article précédent doivent être mises en place par l'employeur « sur le fondement des principes généraux de prévention suivants ». En effet, il est permis de constater que les principes visés sont relativement imprécis. À titre d'illustration, il est indiqué dans ce texte que des principes généraux de prévention tels que

2390 PST 3, 2016-2020, 8 déc. 2015, p. 11.
2391 Ord. n° 2016-413 du 7 avr. 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail.
2392 B. Gauriau, M. Miné, *Droit du travail*, 4e éd., Sirey, 2021, p. 36. Cité par T. Kapp, « L'inspection du travail à travers les ouvrages généraux de droit du travail, d'hier et d'aujourd'hui », *Dr. soc.* 2023, p. 701.
2393 T. Kapp, « L'inspection du travail à travers les ouvrages généraux de droit du travail, d'hier et d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 701.
2394 V. en ce sens : L. n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail, transposant l'ANI du 9 déc. 2020 relatif à la prévention renforcée et à une offre renouvelée en matière de santé au travail et des conditions de travail (*JORF* n° 0178 du 3 août 2021). Le titre Ier de la loi affirmer le renforcement de la prévention au sein des entreprises.
2395 PST 4, 2021-2025, 1er août 2021, p. 1. Accessible depuis le site du ministère du Travail : https://travail-emploi.gouv.fr/les-plans-sante-au-travail-pst. Consulté le 31/10/2025.
2396 M.-C. Amauger-Lattes, « Vers un renforcement de la prévention des risques après l'ordonnance du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *SSL* 2017, n° 1765.

« éviter les risques »[2397], « évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités »[2398], ou encore « donner les instructions appropriées aux travailleurs »[2399]. Ces principes généraux ont le mérite d'avoir été précisés dès 1991, sous l'influence du droit communautaire. C'est en effet une loi du 31 décembre 1991 transposant une directive-cadre européenne relative à la santé et à la sécurité du travail qui établit une liste de principes généraux de prévention des risques professionnels[2400]. Par ailleurs, le caractère général et donc extensif de ces principes de prévention permet un champ d'application très vaste, quel que soit le secteur d'activité de l'entreprise, sa taille, ou encore la nature du travail à laquelle les salariés sont soumis. Néanmoins, il est à déplorer que le législateur ne fournisse des exemples plus concrets quant à la mise en œuvre de ces principes généraux. Pour autant, il convient de souligner que la partie réglementaire du Code du travail apporte quelques précisions à ce sujet en matière, notamment, de risques chimiques[2401] et d'utilisation des écrans[2402].

2. La mise en œuvre de l'obligation de prévention des risques professionnels

722.- Le document unique d'évaluation des risques professionnels comme instrument de prévention des risques professionnels. Bien que ce document existe depuis 2001[2403], les précisions apportées par la loi du 2 août 2021 étaient bienvenues[2404]. Comme l'affirment Sophie Fantoni-Quinton et Pierre-Yves Verkindt, cette loi « déplace le centre de gravité de la protection de la santé des travailleurs vers la prévention »[2405]. En effet, cette loi promeut la prévention des risques professionnels à travers différents outils juridiques, au

[2397] C. trav., art. L. 4121-2, 1°.
[2398] C. trav., art. L. 4121-2, 2°.
[2399] C. trav., art. L. 4121-2, 9°.
[2400] L. n° 91-1414 du 31 déc. 1991, *précitée*. Cette loi transpose la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.
[2401] Par exemple, l'article R. 4412-6 du Code du travail prévoit que « pour l'évaluation des risques, l'employeur prend en compte, notamment : 1° Les propriétés dangereuses des agents chimiques sur les lieux de travail ; 2° Les informations relatives à la santé et à la sécurité communiquées par le fournisseur de produits chimiques […] ».
[2402] Par exemple, l'article R. 4542-5 prévoit que « pour l'élaboration, le choix, l'achat et la modification de logiciels ainsi que la définition des tâches impliquant l'utilisation d'écrans de visualisation, l'employeur prend en compte les facteurs suivants, dans la mesure où les exigences ou les caractéristiques intrinsèques de la tâche ne s'y opposent pas : 1° Le logiciel est adapté à la tâche à exécuter ; 2° Le logiciel est d'un usage facile et adapté au niveau de connaissance et d'expérience de l'utilisateur […] ».
[2403] D. n° 2001-1016 du 5 nov. 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L. 230-2 du code du travail et modifiant le code du travail.
[2404] L. n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail, *précitée*.
[2405] S. Fantoni-Quiton, P.-Y. Verkindt, « La loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 : évolution ou révolution ? », *Dr. soc.* 2021, p. 870.

premier rang desquels figure le document unique d'évaluation des risques professionnels. Ce dernier vise à assurer une traçabilité à la fois individuelle et collective de l'exposition aux risques professionnels[2406]. Ainsi, l'employeur doit « évaluer les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs », en tenant compte de différents paramètres précisés par la loi du 2 août 2021. Le législateur indique notamment que l'employeur est tenu d'évaluer les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs en prenant en considération « la nature des activités de l'établissement »[2407]. Il donne certains exemples parmi lesquels on peut citer le choix des procédés de fabrication, l'aménagement des lieux de travail ou la définition des postes de travail[2408]. Enfin, la loi du 2 août 2021 introduit une nouveauté : l'évaluation des risques professionnels doit donner lieu à l'établissement d'un programme annuel de prévention qui précise les mesures à prendre au cours de l'année suivante, indique les ressources pouvant être mobilisées et prévoit un calendrier de mise en œuvre[2409]. En définitive, il existe désormais une obligation pour l'employeur de mettre en œuvre un plan d'action pour lutter contre la réalisation des risques professionnels.

723.- Les limites du DUERP dans la prévention des risques professionnels. L'ensemble des précisions apportées par la loi du 2 août 2021 sont bienvenues. Toutefois, elles demeurent quelque peu confuses et, dans une certaine mesure, insuffisantes. En effet, le législateur aurait pu fournir des clés de lecture aux employeurs pour la bonne mise en œuvre de cet impératif. En premier lieu, il est à déplorer que la prévention des risques professionnels ne donne pas lieu à une quantification de l'objectif poursuivi, comme c'est notamment le cas de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui impose aux entreprises d'atteindre un score minimum[2410]. C'est également le cas pour les dispositifs juridiques en faveur de l'emploi des personnes en situation de handicap, puisqu'il existe une obligation d'emploi de 6% de l'effectif total de l'entreprise[2411]. Cyril Wolmark regrette ainsi qu'il n'existe pas « pareille quantification de l'objectif en matière de politique de prévention des risques

[2406] M.-C. Amauger-Lattes, « Prévention et traçabilité des expositions professionnelles : ambivalence et difficultés de mise en œuvre de la loi du 2 août 2021 », *Dr. soc.* 2021, p. 897.
[2407] C. trav., art. L. 4121-3, al. 1er.
[2408] *Ibid.*
[2409] C. trav., art. L. 4121-3-1, III. Ce programme doit être préalablement soumis au CSE pour les entreprises dont le seuil d'effectif atteint 50 salariés. V. en ce sens : C. trav., art. L. 2312-27.
[2410] C. trav., art. L. 1142-8. Ce texte renvoie à « des modalités et une méthodologie définies par décret ». Les dispositions décrétales en vigueur imposent aux employeurs des entreprises de deux cent cinquante salariés et plus, d'établir un niveau de résultat au regard d'indicateurs précisément définis. V. en ce sens : C. trav., art. D. 1142-1 à D. 1142-3.
[2411] C. trav., art. L. 5212-2.

professionnels », alors que des indicateurs comme l'absentéisme pourraient permettre d'établir un « score prévention »[2412]. Selon cet auteur, cela permettrait « de rendre plus effectives les obligations de prévention des atteintes à la santé des travailleurs »[2413]. Par ailleurs, les acteurs mobilisés pour apporter le concours à l'évaluation des risques méritent l'analyse. Le législateur précise que doivent apporter leur contribution à l'évaluation des risques professionnels dans l'entreprise le CSE et, si elle existe, la CSSCT, les salariés désignés comme référents en matière de protection et de prévention des risques professionnels de l'entreprise ou encore le service de prévention et de santé au travail auquel l'employeur a adhéré[2414]. Or, il est à regretter que certains acteurs ne figurent pas parmi ceux devant apporter leur concours à l'établissement du document d'évaluation des risques. C'est notamment le cas des salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, qui semblent pourtant être au premier rang des acteurs à même d'apporter leur concours à l'évaluation des risques professionnels. Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, le CSE doit être informé sur « les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien des accidentés du travail […] »[2415]. Il dispose également d'un pouvoir d'enquête « en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel »[2416]. En outre, dans le cadre de la consultation annuelle du CSE sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, l'employeur doit communiquer au CSE des « informations sur les mesures prises en vue de faciliter l'emploi des accidentés du travail […] »[2417]. Il est également prévu que le CSE peut faire appel à un expert, notamment « lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement »[2418]. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, la délégation du personnel au CSE ne dispose pas de pouvoirs analogues. L'employeur a simplement l'obligation de lui présenter la liste des actions de prévention et de protection envisagées, et la délégation du personnel dispose d'un pouvoir d'enquête en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles[2419]. En conséquence, le pouvoir d'action du CSE sur les risques professionnels est limité dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Pourtant, comme le souligne Marc Véricel, « c'est essentiellement dans ces dernières qu'est constaté le défaut d'établissement du document

[2412] C. Wolmark, « Les politiques d'entreprise », *RDT* 2023, p. 241.
[2413] *Ibid.*
[2414] C. trav., art. L. 4121-3, al. 2.
[2415] C. trav., art. L. 2312-8, II., 5°.
[2416] C. trav., art. L. 2312-13, al. 1er.
[2417] C. trav, art. L. 2312-26, II., 6°.
[2418] C. trav., art. L. 2315-94, 1°.
[2419] C. trav., art. L. 2312-5, al. 2.

unique d'évaluation »[2420]. Il apparaît donc nécessaire de repenser la rédaction de l'article L. 2312-5 qui dresse la liste des attributions des CSE des entreprises de moins de cinquante salariés, pour que la délégation du personnel soit davantage impliquée dans la rédaction du document unique.

B) L'alignement jurisprudentiel sur l'obligation de prévention des risques professionnels

724.- Plan. Pour assurer l'efficience des dispositifs de protection du salarié en matière de santé et de sécurité, la jurisprudence a, dans un premier temps, créé une véritable obligation de santé et de sécurité de résultat pesant sur l'employeur[2421]. Elle a ensuite changé le paradigme de cette obligation, en substituant une obligation de prévention à l'ancienne obligation de santé et de sécurité **(1)**. Par conséquent, le juge sanctionne l'employeur dès lors qu'il observe un manquement à l'obligation de prévention **(2)**.

1. La substitution de l'obligation de prévention à l'obligation de santé et de sécurité

725.- Les effets de l'évolution de l'obligation de santé et de santé sur la responsabilité de l'employeur. Au vu de la jurisprudence en vigueur, il suffirait que ces principes généraux de prévention aient été mis en œuvre pour que l'employeur soit considéré comme ayant satisfait à son obligation de santé et de sécurité. Or, les principes de prévention figurant dans les articles précités du Code du travail étant rédigés en des termes très généraux, l'employeur peut de manière assez aisée démontrer qu'il satisfait à cette obligation. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation apparue en 2015, que certains auteurs ont pu qualifier de « virage jurisprudentiel », permet d'illustrer cette théorie[2422]. Malgré la survenue de risques

[2420] M. Véricel, « La place de la représentation du personnel et du dialogue social en matière de santé au travail et de prévention des risques professionnels, après les réformes de 2020-2021 », *Dr. soc.* 2021, p. 904.
[2421] L'affirmation de l'obligation de sécurité de résultat a été affirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2002 à l'occasion des arrêts Amiante : Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit* (*précité*). Cette jurisprudence était en réalité une jurisprudence d'opportunité, qui permettait au juge de condamner l'employeur à une réparation forfaitaire en cas d'accident du travail, sans que le salarié n'ait à rapporter la preuve d'une faute de l'employeur. Dans cet arrêt, la chambre sociale affirmait expressément que « l'employeur est tenu envers [le salarié] d'une obligation de sécurité de résultat », posant le principe selon lequel « 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 ».
[2422] L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, *op. cit.*, p. 152. Luc de Montvalon fait ici allusion à l'arrêt *Air France*. V. en ce sens : Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *précité*.

professionnels, l'employeur peut être considéré comme ayant satisfait à cette obligation. En effet, depuis la jurisprudence *Air France*, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail »[2423]. Au regard de ce nouveau régime de preuve laissant à l'employeur la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité, s'il justifie avoir pris toutes les mesures de prévention nécessaires, il semblerait désormais que l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur réside dans une obligation de prévention des risques professionnels[2424]. Il suffit à l'employeur d'établir le respect de ces obligations pour qu'il soit considéré comme ayant satisfait à l'obligation de prévention des risques professionnels. L'obligation de santé et de sécurité de l'employeur s'inscrit donc désormais dans une dynamique préventive.

726.- La nature de l'obligation de prévention des risques professionnels. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Air France* semble avoir entériné la consécration d'une nouvelle obligation de prévention des risques professionnels. Pour autant, il convient de se demander si cette dernière s'est purement et simplement substituée à l'obligation de santé et de sécurité, ou si elle en est une simple composante. En réalité, la réponse à cette interrogation est importante puisqu'elle permet de déterminer la nature de l'obligation de prévention des risques professionnels. Jusqu'aux arrêts *Air France*, il était acquis que l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur était une obligation de résultat[2425]. Par conséquent, en prouvant que le risque professionnel s'était réalisé, le salarié parvenait *de facto* à prouver que l'employeur avait manqué à cette obligation. Cependant, si on prétend que l'obligation de prévention des risques

---

[2423] Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *précité.*

[2424] L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail, op. cit.*, p. 152. Depuis lors, la jurisprudence fait allusion à cette nouvelle obligation. V. en ce sens : Cass. soc., 6 déc. 2017, n° 16-10.885 ; *SSL* 2018, n° 1799, p. 8, note L. de Montvalon ; *JCP S* 2018, n° 5, p. 31, note G. Loiseau. L'Assemblée Plénière s'est également ralliée à cette nouvelle obligation, bien qu'elle ne fasse pas expressément usage de cette notion mais y renvoie implicitement. V. en c sens : Cass. Ass. Plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 ; *JCP E* 2019, n° 20, p. 49, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 456, note D. Asquinazi-Bailleux. Notons cependant que certains arrêts continuaient d'évoquer une « obligation de sécurité de résultat ». V. en ce sens : Cass. soc. 26 mai 2016, n° 14-13.566 ; Cass. soc., 15 déc. 2016, n° 15-20.987.

[2425] Cette jurisprudence était constante depuis les célèbres arrêts *Amiante* de 2002. V. en ce sens : Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793, *Société Éternit*, *précité.* Comme le remarque Luc de Montvalon, cette obligation n'a pas été créée par la jurisprudence mais a seulement dégagé la « portée sémantique de cette dénomination ». En effet, cette obligation est née du compromis historique de 1898, dont les dispositions proclamaient que l'employeur est responsable de la santé des salariés dans l'entreprise et présumé responsable des accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail. V. en ce sens : L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail, op. cit.*, p. 148.

professionnels s'est substituée à l'obligation de santé et de sécurité, pourrait-on affirmer que la nature de l'obligation demeure inchangée ? En d'autres termes, la nouvelle obligation de prévention des risques professionnels demeure-t-elle une obligation de résultat ? Une telle affirmation paraît délicate. Le résultat d'une obligation de prévention semble particulièrement complexe à établir. La prévention et le résultat apparaissent même, à certains égards, antinomiques. Il ne peut l'être qu'au regard de la réalisation du risque, en l'occurrence du risque professionnel. D'ailleurs, la jurisprudence admet qu'en matière de harcèlement moral, le salarié victime peut demander une indemnisation à double titre : d'une part, au titre de l'absence de prévention du harcèlement, d'autre part, au titre des conséquences liées aux faits de harcèlement[2426]. Par conséquent, il est possible d'affirmer que l'obligation de prévention des risques professionnels et celle de santé et de sécurité de l'employeur existent simultanément. Plus exactement, la première est une composante de la seconde. Ainsi, pour satisfaire à l'obligation de santé et de sécurité l'employeur doit, au préalable, avoir satisfait à l'obligation de prévention des risques. Or, cette dernière ne suffit pas à elle seule à exonérer l'employeur de sa responsabilité et à éviter une condamnation.

2. L'insuffisance de prévention à l'origine d'une condamnation de l'employeur

727.- La condamnation de l'employeur en dépit de la mise en œuvre de mesures de prévention. En dépit du respect à l'obligation de prévention des risques professionnels, des situations d'accidents du travail ou de maladies professionnelles peuvent survenir. De nombreux exemples jurisprudentiels témoignent de ce constat. C'est notamment le cas pour une situation de stress post-traumatique ayant donné lieu à un arrêt de travail[2427] ou pour une situation de harcèlement moral[2428]. La jurisprudence s'est toutefois montrée plus stricte dans le contexte de la pandémie de Covid-19. Le Tribunal judiciaire de Nanterre a jugé que la société Amazon avait insuffisamment évalué les risques produits sur les salariés par la pandémie, avait insuffisamment impliqué les représentants du personnel dans l'évaluation des risques professionnels, et avait établi une évaluation des risques inadaptée au contexte de pandémie[2429]. La Cour de cassation rappelle ainsi que l'employeur a l'obligation d'associer les représentants

[2426] Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-11.729.
[2427] V. en ce sens : Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *précité*.
[2428] Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702 ; *JCP E* 2016, n° 49, p. 45, note Y. Pagnerre ; *RTD civ.* 2016, n° 4, p. 869, chron. P. Jourdain ; *JCP E* 2016, n° 30, p. 55, note D. Chenu.
[2429] TJ Nanterre, 14 avr. 2020, n° 20/00503.

du personnel à l'évaluation des risques professionnels, même dans une situation d'urgence comme c'était le cas lors de la pandémie de Covid-19. Le rappel de cette règle est bienvenu. En effet, le droit de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail a valeur constitutionnelle[2430]. Il doit être garanti, quelles que soient les circonstances. La pandémie de Covid-19 a conduit la jurisprudence à renforcer les exigences liées à la prévention des risques professionnels. Pour ce faire, les institutions représentatives du personnel doivent être davantage impliquées dans l'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels, et ce dernier doit prendre en considération de nouveaux facteurs tels que la situation sanitaire du pays. L'arrêt *Air France* est salutaire, en permettant à l'employeur de s'extraire d'une obligation de santé et de sécurité de résultat qui était impossible à mettre en œuvre, puisqu'il était considéré comme défaillant dès lors qu'un risque professionnel se réalisait. Cependant, la substitution de l'obligation de prévention des risques professionnels à l'obligation de santé et de sécurité de résultat ne doit pas se faire au péril d'une lutte efficace contre la réalisation des risques professionnels. L'obligation nouvelle doit permettre d'assurer une protection efficace des salariés contre les risques professionnels. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de mieux encadrer cette obligation de prévention des risques professionnels, pour garantir au mieux l'effectivité du dispositif et éviter les absences liées à ces risques.

II- L'encadrement nécessaire de l'obligation de prévention des risques professionnels

728.- Plan. L'obligation de prévention des risques professionnels telle qu'elle existe aujourd'hui aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail a le mérite d'être générale, de sorte qu'elle s'applique à tous les employeurs indépendamment de la branche d'activité et de l'effectif de l'entreprise. Toutefois, afin de renforcer son effectivité, il apparaît nécessaire que le législateur prévoie une obligation, pour l'employeur, d'analyser *l'absentéisme* pour accidents du travail et maladies professionnelles. Cela permettrait de mettre en place des mesures de prévention des risques professionnels adaptées **(A)**. Pour ce faire, la négociation collective permettrait de garantir la mise en œuvre de mesures propres à une branche d'activité ou à une

[2430] Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise ».

entreprise, afin que des dispositifs de prévention efficaces contre les risques professionnels puissent être créés et mis en œuvre **(B)**.

A) L'obligation d'une analyse approfondie de l'absentéisme pour accidents et maladies professionnelles

729.- Plan. La généralité de l'obligation de prévention contre les risques professionnels est nécessaire. Pour autant, il semblerait opportun que le législateur instaure une obligation pour l'employeur de recenser les accidents du travail et maladies professionnelles au titre de l'absentéisme **(1)**, afin qu'il soit en mesure d'analyser l'évolution de ces absences en vue de mettre en place des dispositifs de prévention efficaces **(2)**.

1. L'inclusion des absences pour accidents et maladies professionnelles dans l'indicateur d'absentéisme

730.- Les facteurs à prendre en considération au titre de l'absentéisme pour maladies et accidents professionnels. Parmi les causes d'absence devant être relevées dans l'absentéisme, figurent celles pour accidents du travail ou maladies professionnelles. Il apparaît manifestement que ces dernières constituent un indicateur précieux en matière de santé et de sécurité au travail[2431]. En effet, l'employeur qui constate un taux d'absence pour accidents du travail et maladies professionnelles relativement faible pourra considérer que les politiques de prévention des risques professionnels créées et mises en œuvre sont efficaces. À l'inverse, celui qui constate un taux d'absence relativement élevé en la matière devra être alerté sur sa politique de prévention des risques professionnels. Partant, il est évident que les accidents du travail et maladies professionnelles doivent figurer au titre de l'absentéisme.

731.- L'interprétation de l'absentéisme pour maladies et accidents professionnels. Un rapport rendu par la Cour des comptes préconise de prendre en considération d'autres facteurs devant orienter les plans d'action de prévention, comme la taille

[2431] Sophie Fantoni-Quinton reconnaît que le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles est un indicateur, bien qu'étant, selon elle un « indicateur imparfait » qu'elle préconise de remplacer par des indicateurs d'exposition aux risques, c'est-à-dire en amont de la sinistralité : S. Fantoni-Quinton, « Un dispositif pénibilité durablement indigent », *RDSS* 2023, p. 623. Cette analyse paraît pertinente. Toutefois, le nombre d'accidents de travail et de maladies professionnelles paraît être un indicateur plus fiable en matière de santé que ne l'est celui d'exposition aux risques. En effet, ce dernier paraît être particulièrement complexe à établir.

de l'entreprise, les catégories socioprofessionnelles et l'âge des salariés[2432]. En effet, différentes études ont pu démontrer que les travailleurs séniors étaient davantage exposés aux accidents du travail que les jeunes travailleurs[2433]. La DARES affirme également que la catégorie professionnelle du travailleur joue un rôle majeur, les ouvriers étant davantage exposés que les cadres « aux contraintes physiques et psychosociales dans le travail » et donc, aux accidents du travail[2434]. Par ailleurs, les salariés des entreprises de petite taille, c'est-à-dire celles dont le seuil d'effectif est inférieur à cinquante salariés, sont davantage exposés aux risques professionnels. Cela s'explique notamment en raison d'une plus faible implantation des représentants du personnel, mais également des prérogatives beaucoup plus restreintes de la médecine du travail dans ces entités[2435]. À l'évidence, pour déterminer si le taux d'absence lié aux risques professionnels est considéré comme convenable ou à l'inverse, comme trop élevé, l'employeur devra prendre en considération certains facteurs, au premier rang desquels se situe le secteur d'activité de l'entreprise.

2. L'analyse de l'évolution du taux d'absentéisme pour accidents et maladies professionnelles

732.- L'évolution du taux d'absentéisme pour accidents et maladies professionnelles. Les mesures de prévention des risques professionnels mises en œuvre doivent nécessairement permettre une diminution des absences pour accidents ou maladies professionnelles. Partant, l'effectivité des mesures de prévention mises en place peut se mesurer en observant l'évolution du taux d'absentéisme pour accidents ou maladies professionnelles entre deux périodes. S'il diminue de manière importante, l'employeur pourra considérer que les mesures de prévention instaurées sont particulièrement efficaces. En revanche, s'il reste stable et *a fortiori* s'il augmente, l'employeur devra en déduire l'inefficacité des mesures de prévention. Il devra alors modifier son plan d'action de lutte contre les risques professionnels. Partant, l'analyse du taux d'absentéisme pour accidents du travail et maladies professionnelles

[2432] Rapport Cour des comptes, *Les politiques publiques de prévention en santé au travail des entreprises*, 20 déc. 2022, p. 32. Sur ce rapport, v. également : M.-C. de Montecler, « La Cour des comptes toujours inquiète pour la sécurité sociale », *D. actu* 13 oct. 2022.
[2433] INRS, « Accidents du travail. Quelles particularités chez les séniors ? », *Rev. Hygiène et sécurité* 2012, p. 229 ; D. Euzenat, « L'exposition des salariés aux accidents du travail en 2007 », *DARES Analyses*, vol. 50, n° 2, 2009, pp. 1-8.
[2434] DARES, « Les absences au travail des salariés pour raisons de santé : un rôle important des conditions de travail », Fév. 2013, p. 1.
[2435] F. Meyer, L. Privet, *Agir pour la santé au travail dans les petites entreprises*, PUS, 2002.

permet de quantifier l'objectif de lutte contre les risques professionnels et, par conséquent, de déterminer si ce dernier est atteint ou non. Il convient cependant de déterminer une durée précise d'analyse de cet indicateur.

733.- La détermination d'une période de référence pour l'analyse des absences pour maladies et accidents professionnels. Malgré le défaut de définition universelle, un élément fait consensus en matière d'absentéisme : celui d'une *période de référence* au cours de laquelle les absences doivent être analysées[2436]. Dans cette démarche, il est nécessaire de déterminer une période de référence qui constituera celle de l'absentéisme, pour recenser toutes les absences intervenues pour accident du travail ou maladie professionnelle. La période de référence d'analyse de ces absences ne doit pas être trop fréquente, car il est essentiel que les mesures de prévention prises aient eu le temps d'être mises en œuvre et de produire leurs effets. Elle ne doit pas non plus être trop longue, puisqu'il est nécessaire de modifier rapidement le plan d'action si les mesures de prévention prévues venaient à être inefficaces, entraînant corrélativement une augmentation de l'absentéisme pour accidents ou maladies professionnelles. On pourrait par exemple envisager qu'elle soit *annuelle*, comme c'est le cas du programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail[2437]. Enfin, l'évolution quant à la durée des absences pour accidents ou maladies professionnelles apparaît importante. En effet, la durée de l'absence permet de quantifier la gravité des incidences liées à la réalisation d'un risque professionnel sur la santé des travailleurs.

B) L'obligation de négociation sur la prévention des risques professionnels

734.- Plan. L'analyse de l'absentéisme pour maladies et accidents professionnels devrait permettre à l'employeur d'adapter les mesures de prévention visant à lutter plus efficacement contre les risques professionnels et, *in fine*, de diminuer les absences reposant sur ce motif. Pour ce faire, il semblerait opportun que le législateur crée une obligation de négociation annuelle portant sur la prévention des risques professionnels **(1)**, cette dernière

[2436] V. en ce sens les définitions juridiques de l'absentéisme, notamment : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° absentéisme. Ce dictionnaire juridique définit l'absentéisme comme le « rapport, pour une même période de travail, de l'importance globale des absences à la durée théorique de travail ». La référence à la période de référence se retrouve également dans le Lexique des termes juridiques, qui définit l'absentéisme comme un « phénomène traduisant, dans une période, l'absence autorisée ou non des salariés de leur lieu de travail » : *Lexique des termes juridiques*, Éd. Dalloz, 2025-2026, v° absentéisme.
[2437] C. trav., art. L. 4121-3-1, III., 1°.

devant revêtir un spectre suffisamment large pour inclure l'ensemble des risques pouvant être à l'origine d'absences **(2)**.

1. L'existence de l'obligation de négociation annuelle sur la prévention des risques professionnels

735.- Les conditions d'obligation de négociation annuelle sur la prévention contre les risques professionnels. Actuellement, l'obligation de négociation annuelle sur la prévention contre les risques professionnels n'existe que pour les entreprises de cinquante salariés et plus ou appartenant à un groupe d'au moins cinquante salariés, si elles remplissent au moins l'un des deux critères alternatifs suivants. Sont soumises à cette obligation de négociation les entreprises ayant un indice de sinistralité dépassant 0,25[2438]. Cet indice se calcule en prenant en considération le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles intervenues et l'effectif de l'entreprise[2439]. Sont également soumises à une telle obligation les entreprises dont 25% de l'effectif est exposé à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels au-delà des seuils prévus[2440]. Par ailleurs, les entreprises qui remplissent au moins un des deux critères, mais qui bénéficient d'un accord de branche étendu, sont exonérées de cette obligation[2441]. En définitive, l'obligation de négociation sur la prévention contre les risques professionnels est loin de s'appliquer à toutes les entreprises.

736.- L'imprécision des conditions relatives à l'obligation de négociation annuelle sur la prévention contre les risques professionnels. Certes, les conditions permettant de déclencher l'obligation de négociation sur la prévention des risques professionnels ont le mérite d'être fondées sur des conditions objectives permettant de révéler une forte exposition des salariés aux risques professionnels. Toutefois, il est à déplorer que ces conditions ne prennent pas en compte certains éléments objectifs de l'entreprise. À titre d'illustration, ces conditions ne prennent pas en considération le secteur d'activité de l'entreprise. En effet, certains sont bien plus exposés que d'autres aux risques professionnels.

2438 V. en ce sens : C. trav., art. L. 4162-1 et D. 4162-1.
2439 D. n° 2017-1769 du 27 déc. 2017 relatif à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, art. 1er, II.
2440 C. trav., art. D. 4162-1. La CARSAT est compétente pour déterminer et communiquer à l'employeur l'indice de sinistralité de l'entreprise.
2441 *Ibid.*

Or, les moyens de prévention des risques professionnels ne sont pas tous identiques[2442]. Partant, il semble opportun de prendre en considération d'autres critères qui permettraient d'élargir le champ de l'obligation de négociation annuelle en matière de prévention des risques professionnels.

2. L'élargissement nécessaire de l'obligation de négociation sur la prévention des risques professionnels

737.- L'élargissement du champ de l'obligation de négociation annuelle. Au vu des enjeux liés aux risques professionnels, il paraît essentiel de redéfinir cette obligation annuelle de négociation pour l'élargir à d'autres entreprises. Tout d'abord, il serait utile de spécifier l'indice de sinistralité au secteur d'activité. En effet, pour certains secteurs d'activité peu exposés à la réalisation de risques professionnels, un indice de sinistralité bien qu'inférieur à 0,25 pourrait apparaître particulièrement élevé en comparaison à d'autres entreprises d'un autre secteur. En outre, il semblerait opportun que l'obligation annuelle de négociation sur les risques professionnels s'étende à toutes les entreprises, indépendamment de leur taille, de leur indice de sinistralité ou encore du fait qu'elles bénéficient d'un accord collectif de branche étendu. En effet, il est essentiel que le thème relatif aux risques professionnels fasse l'objet d'une négociation obligatoire au niveau le plus proche des salariés, donc de l'entreprise voire de l'établissement si des établissements distincts existent.

738.- Des facteurs de risques trop restrictifs. Au-delà du champ de l'obligation de négociation annuelle, les facteurs de risques listés par le législateur apparaissent comme particulièrement restrictifs. Selon le législateur, il existe trois catégories de facteurs de risques professionnels. Ils s'intitulent respectivement « contraintes physiques marquées », « environnement physique agressif » et « rythmes de travail »[2443]. De manière surprenante, les risques liés à la santé physique semblent supplanter ceux liés à la santé mentale. En effet, la

[2442] Le site de l'Assurance Maladie établit une analyse des risques professionnels par secteur d'activité. Elle démontre que si certains secteurs sont particulièrement exposés aux risques professionnels, les moyens de prévention dont ils bénéficient sont nombreux, peu coûteux et leur mise en œuvre est relativement simple. C'est notamment le cas du secteur des transports routiers de voyageurs, de marchandises, déménagement, messagerie et fret : Assurance Maladie, « Les risques professionnels par secteur d'activité ». Une étude de la DARES fait également une analyse circonstanciée de l'exposition aux risques professionnels par secteur d'activité : B. Matinet, E. Rosankis, V. Tassy, « Les expositions aux risques professionnels par secteur d'activité », *Synthèse DARES* 2020.
[2443] C. trav., art. L. 4161-1.

lecture de ces catégories, et de leurs composantes, conduit à constater que les facteurs de risques listés sont presque exclusivement liés à la santé physique. Par ailleurs, ces derniers semblent relativement restrictifs. En effet, ils paraissent établis pour des activités manuelles. À titre d'illustration, sont mentionnés les manutentions manuelles de charges, les vibrations mécaniques, les postures pénibles définies comme positions forcées des articulations, les agents chimiques dangereux ou encore les activités exercées en milieu hyperbare[2444]. Seuls quelques facteurs de risques sont plus généraux, comme le bruit ou le travail de nuit[2445]. Ces derniers ne sont pas applicables à l'ensemble des travailleurs, puisqu'ils ne concernent qu'une minorité d'entre eux. Ils semblent donc peu adaptés à la réalité du travail et aux risques professionnels auxquels une majorité de salariés est susceptible de faire face. Il serait nécessaire d'élargir très largement les facteurs de risques, afin qu'ils soient applicables à la plupart des salariés.

739.- La QVCT comme levier de prévention des risques professionnels. Dans une démarche d'une action de prévention efficiente, il est nécessaire d'élargir le périmètre du champ d'application de cette obligation. La QVCT figure parmi les thèmes de négociation annuelle obligatoire depuis la loi du 2 août 2021[2446]. Cette loi a ainsi suivi la suggestion de l'ANI de 2020 qui proposait d'élargir le thème de la QVCT qui est plus englobante[2447]. Cet apport était nécessaire. En effet, il était essentiel que les partenaires sociaux soient impliqués dans le domaine de la protection et de l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail et de la prévention des risques professionnels[2448]. Cependant, si cette obligation nouvelle est salutaire, elle n'est pas dénuée de critiques. Depuis les ordonnances Macron de 2017, l'entreprise est devenue le niveau privilégié de la négociation – notamment en matière de santé au travail – diminuant considérablement la portée normative des accords collectifs de branche[2449]. Par conséquent, le recul du niveau de la branche est à l'origine d'une grande disparité des dispositions conventionnelles d'une entreprise à l'autre, notamment en matière de QVCT[2450].

2444 C. trav., art. L. 4161-1, 1° et 2°.
2445 C. trav., art. L. 4161-1, 3°.
2446 C. trav., art. L. 2242-1, 2°.
2447 M. Véricel, « La place de la représentation du personnel et du dialogue social en matière de santé au travail et de prévention des risques professionnels, après les réformes de 2020-2021 », *op. cit.*, p. 904.
2448 *Ibid.*
2449 J. Dirringer, « L'entreprise, nouvel espace d'élaboration des politiques de santé au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 900.
2450 F. Héas, « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 907. Franck Héas propose une classification des accords collectifs d'entreprise conclus sur la qualité de vie au travail. Selon lui, certains de ces accords seraient « basiques », d'autres seraient « organisationnels », d'autres seraient « globaux » et la dernière catégorie est relative aux « accords comportementalistes ».

Si la branche constitue le garde-fou des conditions d'emploi et de travail des salariés, la QVCT ne figure pas parmi les thèmes qui bénéficient d'une prévalence de la convention de branche sur la convention d'entreprise[2451]. Néanmoins, en matière de prévention des risques professionnels, le niveau de l'entreprise paraît être le plus pertinent puisqu'il est nécessaire que ce thème soit négocié au niveau le plus proche des salariés, afin qu'il puisse s'adapter aux spécificités de l'entreprise voire de l'établissement et aux besoins des salariés. Ainsi, la négociation de la QVCT au niveau de l'entreprise apparaît propice à un tel agencement pour permettre une prévention des risques professionnels efficiente. En outre, comme le remarque Franck Héas, le développement de la négociation en matière de santé au travail tend à rendre le salarié acteur de sa santé, ce qui paraît pertinent dès lors qu'il est à même de déterminer les conditions de travail les plus favorables pour tendre vers une telle finalité[2452]. Pour ce faire, il est nécessaire que la responsabilité de ces mesures demeure entre les mains de l'employeur au titre de son pouvoir de direction. Il conviendrait ainsi de limiter la responsabilisation du salarié qui respecte les dispositions conventionnelles pour lesquelles il a été partie prenante par le biais des représentants du personnel.

§2 : La prévention des absences à travers le maintien du salarié dans l'emploi

740.- Plan. La prévention contre les risques professionnels permet assurément de lutter contre les absences mais elle n'est pas, à elle seule, suffisante. Toutefois, elle n'est à elle seule pas suffisante. C'est la raison pour laquelle la diffusion de l'indicateur d'absentéisme doit également permettre d'œuvrer en faveur d'une limitation temporelle de la période d'absence. À cet égard, la problématique du maintien au travail est décrit comme un « problème vicieux »[2453]. Certes, il existe des mécanismes de protection du contrat de travail, comme celui de la suspension du contrat de travail pour la plupart des absences justifiées. Or, il existe aux côtés de ces mécanismes d'autres dispositifs juridiques qui peuvent inciter l'employeur à « sortir » le salarié de l'entreprise, temporairement voire définitivement. Cette solution n'est pas souhaitable, tant pour le salarié, qui sera exposé à un risque de désinsertion professionnelle,

[2451] C. trav., art. L. 2253-1. Cet article dresse la liste de treize thématiques pour lesquelles les dispositions conventionnelles conclues au niveau de la branche prévalent sur celles conclues au niveau de l'entreprise, « sauf garanties au moins équivalentes ».
[2452] F. Héas, « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie au travail », *op. cit.*, p. 907.
[2453] P. Levet, « Travailler avec ou après un cancer : vers un élargissement du maintien au travail », *Dr. soc.* 2023, p. 139.

que pour l'employeur, qui se heurtera à des contraintes financières et procédurales liées à un éventuel licenciement, voire à la nécessité d'un recrutement. Par ailleurs, selon le motif d'absence, le salarié peut percevoir un revenu de remplacement, versé par les organismes de Sécurité sociale, qui engendrera de la dépense publique. Pour ces raisons, il est nécessaire de créer de nouvelles obligations, qui contraindraient l'employeur à assurer un meilleur suivi du salarié absent pendant la période d'absence **(I)**, mais également à assurer un meilleur retour dans l'emploi du salarié à l'issue de la période d'absence **(II)**.

I- L'obligation d'un suivi régulier et individualisé pendant la période d'absence

741.- Plan. Pendant la période d'absence, le salarié doit faire l'objet d'un suivi régulier afin d'assurer son retour au travail dans les meilleures conditions. En effet, le salarié absent peut être exposé à un risque de désinsertion professionnelle, et ce même s'il est en situation d'absence justifiée **(A)**. Ainsi, il apparaît essentiel que l'employeur soit tenu à une obligation d'accompagnement du salarié pendant la période d'absence **(B)**.

A) Une prévention de la désinsertion professionnelle liée à une absence

742.- Plan. En vue de satisfaire à l'objectif de maintien dans l'emploi du salarié absent **(1)**, il est nécessaire que l'employeur mette en œuvre un dispositif de prévention de la désinsertion professionnelle en concertation avec d'autres acteurs comme les services de prévention de santé au travail (SPST) **(2)**.

1. L'objectif du maintien dans l'emploi du salarié absent

743.- Le salarié absent exposé au risque de désinsertion professionnelle. Lorsqu'un salarié est absent pendant une durée relativement longue, le risque de désinsertion professionnelle est accru. La désinsertion professionnelle évoquée ici est celle qui concerne « les personnes vulnérables ou susceptibles de le devenir en raison de leur santé, de leur âge ou de leur situation particulière »[2454]. Une étude menée par la DRESS a pu observer que 1% sortent de l'emploi dans l'année suivant un arrêt de travail pour maladie ordinaire d'une durée inférieure

[2454] S. Fantoni-Quniton, « Le maintien en emploi au cœur des mission des services de santé au travail », *RDT* 2016, p. 472.

à trente jours, tandis que cette proportion s'élève à plus de 7% pour ceux ayant eu un arrêt de travail pour maladie ordinaire d'une durée supérieure à soixante jours[2455]. En outre, 13% des salariés ayant été arrêtés au moins un mois sont au chômage ou inactifs l'année suivante, contre moins de 5% pour ceux n'ayant pas eu d'arrêt de travail pour maladie[2456]. Par conséquent, une corrélation entre la *durée de l'arrêt de travail* et le *risque de désinsertion professionnelle* s'impose. Ce risque est accru pour les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles[2457]. C'est la raison pour laquelle il apparaît nécessaire de prévenir la désinsertion professionnelle consécutive à une absence pour maladie.

744.- Les évolutions législatives de la prévention de la désinsertion professionnelle. Les premiers dispositifs juridiques œuvrant en faveur de la prévention de la désinsertion professionnelle ont été introduits par une loi du 20 juillet 2011[2458]. Cette loi a dévolu aux services de santé au travail une mission de conseil en vue de prévenir « la désinsertion professionnelle et de contribuer au maintien dans l'emploi des travailleurs »[2459]. Dans cette perspective, la loi du 2 août 2021 a joué un rôle majeur. Elle érige la prévention de la désinsertion professionnelle en objectif cardinal. Deux décrets d'application de la loi ont créé de nouveaux leviers en vue de favoriser le maintien dans l'emploi de salariés faisant face, en raison d'un problème de santé ou d'un handicap, à des difficultés professionnelles[2460]. Cette évolution fut saluée par Laurent Piertraszewki, ancien secrétaire d'État chargé des retraites et de la santé au travail, qui déclarait que « maintenir en emploi les salariés confrontés à un problème de santé est essentiel pour eux d'abord, pour leur permettre de poursuivre un parcours professionnel, pour les entreprises qui ont besoin de leurs compétences et pour la société dans son ensemble enfin, car la sortie du monde du travail de ces salariés, en plus d'être

---

2455 T. Barnay, J. Favrot, C. Pollak, « Les arrêts maladie de longue durée pénalisent les trajectoires professionnelles », *DRESS Études et résultats* 2015, n° 938. Les chiffres indiqués résultent d'une moyenne des résultats présentés par l'étude entre les hommes et les femmes. En outre, le champ de l'étude concerne les salariés du secteur privé âgés entre 25 et 55 ans, et exclut les absences pour accidents du travail, maladies professionnelles et congé maternité.

2456 *Ibid.*

2457 J. Pachod, C. Oillic-Tissier, A. Antoni, « La prévention, priorité de la branche accidents du travail et maladies professionnelles », *RDSS* 2010, p. 628.

2458 L. n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail (*JORF* n° 0170 du 24 juill. 2011).

2459 C. trav., ancien art. L. 4622-2.

2460 V. en ce sens : D. n° 2022-372 du 16 mars 2022 relatif à la surveillance post-exposition, aux visites de prérepriseet de reprise des travailleurs ainsi qu'à la convention de rééducation professionnelle en entreprise ; D. n° 2022-373 du 16 mars 2022 relatif à l'essai encadré, au rendez-vous de liaison et au projet de transition professionnelle.

un gâchis sur le plan humain, a un coût pour la collectivité »[2461]. En effet, la prévention de la désinsertion professionnelle présente un intérêt pour différents acteurs, au premier rang desquels s'inscrivent évidemment les salariés, mais également les employeurs, les caisses de sécurité sociale et, de manière plus générale, la collectivité. Cet objectif de prévention est général et ne s'applique pas uniquement aux salariés absents. Il vise l'ensemble des salariés d'une entreprise. Cependant, il a été démontré que les salariés absents – d'autant plus si l'absence est de longue durée – sont particulièrement exposés à ce risque. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de porter une attention particulière aux salariés absents, afin qu'ils bénéficient de dispositifs de prévention de la désinsertion professionnelle spécifiques et efficaces.

2. La mise en œuvre du maintien dans l'emploi du salarié absent

745.- Les dispositifs juridiques de prévention de la désinsertion professionnelle du salarié absent. Actuellement, la prévention de la désinsertion professionnelle dont bénéficie le salarié absent est garantie par plusieurs dispositifs juridiques. À titre d'illustration, le salarié absent pour maladie ordinaire dont la durée est supérieure à une durée fixée par décret peut bénéficier d'un rendez-vous de liaison avec l'employeur et avec la participation du SPST[2462]. Il est prévu que l'objet de ce rendez-vous est notamment d'informer le salarié qu'il peut bénéficier d'actions de prévention de la désinsertion professionnelle[2463]. En outre, lorsque les arrêts de travail d'un assuré font apparaître un risque de désinsertion professionnelle, l'organisme servant les prestations ou le service du contrôle médical est habilité à transmettre au SPST les informations relatives aux arrêts de travail en vue de prévenir sa désinsertion professionnelle[2464]. Les évolutions issues de la loi du 2 août 2021 sont certes opportunes et doivent être pérennisées. Il était nécessaire d'impliquer les services de santé au travail dans ce rôle de prévention contre la désinsertion professionnelle. Toutefois, Franck Héas alerte sur le fait qu'il ne faut pas restreindre la prévention de la désinsertion professionnelle à un prisme individuel, mais qu'il est nécessaire de l'élargir à une dimension collective. Cette dernière est mise en œuvre par l'amélioration des conditions de travail, dont le rôle de prévention incombe au médecin du travail[2465]. En outre, cette dimension collective de la prévention de la

[2461] Communiqué de presse, Décrets prévention de la désinsertion professionnelle, 17 mars 2022.
[2462] C. trav., art. L. 1226-1-3.
[2463] C. trav., art. L. 1226-1-3, al. 2.
[2464] CSS, art. L. 315-4.
[2465] F. Héas, « La désinsertion professionnelle », *Dr. soc.* 2021. p. 909.

désinsertion professionnelle pourrait être mise en œuvre par le biais de l'amélioration de la QVCT. Il semblerait pertinent que la prévention de la réinsertion des risques professionnelle figure parmi les thèmes devant être abordés dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT[2466].

746.- Les SPST comme acteur phare de la prévention de la désinsertion professionnelle. En matière de prévention de la désinsertion professionnelle, les SPST ont un rôle majeur. En effet, la prévention de la désinsertion professionnelle figure expressément au titre des missions principales des SPST[2467]. Il s'agit là d'une nouveauté de la loi du 2 août 2021. Par cette loi, les SPST ont une mission de prévention centrée sur le maintien en emploi[2468]. Pour mettre en œuvre cet objectif, ces services doivent comprendre une cellule pluridisciplinaire de prévention de la désinsertion professionnelle. Son rôle est de proposer des actions de sensibilisation et des mesures individualisées en vue de prévenir la désinsertion professionnelle[2469]. En pratique, le pouvoir d'action des SPST en matière de prévention de la désinsertion professionnelle est encore limité. En effet, ces derniers « sont surtout accaparés par le repérage des salariés usés jusqu'à l'inaptitude vectrice de désinsertion professionnelle et souvent de chômage de longue durée »[2470]. Or, le rôle de ces services doit évoluer pour qu'ils puissent anticiper l'usure professionnelle, en identifiant en amont les salariés susceptibles d'être usés par le travail. Ainsi, leur rôle ne doit pas se restreindre au maintien en emploi des salariés déjà usés, pour lesquels la lutte contre la désinsertion professionnelle s'avère d'une particulière complexité. Pour ce faire, Sophie Fantoni-Quinton encourage à lutter efficacement contre la pénibilité au travail et l'usure professionnelle[2471]. Les dispositifs actuels sont encore trop réduits à une prévention tertiaire, alors qu'ils devraient davantage être orientés vers la prévention secondaire et au-delà, primaire[2472].

2466 C. trav., art. L. 2242-17.
2467 C. trav., art. L. 4622-2, 2°.
2468 S. Fantoni-Quinton, P.-Y. Verkindt, « La loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 : évolution ou révolution ? », *Dr. soc.* 2021, p. 870.
2469 C. trav., art. L. 4622-8-1.
2470 S. Fantoni-Quinton, « Un dispositif pénibilité durablement indigent », *op. cit.*, p. 623.
2471 *Ibid.*
2472 Il existe trois niveaux de prévention : primaire, secondaire et tertiaire. Ces trois niveaux sont directement empruntés à la santé publique, bien qu'ils aient été longtemps ignorés de la santé au travail : H. Lanouzière, « Santé au travail et santé publique : "rien de plus fort qu'une idée dont l'heure est venue" », *in* H. Lanouzière, L. Lerouge, « Controverse : Que faut-il attendre (ou non) du décloisonnement de la santé au travail et de la santé publique ? », *RDT* 2021, p. 423. Selon la définition donnée par la HAS, la *prévention primaire* consiste à agir en amont de la maladie ; la *prévention secondaire* à agir à un stade précoce de son évolution pour lutter contre son développement ; la *prévention tertiaire*, enfin, à agir sur les complications et risques de récidive afin réduire ses conséquences son évolution. V. en ce sens : S. Fantoni-Quinton, P.-Y. Verkindt, « La loi n° 2021-1018 du 2 août

B) Une obligation d'accompagnement du salarié absent

747.- Plan. Afin de satisfaire à l'obligation de suivi du salarié pendant la période d'absence, il est nécessaire que l'employeur mette en place des dispositifs juridiques d'accompagnement du salarié. Pour ce faire, l'employeur doit mettre en œuvre un dispositif juridique général, qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés lorsqu'ils se trouvent en situation d'absence **(1)**. Au-delà, pour assurer l'effectivité du dispositif d'accompagnement, l'employeur doit individualiser ces dispositifs pour s'adapter aux particularités des salariés. Dans certains cas, il devra renforcer le dispositif existant si le salarié absent est considéré comme vulnérable **(2)**.

1. Une obligation générale de suivi

748.- L'existence limitée d'une démarche d'accompagnement du salarié en arrêt de travail. Une telle démarche s'inscrit dans le cadre des préventions secondaire et tertiaire. En effet, le risque s'est déjà réalisé et se traduit par l'absence du salarié. Pendant cette période, il est essentiel d'assurer le suivi du salarié dont le contrat de travail est suspendu, puisque la finalité du mécanisme contractuel de la suspension est de préserver l'avenir du contrat de travail[2473]. Toutefois, si le salarié retourne en principe à son emploi à l'issue de la période de suspension, son contrat de travail peut également être rompu, notamment en raison d'une inaptitude. Pour prévenir cette dernière situation, des dispositifs généraux de suivi des salariés absents doivent être mis en place et régulièrement mis en œuvre. Ces derniers permettent de faciliter le retour dans l'emploi du salarié au terme de la période de suspension et, par conséquent, d'œuvrer en vue de leur maintien dans l'emploi. Or, les dispositifs juridiques existants pendant cette période de suspension sont rares. Il s'agit notamment de la visite de préreprise dont l'objectif est de favoriser le maintien dans l'emploi, en permettant d'anticiper le retour au travail. Elle n'est pas systématique, mais l'employeur a l'obligation de l'organiser si le salarié, son médecin traitant, le médecin-conseil ou le médecin du travail la sollicite et si l'arrêt de travail a atteint une durée d'au moins trente jours[2474]. Cette visite est réalisée par le médecin

2021 : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, p. 870. En matière de prévention de la désinsertion professionnelle, le maintien dans l'emploi entre dans le champ de la *prévention tertiaire*. Sur le triptyque de prévention, v. également : J. Savatier, « La médecine du travail dans le système de protection de la santé », *Dr. soc.* 2021, p. 546.

[2473] J. Treillard, « De la suspension des contrats », *in* P. Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 83.

[2474] C. trav., art. R. 4624-29.

du travail, qui doit étudier à cette occasion la mise en œuvre de mesures d'adaptation individuelles, notamment l'aménagement ou la transformation du poste de travail du salarié[2475]. Il pourra les transmettre à l'employeur[2476]. Certaines évolutions sont intervenues par la loi du 2 août 2021 et par certains décrets d'application[2477]. À titre d'illustration, avant 2022, la visite de prépreprise était obligatoire pour les arrêts de travail d'au moins trois mois[2478]. Par un décret du 16 mars 2022, ce délai a été abaissé à trente jours[2479]. Le champ d'application des travailleurs concernés par la visite de prépreprise a donc été élargi. Pourtant, la nouvelle rédaction de l'article R. 4624-29 interroge. Dans sa rédaction postérieure au décret de 2022, la visite de prépreprise a perdu son caractère obligatoire. Elle est désormais seulement facultative. Cette visite est pourtant essentielle dans la perspective d'assurer le retour du salarié après un arrêt de travail, mais également pour prévenir d'éventuelles absences à venir.

749.- La nécessité d'étendre le champ d'application de la visite de prépreprise. Avant que le retour du salarié au travail ne soit effectif, l'organisation d'une visite de prépreprise avec le médecin du travail peut intervenu. Cet examen médical est ouvert aux salariés ayant été en arrêt de travail pour une durée supérieure à trente jours[2480]. Cependant dans ce cas, il est facultatif. Il peut être sollicité par le salarié, le médecin traitant, l'Assurance maladie ou le médecin du travail lui-même qui peut décider de s'autosaisir[2481]. À l'occasion de cet examen médical, le médecin du travail pourra émettre des recommandations à l'employeur, telles que l'aménagement ou l'adaptation du poste de travail du salarié, son reclassement et éventuellement, des formations professionnelles visant à faciliter son reclassement ou sa réorientation professionnelle[2482]. Cette visite de prépreprise poursuit assurément un objectif de prévention, puisqu'elle vise à garantir le maintien du salarié dans l'emploi avant même que la période de suspension ne soit arrivée à terme. Une telle visite est toutefois facultative. Cela est regrettable, dans la mesure où elle permet d'assurer l'accompagnement du salarié absent pour raison de santé vers le retour au travail. Elle permet d'assurer le maintien dans l'emploi du

[2475] C, trav., art. L. 4624-2-4.
[2476] C. trav., art. L. 4624-3.
[2477] L. n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention au travail (*JORF* n° 0178 du 3 août 2021).
[2478] C. trav., ancien art. R. 4624-29 : « En vue de favoriser le maintien dans l'emploi des travailleurs en arrêt de travail d'une durée de plus de trois mois, une visite de prépreprise est organisée par le médecin du travail à l'initiative du médecin traitant, du médecin conseil des organismes de sécurité sociale ou du travailleur ».
[2479] D. n° 2022-372 du 16 mars 2022 relatif à la surveillance post-exposition, aux visites de prépreprise et de reprise des travailleurs ainsi qu'à la convention de rééducation professionnelle en entreprise.
[2480] C. trav., art. R. 4624-29.
[2481] C. trav., art. L. 4624-2-4.
[2482] C. trav., art. R. 4624-30.

salarié absent et, *in fine*, de lutter contre le risque de désinsertion professionnelle. En dépit du manque de moyens dont souffre la médecine du travail[2483], il serait opportun qu'une telle visite soit étendue aux arrêts de travail de moins de trente jours, d'autant plus si le salarié a multiplié des arrêts de courte durée. En effet, la répétition d'arrêts de courte durée peut révéler une difficulté du salarié de retourner au travail après un arrêt de travail de courte durée. Cette difficulté peut se traduire par des arrêts ultérieurs. L'élargissement du champ d'application de la visite de préreprise participerait donc d'un objectif de prévention contre les absences. Par ailleurs, il serait opportun d'étendre le bénéfice de cette visite aux salariées de retour de congés maternité, à l'instar de la visite médicale de reprise[2484]. Il serait également pertinent de rendre cette visite obligatoire pour les travailleurs vulnérables en raison de leur état de santé, qui sont davantage en proie au risque de désinsertion professionnelle, comme c'est le cas des salariés en affection de longue durée ou en situation de handicap, et dont l'absence pour raison de santé est liée à ces pathologies. Fort heureusement, la visite médicale de reprise, qui revêt un champ d'application plus large et qui s'impose à certains salariés, permet de lutter contre ces risques.

750.- La généralisation du rendez-vous de liaison. Aux côtés des visites de préreprise et de reprise, la loi du 2 août 2021 a créé la possibilité d'organiser un rendez-vous de liaison entre l'employeur, le salarié et le service de prévention et de santé au travail[2485]. Il a lieu pendant la période de suspension et permet d'informer le salarié des actions de prévention de la désinsertion professionnelle dont il peut bénéficier, notamment de la visite de préreprise[2486]. Partant, le rendez-vous de liaison poursuit également une visée de prévention des risques

---

[2483] Le manque de moyens de la médecine du travail s'explique notamment par la pénurie de médecins du travail. V. en ce sens : S. Fantoni-Quinton, « Face à la pénurie des médecins du travail, repenser la pertinence de certaines visites médicales », *SSL* n° 2041, 10 avr. 2023, p. 3 ; E. Wurtz, S. Fantoni-Quiton, L. Cohen, G. Meyer, « Contentieux du travail – Le contentieux des avis du médecin du travail : regards croisés », *JCP S* 2022, 1032 ; M. Badel, « Médecin du travail et médecin de ville. La personne du travailleur au croisement des médecines », *Dr. soc.* 2021, p. 892 ; M. Véricel, « Visite médicale d'embauche : il appartient à l'employeur de veiller à sa réalisation effective », *RDT* 2016, p. 427 ; S. Fantoni-Quiton, « Le maintien en emploi au cœur des missions des services de santé au travail », *op. cit.*, p. 472 ; M. Véricel, « Visite de reprise initiée par le salarié et information de l'employeur », *RDT* 2015, p. 409 ; D. Chantal, Ph. de La Brosse, « L'obligation de sécurité de résultat, la pénurie de médecins du travail et la santé du salarié : quelle(s) solution(s) ? », SSL n° 1627, 22 avr. 2014, p. 5 ; M. Véricel, « La loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail », *RDT* 2011, p. 682 ; M.-C. Amauger-Lattes, « Pénurie de médecins du travail et visites médicales obligatoires », *Dr. soc.* 2011, p. 131 ; L. Doré, « Évolution de la médecine du travail », *Dr. soc.* 2004, p. 931.

[2484] La visite de reprise postérieure à un congé maternité est obligatoire, à l'instar des absences pour maladie professionnelle quelle qu'en soit la durée, des absences pour accident du travail d'au moins trente jours et des absences d'au moins soixante jours pour les accidents ou maladies non professionnels. V. en ce sens : C. trav., R. 4624-31.

[2485] L. n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail, *précitée*, art. 27. Codifié à l'article art. L. 1226-1-3 sur l'organisation d'un rendez-vous de liaison.

[2486] C. trav., art. L. 1226-1-3.

professionnels, en garantissant le suivi individuel et personnalisé du salarié. Ce rendez-vous est facultatif, et peut être organisé pour les absences consécutives à une maladie ou à un accident d'au moins trente jours[2487]. Dans ce cas, l'employeur a l'obligation d'informer le salarié qu'il peut solliciter l'organisation d'un tel rendez-vous. S'il est organisé à l'initiative de l'employeur, le salarié a le choix de s'y soumettre ou non. Son refus ne peut être considéré comme fautif. La création de ce rendez-vous de liaison est bienvenue, puisqu'elle permet de prévenir les risques professionnels et ainsi, de lutter contre d'éventuelles absences futures. Là encore, ce nouveau dispositif est salutaire, mais son champ d'application doit être élargi aux arrêts de travail d'une durée de moins de trente jours. Par ailleurs, l'employeur n'est tenu par aucun délai pour organiser le rendez-vous de liaison[2488]. Cela prive le dispositif de son efficacité puisque s'il tarde, le rendez-vous pourrait se tenir alors même que le salarié a repris le travail, ce qui priverait cet entretien de sa finalité[2489]. Ainsi, il serait opportun de généraliser ce rendez-vous de liaison à toutes les absences de longue durée, quelle qu'en soit la cause. En effet, cela permettrait d'accompagner le salarié vers un retour au travail et de mettre éventuellement en œuvre des mesures permettant d'assurer son maintien dans l'emploi. Ainsi, l'organisation d'un tel entretien pourrait également être opportune pour les absences d'une durée supérieure à trente jours, pour une cause étrangère à l'accident ou à la maladie. Elle permettrait de révéler l'éventuelle cause première d'absence qui serait dissimulée derrière la cause immédiate de la maladie. Elle pourrait également permettre de mettre en œuvre un aménagement du temps de travail ou du lieu de travail, notamment s'il apparaît que l'absence intervenue est en lien avec une difficulté pour le salarié de concilier ses temps de vies professionnelle et personnelle. Le SPST n'aurait pas à être systématiquement mobilisé. Il serait exclu du rendez-vous de liaison lorsque l'absence ne repose pas sur un motif lié à l'état de santé du travailleur. En tout état de cause, pour les absences liées à l'état de santé du salarié, il apparaît essentiel de développer les échanges entre les différents acteurs de santé, afin que les informations transitent mieux et que chaque acteur mobilisé dispose d'une connaissance précise de l'état de santé du patient salarié. En outre, l'accompagnement du salarié pendant la période de suspension pourrait être assuré par l'instauration de mécanismes existant dans certains pays voisins. À titre d'illustration, les lois allemandes garantissent au salarié, à partir de la troisième semaine d'arrêt de travail, le droit

[2487] C. trav., art. D. 1226-8-1.
[2488] E. Petkova, N. Quiguer, « L'organisation du rendez-vous de liaison : questions pratiques », *SSL* 2022, n° 2005.
[2489] *Ibid.*

à un accompagnement personnalisé qui vise au rétablissement de sa capacité de travail[2490]. Pour ce faire, un suivi médical individualisé est proposé. Ce système a permis à l'Allemagne de « réduire la durée des arrêts de travail en se basant sur une relation de confiance avec le salarié »[2491]. Dans le même sens, le système néerlandais appelé « Gatekeeper Protocol » établit une obligation conjointe, à la fois pour les employeurs et pour les salariés, de définir un plan de retour au travail. Des sanctions sont prévues à l'encontre des employeurs qui ne satisferaient pas à cette obligation. Quant aux salariés, ils sont tenus de reprendre le travail si l'employeur leur garantit des conditions de reprises du travail raisonnables. S'ils refusent, l'employeur pourra cesser le versement des indemnités maladie, voire rompre le contrat de travail du salarié[2492]. Il serait donc opportun que de tels systèmes soient transposés en France afin d'assurer le suivi du salarié pendant la période de suspension.

2. Une obligation de suivi renforcée et individualisée

751.- L'accompagnement des salariés vulnérables en raison de leur état de santé. Certains salariés, en raison d'une situation particulière liée à leur état de santé, sont davantage exposés au risque de désinsertion professionnelle. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que ces salariés, lorsqu'ils sont absents, bénéficient d'un suivi renforcé et individualisé pour garantir leur maintien dans l'emploi. C'est notamment le cas des *salariés en situation de handicap* ou des *salariés séniors*. En effet, bien que le Conseil constitutionnel semble rejeter la systématisation d'une corrélation entre âge et vulnérabilité[2493], il est permis de constater que les salariés séniors sont davantage exposés au risque de désinsertion professionnelle[2494]. Par conséquent, il est nécessaire de mettre en place des dispositifs juridiques d'accompagnement spécifiques de ces salariés[2495]. Pour les salariés dont la fragilité résulte de

[2490] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 84. Les auteurs expliquent que ce système a été initialement créé pour diminuer les dépenses en matière d'assurance maladie, afin que chaque caisse puisse assurer son équilibre financier. Ce droit à accompagnement est consacré par la loi allemande et garanti à tous les salariés depuis 2015. Une étude d'impact réalisée après la création de ce dispositif a permis de constater une réduction de la durée des arrêts de travail de 12% et une réduction du nombre d'épisodes d'arrêt de travail de 9%.

[2491] *Ibid.*

[2492] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 85.

[2493] Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC ; *RTD civ.* 2021, n° 2, p. 385-386, comm. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2021, n° 2, p. 464-467, comm. M. Grimaldi ; *JCP E* 2021 n° 21, p. 969-973, comm. J. Houssier et C. Guillaume ; *Droit de la famille* 2021, n° 5, p. 2, comm. M. Nicod ; *D.* 2021, n° 14, p. 750, comm. N. Reboul-Maupin ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 18, 2 p., A.-L. Fabas-Serlooten.

[2494] S. Fantoni-Quinton, I. Desbarats, « Propos introductifs », *Dr. soc.* 2021, p. 868.

[2495] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 114.

leur état de santé – qu'elle soit liée à une pathologie comme c'est le cas des travailleurs en situation de handicap ou à l'âge s'agissant des travailleurs séniors – le rôle du médecin du travail pendant l'arrêt de travail doit être accru. En effet, des entretiens réguliers avec le médecin du travail doivent être instaurés pendant la période d'absence, afin de garantir le suivi du salarié et d'assurer son maintien dans l'emploi. Pour des pathologies particulières comme le cancer, les méthodes classiques de réinsertion s'avèrent inadaptées[2496]. Par ailleurs, certaines dispositions conventionnelles peuvent tendre à assurer un accompagnement personnalisé au profit de salariés vulnérables. À titre d'illustration, l'article d'un accord collectif conclu au niveau d'une UES vise à assurer le suivi du salarié en situation de handicap pendant la période d'arrêt de travail[2497]. Les stipulations de l'accord prévoient, par exemple, l'intervention de certains acteurs spécialisés, comme l'assistante sociale et Mission Emploi Handicap, pendant la période d'absence. Si ces mesures ne font pas, pour l'heure, l'objet d'une négociation, elles semblent opportunes. En effet, elles permettent d'assurer un accompagnement personnalisé et renforcé du salarié en situation en handicap pendant la période d'absence. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable que de tels dispositifs soient généralisés ; à tout le moins, qu'ils soient intégrés à une négociation obligatoire.

752.- L'accompagnement des salariés vulnérables en raison de leur situation familiale. Aux côtés des salariés vulnérables en raison de leur état de santé, d'autres le sont également en raison de leur situation de famille. C'est le cas des salariés en situation de proche aidant, mais également du salarié monoparental. Ces salariés sont davantage exposés à la difficulté de concilier leur vie personnelle et leur vie professionnelle. Ainsi, ils sont davantage susceptibles de s'absenter, et les risques de rupture du contrat de travail et de désinsertion professionnelle sont accrus. S'il n'existe pas d'obligation de négociation sur des dispositions d'accompagnement de ces travailleurs vulnérables pendant une période d'absence, certains dispositifs peuvent être instaurés par voie conventionnelle. C'est notamment le cas de l'accord collectif conclu à l'Institut national de l'audiovisuel le 23 août 2023[2498]. Un article de cet accord s'inscrit dans une logique d'accompagnement à la parentalité, en prévoyant des dispositifs qui

[2496] P. Levet, « Travailler avec ou après un cancer : vers un élargissement du maintien au travail », *op. cit.*, p. 139.
[2497] Accord UES Korian France en faveur de l'emploi des personnes handicapées, 8 déc. 2020, art. 14 qui s'intitule « Le suivi du salarié en arrêt de travail ». Il est expressément prévu au titre de cet article que l'UES « s'engage à promouvoir les dispositifs de l'accord permettant d'accompagner le salarié en arrêt de travail pour préparer au mieux son retour à l'emploi et anticiper ses éventuelles difficultés à la reprise ».
[2498] Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et certains aspects de la qualité de vie et des conditions de travail au sein de l'Institut national de l'audiovisuel, 23 août 2023.

permettent de « garder le lien pendant les absences de longue durée »[2499]. En cas d'absence de longue durée, il est prévu que les parties doivent « définir un dispositif permettant de conserver le lien » avec le salarié absent, sous réserve de son accord. Il est ainsi prévu que le salarié absent soit impliqué tant dans la préparation de son absence que dans son retour au travail. De telles dispositions conventionnelles sont intéressantes, puisqu'elles répondent à l'objectif d'individualisation et de personnalisation des dispositifs permettant le retour du salarié au travail à l'issue d'une période d'absence. En outre, elles permettent d'éviter la rupture du contrat de travail à l'issue de la période de suspension et œuvrent en faveur de l'objectif général de lutte contre la désinsertion professionnelle. Pour ces raisons, il serait pertinent d'inscrire ces thèmes dans la loi et de les assujettir à une obligation de négociation.

II- L'individualisation des dispositifs de retour au travail à la suite d'un arrêt de travail

753.- Plan. Outre les dispositifs de suivi du salarié pendant la période d'absence, il est nécessaire d'individualiser les dispositifs garantissant le retour du salarié à la suite d'un arrêt de travail. Cela permettrait de prévenir d'éventuelles absences futures. À cet égard, il convient d'individualiser et d'élargir le champ des dispositifs garantissant à la fois l'accompagnement du salarié dans le retour au travail **(A)**, mais également son suivi une fois le travail repris **(B)**.

A) Une obligation d'accompagnement de retour au travail

754.- La nécessité d'étendre le champ de la visite de reprise. L'existence de la visite de reprise garantit l'accompagnement du salarié dans son retour au travail après une période d'absence pour raison de santé. L'employeur a l'obligation d'organiser un tel examen médical pour tout salarié reprenant le travail après un congé de maternité, un arrêt de travail pour maladie professionnelle, un arrêt de travail pour accident du travail d'au moins trente jours ou un arrêt de travail pour maladie ordinaire d'au moins soixante jours[2500]. À l'instar de la visite de préreprise, cette visite médicale permet au médecin du travail d'examiner les éventuels aménagement ou adaptation de poste voire propositions de reclassements émises par

[2499] Accord *précité*, art. 10.5. Cet article s'inscrit que le cadre de l'article 10 de l'accord, qui porte expressément sur la « conciliation vie privée et vie professionnelle ».
[2500] C. trav., art. L. 4624-2-3 et art. R. 4624-31.

l'employeur à la suite des propositions du médecin du travail consécutives à la visite de préreprise si elle a eu lieu[2501]. Contrairement à la visite de préreprise, cet examen permet également au médecin du travail de s'assurer de la compatibilité du poste de travail avec l'état de santé du salarié et, éventuellement, d'émette un avis d'inaptitude si la reprise du travail se révèle incompatible avec l'état de santé du travailleur[2502]. C'est la raison pour laquelle certaines catégories de travailleurs y sont obligatoirement soumises. L'employeur a alors l'obligation d'organiser la visite de reprise dans un délai de huit jours suivant la reprise du travail[2503]. Le salarié a l'obligation de se soumettre à un tel examen. Son refus est considéré comme fautif[2504]. En dehors de ces cas, c'est-à-dire pour d'autres motifs d'absence ou si la durée de l'absence est inférieure au délai qui déclenche l'obligation pour l'employeur de l'organiser, la visite de reprise est facultative. Pourtant, cet examen médical est en lien direct avec l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur[2505]. Il apparaît ainsi nécessaire qu'elle soit étendue au bénéfice d'autres salariés[2506]. Il serait opportun qu'elle soit *a minima* étendue aux salariés vulnérables. Les salariées de retour de congé maternité sont déjà concernées par la visite de reprise obligatoire. Cela semble opportun dans la mesure où elles sont particulièrement vulnérables. Toutefois, il semblerait souhaitable d'étendre la visite médicale obligatoire à d'autres catégories de travailleurs vulnérables, comme c'est le cas des travailleurs handicapés ou des salariés en ALD après une absence pour raison de santé, quelle que soit la durée de celle-ci. En effet, ces travailleurs sont particulièrement exposés au risque de désinsertion

---

[2501] C. trav., art. R. 4624-32.

[2502] *Ibid.*

[2503] *Ibid.* La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser cette règle dans un arrêt rendu par la chambre sociale le 3 juillet 2024. Au visa de l'article R. 4624-31 du Code du travail qui prévoit que l'employeur doit saisir la médecine du travail « dès qu'il a connaissance de la date de fin de l'arrêt de travail », elle a jugé que « l'initiative de la saisine du médecin du travail appartient normalement à l'employeur, dès que le salarié qui remplit les conditions pour bénéficier de cet examen, en fait la demande et se tient à sa disposition pour qu'il y soit procédé » : Cass. soc., 3 juill. 2024, n° 23-13.784 ; *SSL* 2024, n° 2105, p. 13, note P. Adam ; *JCP S* 2024, n° 36, p. 25, note S. Ranc ; *D. actu.* 12 sept. 2024, obs. F. Mélin.

[2504] Le refus du salarié de se rendre à un examen médical de reprise constitue une faute de nature à justifier le licenciement : Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-10.361. Le refus persistant d'un salarié de s'y soumettre, malgré plusieurs mises en demeure de l'employeur, peut caractériser une faute grave : Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.302 ; *Dr. soc.* 2007, n° 3, p. 3669, obs. C. Radé ; *RDT* 2007, n° 3, p. 167, obs. G. Auzero ; *Dr. soc.* 2007, n° 2, p. 248, note J. Savatier ; *JCP S* 2007, n° 4, p. 31-32.

[2505] S. Fantoni-Quinton, V. Genty, « Les arcanes de la visite médicale de reprise », SSL n° 1716, 29 mars 2016, p. 7.

[2506] À la lecture du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2026, il convient de constater que cela ne semble pas être la dynamique actuelle du gouvernement qui propose, à l'inverse, de rendre la visite de reprise facultative à l'issue d'un congé maternité. Plus exactement, il est prévu que ladite visite soit organisée à après un congé de maternité, uniquement « si le travailleur ou l'employeur le demande » : v. PLFSS pour 2026, art. 28, p. 69. Dans les motifs de la loi, il est indiqué que cette nouvelle mesure s'inscrit dans l'objectif de « favoriser une reprise rapide du travail » et donc, une « diminution des indemnités journalières déclenchées à compter de la fin du congé maternité ». Partant, l'objectif de réduction des dépenses apparaît comme supplantant la protection de l'état de santé du salarié.

professionnelle et doivent faire l'objet d'une attention particulière en matière de maintien dans l'emploi. Partant, l'organisation systématique d'une visite de reprise à leur profit, faisant suite à un arrêt de travail, permettrait au médecin du travail de s'assurer que le salarié est apte à l'exercice de l'activité professionnelle. Par ailleurs, il serait envisageable que la visite médicale de reprise soit obligatoire lorsque le médecin prescripteur de l'arrêt de travail. En effet, il peut juger dans le cadre de son expertise médicale que la reprise du travail, faisant suite à l'arrêt de travail qu'il a prescrit, est susceptible de conduire à une dégradation de l'état de santé du patient. La demande d'une visite de reprise du travail avec le médecin du travail permettrait à ce dernier de vérifier que le poste de travail et les conditions de travail auxquels le salarié est soumis sont compatibles avec son état de santé. Cela permettrait d'accroître la prévention des risques professionnels.

755.- Le nécessaire développement d'échanges entre le médecin prescripteur, le médecin-conseil et le médecin du travail. Afin d'assurer le suivi médical du salarié pendant sa période d'absence, il semble primordial de développer les échanges entre le médecin prescripteur de l'arrêt de travail, le médecin-conseil et le médecin du travail. En effet, chacun d'eux joue un rôle majeur dans le suivi de l'état de santé du salarié pendant l'arrêt de travail. La coordination entre les médecins est tout d'abord permise grâce à un outil dont la date de création date de 2004, qui est le dossier médical partagé[2507]. Ce dernier a été établi « afin de favoriser la prévention, la coordination, la qualité et la continuité des soins »[2508]. Il permet aux professionnels de santé de reporter au sein de ce dossier « les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge »[2509]. Cependant, avant la réforme issue de la loi du 2 août 2021, les informations relatives à un patient ne pouvaient transiter qu'entre des professionnels de santé participant à la prise en charge. Cette disposition excluait l'accessibilité du dossier médical partagé au médecin du travail, n'étant pas considéré comme un protagoniste de la prise en charge du patient salarié au sens de la continuité des soins. Le partage des informations médicales entre les différents médecins intervenant dans le cadre de son arrêt de travail était donc conditionné au consentement exprès du patient salarié. En effet, conformément aux dispositions du Code de la santé publique, le partage d'informations médicales entre différents professionnels de santé

[2507] L. n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (*JORF* n° 0190 du 17 août 2004).
[2508] CSP, art. L. 1111-14, al. 1er.
[2509] CSP, art. L. 1111-5, al. 1er.

ne faisant pas partie de la même équipe, requiert le consentement préalable de la personne prise en charge[2510]. Lorsque le salarié est absent, ce dernier devait donner son consentement au partage d'informations médicales le concernant entre les différents médecins intervenant dans le cadre de son arrêt de travail. Ce partage d'informations s'avère pourtant primordial. Il est partiellement garanti grâce au dossier médical partagé. La réforme introduite par la loi du 2 août 2021 est donc bienvenue puisqu'elle permet d'ouvrir la voie du décloisonnement de la santé au travail et de la santé publique. Le médecin du travail peut désormais accéder au dossier médical partagé du salarié et l'alimenter, sous réserve que ce dernier ait été informé des conditions dans lesquelles il peut restreindre voire interdire son contenu. Cette réforme a ainsi donné lieu à un effacement de la frontière existant entre le DMP et le DMST, que le professeur en médecine Paul Frimat appelait de ses vœux dans un rapport de 2018[2511]. Ces échanges sont essentiels en vue de l'objectif d'accompagnement du salarié dans le retour dans l'emploi. Au-delà, il permet de garantir le maintien dans l'emploi du salarié, postérieurement à une période d'absence liée à la maladie. Le médecin du travail peut ainsi participer activement à la prévention contre des risques professionnels qui seraient susceptibles de contraindre le salarié à s'absenter à nouveau. C'est la raison pour laquelle, au-delà de l'accompagnement du retour du salarié après une période d'absence, il est nécessaire de garantir son suivi une fois le travail repris.

B) Le suivi du retour au travail après la reprise

756.- Une surveillance médicale renforcée pour les salariés absents pendant une longue durée ou fréquemment absents pour maladie. À l'heure actuelle, la périodicité du suivi médical est fixée par la visite d'information et de prévention, en considération de plusieurs éléments tels que l'âge du salarié, son état de santé, les conditions de travail ou encore les risques professionnels auxquels il est exposé[2512]. En tout état de cause, cette périodicité ne peut excéder cinq ans[2513]. Un suivi médical renforcé est instauré au profit de travailleurs considérés comme vulnérables, notamment parce qu'ils ont le statut de travailleur handicapé ou qu'ils travaillent de nuit[2514]. Il l'est également au profit des salariés occupant un poste

[2510] CSP, art. L. 1110-4.
[2511] Rapp. P. Frimat, « Mission relative à la prévention et à la prise en compte de l'exposition des travailleurs aux agents chimiques dangereux », 2018, pp. 30-31.
[2512] C. trav., art. L. 4624-1, I.-, al. 4.
[2513] C. trav., art. R. 4624-16.
[2514] C. trav., art. L. 4624-1, I.-. Pour ces travailleurs, la périodicité des visites médicales est abaissée à trois ans maximum. V. en ce sens : C. trav., art. R. 4624-17.

considéré comme « présentant des risques particuliers »[2515]. Pour ces travailleurs, la périodicité des visites médicales est déterminée par le médecin du travail lors de l'examen médical d'embauche, mais ne peut excéder quatre ans[2516]. L'abaissement de la périodicité de visites médicales se justifie par la forte exposition aux risques professionnels, à laquelle ces salariés sont soumis.

757.- La nécessité d'une étroite interaction entre les services de prévention et de santé au travail et le médecin traitant du salarié. Dans le cadre du suivi individuel de l'état de santé du salarié, des visites médicales peuvent être sollicitées, en dehors des visites légales obligatoires, à la demande de l'employeur, du salarié ou du médecin du travail[2517]. Le salarié peut notamment demander le bénéfice d'une telle visite médicale « lorsqu'il anticipe un risque d'inaptitude, dans l'objectif d'engager une démarche de maintien dans l'emploi et de bénéficier d'un accompagnement personnalisé »[2518]. Ce dispositif apparaît particulièrement nécessaire lorsqu'un salarié ayant été absent pour raison de santé, présage d'une nouvelle dégradation de son état de santé liée à la reprise du travail. Bien que nécessaire, cette possibilité de solliciter une visite médicale n'est pas dénuée de limites. En premier lieu, une telle visite médicale ne peut être initiée que par le salarié, l'employeur ou le médecin du travail lui-même. Il est possible que le salarié n'ait nullement conscience du facteur de dégradation de son état de santé, à savoir la reprise du travail. Quant à l'employeur et au médecin du travail, on conçoit aisément que ces deux acteurs n'aient aucunement connaissance de la dégradation de l'état de santé du salarié. C'est la raison pour laquelle il apparaît essentiel d'étendre le bénéfice de l'initiative de cet examen médical réalisé par le médecin du travail ou sous son autorité, au médecin traitant du salarié. Ce dernier pourrait déceler un facteur de risque professionnel de nature à détériorer la santé du salarié. Ainsi, en vue de garantir l'efficience de ce dispositif, il est possible d'imaginer un dispositif contraignant qui oblige le patient salarié à consulter le médecin du travail si son médecin traitant le juge nécessaire. En effet, la principale mission du médecin du travail est de participer à la prévention des risques professionnels et à la protection de la santé des travailleurs en engageant différentes actions[2519]. Par conséquent, il est le professionnel

[2515] La liste de ces postes considérés comme « à risque » est fixée par décret et codifiée à la partie réglementaire du Code du travail. V. en ce sens : C. trav., art. R. 4624-23, I. Elle peut être complétée par l'employeur, si ce dernier le juge nécessaire. V. art. *précité*, III.
[2516] C. trav., art. R. 4624-28.
[2517] C. trav., art. R. 4624-34.
[2518] *Ibid.*, al. 2.
[2519] C. trav., R. 4623-1.

de santé le mieux habilité à agir de manière préventive contre la survenue d'un risque professionnel qui serait à l'origine d'une dégradation de l'état de santé du travailleur. Une telle compétence échappe au champ de compétence du médecin traitant. Toutefois, une limite s'impose. En effet, le rôle du médecin du travail est exclusivement préventif. Même lorsqu'il assure le suivi individuel de l'état de santé des travailleurs, sa vocation demeure exclusivement préventive[2520]. Certes, la prévention doit demeurer au cœur de ses actions puisque c'est là que se trouve l'essence même du rôle du médecin du travail. Le décloisonnement entre la *prévention*, qui incombe aux médecins du travail et le *traitement*, qui est au cœur de la médecine libérale, n'apparaît pas souhaitable. Il est essentiel que les médecins du travail conservent une mission exclusivement préventive et ne soient pas investis d'une mission de traitement, faute de quoi ils ne disposeraient plus de la disponibilité nécessaire à se consacrer à leur mission de prévention[2521]. Or, sans y participer de manière autonome, il serait souhaitable que le médecin du travail soit davantage informé des actes de soins délivrés par le médecin traitant. Ainsi, il pourrait déterminer de manière plus précise la compatibilité des traitements et soins avec l'exercice de son travail ou avec l'organisation de son poste de travail, dans le cadre de la prévention tertiaire.

*
* *

758.- Conclusion de la Section 1. La lutte contre les absences s'inscrit dans un objectif de prévention. Certains dispositifs juridiques existent déjà, comme c'est le cas de l'obligation de prévention des risques professionnels dont l'employeur est débiteur ou de l'obligation de suivi du salarié en arrêt de travail, dès lors que ce dernier atteint une certaine durée. Toutefois, afin d'assurer l'effectivité des dispositifs de lutte contre les absences, il est nécessaire de les étendre, mais également de mieux les adapter aux spécificités de l'entreprise. Pour ce faire, l'absentéisme apparaît comme un indicateur utile pour l'employeur, qui l'orienterait vers les dispositifs de prévention à mettre en place. S'ils sont nécessaires, les dispositifs de lutte contre les absences sont, à eux seuls, insuffisants. À leurs côtés, des dispositifs juridiques d'incitation à la présence doivent être mis en place.

[2520] C. trav., R. 4623-1, 3°.
[2521] Jean Savatier dressait ce constat en 1980 : J. Savatier, « La médecine du travail dans le système de protection de la santé », *op. cit.*, p. 546. Cet article date de 1980, mais a été republié en 2021 à la suite de la promulgation de la loi du 2 août 2021 (*précitée*).

Section 2 : La mise en œuvre de dispositifs juridiques d'incitation à la présence

759.- Plan. Pour certaines absences, il est impossible pour l'employeur de lutter contre les évènements qui en sont à l'origine. C'est notamment le cas des absences qui résultent de la maladie ou de l'accident d'origine non professionnelle, ou des difficultés pour le salarié de concilier ses vie professionnelle et personnelle. Ainsi, il apparaît nécessaire de prendre en compte ces difficultés, qu'elles soient liées à sa vie personnelle et familiale ou à son état de santé, afin d'encourager sa présence au travail **(§1)**. Cette dernière pourrait également être permise grâce à des dispositifs juridiques qui promeuvent les alternatives aux arrêts de travail. En effet, le salarié peut être contraint de s'absenter du travail, alors qu'un aménagement temporaire de ses horaires de travail ou la mise en place totale ou partielle du télétravail lui permettrait de continuer l'exercice de son travail. C'est la raison pour laquelle les alternatives aux arrêts de travail doivent être développées et promues, sous réserve d'un encadrement strict quant aux conditions permettant d'y recourir **(§2)**.

§1 : La nécessité de tenir compte des difficultés inhérentes à la situation personnelle du salarié

760.- La difficulté pour le salarié de concilier sa vie personnelle avec sa vie professionnelle peut être à l'origine d'une absence. En effet, l'évolution du travail a bouleversé la frontière qui paraissait jusqu'alors acquise entre vie personnelle et vie professionnelle, « assurée par la référence au temps et au lieu de travail »[2522]. L'essor du travail dématérialisé et l'avènement des nouvelles technologies d'information et de communication, ont conduit à une forte immixtion du travail dans la vie privée du salarié. La subordination ne s'arrête plus aux portes de l'entreprise, et les temps durant lesquels le salarié s'y soustrait sont de plus en plus rares[2523]. Par ailleurs, l'émergence de nouvelles formes de travail comme le télétravail a conduit à ce même effet pervers[2524]. Dans ce cas, le lieu de travail se confond avec le lieu de vie personnelle du salarié. C'est la raison pour laquelle, malgré la grande diversité des formes de travail, il est nécessaire d'assurer un meilleur cloisonnement des temps de vie personnelle et

[2522] P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 47. Pascal Lokiec constate que dans la vision classique du travail, le salarié était subordonné pendant son temps de travail. En dehors de cet état de subordination, il peut vaquer librement à ses occupations personnelles (C. trav., art. L. 3121-1). La frontière entre vie professionnelle et vie professionnelle était ainsi marquée et impénétrable.
[2523] *Ibid.*, p. 48.
[2524] *Ibid.* Pascal Lokiec indique à cet égard que « le télétravail participe […] au délitement de la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle ».

professionnelle. Pour ce faire, il apparaît indispensable de garantir une meilleure conciliation des temps de vie personnelle et professionnelle **(I)**. Il est également important de veiller à mettre en place des mesures de lutte contre le présentéisme, ce phénomène participant à l'effacement de la frontière entre présence et absence au travail, puisqu'il vise la situation dans laquelle le salarié est présent au travail alors qu'il devrait être absent **(II)**.

I- La conciliation des temps de vie personnelle et professionnelle

761.- Propos liminaires et précisions terminologiques. La prise en considération de problématiques inhérentes à la vie personnelle du salarié est apparue dès le milieu du XXe siècle. Ces questionnements ont émergé en doctrine sous la plume de Michel Despax, qui démontrait qu'il était impossible de cloisonner de manière hermétique la vie personnelle du salarié, qu'il dénommait *vie extraprofessionnelle*, de sorte qu'elle n'ait aucune incidence sur sa vie professionnelle[2525]. La conciliation de la vie professionnelle du salarié avec sa vie professionnelle est apparue plus tardivement dans la jurisprudence. Le premier arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation qui fait état d'une « impossibilité [du salarié] de concilier sa vie personnelle et ses obligations professionnelles » date de 1992[2526]. À la fin du XXe siècle, la conciliation entre les vies personnelle et professionnelle du salarié a fait l'objet de nombreux questionnements. La doctrine s'est largement saisie de cette question, notamment sous l'influence de Philippe Waquet[2527]. Le choix terminologique de la notion de *vie personnelle*, en lieu et place d'autres notions telles que celle de vie privée ou de vie extraprofessionnelle se justifie en ce qu'elle revêt un prisme plus large. Si elle ne bénéficie d'aucune définition légale ni jurisprudentielle, la définition proposée par Philippe Waquet est particulièrement éclairante. Par opposition à la vie professionnelle, la vie personnelle désignerait le pan de la vie du salarié « qui échappe, sinon en totalité, du moins pour la plus grande part, au lien de

[2525] M. Despax, « La vie extraprofessionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail », *JCP* 1963, 1776.
[2526] Cass. soc., 9 déc. 1992, n° 89-42.547.
[2527] Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, p. 289 ; Ph. Waquet, « En marge de la loi Aubry, travail effectif et vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 1998, p. 963. Sur les autres écrits relatifs à la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié à la fin du XXe siècle, v. en ce sens : J.-M. Verdier, « Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 1996, n° 327, p. 3 ; J.-Y. Frouin, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSBP* 1998, p. 123 ; P. Brocheton, « Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre », *SSL* 1999, n° 915, p. 7 ; L. Darracq, « La protection de la vie personnelle du salarié au travail », *SSL* 1999, n° 940, p. 3 ; Ph. Coursier, « Pouvoir disciplinaire de l'employeur, vie privée et vie personnelle du salarié », *JSL* 1999, n° 48, p. 4.

subordination »[2528]. Partant, elle inclurait dans son champ de définition la vie privée du salarié, mais également des libertés comme celles de se marier, de divorcer, et celles intéressant les droits civiques comme la possibilité de se syndiquer ou de participer à la vie politique[2529].

762.- Plan. Certaines absences sont la conséquence d'une difficulté pour le salarié à concilier sa vie personnelle avec sa vie professionnelle[2530]. En effet, une étude de la DARES démontre que 13,5% des salariés en moyenne déclarent « recevoir des reproches de leur entourage, en raison de leur manque de disponibilité lié aux horaires de travail »[2531]. Les conditions de travail rendent le salarié davantage exposé à ce type de « reproches ». À titre d'illustration, les salariés effectuant des horaires de nuit ou des horaires alternants y sont particulièrement exposés, en raison de leur manque de disponibilité à l'égard de leurs proches. Ceux qui effectuent un travail à temps partiel seraient, quant à eux, bien moins exposés à de tels reproches. Par ailleurs, les hommes sont plus enclins à recevoir ce type de reproches et la situation familiale – célibataire ou en couple avec enfants – est un facteur déterminant à cette exposition[2532]. Ces absences sont dissimulées par une pluralité de causes immédiates, et sont particulièrement complexes à identifier. Il peut s'agir d'absences injustifiées, mais également d'absence pour maladie ordinaire. En définitive, les facteurs liés à la difficulté de concilier vie personnelle et vie professionnelle sont pluraux **(A)**. Or, l'analyse de ces facteurs est indispensable pour tenter de déterminer des outils juridiques permettant d'améliorer la conciliation entre les vies professionnelle et personnelle et par conséquent, de favoriser la présence du salarié **(B)**.

[2528] Ph. Waquet, « La vie personnelle du salarié », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier. Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Dalloz, 2001, p. 513.

[2529] O. Levennier-Gouël, M. de La Rochefoucault, « Conciliation vie personnelle-vie professionnelle : un nouveau paradigme ? », *Les Cahiers du DRH* n° 283-284, 1er fév. 2021.

[2530] La présente étude entend retenir le terme de *vie personnelle*, par préférence à celui de *vie privée* qui est quant à lui plus restrictif. En effet, par définition, l'adjectif « personnel » fait écho à ce qui concerne une personne en particulier, ce qui lui est propre, par opposition à la dimension collective : v. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 761, v° personnel. Concernant la vie privée, elle désigne dans un sens générique, la « sphère d'intimité de chacun », c'est-à-dire « ce qui ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes » : *Ibid.*, p. 1074, v° vie. Or, les éléments qui sont développés dans la présente étude sous le vocable de *vie personnelle* n'entrent pas nécessairement dans la sphère de l'intime, mais désignent les éléments de vie propres au salarié, par opposition à ceux de sa vie professionnelle.

[2531] M. Bèque, « Conciliation difficile entre vie familiale et vie professionnelle. Quels sont les salariés les plus concernés ? », *DARES Analyses n° 045* 2019, p. 1. Ces chiffres résultent d'une enquête sur les conditions de travail et les risques psychosociaux. Plus exactement, le taux exposé de 13,5% est une moyenne puisqu'il concerne 13% des femmes et 14% des hommes salariés.

[2532] *Ibid.*

A) Les facteurs de la difficile conciliation entre vies professionnelle et personnelle

763.- Plan. Les facteurs à l'origine d'une difficulté pour le salarié de concilier ses vies professionnelle et personnelle sont de deux ordres et peuvent donc être classés en deux catégories. Certains sont directement liés au travail, comme c'est le cas des horaires de travail **(1)**. D'autres sont extérieurs au travail, et sont liés à la vie personnelle et familiale **(2)**.

1. Les facteurs liés à la vie professionnelle

764.- Les horaires et temps de travail. Les horaires de travail sont un facteur déterminant à la conciliation des vies professionnelle et personnelle. Une enquête rendue par la DARES permet d'accréditer ce constat[2533]. Pourtant, le rythme imposé par l'organisation du travail doit en principe tenir compte d'un impératif général issu du droit européen : celui de l'adaptation du travail à l'Homme[2534]. Or, certains rythmes de travail ne permettent pas de garantir l'adaptation du travail à l'Homme et, par conséquent, la conciliation de ses temps de vie personnels et professionnels. À titre d'illustration, les horaires de travail atypiques, comme c'est le cas du travail dominical, du travail de nuit ou des horaires alternants sont souvent considérés comme constituant une entrave à la conciliation de la vie professionnelle avec la vie personnelle du salarié, singulièrement de sa vie familiale. *A contrario*, les horaires de travail aménageables sont perçus comme favorisant cette conciliation. Le temps de travail est également un facteur déterminant de conciliation des temps de vie personnelle et professionnelle. Pour exemple, un salarié à temps partiel est bien moins exposé aux difficultés liées à cette conciliation qu'un salarié à temps plein. Quant aux salariés effectuant des heures supplémentaires, ils sont très fortement exposés à ce risque puisque leurs temps de vie personnelle diminuent à mesure que la durée de travail augmente. Dès lors, il est permis d'observer que la difficulté à concilier vie personnelle et vie professionnelle est plus prégnante pour les catégories socioprofessionnelles élevées. Cela s'explique en raison de leur exposition à un temps de travail généralement plus long. Ce constat est d'autant plus vrai si le salarié cadre est en convention de forfait. La flexibilité des horaires de travail et l'autonomie propre à cette organisation du travail conduisent à une plus grande perméabilité des vies professionnelle et

[2533] *Ibid.*
[2534] Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 13.

personnelle. Les temps de vie personnelle et professionnelle sont souvent consécutifs, voire concomitants[2535]. Par ailleurs, le temps de travail doit être corrélé avec la charge de travail.

765.- La surcharge de travail. À l'instar des horaires et du temps de travail, la charge de travail constitue également un facteur prépondérant à la difficile conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle. Certes, il y a eu une rupture avec la conception taylorienne consistant à assimiler purement et simplement la charge de travail avec le temps de travail[2536]. Toutefois, si elles ne doivent pas être assimilées, ces deux notions présentent un lien étroit. Plus exactement, une durée de travail excessive est souvent le signe d'une surcharge de travail. En effet, la charge de travail peut être définie comme la « mise en concurrence des contraintes induites par le travail et des ressources à la disposition de ceux qui l'exécutent »[2537]. Or, une durée de travail excessive traduit une incompatibilité des contraintes pesant sur le travailleur avec les moyens dont il dispose pour les exécuter. Dans une telle conception, la surcharge de travail apparaît comme un facteur de nature à porter atteinte à la conciliation de la vie personnelle avec la vie professionnelle des salariés. C'est le cas lorsque les ressources mises à la disposition du travailleur sont insuffisantes au regard des contraintes qui lui sont imposées[2538]. Dans ce cas, le salarié en situation de surcharge de travail aura plus de difficultés à concilier sa vie personnelle et sa vie professionnelle. Il devra mobiliser davantage de ressources personnelles pour réaliser le travail, ce qui diminuera indubitablement le temps et la qualité dévolus à sa vie personnelle. *A fortiori*, les salariés dont le temps de travail est important sont donc astreints à une charge de travail importante. Partant, « les horaires de travail peuvent influer positivement ou négativement sur la charge de travail selon qu'ils permettent ou non de concilier vie personnelle et vie professionnelle »[2539]. En dehors de ces facteurs liés à la vie professionnelle, d'autres facteurs en lien avec la vie personnelle du salarié peuvent être à l'origine d'une difficulté pour le salarié de concilier ses vies professionnelle et personnelle.

[2535] M. Bèque, « Conciliation difficile entre vie familiale et vie professionnelle. Quels sont les salariés les plus concernés ? », *op. cit.*

[2536] L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *RDT* 2023, p. 606.

[2537] L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail, op. cit.*, p. 33.

[2538] *Ibid.*

[2539] *Ibid.*, p. 302.

2. Les facteurs liés à la vie personnelle et familiale

766.- Le salarié proche aidant. La situation de proche aidant est un évènement qui induit de nombreuses conséquences sur la vie professionnelle du salarié. En France, le statut de proche aidant est une situation assez courante puisqu'elle concernerait entre 8 et 11 millions de personnes[2540]. Or, 61% d'entre eux exerceraient une activité professionnelle qu'ils doivent concilier avec leur statut de proche aidant[2541]. Le champ de définition du salarié proche aidant est relativement large. Bénéficie d'une telle qualification tout salarié qui s'occupe d'une personne en situation de handicap, âgée[2542] ou en perte d'autonomie. Le lien familial est très largement entendu[2543]. Il peut également être attribué à une personne qui s'occupe d'une personne en situation de dépendance, bien que celle-ci ne soit pas un membre de sa famille. Il est toutefois nécessaire que le salarié entretienne des « liens étroits et stables » avec elle, et qu'elle lui vienne en aide « de manière régulière et fréquente [et] à titre non professionnel »[2544]. La reconnaissance du statut de proche aidant est conditionnée à d'autres critères qui sont relativement larges[2545]. Pour autant, en dépit de ces critères de définition relativement larges, il est à déplorer que seul un salarié sur quatre informe son employeur de sa situation de proche aidant[2546]. Ce faible taux est problématique. La situation de salarié proche aidant est reconnue comme portant atteinte à la conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle du salarié. C'est précisément en considération de ce constat qu'est née, en 2019, l'obligation de négociation de branche quadriennale « sur les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants »[2547]. Cet élan législatif

---

2540 V. Pontif, « Salariés proches aidants : pour un meilleur accompagnement en entreprise », *RDT* 2023, p. 481. Ce statut de proche aidant peut s'expliquer, selon l'auteur, par le vieillissement de la population mais également par la volonté des individus de demeurer le plus tard possible à leur domicile.

2541 Dossier OCIRP, « Salariés aidants, RH, RSE et dialogue social, les chiffres de l'Observatoire 2022 », 27 sept. 2022.

2542 Sur la définition de proche aidant d'une personne âgée, v. en ce sens : CASF, art. L. 113-1-3.

2543 V. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-16. Il existe une liste exhaustive des membres pouvant être considérés comme proche aidant. Il peut s'agir du conjoint, de son concubin, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, d'un ascendant, d'un descendant, d'un enfant dont la personne assume la charge, d'un collatéral jusqu'au quatrième degré et, au-delà, d'un ascendant, descendant ou collatéral jusqu'au quatrième degré de son conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité.

2544 C. trav., art. L. 3142-16, 9°.

2545 Le salarié proche aidant doit « résider en France de façon stable et régulière ». V. en ce sens : C. trav., art. L. 3142-17.

2546 Étude OCIRP/VIAVOICE, « Les salariés aidants : coût ou richesse pour l'entreprise ? », 6 oct. 2023, p. 5. L'étude établit que « 25% seulement des salariés aidants ont informé leur employeur de leur situation ». Ce taux est stable depuis 2021.

2547 C. trav., art. L. 2241-1, 2° bis. Texte issu de la L. n° 2019-485 du 22 mai 2019 visant à favoriser la reconnaissance des proches aidants.

doit être salué. En effet, la situation de proche aidant accroît considérablement la charge mentale du travailleur[2548]. Cette dernière peut être atténuée par un aménagement du temps de travail, qui est considéré comme garant de la conciliation du statut de proche aidant et de celui de salarié[2549]. L'aménagement du lieu de travail, notamment par la mise en place du télétravail, peut également être favorable à cette conciliation des temps. Toutefois, ces mesures ne peuvent être effectives que si les salariés proches aidants portent ce statut à la connaissance de l'employeur. Pour ce faire, le salarié doit être informé de l'existence et des conséquences de ce statut au sein de son entreprise. Le CSE pourrait être mobilisé à cette fin, pour que les représentants élus dans l'entreprise puissent diffuser de telles informations auprès des salariés de l'entreprise. Par ailleurs, comme l'indiquait un avis publié par France Stratégie en février 2022, « l'engagement auprès des salariés aidants est un enjeu de RSE »[2550]. Il serait donc opportun d'inscrire cette thématique dans les démarches RSE.

767.- Le salarié parent. À l'instar du statut de proche aidant, la parentalité est source de nombreuses conséquences sur la vie professionnelle du salarié[2551]. En effet, comme le soulignait Alain Supiot, « la vie de famille affecte nécessairement l'exécution du travail salarié », affirmant que « le salarié idéal est celui qui n'a pas de famille »[2552]. Partant, il est nécessaire d'assurer une articulation entre la vie familiale et professionnelle du salarié, en vue de trouver l'équilibre le plus juste possible entre les intérêts familiaux du salarié et les intérêts de l'entreprise. Au-delà, elle permet d'assurer au salarié parent une vie de famille épanouie[2553]. Comme le relève Alexia Gardin, « le droit du travail est celui de la protection des travailleurs, de la conciliation des prérogatives des salariés et des intérêts de l'entreprise, mais c'est aussi le droit du lien social »[2554]. C'est la raison pour laquelle certains dispositifs épars existent, pour permettre au salarié de concilier son activité professionnelle avec les impératifs liés à sa parentalité. C'est le cas de différents congés, comme le congé de maternité[2555], de paternité et

[2548] Étude OCIRP/VIAVOICE, « Salariés aidants, RH, RSE et dialogue social, les chiffres de l'Observatoire 2022 », *op. cit.*, p. 8.
[2549] *Ibid.*, p. 11.
[2550] Avis France Stratégie, « Engagement des entreprises pour leurs salariés aidants », Fév. 2022, p. 7.
[2551] Sur cette question, v. D. Gardes, « Les obligations parentales du salarié », *Dr. soc.* 2025, p. 675.
[2552] A. Supiot, « Femmes et famille en droit du travail », *in* J. Carbonnier (préf.), *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 385.
[2553] A. Gardin, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 854.
[2554] *Ibid.*
[2555] C. trav., art. L. 1225-16 et suiv.

d'accueil de l'enfant[2556], le congé d'adoption[2557], le congé parental d'éducation[2558] ou encore le congé de présence parentale[2559]. S'ils permettent d'assurer la conciliation entre la vie professionnelle du salarié et son statut de parent durant les premiers mois de la vie de l'enfant, celle-ci devient plus complexe à mesure que l'enfant grandit. Or, la parentalité est considérée comme un facteur de charge mentale. Celle-ci est d'autant plus forte que les salariées femmes assument « la majeure partie du travail domestique », y compris des tâches parentales et ce, en dépit de l'allongement de leur temps de travail[2560]. Par conséquent, si la problématique de la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale concerne tous les salariés, elle concerne d'autant plus les salariées femmes ayant au moins un enfant. À l'évidence, cette problématique est grandissante dans les familles monoparentales, puisqu'une seule personne assume seule les charges liées à la parentalité[2561]. Partant, il apparaît nécessaire de prendre en considération la situation de salarié parent pour mettre en œuvre des dispositifs spécifiques, permettant de concilier ce statut avec celui de travailleur.

B) Les instruments de l'amélioration de la conciliation entre vies professionnelle et personnelle

768.- Plan. Différents dispositifs juridiques sont de nature à promouvoir la conciliation entre les vies professionnelle et personnelle du salarié, et permettraient de lutter contre les absences liées à cet impératif. Ils doivent être utilisés, de manière alternative ou cumulative, pour prendre en considération la situation spécifique d'un salarié, qu'elle soit liée à sa vie professionnelle ou personnelle. La conciliation des temps personnel et professionnel constitue un thème de négociation obligatoire **(1)**. Le droit à la déconnexion constitue également un instrument d'amélioration de la conciliation entre les temps de vie personnelle et professionnelle, car il permet de cloisonner ces temps **(2)**. Enfin, il apparaît nécessaire de promouvoir l'implication des salariés dans la détermination de leurs horaires individuels de travail **(3)**.

2556 C. trav., art. L. 1225-35 et art. L. 1225-36.
2557 C. trav., art. L. 1225-37 et suiv.
2558 C. trav., art. L. 1225-47 et suiv.
2559 C. trav., art. L. 1225-62 et suiv.
2560 C. Champagne, A. Pailhé, A. Solaz, « Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? », *Économie et statistiques* 2015, p. 209.
2561 *Ibid.*

1. La conciliation des temps personnel et professionnel comme thème de négociation obligatoire

769.- L'articulation entre la vie personnelle et professionnelle comme composante de la QVCT. Si l'émergence de la prise en considération de la vie personnelle des travailleurs a été introduite dans le Code du travail au XX[e] siècle, l'obligation de négociation sur ce sujet est bien plus récente[2562]. Une première obligation de négocier sur ce thème au niveau de l'entreprise a été introduite par la loi Rebsamen de 2015[2563]. Désormais, cette obligation de négociation annuelle au niveau de l'entreprise est codifiée à l'article L. 2242-17, 1° du Code du travail. Ce texte prévoit une négociation obligatoire au niveau de l'entreprise qui porte sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT, notamment sur « l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié ». Cette dernière est donc une composante de la thématique portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de la QVCT, aux côtés d'autres telles que la lutte contre les discriminations ou l'accès et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés[2564]. D'autres obligations de négociation existent et sont spécifiques à certaines catégories de salariés vulnérables. C'est notamment le cas des salariés en convention de forfait. L'accord collectif prévoyant le recours aux conventions de forfait doit préciser les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié doivent communiquer sur l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle de ce dernier[2565]. En outre, pour les salariés investis de fonctions syndicales et électives, un accord

[2562] La nécessité de prendre en considération les impératifs liés à la vie personnelle du salarié a été introduite à la partie réglementaire du Code du travail à l'ancien article R. 250-2 alinéa 1[er] par un décret de 1973 : D. n° 73-1048 du 15 nov. 1973 fixant la partie réglementaire du Code du travail. Cet article prévoyait que « le service social agit sur les lieux mêmes du travail pour suivre et faciliter la vie personnelle des travailleurs, et notamment des femmes, des jeunes gens et des déficients et, éventuellement, en dehors des lieux de travail pour seconder l'action des services sociaux de la famille sur les questions qui sont en rapport avec l'activité professionnelle ». Il y avait donc un impératif lié à la prise en considération de la vie personnelle de personnes particulièrement vulnérables en raison de leurs impératifs inhérents à leur vie personnelle.

[2563] L. n° 2015-994 du 17 août 2015 (*JORF* n° 0189 du 18 août 2015), art. 19, créant l'ancien art. L. 2242-18 du C. trav. Ce texte indiquait que « l'accord issu de la négociation collective prévue à l'article L. 2242-17 comporte notamment […] 2° Les mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ».

[2564] Il existe sept composantes de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT, qui sont expressément listées à l'article L. 2242-17 du Code du travail. Le texte prévoit en substance que : « la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail porte sur », avant de dresser la liste des sept composantes. Elles semblent donc limitatives, en l'absence de l'utilisation de l'adverbe « notamment » au premier alinéa.

[2565] C. trav., art. L. 3121-64, II, 2°.

doit déterminer les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives du salarié[2566].

770.- Le contenu nébuleux de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle. Si la négociation annuelle sur ce thème semble opportune, l'imprécision relative au contenu de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié est regrettable. En effet, la durée effective du travail qui conditionne l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié figure parmi les thèmes de négociation obligatoire[2567]. En outre, les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion, qui garantissent le cloisonnement entre les vies personnelle et professionnelle du salarié, figurent parmi l'une des huit composantes de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT[2568]. Enfin, les modalités de déplacement du salarié entre son lieu de résidence habituel et son lieu de travail sont également exclues de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié, faisant l'objet d'une disposition spécifique[2569]. Par conséquent, le contenu de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle a vocation à être précisé par un accord de méthode. Cependant, il serait opportun de préciser le contenu de la négociation relative à l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle.

2. Le droit à la déconnexion comme outil de cloisonnement entre temps professionnel et personnel

771.- Le droit à la déconnexion comme composante de la QVCT. Le phénomène de la numérisation du travail a eu pour effet immédiat de « brouiller les frontières entre le temps de travail et le temps de repos »[2570]. L'attitude du salarié qui travaille en dehors de ses horaires de travail sur des outils numériques est source de nombreux écueils. L'exercice du travail en dehors des horaires qui y sont consacrés contribue à porter atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié, au droit à une vie familiale normale, ou encore au droit à son intégrité

[2566] C. trav., art. L. 2141-5, al. 2.
[2567] C. trav., art. L. 2242-15, 2°. Cet article prévoit que « la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise porte sur […] 2° La durée effective et l'organisation du temps de travail, notamment la mise en place du travail à temps partiel. Dans ce cadre, la négociation peut également porter sur la réduction du temps de travail ». Or, ces éléments conditionnent notamment l'articulation entre les vies personnelle et professionnelle du salarié.
[2568] C. trav., art L. 2242-17, 7°.
[2569] C. trav., art. L. 2242-17, 8°.
[2570] F. Petit, « Temps de travail, temps au travail », *Dr. soc.* 2022, p. 4.

morale[2571]. Sur la base de ces constats, le *droit à la déconnexion* a reçu une consécration légale assez tardive, puisqu'il est apparu avec la loi Travail en 2016[2572]. Pourtant, la problématique de l'hyperconnexion et la nécessité d'un tel droit ont émergé en doctrine dès le début du XXIe siècle, lors du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication et de l'utilisation croissante des outils numériques au travail[2573]. Ce droit est né du constat selon lequel il existe une véritable « pathologie de l'hyperconnexion » à laquelle la sphère professionnelle n'a pu échapper[2574]. En effet, l'hyperconnexion génère de nombreux effets délétères pour le salarié. Elle est susceptible de porter atteinte à sa santé, puisque le travailleur ne bénéficie pas d'un véritable repos. Durant son temps de repos, l'immixtion du travail du salarié dans sa vie personnelle par le biais de l'utilisation des nouvelles technologies conduit, *de facto*, à un effacement de la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. La problématique liée à l'hyperconnexion est donc inhérente au temps de travail, puisqu'en principe, le salarié doit être à la disposition de l'employeur pendant son temps de travail effectif. En dehors du temps de travail effectif, il est censé vaquer librement à ses occupations personnelles[2575]. Partant, il est apparu nécessaire d'encadrer cette problématique afin que le salarié puisse se déconnecter et bénéficier du droit au repos dont il est créancier. Le droit à la déconnexion permet ainsi d'assurer au salarié, qui utilise les outils numériques dans le cadre de son travail, d'être en rupture avec le travail et ainsi, de bénéficier d'un repos effectif. Ce constat permet d'affirmer que le droit à la déconnexion est un facteur de protection de la santé du travailleur, puisqu'il contribue à limiter les risques liés à l'hyperconnexion[2576]. Plus largement, ce droit est une composante de la QVCT, à l'instar de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié. Par conséquent, il fait l'objet d'une négociation annuelle obligatoire au niveau de l'entreprise. Plus exactement, ce sont les modalités d'exercice

---

2571 *Ibid.*

2572 L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (*précitée*), art. 55. Cet article a introduit le 7° de l'article L. 2242-8 du Code du travail, qui prévoit une négociation annuelle obligatoire en entreprise, portant sur « les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation ».

2573 V. en ce sens : J.-E. Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion : le droit à la vie privée au XXIème siècle, *Dr soc.* 2002, p. 939 ; Ph. Waquet, « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Dr. soc.* 2002, p. 10 ; C. Radé, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 26 ; J.-E. Ray, « La légitime censure des télé-travaux forcés », *Dr. soc.* 2001, p. 1039.

2574 J.-E. Ray, « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Dr. soc.* 2016, p. 912.

2575 C'est précisément la définition légale du travail effectif, qui est « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles » : C. trav., art. L. 3121-1.

2576 L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *op. cit.*, p. 606.

de ce droit qui sont soumises à négociation[2577]. À défaut de conclusion d'un accord sur ce point, l'employeur doit établir une charte qui définit les modalités du droit à la déconnexion. Ce droit est renforcé au profit des travailleurs particulièrement exposés au risque de l'hyperconnexion, comme c'est le cas des salariés en convention de forfait. L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours doit prévoir les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion[2578]. À défaut d'accord, ces modalités sont définies par l'employeur et doivent être communiquées aux salariés concernés[2579]. Ces dispositions législatives permettent de garantir l'encadrement des modalités du droit à la déconnexion par voie conventionnelle ou, à défaut d'accord, par décision unilatérale de l'employeur. Par conséquent, le droit à la déconnexion bénéficie d'une mise en œuvre efficiente puisqu'il est nécessairement encadré. Or, cet encadrement législatif est bienvenu dans la mesure où le droit à la déconnexion est un « outil incontournable » pour limiter les risques liés l'hyperconnexion du salarié et assurer la préservation de sa santé mentale[2580]. Toutefois, le droit à la déconnexion n'est pas dénué de limites.

772.- Les limites du droit à la déconnexion. Une première limite au droit à la déconnexion s'impose puisqu'aucune mesure de sanction propre à ce droit n'est prévue à l'égard des entreprises qui n'observeraient pas les impératifs légaux. Or, s'il n'ouvre pas formellement les négociations, l'employeur peut être condamné sur le terrain du non-respect de l'obligation de négociation en matière de QVCT[2581]. Cette sanction vise ainsi le non-respect par l'employeur aux impératifs liés à la négociation. En cas de non-respect du droit à la déconnexion, l'employeur peut également être considéré comme défaillant à l'obligation de prévention des risques professionnels sur le fondement des articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail. En effet, l'hyperconnexion étant considérée comme un facteur de dégradation de la santé mentale du salarié, l'employeur doit mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires

[2577] C. trav., art. L. 2242-17, 7°.
[2578] C. trav., art. L. 3121-64, II, 3°.
[2579] C. trav., art. L. 3121-65, II.
[2580] L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *op. cit.*, p. 606.
[2581] La QVCT fait l'objet d'une négociation annuelle obligatoire en entreprise, dès lors que c'est une composante de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L. 2242-1, 2°). Or, l'employeur qui ne respecte pas ses obligations en matière de négociation annuelle obligatoire s'expose à une pénalité « plafonnée à un montant équivalent à 10% des exonérations de cotisations sociales » : (C. trav., art. L. 2242-7). S'ajoutent à cette pénalité des sanctions pénales, puisque le fait de se soustraire aux obligations en matière de négociation annuelle est passible d'une peine d'amende de 3 750€ et d'une peine d'emprisonnement d'un an (C. trav., art. L. 2243-1 et L. 2243-2).

visant à l'en préserver, au premier rang desquelles figure le droit à la déconnexion. Une seconde est relative au fait que l'hyperconnexion du salarié ne résulte pas de sa volonté, mais s'érige davantage en contrainte. Ce phénomène résulte de la charge de travail du salarié, souvent trop importante, de sorte qu'il ne peut accomplir l'intégralité des missions qui lui sont confiées pendant son temps de travail. Il se trouve alors contraint de les réaliser en dehors de ses horaires de travail, l'utilisation du numérique rendant possible cet accomplissement. Or, en pratique, les employeurs transforment bien souvent le *droit à la déconnexion* en véritable *devoir de déconnexion* pour les salariés[2582]. Un écueil à ce phénomène survient alors : celui d'une aggravation des conséquences liées à l'absence de connexion en dehors du temps de travail. Ce devoir peut notamment être source de stress pour le salarié qui ne parvient pas à accomplir l'intégralité de son travail pendant son temps de travail[2583]. *A fortiori*, le risque d'hyperconnexion est accru pour les salariés en télétravail, dans la mesure où le lieu professionnel côtoie la sphère privée[2584]. Cependant, il est regrettable qu'aucune disposition spécifique ne soit prévue en matière de droit à la déconnexion pour le travailleur. Les dispositions générales propres au télétravail apportent quelques éclaircissements. Le télétravail est mis en place par voie conventionnelle ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après consultation du CSE s'il en existe un[2585]. L'accord collectif ou la charte doit notamment préciser les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut contacter le salarié en télétravail, c'est-à-dire les horaires durant lesquels le télétravailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur[2586]. En dehors de ces horaires, le télétravailleur bénéficie, comme tout salarié, du droit à la déconnexion[2587]. Au-delà, l'employeur peut assurer le suivi de l'obligation de déconnexion du salarié en dehors de ses heures de travail. Cependant, les limites relatives à la surveillance des outils de travail numériques du salarié resurgissent[2588]. Partant, il est permis d'observer que le télétravailleur ne

---

[2582] Sur ce point, v. en ce sens : L. de Montvalon, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail, op. cit.,* p. 252 ; R. Spire, « Hyperconnexion et contrat de travail : quand les sphères personnelle et professionnelle se confondent », *Dr. ouvr.* 2019, p. 135 ; C. Mathieu, M.-M. Péretié, A. Picault, « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT* 2016, p. 592 ; Ph. Masson, « Le droit du travail à l'épreuve du numérique », *Dr. ouvr.* 2015, p. 695. En outre, le directeur adjoint des ressources humaines du groupe Orange, Bruno Mettling, affirmait dans un rapport adressé à l'ancienne ministre du travail, Myriam El Khomri, que « le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur qui implique également un devoir de déconnexion » : B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, sept. 2015, p. 21.

[2583] C. Mathieu, M.-M. Péretié, A. Picault, « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *op. cit*., p. 592.

[2584] R. Spire, « Hyperconnexion et contrat de travail : quand les sphères personnelle et professionnelle se confondent », *op. cit*., p. 135

[2585] C. trav., art. L. 1222-9, I, al. 3.

[2586] C. trav., art. L. 1222-9, II, 4°.

[2587] L'article L. 1222-9, III, alinéa premier du Code du travail dispose expressément que « le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise ».

[2588] J.-E. Ray, « Contrôler la durée du travail… chez soi ? », *Dr. soc.* 2022, p. 21 ; N. Léger, « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc.* 2022, p. 27.

bénéficie pas de règles propres en matière de droit à la déconnexion. Les règles générales ont vocation à s'appliquer[2589]. Or, au vu des enjeux du droit à la déconnexion pour les salariés en télétravail, il serait opportun que les dispositions législatives en vigueur imposent que l'accord ou la charte instaurant le télétravail stipule les modalités de mise en œuvre du droit à la déconnexion, comme c'est le cas de l'accord collectif ou de la charte prévoyant le recours aux conventions de forfait.

3. La nécessaire implication du salarié dans la détermination des horaires de travail

773.- Le dispositif général des horaires individualisés comme instrument d'amélioration de la conciliation entre vies professionnelle et personnelle du salarié. La recherche d'une meilleure articulation entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié par le biais du temps de travail n'est pas nouvelle. La dimension quantitative du nombre d'heures de travail, mais également du positionnement de ces heures a fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales dès la fin du XXe siècle et plus particulièrement, depuis le début des années 2000[2590]. Cette temporalité s'explique par les lois Aubry de 1998 et 2000, qui ont réduit la durée légale de travail et, plus largement, ont repensé l'organisation du temps et de la durée du travail en France[2591]. Les dispositions législatives ont depuis lors fait l'objet de nombreuses évolutions, et ont été précisées. Tout d'abord, la soumission du salarié à l'horaire collectif de l'entreprise ou de l'établissement est érigée en principe[2592]. L'horaire collectif laissé à la discrétion de l'employeur en vertu de son pouvoir de direction[2593]. Le salarié doit donc en

---

2589 V. Stulz, A. d'Heilly, « En questions : le droit à la déconnexion », *JCP S* 2020, 417.

2590 V. en ce sens : P. Lokiek, « L'adaptation du travail à l'homme », *Dr. soc.* 2009, p. 755 ; F. Favennec-Héry, « L'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 794 ; J. Barthélémy, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », *Dr. soc.* 2003, p. 25 ; J. Barthélémy, G. Cette, « Le développement du temps vraiment "choisi" », *Dr. soc.* 2002, p. 135 ; A. Gardin, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *op. cit.*, p. 854 ; F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 295 ; G. Gélineau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail », *op. cit.*, p. 238 ; Ph. Waquet, « Le temps de repos », *Dr. soc.* 2000, p. 288 ; F. Favennec-Héry, « Le travail à temps partiel : changement de cap », *Dr. soc.* 1999, p. 1004 ; L. Darracq, « La protection de la vie personnelle du salarié au travail », *op. cit.*, p. 3 ; Ph. Waquet, « En marge de la loi Aubry, travail effectif et vie personnelle du salarié », *op. cit.*, p. 963.

2591 L. n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (*JORF* n° 136 du 14 juin 1998) et L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (*JORF* n° 16 du 20 janv. 2000).

2592 C. trav., art. L. 3123-2, al. 2 : « pendant les périodes travaillées, le salarié est occupé selon l'horaire collectif applicable dans l'entreprise ou l'établissement ».

2593 C. trav., art. D. 3171-2, al. 1er.

principe d'y soumettre[2594]. Or, il est permis de constater que l'aménagement des horaires de travail œuvre en faveur d'une meilleure conciliation entre ses temps de vie professionnels et personnels. C'est la raison pour laquelle le salarié doit jouer un rôle proactif dans la détermination de son horaire individuel de travail. Certains dispositifs juridiques permettent l'instauration d'horaires individualisés de travail. Toutefois, ils demeurent dérogatoires et doivent faire l'objet de procédures spécifiques[2595]. La mise en place d'horaires individualisés doit résulter d'une demande du salarié, et nécessite une consultation du CSE qui doit rendre un avis conforme. Si l'entreprise en est dépourvue, ces horaires doivent être autorisés par l'inspecteur du travail[2596]. Ces impératifs procéduraux et la mobilisation des institutions représentatives du personnel ou, à défaut, de l'inspecteur de travail, se justifient par le fait qu'il est nécessaire de s'assurer que de tels horaires dérogatoires résultent bien d'un choix du salarié, et non d'un besoin de l'employeur[2597]. Ces horaires individualisés sont un outil précieux à la conciliation des temps de vie professionnelle et personnelle du salarié. Ils permettent d'accomplir le travail en adaptant les horaires aux contraintes personnelles du salarié. À titre d'illustration, ce peut être le cas du salarié qui est contraint de conduire son enfant à l'école le matin, ou de le récupérer à la fin de la journée scolaire.

774.- Les dispositifs spécifiques d'horaires individualisés comme instrument d'amélioration de la conciliation entre vies professionnelle et personnelle du salarié. Outre le dispositif général, il existe des dispositifs spécifiques permettant l'instauration d'horaires aménagés au profit de certains travailleurs particulièrement vulnérables à l'empiétement de la vie personnelle sur la vie professionnelle[2598]. C'est notamment le cas des travailleurs en situation de handicap, et de certains travailleurs victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ayant entraîné une incapacité de travail[2599]. C'est également le

---

2594 La Cour de cassation se montre relativement stricte sur l'application de cette règle. De jurisprudence constante, l'horaire collectif de travail s'impose au salarié. Par conséquent, la modification de l'horaire collectif s'impose au salarié. Il n'est pas considéré comme une modification du contrat de travail, hormis s'il est contractualisé. Dans ce dernier cas, la modification de l'horaire de travail est soumise à l'accord du salarié : Cass. soc., 30 juin 2021, n° 20-15.455 ; Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-15.175 ; Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-42.710 ; *SSL* 2003, n° 1333, p. 49, chron. M. Morand.

2595 À titre d'illustration, l'article L. 3121-48 du Code du travail prévoit que lorsque les horaires individualisés conduisent à un dépassement de la durée hebdomadaire légale ou conventionnelles, ils ne sont pas considérés comme des heures supplémentaires, par une dérogation à l'article L. 3121-29.

2596 C. trav., art. L. 3121-48, al. 2.

2597 *Ibid.*

2598 C. trav., art. L. 3121-49. Ce texte dresse la liste exhaustive des travailleurs concernés par ce dispositif.

2599 C. trav., art. L. 3121-49, 1° pour les travailleurs handicapés. C. trav., art. L. 3121-49, 2° qui vise « les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale

cas des salariés en situation d'aidants familiaux ou des proches d'une personne handicapée, qui peuvent bénéficier, à leur demande, d'un aménagement d'horaires individualisés afin de faciliter l'accompagnement de ce proche[2600]. Pour ces catégories de travailleurs, le dispositif spécifique de mise en place d'horaires aménagés est allégé. Il n'est pas soumis à la consultation du CSE ni de l'inspection du travail. Ces dispositifs spécifiques d'horaires individualisés de travail sont pertinents et nécessaires, puisqu'ils garantissent à ces salariés un meilleur accès à l'emploi ou un meilleur maintien de ce dernier[2601]. Ils œuvrent donc en faveur de l'insertion professionnelle de ces travailleurs et luttent contre leur désinsertion professionnelle. Ces dispositifs ne sont pas dénués d'avantages pour les parties à la relation de travail. Ils permettent au travailleur d'organiser sa journée de travail en considération des impératifs personnels qui lui incombent, qu'ils soient liés à sa santé ou à l'aide apportée à un proche souffrant. Ils permettent également de diminuer les absences et donc, les risques liés à l'absence. C'est la raison pour laquelle il semblerait opportun que de tels dispositifs soient étendus à d'autres catégories de travailleurs présentant une particulière vulnérabilité en raison de leur situation personnelle ou familiale. Il serait ainsi pertinent d'étendre ce dispositif au salarié monoparental voire au salarié parent jusqu'à l'âge où l'enfant peut être autonome, ou encore au salarié en affection de longue durée qui doit se rendre régulièrement à des examens médicaux. Comme les dispositifs existants, l'aménagement de l'horaire individuel de travail devrait être instauré à la demande du salarié, s'il le juge utile au vu de sa situation particulière. Toutefois, l'individualisation des horaires de travail n'a pas vocation à être généralisée à l'ensemble des salariés puisqu'elle se heurte à certaines limites. L'horaire collectif de travail permet de déterminer l'amplitude journalière d'horaire de travail, et donc les horaires durant lesquels les salariés sont à la disposition de l'employeur. Partant, il permet d'assurer l'exercice effectif de l'activité de l'entreprise sur ces horaires. C'est la raison pour laquelle une autre alternative pourrait être envisagée, qui concilierait les avantages de l'horaire collectif et ceux de l'aménagement individuel des horaires.

775.- Vers des dispositifs de flexibilité des horaires de travail ? Certains dispositifs d'organisation de l'horaire de travail prennent en considération à la fois les impératifs de l'entreprise, et ceux des salariés pris individuellement. C'est le cas de l'organisation de

à 10% et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire ».

[2600] C. trav., art. L. 3121-49, al. 2.

[2601] L'article L. 3121-49 (*précité*) prévoit expressément que les catégories de salariés visés par ce texte bénéficient « d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi ».

l'horaire collectif de travail, selon des plages horaires « fixes » et « mobiles ». Durant les horaires « fixes », situés généralement en milieu de journée c'est-à-dire en fin de matinée et en début d'après-midi, le salarié à temps plein a l'obligation d'être présent au travail. Pour ce qui est des horaires « mobiles », qui sont quant à eux situés en début et fin de journée, le salarié a le choix de les répartir comme bon lui semble. Ainsi, il peut choisir d'arriver tôt le matin pour terminer sa journée plus tôt ou à l'inverse, d'arriver plus tard le matin et de terminer plus tard en fin de journée. Il est toutefois nécessaire qu'il respecte la durée journalière de travail qu'il doit accomplir. Un tel dispositif permet assurément une meilleure conciliation des vies professionnelle et personnelle du salarié. Certaines entités se sont dotées de ce dispositif, par voie conventionnelle[2602]. De tels dispositifs semblent pertinents dans un objectif de prévention des absences. Par ailleurs, le fait pour les entreprises de mettre en place des horaires flexibles leur permettant de se conformer à l'impératif de l'article L. 2242-17, 2° du Code du travail. Ce texte prévoit que la négociation obligatoire en entreprise sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT doit porter sur l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié. Or, la flexibilité des horaires de travail participe assurément à cette articulation.

II- L'objectif général de lutte contre le présentéisme

776.- Plan. Outre la conciliation des temps de vie personnelle et professionnelle, le cloisonnement des temps de présence et d'absence doit également être garanti par l'objectif général de lutte contre le présentéisme. En effet, le présentéisme est un phénomène contre lequel il est impératif de lutter, parce qu'il constitue un obstacle majeur à la présence pérenne du salarié au travail. Il est considéré comme « l'antichambre » à l'absentéisme[2603] **(A)**. Dès lors,

[2602] V. en ce sens : Accord sur les mesures permettant de prendre en compte un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle au sein de l'UES Afpa, 27 mars 2023, art. 1er. L'article 1.1. prévoit de « Développer la flexibilité des horaires de travail ». Il est prévu qu'une « discussion pourra être engagée au sein de chaque unité de travail pour définir les aménagements d'horaires souhaités en tenant compte des demandes des salariés, de la dynamique d'équipe, des besoins de l'activité et de la nécessaire continuité de service (en externe comme en interne) ». En effet, l'Afpa est un établissement public industriel et commercial, acteur du service public de l'Emploi et doit à ce titre veilleur à assurer une continuité du service public ; Accord du 25 fév. 2020 relatif à la qualité de vie au travail chez Coca-Cola European Partners France, Article 2 « Assouplir les modes de travail », 2.3. « Modalités d'exercice du travail flexible », qui prévoit que « l'entreprise autorise jusqu'à 4 jours par mois de travail flexible […] pour offrir de la souplesse aux salariés dans le respect de l'agenda collectif ».

[2603] A. Vilbrod, *Travailler en étant malade. Enquête auprès des salariés du champ sanitaire et social présentéistes et de médecins du travail*, L'Harmattan, 2022, p. 19.

il est nécessaire de permettre l'absence du salarié lorsque son état de santé s'avère incompatible avec l'exercice du travail **(B)**.

A) Le présentéisme comme obstacle à la présence pérenne du salarié

777.- Définition et traduction juridique du présentéisme. À l'instar de l'absentéisme, l'origine du vocable de présentéisme serait anglo-saxonne, puisqu'il serait issu du terme *presenteeism*, apparu en Grande-Bretagne à la fin du XXe siècle[2604]. Or, l'usage de ce terme interroger en raison de sa polysémie. D'ailleurs, plusieurs acceptions de ce terme peuvent être développées[2605]. La première consiste à utiliser ce vocable pour désigner l'investissement excessif du salarié au travail, caractérisé par une « extra-présence » de ce dernier[2606]. Or, cette présence est telle qu'elle conduit nécessairement à des affections de santé mentale telles que le syndrome d'épuisement professionnel et l'état dépressif. Un changement de paradigme est alors opéré puisque jusqu'alors, cette « extra-présence » était considérée comme bénéfique aux intérêts de l'entreprise. Désormais, elle semble néfaste à l'employeur puisqu'elle est souvent à l'origine d'affections de santé qui contraignent le salarié à s'absenter. À la fin du XXe siècle, une seconde acception au présentéisme voit le jour et se substitue à l'ancienne conception. Le présentéisme est désormais utilisé pour désigner la « surprésence physique » du travailleur qui, bien que physiquement présent au travail, est mentalement absent de sorte qu'il n'accomplit que partiellement les tâches de travail qui lui sont confiées[2607]. Dans cette acception, le présentéisme est empreint d'une connotation dépréciative puisqu'il vise à désigner le

---

2604 G. Johns, « Presenteeism in the work place : a review and research agenda », *Journal of organizational behavior* 2010, p. 519 ; G. Johns, « Absenteeism or presenteeism : not at work or not working well », *in* C. L. Cooper, J. Barling (dir.), *Handbook of organizational behaviour*, London, Sage, vol. 1, 2008, p. 160. Cités par A. Vilbrod, *Travailler en étant malade, op. cit.,* p. 20. Selon d'autres auteurs, « les premières occurrences dans la documentation scientifique » du terme présentéisme seraient apparu dans les années 1990 : E. Gosselin, M. Lauzier, « Le présentéisme. Lorsque la présence n'est pas garante de la performance », *Rev. française de gestion* 2011, n° 211, p. 15. Un auteur souligne cependant que les premières utilisations de ce terme dateraient du milieu du XXe siècle, singulièrement d'un article datant de 1955. V. en ce sens : B. Huver, *Du présentéisme au travail. Mesures et facteurs explicatifs*, Thèse de sciences économiques, Université de Lille, 2013, p. 12. V. en ce sens : G. Johns, « Presenteeism in the work place : a review and research agenda », *op. cit*., p. 51, B. Huver, *Du présentéisme au travail. Mesures et facteurs explicatifs, op. cit.*, p. 12.

2605 G. Johns, « Presenteeism in the work place : a review and research agenda », *op. cit*., p. 519. L'auteur résume dans un tableau neufs définitions du présentéisme qui résultent implicitement ou explicitement de la littérature : « Table 1 summarizes nine definitions of presenteeism given or implied in the literature, with illustrative references ».

2606 A. Vilbrod, *Travailler en étant malade, op. cit.*, p. 20.

2607 Un auteur désigne plus spécifiquement ce comportement par le terme de « présentéisme passif », qui est selon lui synonyme d' « absentéisme moral » : D. Monneuse, *L'absentéisme au travail : de l'analyse à l'action !*, Éd. Afnor, 2015, p. 11.

comportement de salariés qui, bien qu'étant présents au travail, « sont bien en deçà de ce que l'on attend d'eux »[2608]. Ce terme ferait écho à certains égards au fait que les salariés présentéistes ne seraient pas totalement impliqués dans l'accomplissement de leurs tâches. Il s'agit donc de la réalisation d'une activité ne manière improductive[2609]. Les salariés présentéistes seraient ainsi présents au travail, sans être en pleine possession de leurs moyens, parce qu'ils ont des difficultés à se concentrer, ou qu'ils font face à un « retrait de la vie sociale de l'entreprise »[2610].

778.- Les conséquences juridiques du présentéisme. Dans la sphère juridique, si le présentéisme n'est pas saisi par le législateur[2611], il est de plus en plus usité dans les conventions et accords collectifs de travail[2612]. Il est davantage connu des disciplines extrajuridiques, notamment de la sociologie du travail et de la psychologie du travail qui portent une attention particulière à ce phénomène. Le présentéisme est consubstantiel à la QVCT. Il peut être défini comme le « comportement du travailleur qui, malgré des problèmes de santé et/ou psychologiques nécessitant de s'absenter, persiste à se présenter au travail »[2613]. Par conséquent, le présentéisme pourrait se traduire juridiquement par une insuffisance professionnelle non fautive. En effet, plusieurs facteurs peuvent être à l'origine du présentéisme. Ce phénomène peut résulter « de maladies physiques et psychiques, chroniques ou épisodiques »[2614]. Il peut également être lié à la difficulté d'un salarié à surmonter des difficultés relevant de la sphère privée ou professionnelle[2615]. Par conséquent, l'insuffisance professionnelle ne saurait être considérée comme fautive dès lors qu'elle peut être liée à l'état

---

2608 A. Vilbrod, *Travailler en étant malade, op. cit.*, pp. 20-21.
2609 P. Légeron, *Le stress au travail. Un enjeu de santé*, Odile Jacob, 2015.
2610 B. Sarrazin, « Présentéisme : une autre face de l'épuisement professionnel ? », *Rev. travail et changement* 2014, n° 354, 2014, p. 2.
2611 Le terme de « présentéisme » n'est mentionné dans aucune loi de droit social. Il est absent du Code du travail et du Code de la sécurité sociale. La jurisprudence judiciaire, qu'il s'agisse des Cours d'appel ou de la Cour de cassation, ne s'en saisit pas.
2612 Certaines conventions et accords collectifs nationaux et de branche font mention de ce terme. V. notamment : Art. 4 de l'Accord autonome du 23 sept. 2022 portant dispositions spécifiques en faveur de l'attractivité du secteur de la sidérurgie, attaché à Convention collective nationale de la sidérurgie, 20 nov. 2001 ; Art. 6 de l'Accord du 14 oct. 2021 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, attaché à la CCN des maisons à succursales de vente au détail d'habillement du 30 juin 1972 ; Art. 6 de l'Accord du 28 juin 2018 relatif au télétravail, attaché à la CCN des entreprises de courtage d'assurance et/ou de réassurances du 18 janv. 2002 ; Art. 4.1 de l'Accord du 12 juill. 2019 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (2019-2023), attaché à l'Accord du 20 déc. 2011 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Par ailleurs, de nombreux accords collectifs d'entreprise prévoient également des dispositions liées au présentéisme. Ils portent plus exactement sur « la prime de présentéisme ».
2613 E. Gosselin, M. Lauzier, « Le présentéisme. Lorsque la présence n'est pas garante de la performance », *op. cit.*, p. 15.
2614 F. Meyer, C. Sachs-Durand, « Compte rendu d'une table ronde sur les risques psychosociaux. Premier volet : Les risques psychosociaux, état des lieux », *RDT* 2012, p. 633.
2615 *Ibid.*

de santé du salarié ou, plus largement, à des difficultés rencontrées par le salarié qui sont liées à sa qualité d'être humain et indépendantes de sa volonté.

779.- Le présentéisme, prélude d'une absence au travail. Comme le présentéisme peut caractériser le fait que le salarié soit « présent à son travail, même malade, souvent par peur de perdre son emploi »[2616], il peut aussi constituer le prélude d'une absence puisque le travail peut être source de pénibilité et de dégradation de l'état de santé. Par conséquent, l'exercice du travail par une personne qui, bien que n'étant pas déclarée comme telle, est inapte à pratiquer cette activité est nécessairement néfaste pour sa santé. En effet, différentes études révèlent qu'une telle pratique a pour effet d'aggraver l'état de santé du travailleur et d'augmenter à long et moyen terme le nombre d'absences pour raison de santé[2617]. C'est la raison pour laquelle il apparaît indispensable de mettre en œuvre des mesures visant à lutter contre ce phénomène.

B) Les mesures de lutte contre le présentéisme

780.- La suppression de dispositifs incitatifs au présentéisme. Il existe certains dispositifs qui entendent lutter contre l'absentéisme mais qui, en réalité, favorisent voire incitent le salarié au présentéisme. C'est notamment le cas du délai de carence. En effet, ce dernier a pour conséquence de priver le salarié des indemnités journalières de Sécurité sociale durant les trois premiers jours d'arrêt de travail[2618]. Cette mesure peut s'avérer « lourde de conséquences, en particulier pour les assurés sociaux dont l'état de santé est susceptible de varier »[2619]. Le salarié dont l'état de santé crée une incapacité de travail, peut donc être incité à être présent au travail en raison de la perte financière à laquelle il s'expose en raison du délai de carence. C'est d'ailleurs ce qu'une étude réalisée par la DARES relève, puisqu'elle précise que les salariés qui ont un « sentiment d'insécurité économique » sont davantage exposés au phénomène de présentéisme[2620]. Ce constat permet, une fois encore, d'indiquer que le délai de

---

2616 *Ibid.*

2617 DARES Analyses, « Quel lien entre les conditions de travail et le présentéisme des salariés en cas de maladie ? », Août 2020, p. 1.

2618 CSS, art. R. 323-1, 1°) prévoit expressément que « le point de départ de l'indemnité journalière définie par l'article L. 321-1 est le quatrième jour de l'incapacité de travail ». Les exceptions visées sont, à titre d'illustration, les accidents du travail et maladies professionnelles ou encore l'indemnité journalière versée à l'assurée pendant son congé maternité.

2619 T. Tauran, « Indemnités journalières, attention au délai de carence ! », *JCP S* 2017, 1168.

2620 DARES Analyses, *Quel lien entre les conditions de travail et le présentéisme des salariés en cas de maladie ?*, *op. cit.*, p. 1.

carence est une mesure strictement économique qui participe de la lutte contre les dépenses en matière de santé. Elle permet de diminuer les dépenses de santé publique liées aux prestations en espèces, lesquelles ne sont pas dues pour les arrêts de très courte durée. Toutefois, la théorie selon laquelle le délai de carence poursuivrait un objectif social de lutte contre l'absentéisme semble échouer à différents égards. D'une part, des études ont pu démontrer que « la prise en charge du délai de carence n'a pas d'effet significatif sur la probabilité d'avoir un arrêt dans l'année »[2621]. Au-delà, « la prise en charge du délai de carence a un effet négatif sur la durée des arrêts maladie », puisque les salariés sont incités à s'absenter plus longtemps et plus fréquemment[2622]. D'ailleurs, la prise en charge partielle voire totale du délai de carence par l'indemnité complémentaire de l'employeur permet d'abaisser la durée des absences de 2,8 jours. Par conséquent, le délai de carence ne peut être considéré comme permettant de lutter contre les arrêts de travail abusifs. Il œuvre en faveur du présentéisme, mais également de l'allongement de la durée des absences afin que le salarié puisse bénéficier des prestations en espèces. En outre, le même constat peut s'observer en matière de primes d'assiduité. Elles ont pour objet de « lutter contre l'absentéisme », comme l'avait affirmé la Cour de cassation dans ses premiers arrêts portant sur ce dispositif[2623]. Elles visent à encourager et à inciter le salarié à être présent au travail de manière régulière, par le biais d'une récompense financière qui prend la forme d'une prime. L'absence du salarié sur cette période peut ainsi être à l'origine d'une diminution voire d'une suppression de la prime[2624]. Par conséquent, il est permis de constater que de telles primes encouragent le présentéisme du salarié puisque l'absence pour maladie ordinaire peut faire l'objet d'une réduction voire d'une suppression de la prime d'assiduité[2625]. Ainsi, de telles primes incitent au phénomène du présentéisme et sont contre-

[2621] C. Pollak, « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *op. cit.*, p. 13.
[2622] *Ibid.*
[2623] V. en ce sens : Cass. soc., 17 mars 1988, n° 84-14.494 ; Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 84-95.098.
[2624] La Cour de cassation a cependant précisé qu'un motif d'absence doit produire les mêmes conséquences entre les salariés sur le paiement de la prime d'assiduité. A défaut, elle revêt un caractère discriminatoire. V. en ce sens : Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-42.677, *précité.*
[2625] Si le principe même de la diminution voire de la suppression de la prime d'assiduité lorsque le salarié s'est absenté, de manière fréquente ou prolongée sur la période définie pour le bénéfice de la prime d'assiduité, pour maladie ordinaire n'est pas remis en cause, la jurisprudence a mis en place des mécanismes correcteurs. Ainsi, elle censure les dispositions qui prévoient la diminution ou la suppression d'une prime d'assiduité en cas d'absence pour maladie ordinaire, alors que d'autres absences assimilées à du temps de travail effectif ne faisaient pas l'objet d'une diminution ou d'une suppression de la prime. Dans ce cas, les dispositions prévoyant les modalités de versement de la prime sont considérées comme discriminatoires en raison de l'état de santé du salarié. La Cour de cassation affirme ainsi que « si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que ces absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution ». V. en ce sens : Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-23.139, *précité.*

productives en matière d'absentéisme dès lors que le premier phénomène constitue le prodrome du second. En définitive, il conviendrait d'abandonner le principe de versement de ces primes. Dans ce cas, elles seraient perçues comme constituant des discriminations indirectes fondées sur la santé, le juge serait alors conduit à sanctionner les clauses du contrat de travail qui prévoiraient le versement de ces primes.

781.- La nécessité de supprimer les dispositifs favorisant le présentéisme. Dans une perspective de lutte contre l'absentéisme, il est nécessaire de permettre au salarié de s'absenter lorsque cela est nécessaire. Si cette affirmation peut apparaître antinomique, il a précédemment été démontré que le présentéisme pouvait être à l'origine d'une dégradation importante de l'état de santé du salarié le conduisant à s'absenter sur une longue durée. Partant, les mesures incitant le salarié malade à s'absenter de manière brève, dans l'attente que son état de santé lui permette à nouveau d'exercer son travail, participent de la lutte contre l'absentéisme. De ce fait, il est nécessaire de faciliter l'absence du salarié malade en veillant à sa sécurité économique et contractuelle. Le délai de carence devait ainsi être supprimé pour les arrêts de travail d'origine non professionnelle. Les primes d'assiduité devraient l'être également ou, à défaut, être intégralement maintenues en cas d'absence pour maladie ordinaire. Les dispositifs de lutte contre les absences injustifiées mis en place doivent permettre au salarié de s'absenter en atténuant les conséquences économiques et contractuelles. Les mécanismes de contrôle des arrêts de travail permettent, quant à eux, de s'assurer de la réalité de la maladie et de l'impossibilité du salarié d'être présent au travail.

§2 : La promotion d'alternatives aux arrêts de travail

782.- Propos liminaires. Le salarié qui fait face à une difficulté liée à son état de santé ou à la conciliation entre sa vie professionnelle et sa vie personnelle doit faire le choix soit de demeurer présent au travail, soit d'exercer son droit d'absence. En matière d'absence pour raison de santé, « le principe thérapeutique de l'arrêt de travail est que la mise au repos est bénéfique à la restauration de l'état de santé de la personne »[2626]. De ce principe découle une opposition binaire. Soit l'état de santé permet au salarié d'exercer son travail, auquel cas il est présent au travail. Dans le cas contraire, il bénéficie d'une autorisation d'absence par le biais

[2626] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 17.

d'un arrêt de travail. Il existe néanmoins quelques rares dispositifs juridiques alternatifs à l'absence. C'est notamment le cas de la possibilité offerte au salarié malade de continuer d'exercer le travail à temps partiel pour motif thérapeutique, après que le médecin traitant du salarié, le médecin-conseil de la Sécurité sociale ou le médecin du travail le préconise ou l'autorise[2627]. Ce régime est cependant strictement encadré, ce qui se conçoit aisément puisque le temps partiel thérapeutique ne doit pas avoir pour effet de dégrader davantage l'état de santé du salarié.

783.- Plan. Il serait envisageable d'étendre le champ de la réduction du temps de travail à d'autres causes d'absence telles que celles liées aux difficultés pour le salarié à concilier sa vie personnelle et sa vie professionnelle. La réduction du temps de travail pourrait être une solution temporaire. Bien que ne pouvant être présent au travail à temps plein[2628], ce dispositif lui permettrait d'être présent grâce à une diminution de son temps de travail **(I)**. Une seconde alternative aux arrêts de travail pourrait apparaître pertinente dans certains cas. Il s'agirait non plus d'aménager le temps de travail du salarié, mais de déplacer le lieu de travail à son domicile. Cela permettrait notamment d'effacer les contraintes liées aux trajets entre son domicile et son lieu de travail habituel **(II)**.

I- La réduction du temps de travail comme instrument juridique de lutte contre les absences

784.- Plan. La réduction du temps de travail par le mécanisme du temps partiel apparaît comme une première alternative à l'arrêt de travail. Le temps partiel peut être envisagé pour motif thérapeutique, c'est-à-dire lorsque l'état de santé du salarié ne lui permet pas d'être présent à temps complet, mais qu'une présence partielle serait bénéfique pour sa santé. C'est l'hypothèse du temps partiel thérapeutique **(A)**. Le temps partiel est également une alternative à l'arrêt de travail en cas de difficulté pour le salarié à concilier ses temps de vie

[2627] Sur la reconnaissance du temps partiel thérapeutique, v. en ce sens : Art. 50 de la L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019, codifiée à l'article L. 323-3, 1° du CSS. Sur la proposition d'un aménagement du temps de travail par le médecin du travail, v. en ce sens : C. trav., art. L. 4624-3. Sur l'autorisation accordée par le médecin traitant du salarié de reprendre le travail à temps partiel, v. en ce sens : CSS, art. R. 433-15, al. 1er. Sur l'autorisation accordée par le médecin-conseil de la Sécurité sociale de reprendre le travail à temps partiel, v. en ce sens : CSS, art. R. 433-15, al. 3.

[2628] L'expression de « temps plein » fait ici écho au temps de travail du salarié prévu dans son contrat de travail.

professionnelle et personnelle. En effet, il se peut qu'une telle difficulté ne lui permette pas d'être intégralement présent, mais qu'une présence partielle permette une telle conciliation **(B)**.

A) Le temps partiel thérapeutique

785.- L'existence limitée du temps partiel pour raisons thérapeutiques. Le temps partiel pour raisons thérapeutiques existe depuis un décret de 1985[2629]. Ce dernier prévoyait la possibilité, pour le salarié en arrêt de travail, de reprendre le travail tout en bénéficiant du maintien partiel ou total des indemnités journalières, après une absence pour raison de santé, lorsque « la reprise du travail et le travail effectué sont reconnus comme étant de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré »[2630]. Ce texte crée donc la reprise du travail à temps partiel, à la suite d'un arrêt de travail pour raison de santé. La notion de *temps de travail pour motif thérapeutique* a été instaurée par une loi de 2011, et conservée depuis[2631]. Il est donc possible qu'un salarié bénéficie d'un aménagement temporaire de son temps de travail lorsque son état de santé le justifie. En outre, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 a étendu le champ d'application de ce dispositif, puisqu'elle a supprimé la référence à la « reprise » du travail[2632]. En d'autres termes, la possibilité de recourir au temps partiel pour motif thérapeutique est permise même si le salarié n'a pas fait l'objet d'un arrêt de travail, c'est-à-dire dans l'hypothèse du maintien au travail du salarié qui fait face à des difficultés de santé[2633]. Cette évolution est importante, puisque le recours au temps partiel pour

[2629] D. n° 85-1353 du 17 déc. 1985 relatif au code de la sécurité sociale.

[2630] CSS, anc. art. L. 323-3, 1°. Ce texte conditionne le maintien de l'indemnité journalière au fait que la reprise du travail n'excède pas « une durée déterminée ». L'hypothèse du 2° de cet article vise le maintien de l'indemnité journalière lorsque l'assuré « [fait] l'objet d'une rééducation ou d'une réadaptation professionnelle pour recouvrer un emploi compatible avec son état de santé ». Cette hypothèse est exclue du champ d'étude, puisqu'elle ne concerne pas une situation de travail à temps partiel pour motif thérapeutique.

[2631] L. n° 2011-1906 du 21 déc. 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 (*JORF* n° 0296 du 22 déc. 2011). L'ancien article L. 323-3 prévoyait expressément la situation de « reprise du travail pour motif thérapeutique faisant immédiatement suite à un arrêt de travail indemnisé à temps complet ». Cette expression est nouvelle, puisque la version du même texte ayant existé entre 1985 et 2011 évoquait seulement la « reprise du travail ».

[2632] L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 (*JORF* n° 0297 du 23 déc. 2018). L'article 50 a modifié l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale, dont l'ancienne version prévoyait la situation de « reprise du travail à temps partiel pour motif thérapeutique faisant immédiatement suite à un arrêt de travail indemnisé à temps complet ». Désormais, depuis la loi du 22 décembre 2018, l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale vise l'hypothèse du « travail à temps partiel pour motif thérapeutique ». Plus précisément, le 1° de l'article précité précise que l'indemnité journalière de sécurité sociale est servie, pour le temps partiel pour motif thérapeutique, dans le cas du « maintien au travail ou [de] la reprise du travail ». La référence au maintien au travail est nouvelle.

[2633] Avant cette loi de 2018, cette possibilité était seulement ouverte au salarié dont le temps partiel thérapeutique résultait d'une affection de longue durée, selon l'article L. 324-1 du CSS.

raisons thérapeutiques est possible en dehors d'une situation d'absence. Ce dispositif est cependant strictement encadré, ce qui se justifie par les conséquences susceptibles d'être générées par le recours au temps partiel pour motif thérapeutique. En effet, le maintien au travail ou la reprise du travail à temps partiel ne sont envisageables qu'à la condition qu'ils favorisent l'amélioration de l'état de santé du salarié[2634]. Il ne doit pas exister de risque pour la santé du salarié. La balance entre les bénéfices et les risques doit *a minima* être à l'équilibre, voire pencher en faveur du bénéfice produit par le temps partiel thérapeutique sur la santé du salarié. C'est la raison pour laquelle le recours au temps partiel pour motif thérapeutique est conditionné à une demande expressément formulée par le médecin traitant du salarié et autorisée par le CPAM[2635]. En cas d'autorisation, l'instauration du dispositif n'est possible que si le médecin du travail délivre un avis d'aptitude. Il peut également être mis en place à l'initiative du médecin du travail[2636]. En revanche, l'instauration d'un temps partiel pour motif thérapeutique permettant le maintien du salarié au travail constitue une modification du contrat de travail. Elle est donc soumise à l'autorisation de l'employeur. Ce dernier peut donc, en principe, s'opposer à ce dispositif[2637], mais ce refus doit être motivé[2638]. En cas de reprise du travail à temps partiel faisant suite à un arrêt de travail, la possibilité de refus par l'employeur est plus strictement encadrée[2639]. Si un encadrement du temps partiel thérapeutique se justifie, ce dispositif apparaît comme bénéfique tant pour le salarié que pour l'employeur. Ainsi, il permet au salarié de continuer son activité professionnelle en dépit d'une dégradation de son

---

2634 Cette condition est d'ailleurs expressément rappelée à l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale.

2635 L'indemnisation du temps partiel thérapeutique par les Caisses de sécurité sociale a fait l'objet d'une évolution. Avant la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, *précitée*, la Cour de cassation faisait une lecture stricte des dispositions de l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale qui prévoyait la possibilité du maintien du versement des indemnités journalières, en considérant que le versement d'indemnités journalières de sécurité sociale était conditionné à l'accord exprès de la CPAM, et que la prescription du temps partiel thérapeutique par le médecin traitant était insuffisante à elle seule. La CPAM disposait d'une compétence exclusive sur le versement des indemnités journalières. V. en ce sens : Cass. soc. 29 mars 2001, n° 99-17.831 ; Cass. soc. 19 oct. 2000, n° 99-13.142 ; Cass. soc., 29 mai 1997, n° 95-18.846. La loi de 2011 (*précitée*) a modifié la rédaction de l'article L. 323-3 du Code de la sécurité sociale, précisant que l'indemnité journalière de Sécurité sociale « est servie, en cas de travail à temps partiel pour motif thérapeutique ». Par conséquent, la Caisse perd son pouvoir en matière d'indemnisation et a l'obligation de procéder au versement des indemnités journalières lorsque le temps partiel pour motif thérapeutique est mis en place.

2636 C. trav., art. L. 4624-3. Ce texte prévoit que « le médecin du travail peut proposer […] des mesures d'aménagement du temps de travail ».

2637 Il est fait exception à ce principe lorsqu'un accord ou une convention collective conclu dans les conditions de l'article L. 3123-17 du Code du travail prévoit des modalités différentes.

2638 C. trav., art. L. 4624-6. Le cas du refus du passage à temps partiel d'un salarié en situation de handicap est toutefois plus délicat puisqu'en vertu de l'article L. 5213-6 du Code du travail, l'employeur doit prendre « les mesures appropriées pour permettre aux [travailleurs handicapés] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi ». Par conséquent, un tel refus peut être constitutif d'une discrimination.

2639 À titre d'illustration, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'employeur ne peut pas refuser le retour d'un salarié à temps partiel pour motif thérapeutique. V. en ce sens : Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-28.792, *précité*.

état de santé et de lutter contre le risque de désinsertion professionnelle. Quant à l'employeur, le dispositif de temps partiel thérapeutique lui permet de conserver l'activité du salarié et ainsi, d'éviter le recrutement d'un salarié remplaçant[2640].

786.- L'existence du temps partiel pour motif thérapeutique en droit de la fonction publique. En droit de la fonction publique, le recours au temps partiel pour motif thérapeutique est également autorisé au profit des agents publics en activité, lorsque le passage au temps partiel permet « le maintien ou le retour à l'emploi de l'intéressé et que cet exercice est reconnu comme étant de nature à favoriser l'amélioration de son état de santé »[2641]. Toutefois, la situation économique et financière du fonctionnaire exerçant son activité à temps partiel pour motif thérapeutique semble plus favorable que celle du salarié, puisqu'il bénéficie de « l'intégralité de son traitement, du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence »[2642]. À l'instar du dispositif existant dans le secteur privé, cet aménagement du temps de travail pour motif thérapeutique est limité à une durée d'un an[2643]. Il peut être renouvelé et bénéficier d'une nouvelle autorisation. Cependant un délai de carence prive le fonctionnaire de l'exercice de son activité à temps partiel pour raison thérapeutique pendant un an minimum

[2640] Le recrutement d'un salarié remplaçant génère un coût pour l'employeur, lié à l'organisation du recrutement. En outre, le contrat de remplacement (CDD, contrat de travail temporaire) représente un coût salarial supérieur à un CDI puisque l'employeur doit s'acquitter d'une prime de précarité et le montant des charges patronales est plus élevé pour un CDD ou un contrat de travail temporaire que pour un CDI. En outre, l'employeur doit s'acquitter d'une contribution dédiée au financement du compte personnel de formation pour les salariés en CDD. Sur la prime de précarité, v. en ce sens : C. trav., art. L. 1243-8. Sur le financement du CPF pour les salariés titulaires d'un CDD, v. en ce sens : C. trav., art. L. 6331-6. Cette contribution est « égale à 1% du revenu d'activité retenu » pour le calcul des cotisations sociales mentionnées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

[2641] CGFP, art. L. 823-1, 1°. Le temps partiel thérapeutique au bénéfice des agents publics fonctionnaires et contractuels a été introduit par une loi de 1984 : L. n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État. Une ordonnance de 2021 a modifié le régime du temps partiel thérapeutique dans la fonction publique et l'a codifié aux articles L. 823-1 et suivants du CGFP : Ord. n° 2021-1574 du 24 nov. 2021. Toutefois, les dispositions légales précitées doivent être complétées par des dispositions décrétales propres à chaque fonction publique. Ainsi, le temps partiel thérapeutique des fonctionnaires relevant de la fonction publique d'État est régit par le décret n° 86-442 du 14 mars 1986 ; celui des fonctionnaires relevant de la fonction publique territoriale est régit par le décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 ; celui des fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière par le décret n° 88-386 du 19 avril 1988. En outre, d'autres dispositions décrétales sont spécifiques aux agents contractuels de la fonction publique. Pour les agents contractuels de la fonction publique d'État, v. en ce sens : D. n° 86-83 du 17 janv. 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État, art. 11-1, modifié par D. n° 2022-535 du 11 mars 2022, art. 40. Pour les agents contractuels de la fonction publique territoriale, v. en ce sens : D. n° 88-145 du 25 fév. 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, art. 9-1, modifié par D. n° 88-145 du 15 fév. 1988, art. 25. Pour les agents contractuels de la fonction publique hospitalière, v. en ce sens : D. n° 91-155 du 6 fév. 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière, art. 9-1, modifié par D. 2022-820 du 16 mai 2022, art. 11.

[2642] CGFP, art. L. 823-4.

[2643] CGFP, art. L. 823-5. Le temps partiel pour motif thérapeutique peut être exercé, sur cette période, « de manière continue ou discontinue ».

suivant le terme de ses droits initiaux[2644]. Cela signifie que le fonctionnaire qui reprend son activité à temps complet à l'issue d'un temps partiel thérapeutique ne peut bénéficier d'une nouvelle autorisation de temps partiel pour ce même motif qu'à l'expiration d'un délai d'un an. Contrairement au dispositif existant pour le secteur privé, le temps partiel pour motif thérapeutique dans la fonction publique ne peut être inférieur au mi-temps[2645].

787.- La nécessité d'étendre le recours au temps partiel thérapeutique. Si le temps partiel pour motif thérapeutique est plus favorable en termes de rémunération dans le secteur public que dans le secteur privé, son champ d'application est limité dans ce secteur, ne pouvant être inférieur à un mi-temps. Or, il est nécessaire de conserver la possibilité pour un salarié de pouvoir exercer son activité professionnelle pour motif thérapeutique, pour un temps inférieur à un mi-temps. En effet, cela permet aux salariés exerçant déjà leur activité à mi-temps et faisant face à un problème de santé de pouvoir être présents au travail en bénéficiant d'une réduction de leur temps de travail par le biais du temps partiel thérapeutique. Cependant, il apparaît nécessaire d'étendre ce dispositif, notamment quant à sa durée dans le temps. La limitation de la durée d'un an, existant tant dans le secteur privé que dans le secteur public, doit être allongée, notamment au profit de certaines catégories de travailleurs. Les salariés en affection de longue durée et ceux en situation de handicap devraient pouvoir bénéficier d'un temps partiel thérapeutique d'une durée supérieure à un an[2646]. En effet, en raison de leur vulnérabilité inhérente à leur état de santé, ces catégories de travailleurs sont particulièrement exposées au risque de désinsertion professionnelle[2647]. Par conséquent, une telle vulnérabilité justifie que ces travailleurs puissent accéder au temps partiel thérapeutique pour une durée excédant un an, sans que l'employeur ne puisse s'y opposer. Pour ce faire, un encadrement médical renforcé doit être mis en place. Il apparaît pertinent que la médecine du travail soit systématiquement mobilisée pour la mise en place d'un temps partiel thérapeutique[2648]. En effet, elle évaluerait les bénéfices et risques de ce dispositif pour le salarié. En outre, le

---

2644 CGFP, art. L. 823-6.

2645 CGFP, art. L. 823-3. Par conséquent, le temps de travail en temps partiel pour motif thérapeutique dans la fonction publique est variable. Il représente un pourcentage d'activité entre 50% et 90%.

2646 Les salariées en état de grossesse médicalement constatée sont exclues de cette extension dans la mesure où cet état ne peut excéder une durée d'un an. En outre, les salariées souffrant d'une grossesse pathologique ont accès à ce dispositif.

2647 V. *infra*, n° 744 et suiv.

2648 Actuellement, le médecin du travail peut seulement proposer le recours au temps partiel thérapeutique, puisqu'il a la possibilité, selon l'article L. 4624-3 du Code du travail, de « proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, […] des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur ».

temps partiel thérapeutique étant par définition reconnu « comme étant de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré », doit être perçue comme un objectif de santé publique qui supplante la volonté de l'employeur[2649]. Par ailleurs, s'il refuse, le salarié devra s'absenter du travail et bénéficiera alors d'une absence justifiée pour maladie qui génèrera un coût plus important pour la Sécurité sociale ainsi que pour l'employeur. Si cette absence dure, l'employeur devra verser des indemnités complémentaires liées à son absence voire remplacer le salarié absent. En vertu de ce qui précède, le temps partiel pour motif thérapeutique présente à bien des égards des avantages, tant pour les parties au contrat de travail que pour la maîtrise des dépenses publiques. Cependant, il est nécessaire de l'encadrer et d'inclure la médecine du travail pour la mise en place de ce dispositif au regard des risques inhérents à ce dispositif.

B) Le temps partiel pour assurer la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle

788.- Le temps de travail comme instrument de conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle. La durée de travail est historiquement l'une des thématiques privilégiées des syndicats. De longue lutte, ils ont obtenu l'abaissement de la durée légale hebdomadaire de travail à 35 heures par la loi Aubry II de 2000[2650]. Toutefois, le temps de travail étant consubstantiel à la durée du travail, il demeure au cœur des préoccupations puisqu'il s'inscrit au centre des enjeux socio-économiques. Le temps de travail est essentiel pour le salarié puisqu'il détermine son revenu, mais également la gestion de son temps de vie professionnelle, qu'il est contraint d'arbitrer avec son temps de vie personnelle[2651]. C'est la raison pour laquelle le travail à temps partiel fait l'objet, depuis la fin du XX[e] siècle[2652], d'un intérêt particulier du législateur. Il était avant tout perçu comme un instrument de sauvegarde de l'emploi et donc, de lutte contre le chômage[2653]. Sur le plan sociologique, le travail à temps partiel permet au salarié de faire le choix de travailler moins pour se consacrer davantage à sa

---

[2649] Il s'agit là des termes exacts de l'article L. 323-3, 1° du Code de la sécurité sociale et d'une condition permettant au salarié de bénéficier d'un temps partiel pour motif thérapeutique.
[2650] L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 « Aubry II » relative à la réduction négociée du temps de travail (*JORF* n° 16 du 20 janv. 2000).
[2651] J. Marimbert, *Situation et perspectives du travail à temps partiel*, Rapport au ministère du travail, 1992, p. 19.
[2652] M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc.* 2001, p. 728. Marion Del Sol relève que la première loi qui s'est saisie en filigrane de la question du travail à temps partiel est une loi de 1973. V. en ce sens : L. n° 73-1195 du 27 déc. 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail (JORF n° 0304 du 30 déc. 1973, p. 14146), art. 16 à 18. Toutefois, l'auteur date la « reconnaissance juridique » du travail à temps partiel du début des années 1980, et plus spécifiquement d'une loi de 1981. V. en ce sens : L. n° 81-64 du 28 janv. 1981 relative au travail à temps partiel (*JORF* n° 0024 du 29 janv. 1981, p. 370).
[2653] M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *op. cit.*, p. 728.

vie personnelle et familiale. En effet, le temps de travail se caractérise par le temps durant lequel le salarié est « à la disposition de son employeur et se conforme à des directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles »[2654]. Or par définition, les impératifs liés à la vie personnelle et familiale du salarié entrent dans le champ de ses occupations personnelles. Par conséquent, le temps dévolu à de telles occupations diminue à mesure que le temps de travail augmente. L'exercice d'un travail à temps plein peut donc se révéler être un frein à l'accomplissement de la vie personnelle et familiale du salarié, d'autant plus si ce dernier effectue des heures supplémentaires qui diminuent d'autant le temps dévolu à sa vie personnelle. Partant, le temps de travail peut constituer un obstacle, pour le salarié, à la conciliation de ses vies professionnelle et personnelle. Corrélativement, la réduction du temps de travail semble être un instrument utile à cette conciliation. C'est la raison pour laquelle il est important que le salarié, qui fait face à une telle difficulté, puisse bénéficier d'une réduction de son temps de travail, temporaire ou définitive.

789.- Le dispositif général du temps partiel *choisi* pour les besoins de la vie personnelle du salarié. Dans certains cas, l'exercice du travail à temps plein s'avère impossible pour le salarié, parce qu'il est incompatible avec les impératifs liés à sa vie personnelle et familiale. Cette impossibilité peut être permanente lorsque la situation du salarié, qui le prive d'un tel exercice, a vocation à durer dans le temps. C'est notamment le cas du salarié proche aidant ou du salarié monoparental. Dans d'autres cas, l'impossibilité peut être seulement temporaire. À titre d'illustration, c'est le cas du salarié qui doit garder un enfant malade alors même qu'il a épuisé son droit à congé pour ce motif[2655]. Dans un cas comme dans l'autre, le travail à temps partiel se révèle être un instrument utile. Il permet de diminuer le temps de travail hebdomadaire du salarié et ainsi, d'accroître le temps durant lequel le salarié peut vaquer à ses occupations personnelles et se livrer à ses obligations familiales et parentales. Un premier dispositif juridique de réduction du temps de travail a été instauré par une loi du 27 décembre 1973[2656]. Cette dernière prévoit qu'il est possible, pour l'employeur, de procéder à un aménagement d'horaires de travail réduits au profit des salariés qui en font la demande.

[2654] C. trav., art. L. 3121-1.
[2655] Pour rappel, la durée du congé pour garde d'un enfant malade est strictement limitée, puisque les dispositions légales en vigueur prévoient qu'elle est de trois jours par an et qu'elle est portée à cinq jours si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de seize ans.
[2656] L. n° 73-1195 du 27 déc. 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail, *précitée*.

Cet aménagement peut être effectué à titre permanent ou temporaire[2657]. Dans ce cas, il paraît opportun que le travailleur puisse faire le choix de réduire son temps de travail sans risquer la perte de son emploi. Cette possibilité, bien qu'encadrée, a reçu une consécration légale par la loi Aubry II du 19 janvier 2000, qui a introduit un véritable « droit au temps partiel » au profit de tout salarié en emploi[2658]. Depuis cette première consécration légale, les dispositifs permettant un aménagement du temps de travail et plus précisément, un passage temporaire ou permanent au temps partiel se sont largement multipliés. Certains d'entre eux concernent directement l'objet d'étude, puisqu'ils permettent d'assurer au salarié une conciliation de ses temps de vies professionnelle et personnelle. Un cadre général est posé à l'article L. 3123-2 du Code du travail, qui prévoit la possibilité pour le salarié d'être à l'initiative d'une demande de réduction de sa durée de travail « en raison des besoins de sa vie personnelle »[2659]. La mise en œuvre du temps partiel pour les besoins de la vie personnelle du salarié est conditionnée à l'accord exprès de l'employeur, qui peut s'y opposer s'il justifie de « raisons objectives liées aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise »[2660]. En outre, pendant les périodes travaillées, le salarié est soumis à l'horaire collectif applicable à l'entreprise ou à l'établissement durant ses heures de travail[2661]. Aux côtés de ce dispositif général, cohabitent des dispositifs spécifiques propres à certaines situations particulières.

790.- Des dispositifs spécifiques de réduction du temps de travail substitués à l'exercice d'un congé. Ces situations sont un motif de congé que le salarié peut choisir de transformer en période d'activité à temps partiel. C'est le cas du congé parental d'éducation[2662],

---

2657 *Ibid.*, art. 17, al. 1er. Cette loi définissait les modalités de l'aménagement des horaires de travail réduits. Elle prévoyait qu'ils « doivent être compris entre la moitié et les trois quarts de la durée légale hebdomadaire de travail ».

2658 A. Gardin, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *op. cit.*, p. 854. Comme le relève l'auteur, cette possibilité a été consacrée par le législateur par la loi du 19 janvier 2000 : L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *précitée*. C'est plus exactement l'article 12 de cette loi qui a créé l'ancien article L. 212-4-9, et qui consacre un véritable « droit au travail à temps partiel » au profit de tout salarié. En effet, cet ancien texte prévoyait expressément que « […] les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement, ou à défaut, dans la même entreprise, ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou un emploi équivalent ». Le second alinéa de ce texte mentionnait que « le refus par un salarié d'effectuer un travail à temps partiel ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement ». Par conséquent, cette loi créait, par le biais de cet article, le recours au *temps partiel choisi*.

2659 C. trav., art. L. 3123-2, al. 1er.

2660 Circ. min. relative à la réduction négociée du temps de travail du 3 mars 2000, fiche n° 15.

2661 C. trav., art. L. 3123-2, al. 2.

2662 C. trav., art. L. 1225-47, 2° : « pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année a droit […] 2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures ».

du congé de solidarité familiale[2663], du congé de présence parentale[2664] ou encore du congé de proche aidant[2665]. À la lecture de ces textes, seule la réduction de la durée du travail qui se substitue au congé parental d'éducation semble pouvoir être mise en place de plein droit, sans que le salarié n'ait à obtenir l'accord de l'employeur. En revanche, cette autorisation est requise pour la réduction du temps de travail qui se substitue aux congés de solidarité familiale, de présence parentale et de proche aidant. Les régimes juridiques applicables sont donc disparates. Il apparaîtrait opportun d'étendre le champ d'application de ces dispositifs. Premièrement, la pertinence de l'autorisation de l'employeur pour la réduction du temps de travail qui se substitue aux congés de solidarité familiale et de proche aidant interroge. En effet, la transformation d'un congé en période d'activité à temps partiel apparaît comme une alternative à un arrêt de travail. Elle devrait donc être laissée au libre choix du salarié, sans que l'employeur ne puisse s'y opposer. En outre, il serait opportun que d'autres motifs de congé puissent faire l'objet d'une réduction du temps de travail. C'est notamment le cas de la garde d'un enfant malade. En effet, ce congé est très limité puisqu'il est de trois jours voire de cinq jours par an, si l'enfant a moins d'un an ou si le salarié est parent d'au moins trois enfants de moins de seize ans[2666]. Ce droit à congé peut rapidement être épuisé dans la mesure où les enfants en bas âge sont fortement exposés aux virus[2667]. Or, la réduction du temps de travail pendant une période durant laquelle l'enfant du salarié est malade pourrait s'avérer utile pour le travailleur. Elle lui permettrait de continuer l'exercice de son activité, tout en s'aménageant du temps libre pour garder son enfant malade lorsqu'aucune autre alternative n'est possible. Cette possibilité permettrait de réduire les absences liées à la garde d'un enfant malade, tout en assurant la conciliation des vies professionnelle et personnelle du salarié. Par ailleurs, il convient de relever que les femmes sont plus exposées au risque d'inégalités professionnelles liées à la parentalité que les hommes. Une étude de l'INSEE relève que le temps partiel est de 28,1% pour les femmes, alors qu'il est seulement de 7,6% pour les hommes[2668]. Il convient également de préciser que la part du temps partiel évolue en fonction du nombre d'enfants à charge. Selon

[2663] C. trav., art. L. 3142-8.
[2664] C. trav., art. L. 1225-62, al. 2.
[2665] C. trav., art. L. 3142-20.
[2666] C. trav., art. L. 1225-51, al. 2.
[2667] Cela s'explique notamment par le grand nombre de maladies infantiles qui justifient l'éviction de l'enfant de la crèche ou de l'assistante maternelle, en raison de la très forte contagiosité de ces virus. À titre d'illustration, c'est le cas de la varicelle, de la coqueluche ou des oreillons. Sur cette question, v. notamment : Guide pratique de l'Assurance maladie, *Collectivités de jeunes enfants et maladies infectieuses*, consultable sur le site internet du ministère de la Santé. V. en ce sens : https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/collectivites-maladies-infectieuses_assurance-maladie.pdf. Consulté le 31/10/2025.
[2668] V. en ce sens : https://www.insee.fr/fr/statistiques/6453722?sommaire=6453776.

l'INSEE, en 2021, ce taux était de 27,1% pour une femme ayant un enfant à charge, de 33,1% pour deux enfants à charge et de 40,6% pour trois enfants ou plus à charge[2669]. Donner la possibilité au salarié de remplacer la prise d'un congé par la réduction du temps de travail permettrait ainsi de réduire ces inégalités. Aux côtés de la réduction du temps de travail, le déplacement du lieu de travail au domicile du salarié peut être assimilé à un instrument de lutte contre les absences.

II- Le déplacement du lieu de travail comme instrument juridique de lutte contre les absences

791.- Plan. Le fait de déplacer le lieu de travail au domicile du salarié apparaît être un instrument utile d'alternative à l'arrêt de travail. En effet, certaines contraintes peuvent empêcher le salarié de se rendre sur à son lieu habituel de travail. Ces contraintes peuvent être en premier lieu être liées à la santé du salarié. Dans ce cas, le télétravail thérapeutique permet d'assurer la continuité du travail du salarié qui est temporairement empêché de se rendre sur son lieu habituel de travail. Est ici visée l'hypothèse du télétravail pour raison de santé **(A)**. Le télétravail est également une alternative à l'arrêt de travail lorsque le salarié fait face à des contraintes d'ordre personnel et familial. S'il n'est pas dénué d'écueils, le télétravail pourrait permettre au salarié d'assurer une meilleure conciliation entre les temps de vie personnelle et professionnelle **(B)**.

A) Le télétravail pour raison de santé

792.- Plan. Le télétravail est reconnu à certains égards comme contribuant à la protection, voire à l'amélioration, de l'état de santé du salarié. Par conséquent, il existe un droit au télétravail au profit de certains salariés vulnérables en raison de leur état de santé, comme c'est le cas des travailleurs handicapés. En outre, la pandémie de Covid-19 a contribué à développer le recours au télétravail, pour des raisons à la fois sanitaires et économiques. Le fort développement du télétravail à cette époque a conduit à mettre en lumière les risques pour la santé des travailleurs, mais également les bénéfices. Le télétravail serait, dans certains cas, un instrument de protection de santé du salarié **(1)**. Ainsi, il serait opportun de développer le

[2669] *Ibid.*

télétravail pour raison de santé, et d'instaurer un dispositif de *télétravail thérapeutique*. Il permettrait à des salariés qui se heurtent à l'impossibilité d'exercer leur activité selon l'organisation de travail classique en raison d'une altération de leur santé, de continuer d'effectuer partiellement voire intégralement leur activité en télétravail **(2)**. Pour ce faire, le télétravail thérapeutique doit être strictement encadré afin d'éviter les risques liés à cette organisation du travail **(3)**.

1. La reconnaissance du télétravail comme instrument de protection de l'état de santé

793.- La reconnaissance du télétravail comme instrument de protection de l'état de santé du salarié en situation de handicap. Dans la mesure où les modalités de mise en œuvre sont laissées à la discrétion des partenaires sociaux, rien n'interdit en principe que cette organisation du travail soit mise en place pour garantir la continuité du travail d'un salarié dont l'état de santé serait dégradé[2670]. À ce titre, différentes évolutions législatives ont vu le jour. Tout d'abord, la loi Travail de 2016 a introduit au profit de cette catégorie de travailleur un droit au télétravail[2671]. L'employeur doit veiller à ce que le poste de travail des salariés handicapés soit accessible en télétravail[2672]. La loi Avenir Professionnel de 2018 a poursuivi cette démarche[2673]. Elle prévoit que lorsque l'employeur refuse la demande de télétravail formulée par un salarié en situation de handicap, ce refus doit être motivé[2674]. Par conséquent, les dispositions législatives tendent à la favoriser le télétravail au bénéfice des salariés handicapés, qui souffrent par définition d'une altération de leur état de santé. Elles reconnaissent un droit au télétravail aux travailleurs en situation de handicap. Cette organisation du travail est donc considérée comme favorable à la préservation voire à l'amélioration de l'état de santé du salarié en situation de handicap. Pour l'heure, le droit au télétravail pour raison de santé semble concerner exclusivement les salariés handicapés[2675].

[2670] C. trav., art. L. 1222-9, I, al. 3.
[2671] L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (*précitée*), art. 56.
[2672] C. trav., art. L. 5213-6, al. 2.
[2673] L. n° 2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (*JORF* n° 0205 du 6 sept. 2018), art. 68.
[2674] C. trav., art. L. 1222-9, I, al. 4.
[2675] L'article L. 1222-9 du Code du travail prévoit également que l'employeur est tenu de justifier le refus d'une demande de télétravail émanant d'un « salarié aidant ou d'un enfant, d'un parent ou d'un proche ». Toutefois, ces situations instaurent un droit au télétravail à profit de salariés vulnérables en raison d'une difficile conciliation

Il est regrettable que ce droit ne soit pas élargi au profit d'autres catégories de travailleurs vulnérables en raison de leur état de santé, comme c'est notamment le cas de la salariée en état de grossesse pathologique. Un tel élargissement serait utile, puisqu'il permettrait à la salariée, si elle le souhaite, de poursuivre son travail tout en évitant les déplacements entre son domicile et son lieu de travail.

794.- La pandémie de Covid-19 comme accélérateur de la promotion du télétravail pour raison de santé. C'est essentiellement lors de la pandémie de Covid-19 que le télétravail a connu une croissance exponentielle en France. L'impératif de santé publique lié à cette pandémie a contribué à mettre à la charge de l'employeur, une obligation de télétravail pour les salariés positifs au virus, mais également pour ceux susceptibles d'être porteurs de ce dernier parce qu'ayant été en contact direct et prolongé avec une personne positive. Ces mesures exceptionnelles se justifiaient par la proclamation de l'état d'urgence sanitaire. Avant même que le premier confinement ait été ordonné, le président de la République Emmanuel Macron demandait aux entreprises de mettre en place le télétravail lorsque l'activité le permettait[2676]. Lors de la pandémie de Covid-19, le télétravail a été utilisé comme un instrument de protection de la santé publique, mais également de l'activité des entreprises. Il a permis d'assurer la continuité de l'activité professionnelle de la plupart des salariés depuis leur domicile tout en luttant contre la propagation du virus en évitant les interactions sociales liées au travail[2677]. Le recours massif au télétravail a entraîné de nombreux questionnements juridiques. En premier lieu, l'état de crise sanitaire a justifié pour la première fois que le télétravail soit imposé au salarié positif à la Covid-19, mais ne présentant aucun symptôme ou peu de symptômes de sorte qu'il était apte à exercer son travail. Pour des raisons de santé publique, il était nécessaire que le salarié porteur du virus soit isolé à son domicile afin de limiter la propagation de l'épidémie. Par conséquent, la menace épidémique a permis de faire échec au

entre leurs vies professionnelle et personnelle. Elles ne concernent pas l'état de santé du salarié. Elles seront plus amplement étudiées au B) du I- de la présente étude.

[2676] Discours adressé aux français par le président de la République Emmanuel Macron le 12 mars 2020, relayé sur les chaînes télévisées : « Quand cela est possible, je demande aux entreprises de permettre à leurs employés de travailler à distance. Les ministres l'ont déjà annoncé, nous avons beaucoup développé le télétravail. Il faut continuer cela, l'intensifier au maximum ». V. en ce sens l'intégralité du discours sur le site internet de l'Élysée : https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais. Consulté le 31/10/2025.

[2677] Les interactions sociales dont il est question ici sont celles qui s'effectuent en présentiel, c'est-à-dire lorsque les personnes échangent en étant physiquement présentes. Fort heureusement, la mise en place du télétravail n'a pas empêché les interactions à distance, effectuées grâce aux technologies de l'information et de la communication (visioconférence, appels téléphoniques).

choix du salarié de télétravailler[2678]. Au-delà, le passage en télétravail s'imposait au salarié dit « cas contact »[2679] qui était également placé à l'isolement pour une durée ayant varié entre 7 et 14 jours. En 2023, un tiers des travailleurs effectuait un travail selon une organisation hybride, alternant travail sur site et travail à distance[2680].

2. Le télétravail pour raison de santé comme alternative à l'arrêt de travail

795.- Le télétravail pour raison de santé garant de l'exercice du travail et de l'état de santé du salarié. Le fait de déplacer le travail au domicile du salarié peut être un outil juridique efficace de lutte contre les absences en raison de l'état de santé du salarié. En effet, s'il présente également de nombreux risques, le télétravail permet au salarié de diminuer voire de supprimer les déplacements entre son domicile et son lieu de travail. Par conséquent, le télétravail pourrait être un instrument utile pour le salarié qui se trouve dans l'impossibilité physique de se rendre au travail alors même que cette incapacité n'est pas incompatible avec l'exercice de son travail. Par exemple, un salarié victime d'une fracture d'un membre inférieur qui travaille sur un outil informatique pourrait être amené à télétravailler le temps de sa convalescence. La mise en place du télétravail pour altération de l'état de santé mentale du salarié semble quant à elle plus complexe à établir. En effet, le télétravail pour raison de santé ne doit pas se substituer à un arrêt de travail qui est nécessaire au rétablissement de l'état de santé du salarié. En d'autres termes, le télétravail pour raison de santé ne doit pas avoir d'effet néfaste sur l'état de santé du salarié. Or, une telle garantie est particulièrement complexe à établir dans la mesure où le télétravail est susceptible de générer ou d'accentuer les risques pesant sur la santé physique et mentale du salarié[2681]. Il est donc nécessaire que la balance

[2678] Cette possibilité dérogatoire a été créée par une loi du 22 mars 2012 : L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. L'article 46 de cette loi a créé l'article L. 1222-11 du Code du travail, prévoyant que « en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement de poste du salarié rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés ».

[2679] Le salarié « cas contact » est un salarié susceptible d'être porteur de la Covid-19, parce qu'il a été en contact direct et prolongé avec une personne positive. Par conséquent, bien qu'il ne soit pas encore positif au virus, il est possible qu'il soit en période d'incubation et que le virus ne soit pas encore détecté alors même que la charge virale et donc, le risque de contaminer d'autres personnes est élevé.

[2680] S. Thiéry, J.-D. Senard, « Re-considérer le travail », *Rapp. des garants des Assises du travail au Ministre du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion*, 18 avr. 2023, p. 18. Ce rapport met cependant en garde sur le fait que « la réalité ne doit pas être surévaluée [puisque] deux travailleurs sur trois n'ont pas accès à la possibilité de télétravailler ».

[2681] L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *op. cit.*, p. 606. Les risques liés à la mise en place du télétravail thérapeutique seront développés ultérieurement : v. *infra*, n° 799.

bénéfices-risques penche en faveur des bénéfices pour l'état de santé du salarié. Si tel est le cas, le télétravail pour raison de santé apparaît comme une alternative à l'arrêt de travail et donc, comme un outil de lutte contre les absences pour raison de santé. Il pourrait même poursuivre une finalité thérapeutique lorsque la reprise du travail en télétravail participe au rétablissement de l'état de santé mentale du salarié.

796.- Le télétravail pour raison de santé comme outil visant à lutter contre les absences. Le télétravail pour raison de santé présente de nombreux avantages dès lors que la balance bénéfices-risques penche en faveur du salarié. Il peut, dans un premier temps, permettre de faire suite à un arrêt de travail et d'assurer la reprise progressive du travail dans les conditions habituelles. À titre d'illustration, un salarié en arrêt de travail en raison d'un syndrome d'épuisement professionnel ou d'un état dépressif pourrait renouer avec son environnement professionnel par la mise en place d'un télétravail pour raison de santé, avant de reprendre l'exercice de son travail dans les conditions habituelles. Le cas échéant, le télétravail pourrait être évolutif. Par exemple, le télétravail pourrait être instauré à raison de trois jours par semaine pendant le premier mois, puis de deux jours par semaine le mois suivant pour permettre progressivement un retour du salarié à temps plein sur son lieu de travail habituel. En définitive, le télétravail pour raison de santé apparaît comme un outil efficace de lutte contre les absences au travail puisqu'il se substitue, partiellement, voire intégralement à un arrêt de travail. Cependant, il n'est pas exempt de risque.

797.- Les risques liés au télétravail pour raison de santé. Comme évoqué précédemment, le télétravail présente de nombreux risques qui sont notamment liés à la santé mentale du travailleur. Ces risques sont pluraux. Par exemple, le télétravailleur est exposé à un risque d'isolement, de perte de convivialité, d'hyperconnectivité ou encore de brouillage de la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle[2682]. Ces risques sont accrus lorsque l'état de santé du salarié est dégradé. Par conséquent, il est indispensable de maîtriser ces risques lors de la mise en place d'un télétravail thérapeutique. Dans l'hypothèse de l'instauration d'un télétravail thérapeutique, il s'agit de mettre en place une nouvelle organisation du travail où « le

[2682] V. en ce sens : S. Thiéry, J.-D. Senard, « Re-considérer le travail », *op. cit.*, p. 18. Le rapport identifie d'autres risques tels que l'intensification du travail, les contraintes de rythmes ou encore la sédentarité. En outre, le rapport dénonce le fait que le télétravail creuse les inégalités préexistantes, notamment les inégalités sociales, liées au logement ou encore à l'âge.

"travail risque" et le "travail thérapie" se côtoient »[2683]. Afin de lutter contre ces risques, il est nécessaire d'encadrer strictement le télétravail pour raison de santé.

3. L'encadrement du télétravail pour raison de santé

798.- Une alternative proposée par le médecin prescripteur et soumise à l'accord des services de santé au travail. Comme le rappellent les rédacteurs d'un rapport sur le télétravail, « le principe thérapeutique de l'arrêt de travail est que la mise au repos est bénéfique à la restauration de l'état de santé de la personne malade. Puis, lorsque l'état de santé le permet, la reprise intervient »[2684]. Partant, lorsque le télétravail est envisagé, il est indispensable que le fait de continuer le travail, même à distance, soit bénéfique au rétablissement de l'état de santé du salarié. Pour l'heure, dans la mesure où le télétravail constitue un aménagement du poste de travail[2685], l'initiative incombe au médecin du travail conformément aux dispositions de l'article L. 4624-3 du Code du travail. L'employeur doit prendre en considération les recommandations du médecin du travail, qu'il peut refuser si des motifs sérieux le justifient[2686]. Il semblerait opportun d'étendre l'initiative du télétravail pour raison de santé à d'autres professionnels de santé. Ainsi, le médecin prescripteur devrait pouvoir indiquer, en lieu et place d'un arrêt de travail, que le télétravail pourrait être une solution adaptée au rétablissement de l'état de santé du salarié. Le médecin prescripteur – qui est le plus souvent le médecin traitant du salarié – n'a cependant pas une connaissance totale de l'environnement professionnel de son patient (conditions de travail, contraintes, etc.). C'est la raison pour laquelle il est indispensable que la médecine du travail soit mobilisée pour analyser les conséquences que pourrait avoir le télétravail sur la santé du salarié malade[2687]. Elle pourrait alors décider de l'autoriser, en formulant certaines recommandations à l'employeur, afin que cette organisation du travail soit bénéfique au rétablissement de l'état de santé du

---

[2683] P. Levet, « Travailler avec ou après un cancer : vers un élargissement du maintien au travail », *op. cit.*, p. 139.
[2684] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 17.
[2685] Le télétravail est défini comme tel à l'article L. 1222-11 du Code du travail. Ce texte est propre au télétravail mis en œuvre à la suite de circonstances exceptionnelles (comme la menace épidémique ou la force majeure). Cependant, la qualification du télétravail comme aménagement de poste est générale.
[2686] L'article L. 4624-6 du Code du travail précise en effet que « en cas de refus [des indications et propositions du médecin du travail], l'employeur fait connaître par écrit au travailleur et au médecin du travail les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite ». En réaction à ce refus, le salarié peut saisir le Conseil de prud'hommes selon la procédure accélérée au fond : C. trav., art. L. 4624-7, al. 1er.
[2687] La mobilisation du médecin du travail se justifie en ce qu'il « participe à la protection de la santé des travailleurs » : C. trav., art. R. 4623-1, 1°. Sa mission est de conseiller l'employeur, « notamment en participant à l'évaluation des risques » (2° art. *précité*) et en assurant « le suivi individuel de l'état de santé des travailleurs » (3° art. *précité*).

salarié. Cela permettrait également de prévenir d'éventuels risques liés à la reprise du travail en télétravail. La mobilisation du médecin du travail dans la mise en œuvre du télétravail pour raison de santé est donc indispensable puisque lui seul est apte à étudier si la balance bénéfices-risques est favorable au salarié. Le médecin du travail est apte à délivrer une appréciation objective quant aux bénéfices thérapeutiques qui sont susceptibles d'être produits par le télétravail. Si c'est le cas, le télétravail pour raison de santé pourrait être mis en place. À défaut, l'arrêt de travail serait incontournable. Cependant, reste que le bénéfice thérapeutique du télétravail dépend également du ressenti que le salarié entretient à l'égard de son travail[2688]. C'est la raison pour laquelle il est essentiel que le salarié donne expressément son accord pour continuer d'exercer son travail malgré la maladie.

799.- Le choix du salarié au centre du dispositif de télétravail pour raison de santé. Après que la médecine du travail se soit prononcée sur l'opportunité de la substitution du télétravail à l'arrêt de travail, ce choix doit *in fine* être laissé au salarié. Il est important que le salarié malade soit impliqué dans le choix de la thérapeutique la plus adaptée au rétablissement de son état de santé, notamment en ce qui concerne la poursuite de son activité professionnelle. Le choix laissé au salarié permet ainsi de tenir compte du rapport qu'entretient le salarié avec le travail[2689]. Dès lors, s'il est naturellement source de stress pour lui, il pourrait sembler préférable que le salarié fasse le choix d'un arrêt de travail le temps de son rétablissement. La poursuite de l'activité en télétravail pourrait être contre-productive, puisqu'elle serait susceptible de conduire à une dégradation accrue de son état de santé et *in fine*, de donner lieu à un arrêt de travail, serait alors inévitable et d'une durée plus longue que celui initialement prévu. Le choix du salarié de poursuivre son activité ou d'être placé en arrêt de travail permet de limiter cet effet pervers. Cette exigence d'accord exprès du salarié est en adéquation avec la règle selon laquelle le télétravail est un *droit* et non une *obligation* pour le travailleur. Le télétravail est subordonné à la volonté du salarié, ce qui suppose que le salarié est toujours en droit de refuser de télétravailler[2690]. Ce principe joue à plus forte raison lorsque le télétravail est proposé à un salarié dont l'état de santé est dégradé et qu'il peut, de ce fait, bénéficier d'un arrêt de travail.

2688 C. Dejours, I. Gernet, « Travail, subjectivité et confiance », *Nouvelle revue de psychologie* 2012, p. 75.

2689 *Ibid.*

2690 C. trav., art. L. 1222-9, III, al. 3 : « Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail ». Ce principe est contrarié uniquement en cas de « circonstances exceptionnelles, notamment de menace épidémique » comme ce fut le cas lors de la pandémie de Covid-19.

800.- L'obligation de suivi médical renforcé pendant la période de télétravail thérapeutique. Actuellement, le salarié en télétravail pour raison thérapeutique bénéficie du suivi médical classique[2691]. Cependant, comme le salarié en télétravail thérapeutique effectue son travail en dehors de l'entreprise, et qu'il est considéré comme un travailleur vulnérable, il serait essentiel de mettre en place un suivi médical renforcé. À l'instar de celui qui existe au profit d'autres catégories de travailleurs vulnérables – comme les salariés en situation de handicap[2692] –, les services de santé devraient porter une attention particulière au salarié en télétravail pour raison de santé. Ainsi, il pourrait être envisagé que, pendant cette période d'aménagement du lieu de travail pour raison de santé, le télétravailleur ait des rendez-vous réguliers avec les services de santé au travail. La périodicité de ces rendez-vous serait laissée à l'appréciation du médecin du travail, comme cela est prévu pour les travailleurs handicapés[2693]. Ces entretiens médicaux auraient pour but de s'assurer que l'exercice du travail ne génère pas une dégradation de l'état de santé du salarié. Il pourrait être envisagé que ces entretiens médicaux aient lieu par le biais de la télémédecine[2694]. Cependant, si le suivi médical du salarié en télétravail pour raison de santé appartient au médecin du travail, d'autres acteurs devraient également être mobilisés. L'employeur devrait veiller à organiser les rendez-vous avec le médecin du travail, mais également à en assurer l'effectivité en vertu de l'article L. 4121-1, 4° du Code du travail. Par ailleurs, les partenaires sociaux devraient également être associés pour convenir de dispositions spécialement applicables aux salariés en télétravail pour raison de santé, en prévoyant par exemple une périodicité minimale de rendez-vous avec la médecine du travail[2695]. Enfin, dans la mesure où le CSE dispose de prérogatives en matière de santé, sécurité et conditions de travail[2696], il devra être consulté sur les modalités de mise en place de ce dispositif, notamment en vue de prévenir l'isolement des salariés.

2691 Est ici visé le suivi individuel dont prévu à l'article L. 4624-1, I., al. 1er du Code du travail. La périodicité de ce suivi est en principe de cinq ans (C. trav., art. R. 4624-16).

2692 Le suivi individuel de l'état de santé des travailleurs handicapé est renforcé. Par exemple, il est prévu que la périodicité du suivi ne peut excéder trois ans (C. trav., art. R. 4624-17). Cependant, il revient au médecin du travail de déterminer la périodicité et les modalités de suivi de l'état de santé du travailleur handicapé (C. trav., art. R. 4624-10).

2693 C. trav., art. R. 4624-10.

2694 La télémédecine au travail a commencé à être entreprise durant la crise Covid-19 et a été généralisée par un décret d'avril 2022. V. en ce sens : D. n° 2022-679 relatif aux délégations de missions par les médecins du travail, aux infirmiers en santé au travail et à la télésanté au travail. Ce décret a notamment donné lieu à l'article R. 4624-41-1 du Code du travail, qui prévoit que « les visites et examens réalisés dans le cadre du suivi individuel de l'état de santé du travailleur peuvent être effectués à distance, par vidéotransmission ».

2695 Cette négociation pourrait avoir lieu dans le cadre de l'obligation de négociation portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la QVCT, prévue par l'article L. 2242-1, 2°.

2696 Sur les attributions des CSE des entreprises de moins de cinquante salariés, v. en ce sens : C. trav., art. L. 2312-5, al. 2. Sur les attributions des CSE des entreprises de cinquante salariés et plus, v. en ce sens : C. trav, art.

801.- La nécessité accrue du droit à la déconnexion en situation de télétravail pour raison de santé. Si les dispositions en vigueur consacrent un droit à la déconnexion pour tout salarié, le télétravailleur est plus fortement exposé au risque d'hyperconnexion[2697]. Or, dans une situation de télétravail pour raison de santé, il est essentiel de garantir un droit à la déconnexion renforcé au profit du salarié. Dans la mesure où le télétravail se substitue à un arrêt de travail, il serait inenvisageable que le salarié travaille pendant son temps de repos. Ce dernier participe de la préservation de l'état de santé du travailleur et du rétablissement de celui dont la santé est altérée. Il est donc indispensable d'assurer un cloisonnement entre les temps de travail et les temps de repos du salarié en télétravail pour raison de santé. Il serait nécessaire de prévoir une obligation de négociation qui porterait spécifiquement sur ce point lors de la mise en place, par voie conventionnelle, du télétravail pour motif de santé. Au-delà, au vu des enjeux relatifs à la santé du salarié, il serait opportun de prévoir un véritable devoir de déconnexion[2698]. Ainsi, l'employeur pourrait mettre en œuvre un dispositif visant à cesser la connexion et l'accès aux dossiers professionnels du salarié en télétravail pour raison de santé en dehors de ses horaires de travail. En outre, la mise en œuvre du droit à la déconnexion devrait faire l'objet de sanctions à l'encontre de l'employeur qui ne garantirait pas suffisamment ce droit. Cela permettrait aussi et surtout que l'obligation de prévention en matière de risques professionnels qui incombe à l'employeur soit satisfaite, tant le risque pour les télétravailleurs pour raison de santé est important. Le droit à la déconnexion apparaît ici comme l'outil à mobiliser pour prévenir les risques liés à la santé mentale du salarié[2699]. De manière plus générale, la négociation collective d'entreprise semble être un outil juridique opportun pour la mise en œuvre du télétravail pour raison de santé et notamment, du droit à la déconnexion.

802.- Une obligation de négociation relative au télétravail pour raison de santé. Afin d'encadrer le télétravail pour raison de santé, une obligation de négociation portant sur ce thème pourrait être introduite parmi les dispositions d'ordre public[2700]. En effet, « la mise en

L. 2312-8, 4° qui prévoit que le CSE doit être informé et consulté, notamment sur « l'introduction de nouvelles technologies, *tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou des conditions de travail* ».

[2697] L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *op. cit.*, p. 606.

[2698] Ce dernier pourrait être rattaché à l'obligation des salariés en matière de santé et de sécurité. En effet, « il incombe à chaque travailleur de prendre soin […] de sa santé et de sa sécurité » (C. trav., art. L. 4122-1, al. 1er). En conséquence, le salarié qui méconnaîtrait son devoir de déconnexion commettrait un manquement de nature à caractériser une faute disciplinaire.

[2699] L. de Montvalon, L. Enjolras, « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *op. cit.*, p. 606.

[2700] C. trav., art. L. 2242-1 et suiv.

place d'un accord télétravail peut faire baisser l'absentéisme » puisqu'il participe de la diminution des arrêts de travail de courte durée et ainsi, de la diminution de l'absentéisme dans l'entreprise[2701]. Cela étant, il est possible de s'interroger sur le niveau de négociation le plus pertinent pour ce thème. Il semblerait que le télétravail pour raison de santé doive faire l'objet d'une obligation de négociation au niveau de l'entreprise, par préférence à un niveau plus large. En effet, la mise en place du télétravail doit certes tenir compte du secteur d'activité de l'entreprise, mais aussi et surtout des spécificités de l'entreprise dans laquelle il est instauré. Dans cette optique, les dispositions de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 relative aux ordonnances Macron sont particulièrement éclairants[2702]. Le projet de loi rappelle la répartition du champ de compétences entre les niveaux de la branche et de l'entreprise : « la branche conserve un rôle essentiel pour réguler les conditions de concurrence et définir des garanties économiques et sociales. Pour autant, l'entreprise est le lieu où la création de la norme sociale permet de répondre de manière pertinente aux besoins spécifiques des salariés et des entreprises en construisant le meilleur compromis au plus près du terrain »[2703]. Or, le télétravail pour raison de santé œuvre justement en faveur des besoins propres aux salariés et aux entreprises. Il permet de diminuer l'absentéisme en déplaçant le lieu de travail au domicile du salarié qui se trouve empêché d'exécuter son travail selon une organisation du travail classique. Par conséquent, il apparaît opportun d'introduire une obligation légale de négociation au niveau de l'entreprise, dont la périodicité serait précisée par les dispositions législatives. Les partenaires sociaux devraient ainsi négocier les modalités du télétravail pour raison de santé, ses conditions de mise en œuvre, notamment quant au suivi médical du télétravailleur et ses modalités d'exercice du droit à la déconnexion pour ces salariés.

B) Le télétravail pour mieux concilier vie personnelle et vie professionnelle

803.- Réflexions sur la pertinente du recours au télétravail pour concilier les vies personnelle et professionnelle. De manière générale, le télétravail est un instrument utile pour assurer une meilleure conciliation entre les temps de vies personnelle et professionnelle du salarié. Comme le démontre un rapport rendu par la Fondation européenne pour

[2701] J.-L. Bérard, S. Oustric, S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail, op. cit.*, p. 114.
[2702] L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (*JORF* n° 0217 du 16 sept. 2017).
[2703] *Ibid.*, v. exposé des motifs, art. 1er, al. 2.

l'amélioration des conditions de vie au travail, le télétravail permet aux salariés de réduire les temps de trajet et donc, de permettre au salarié de mieux concilier le travail avec les exigences de sa vie personnelle[2704]. En outre, selon un rapport publié par l'INSEE, le télétravail serait également générateur d'effets positifs sur la productivité de l'entreprise, car il accorde une flexibilité et une autonomie au télétravailleur quant au choix de son lieu de travail et la manière dont il entend concilier ses vies professionnelle et personnelle[2705]. Il serait ainsi une source de satisfaction au travail pour les salariés. Ce constat ne semble cependant pas applicable aux salariés cadres, qui ne tireraient pas du télétravail une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle. Ces derniers ont tendance à pratiquer des horaires plus longs et atypiques[2706]. Or, le télétravail est souvent présenté comme un instrument permettant une meilleure conciliation entre les vies professionnelle et personnelle du salarié. Ce constat est toutefois à nuancer, le télétravail n'étant pas exempt d'écueils en la matière. Il conduit à une plus grande perméabilité des vies personnelle et professionnelle, dans la mesure où le lieu de vie et le lieu de travail se confondent. Lorsqu'il est encadré, le télétravail devient un outil permettant une meilleure conciliation des vies personnelle et professionnelle, surtout au profit de catégories de salariés qui sont vulnérables.

804.- Un renforcement du recours au télétravail pour les salariés vulnérables en raison d'une difficulté à concilier leurs vies personnelle et professionnelle. Actuellement, il n'existe pas réellement de droit au télétravail pour les salariés vulnérables en raison de leur situation personnelle, comme c'est le cas des proches aidants[2707]. Un dispositif juridique tend néanmoins à faciliter la mise en place du télétravail au profit de ces salariés. En effet, le télétravail est, en principe, conditionné à l'accord exprès de l'employeur. Il est prévu que le salarié et l'employeur doivent convenir conjointement de recourir au télétravail en formalisant

[2704] Rapp. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, « Working anytime, anywhere : the effects on the world of work », 15 fév. 2017, p. 23 : « the reduced travel time is used to spend more time at work in the morning : hence, travel time becomes working time ».
[2705] A. Bergeaud, G. Cette, S. Drapala, « Télétravail et productivité avant, pendant et après la pandémie de Covid-19 », *Économie et statistique* 2023, p. 77. Les auteurs de ce rapport soulignent notamment que le télétravailleur peut « envisager un éloignement géographique du lieu de travail permettant l'accès moins cher au logement ou bien gagner en temps de transport ». Cette même conséquence positive du télétravail est également relevée dans un rapport d'information rendu par des sénateurs en 2021. V. en ce sens : C. Boulay-Espéronnier, C. Cukierman, S. Sautarel, « 8 questions sur l'avenir du télétravail, vers une révolution du travail à distance ? », *Rapp. d'information du Sénat* 22 oct. 2021, p. 13.
[2706] S. Hallépée, A. Mauroux, « Le télétravail permet-il d'améliorer les conditions de travail des cadres ? » *in L'économie et la société à l'ère du numérique*, Insee Références 2019, p. 43.
[2707] V. Pontif, « Salariés proches aidants : pour un meilleur accompagnement en entreprise », *op. cit.*, p. 481.

leur accord[2708]. En outre, l'employeur est tenu de motiver sa réponse lorsqu'il refuse le télétravail à un salarié qui y est éligible[2709]. Cependant, les conditions de refus sont plus strictes lorsqu'il s'agit d'un salarié vulnérable en raison d'une difficulté à concilier ses vies personnelle et professionnelle. Ainsi, il est prévu que l'employeur est tenu de motiver sa décision de refus, lorsque la demande de télétravail est formulée par un salarié aidant d'un enfant, d'un parent ou d'un proche[2710]. De plus, la loi du 19 juillet 2023 a renforcé l'accès au télétravail des salariés aidants[2711]. En effet, il est désormais prévu que l'accord collectif ou, à défaut, la charte sur le télétravail doit préciser « les modalités d'accès des salariés aidants d'un enfant, d'un parent ou d'un proche à une organisation en télétravail »[2712]. Il serait souhaitable que cette protection soit élargie à d'autres situations personnelles, qui rendent difficiles pour le salarié la conciliation de sa vie professionnelle avec sa vie personnelle. D'ailleurs, une proposition de loi avait été déposée par une sénatrice en 2021. Elle envisageait d'élargir le champ personnel de cette protection, en octroyant le bénéfice de cette disposition au « salarié assumant seul la charge d'un ou de plusieurs enfants »[2713]. Cette proposition de loi n'a jamais été votée car elle fut déclarée caduque[2714]. Pourtant, l'élargissement du champ d'application de ce texte au bénéfice des salariés monoparentaux[2715] serait bienvenu. En effet, ces derniers se heurtent à une difficulté accrue de concilier leur vie personnelle – plus particulièrement familiale – avec leur vie professionnelle. Classiquement, la charge parentale est partagée entre les deux parents. Or, dans le cadre d'une famille monoparentale, un parent assume seul cette charge. Un aménagement du lieu de travail pourrait être une solution favorable à ces travailleurs. Il pourrait être couplé à un aménagement des horaires de travail, conformément aux besoins du salarié. Enfin, il convient de relever qu'il serait essentiel de prévoir un contrôle des temps connectés afin que sa charge de travail soit raisonnable. Quelles que soient les catégories de travailleurs concernées par le télétravail, la négociation collective – plus particulièrement

[2708] C. trav., art. L. 1222-9, I-., al. 4 : « En l'absence d'un accord collectif ou de charte, lorsque le salarié et l'employeur conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen ».
[2709] C. trav., art. L. 1222-9, III.-, al. 2.
[2710] C. trav., art. L. 1222-9, I.-, al. 4.
[2711] L. n° 2023-622 du 19 juill. 2023 visant à renforcer la protection des familles d'enfants atteints d'une maladie ou d'un handicap ou victimes d'un accident d'une particulière gravité (*JORF* n° 0166 du 20 juill. 2023), v. art. 3.
[2712] C. trav., art. L. 1222-9, II.-, 7°.
[2713] M. Filleul, *Proposition de loi pour une meilleure inclusion des familles monoparentales*, Sénat n° 644, 27 mai 2021.
[2714] La caducité s'entend ici d'une loi déposée au Sénat mais dont l'examen n'a pu prospérer à l'Assemblée nationale en raison de la fin du mandat de la législature.
[2715] La monoparentalité ne fait l'objet d'aucune définition légale. Toutefois, la définition de la famille monoparentale donnée par la DRESS apparaît comme éclairante. Il s'agit d'une « famille comprenant un parent isolé, vivant sans conjoint cohabitant, et avec un ou plusieurs enfants célibataires » : V. Dossier DRESS, « Les familles monoparentales depuis 1990. Quel contexte familial ? Quelle activité professionnelle ? », Juill. 2015, p. 4.

d'entreprise – semble propice à l'instauration d'un tel dispositif. D'ailleurs, certains accords collectifs sont conclus en ce sens, en permettant de préserver l'équilibre entre les vies professionnelle et personnelle des salariés[2716].

*
* *

805.- Conclusion de la Section 2. Certains dispositifs doivent être mis en place en vue de favoriser la présence du salarié. Si l'employeur n'est pas en mesure de prévenir certaines causes d'absence comme la maladie ou la situation personnelle et familiale du salarié, reste qu'il dispose de certains outils permettant de favoriser sa présence du salarié. Dans cette perspective, il est indispensable d'assurer un cloisonnement des temps de présence et d'absence. Par ailleurs, la promotion d'alternatives aux arrêts de travail, tels que le télétravail ou la réduction du temps de travail, pourrait permettre au salarié de demeurer présent en dépit de la survenue d'une cause d'absence.

[2716] Les exemples sont nombreux. V. notamment : Accord sur la qualité de vie et les conditions de travail chez Dassault Aviation, 14 fév. 2023, art. 8 ; Accord relatif aux nouveaux modes de travail au sein d'IBM France du 21 déc. 2020, art. 3 ; Avenant à l'accord sur la qualité de vie au travail chez Transavia France, 2 janv. 2019, art. 3, 2.1 ; Accord de déclinaison sur la qualité de vie au travail du personnel au sol de Transavia, 2 janv. 2019, art. 2, 2.1.

Conclusion du Chapitre 2

806.- Le suivi affiné des causes d'absence intégré dans l'indicateur de l'absentéisme permettrait à l'employeur de mettre en œuvre des outils juridiques visant à prévenir de futures absences. Ces mécanismes sont pluraux et doivent être mis en œuvre selon les causes d'absence qui sont particulièrement prégnantes dans l'entreprise.

807.- En premier lieu, la prévention pourrait être assurée grâce à des dispositifs de *lutte contre les absences*. Pour certaines causes d'absence, notamment celles qui sont liées à la survenue d'un risque professionnel, l'employeur dispose d'un pouvoir d'action. En effet, ces absences traduisent une prévention insuffisante des risques professionnels. Partant, un nombre d'absence pour accidents du travail ou maladies professionnelles important, devrait déclencher l'obligation, pour l'employeur, de renforcer la prévention des risques professionnels en concertation avec la médecine du travail et les représentants du personnels (élus et syndicaux). Par ailleurs, si l'employeur ne dispose *a priori* d'aucun outil visant à prévenir les absences pour maladie ordinaire, il n'en demeure pas moins qu'il devrait assurer le suivi des salariés absents pour ce motif, mais également d'adapter les conditions et l'organisation du travail qui leur sont applicables lors du retour du salarié au travail. Cela permettrait *in fine* que la reprise du travail ne dégrade pas l'état de santé du salarié malade et par conséquent, de prévenir le risque d'une absence liée à une incapacité de travail.

808.- En second lieu, la prévention pourrait également être garantie par des dispositifs visant à *favoriser la présence du salarié*. Pour les causes d'absence que l'employeur ne peut prévenir – comme celles résultant de la difficulté pour le salarié de concilier ses vies professionnelle et personnelle –, il apparaît tout de même possible de favoriser la présence du salarié. En effet, si ces évènements peuvent donner lieu à une absence, l'adaptation des conditions de travail et l'organisation du travail pourraient garantir la présence du salarié au travail. Par exemple, c'est le cas du salarié qui pourrait adapter son temps de travail ou déplacer son lieu de travail à son domicile, dans un but thérapeutique ou pour mieux concilier ses impératifs professionnels avec les exigences liées à sa vie personnelle et familiale.

Conclusion du Titre 2

809.- La prise en compte d'une *dimension collective* des absences apparaît nécessaire pour dépasser l'approche curative actuelle et tendre vers un système général de prévention des absences.

810.- Réduite à une approche à la fois *individuelle* et *curative*, l'absence est actuellement traitée en droit social de manière trop restrictive. La prise en compte d'une dimension *collective* des absences au niveau d'une entreprise permettrait de dépasser l'approche actuelle. D'ailleurs, des disciplines extrajuridiques le font déjà, à travers l'indicateur de *l'absentéisme*. Si ce dernier n'est pas exclu du droit social, reste que son utilisation est très limitée et son champ imprécis. Construire un indicateur *d'absentéisme* en droit social permettrait de prendre en compte la pluralité des absences au niveau d'une entreprise, afin de déterminer les facteurs de QVCT sur lesquels il conviendrait d'agir. Pour ce faire, l'ensemble des causes d'absence sur lesquelles l'employeur dispose d'un pouvoir d'action en vue de les diminuer devraient être relevées et évaluées, afin de mettre en place les dispositifs de prévention des absences adaptés aux problématiques de l'entreprise.

811.- Différents outils juridiques pourraient constituer des leviers de prévention des absences. Selon les causes d'absence qui seraient préoccupantes au regard de l'absentéisme relevé, il conviendrait d'agir de différentes manières. Ainsi, un suivi affiné des causes d'absence dans l'entreprise, selon leur motif, leur durée, leur fréquence mais également d'autres paramètres tels que le sexe du salarié, le fait qu'il soit parent ou encore qu'il ait d'autres contraintes relevant de sa vie personnelle – comme une situation de proche aidant – devraient être relevés pour être analysés. Cela permettrait de mettre en œuvre des dispositifs de prévention des absences, qui s'articuleraient principalement autour de deux axes. Un premier serait relatif à la *lutte contre les absences*, pour toutes les causes d'absence sur lesquelles l'entreprise dispose d'un pouvoir d'action et au premier rang desquelles figurent les risques professionnels. Un second axe serait également utile dans cet objectif de prévention : le fait de *favoriser la présence* des salariés qui font face à une cause d'absence sur laquelle l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir d'action. C'est principalement le cas de la maladie ordinaire, mais également de la situation personnelle du salarié comme la situation de salarié parent.

Conclusion de la Partie II

812.- Depuis sa création, l'absence est traitée en droit social selon une approche *individuelle*. Les règles qui existent en droit social en matière d'absence régissent les conséquences produites par la situation d'un salarié absent. Depuis la fin du XIX^{e} siècle, plusieurs évolutions sont intervenues. Les régimes juridiques applicables à l'absence ont été précisés et de nouvelles raisons d'absence autorisées ont été reconnues. Ces évolutions s'articulent autour d'une même finalité : concilier au mieux les intérêts des parties à la relation de travail, car une situation d'absence affecte à la fois les intérêts de l'employeur mais également ceux du salarié absent.

813.- Pour autant, cette conception de l'absence, limitée à sa dimension individuelle, est à l'origine de certains écueils. L'évolution du travail, tant dans ses formes que dans ses modalités d'exercice, conduisent à regretter une telle conception. En raison du développement de l'autonomie dans le travail, il est parfois difficile de déterminer si le salarié est *présent* ou *absent*. En outre, les régimes juridiques de l'absence n'offrent plus une protection suffisante au salarié en situation d'absence justifiée. En effet, les outils juridiques de traitement de l'absence à la disposition de l'employeur l'incitent à sortir temporairement, voire définitivement le salarié absent de l'entreprise. Les raisons à l'origine de l'absence ne sont pas recherchées.

814.- Pourtant, ces dernières peuvent être en lien direct avec la QVCT. Dès lors, il apparaît que les absences constitueraient un indicateur utile pour l'employeur du climat social de l'entreprise, mais également de santé au travail. Pour ces raisons, il serait nécessaire de repenser le traitement de l'absence en droit social, afin d'y inclure une *approche collective*. Cette étude propose d'intégrer au sein de l'absence en droit social l'indicateur de *l'absentéisme*, dans lequel seraient référencées les absences qui peuvent avoir un lien avec la QVCT. L'employeur serait ainsi tenu, quelque que soit l'effectif de l'entreprise, de recenser l'ensemble des absences qui ont ou pourraient avoir un lien avec les politiques d'entreprise. Cela permettrait de mettre en place des dispositifs de prévention des absences, dans la mesure où l'absence au travail est préjudiciable tant aux intérêts de l'employeur qu'à ceux des salariés. En définitive, l'absentéisme constituerait un indicateur d'alerte pour l'employeur en matière de QVCT et permettrait de prévenir de nombreuses absences.

CONCLUSION GÉNÉRALE

815.- Cette thèse s'est donnée pour objectif de comprendre le statut juridique du salarié absent afin de repenser l'absence en droit social. Pour ce faire, l'étude propose une nouvelle définition du statut juridique du salarié absent. Cette démarche permet de mettre en lumière les insuffisances dont souffre actuellement l'absence dans cette matière juridique. Il convient de dépasser l'approche individuelle à laquelle l'absence est actuellement circonscrite, pour y intégrer une dimension collective. Cela permettrait de dépasser les mesures curatives actuelles et d'introduire une prévention des absences. Les absences seraient dont appréhendées de manière plus globale, pour tenter de les réduire par une amélioration de la QVCT.

816.- L'étude généalogique de *l'acception juridique de l'absence* a permis de démontrer que cette notion est d'abord apparue en droit civil, pour répondre aux problématiques posées par une situation bien particulière : celle de la personne dont il est impossible de savoir si elle est vivante ou décédée. Or, l'état de vie ou de mort d'une personne emporte pour conséquence l'existence de sa personnalité juridique pour la première ; la déchéance de celle-ci pour la seconde. Par conséquent, *l'absence en droit civil* relève du droit des personnes. L'application de cette acception de l'absence en droit civil s'est avérée peu pertinente à la situation du salarié absent, pour diverses raisons. Cette situation n'intéressait la relation de travail que de manière marginale. Cependant, une autre situation pouvait être source d'interrogations juridiques : celle du travailleur absent, de manière temporaire. À cette époque, le contrat encadrant la relation de travail était considéré comme un contrat d'échange (travail contre salaire). Partant, la situation du travailleur absent était juridiquement perçue comme une inexécution contractuelle. Les mécanismes du droit des contrats s'appliquaient et rien ne justifiait l'avènement d'une notion d'absence propre au droit social.

817.- Les évolutions successives intervenues à compter de la fin du XIX^{e} siècle ont conduit à un changement de paradigme. L'évolution du travail liée à l'industrialisation a été à l'origine d'une évolution du travail. En effet, le modèle industriel était assis sur une logique de productivité et de rentabilité. Par conséquent, il nécessitait une main d'œuvre disponible, stable et régulière. Or, la situation d'absence du travailleur était problématique puisqu'en dehors de l'inexécution du travail, elle générait une perte temporaire de main d'œuvre susceptible de générer une perte de productivité. Pour lutter contre les absences, les exigences du patronat

envers les travailleurs se sont accrues, et des règles de contrôle de l'activité des travailleurs et de discipline sont apparues. L'avènement d'un travail subordonné s'est imposé à cette époque. La présence du travailleur était strictement contrôlée et l'absence constituait un manquement disciplinaire sanctionné. Ce changement de paradigme n'a pas été accepté par la collectivité de travailleurs sans contrepartie et des revendications sociales ont émergé. Une collectivité de travail s'est forgée au sein des entreprises afin que les travailleurs puissent faire valoir leurs droits. Progressivement, la relation de travail a évolué. Le contrat d'échange qui existait jusqu'alors a laissé place à un contrat de solidarité, fortement empreint d'une dimension humaniste. Cela a exercé une influence directe sur le traitement de la situation d'absence au travail. La survenue de certains évènements, comme la maladie, ont été considérés comme justifiant l'absence du travailleur qui devait à ce titre être protégé. A l'inverse, les absences prohibées ont fait l'objet d'une sanction dépassant les seuls mécanismes de l'inexécution contractuelle. Depuis lors, l'absence en droit social se caractérise ainsi par un *état d'indisponibilité* du travailleur envers l'employeur qui n'exécute pas sa prestation de travail.

818.- Depuis sa création, l'absence est appréhendée par le droit social de manière binaire. En effet, soit l'absence est considérée comme *injustifiée* et permet à l'employeur de sanctionner le salarié ; soit elle est considérée comme *justifiée* et le salarié fait en principe l'objet d'une protection contractuelle voire économique. En réalité, l'absence est présumée *injustifiée* tant que le salarié n'a pas prouvé que cette situation repose sur un motif d'absence autorisé, et qu'il n'a pas sollicité l'autorisation nécessaire ou qu'il n'a pas fourni à l'employeur un document permettant de justifier son absence. En d'autres termes, toute absence est considérée comme injustifiée tant que le salarié n'a pas démontré qu'elle est justifiée sur le fond et sur la forme. Par conséquent, l'absence injustifiée est une catégorie générique, qui englobe une pluralité de situations. *L'absence injustifiée* est tout d'abord considérée comme un manquement contractuel, puisqu'elle a pour conséquence le fait que le salarié n'exécute pas sa prestation de travail. Au-delà, l'avènement du droit disciplinaire conduit à considérer une situation d'absence injustifiée comme une faute disciplinaire, ouvrant droit pour l'employeur à exercer son pouvoir disciplinaire. Une sanction disciplinaire peut ainsi être prononcée par l'employeur, à la condition être strictement proportionnelle à la gravité de la faute commise.

819.- Dans certains cas, le salarié peut également être autorisé à s'absenter. De nombreux motifs ont été considérés comme autorisant le salarié à s'absenter pour plusieurs

raisons. C'est par exemple le cas de la maladie, de la grève ou de certains congés comme les congés payés ou le congé de formation professionnelle. Pour chaque motif d'absence autorisé, un régime juridique précis a été construit au fil du temps par le législateur et souvent précisé par la jurisprudence. De manière générale, pour qu'une absence soit considérée comme justifiée, il est nécessaire qu'elle soit autorisée sur le *fond* et que le salarié se conforme aux impératifs de *forme* liés à la catégorie d'absence en question. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le salarié fait en principe l'objet d'une protection contractuelle, permise grâce au mécanisme de la suspension du contrat de travail. Dans certains cas, lorsque l'absence est due à la survenue d'un risque social tel que la maladie ou la maternité, les mécanismes du droit de la protection sociale permettent au salarié de bénéficier d'un revenu de remplacement, par le biais des indemnités journalières de sécurité sociale, qui peuvent être complétées par une indemnité complémentaire de l'employeur.

820.- L'évolution du travail a conduit à une perte de lisibilité de l'absence en droit social. C'est principalement dû au développement de l'autonomie du salarié dans l'accomplissement de son travail. Les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur s'en sont trouvées complexifiées, et se heurtent parfois à des droits et libertés reconnus au salarié comme la protection de sa vie privée. Par conséquent, le contrôle de l'activité du salarié est plus complexe à exercer, et les situations d'absence plus complexes à identifier. La frontière entre la situation de *présence* et d'*absence* au travail s'érode progressivement. De même, la frontière entre les *absences justifiées* et les *absences injustifiées* devient perméable. En effet, une situation d'absence injustifiée pourrait devenir, à terme, justifiée et faire l'objet d'une sanction. À l'inverse, la prise en compte croissante des intérêts de l'entreprise conduit à affaiblir de manière significative la protection du salarié, pourtant en situation d'absence justifiée.

821.- En réalité, ces difficultés résultent du fait que, depuis sa création, l'absence est traitée par le droit social selon une approche exclusivement *individuelle* et seulement à travers les conséquences qu'elle produit. En effet, le droit positif applicable n'encourage pas l'employeur à rechercher les causes premières à l'origine d'une absence. Cela peut s'expliquer par le fait que cette investigation se heurterait à certains droits et libertés du salarié. Par exemple, pour le salarié absent pour maladie ordinaire, le secret médical ferait obstacle à la recherche de la cause première par l'employeur. En définitive, les régimes juridiques créés permettent aux parties à la

relation de travail, de mettre en œuvre des mécanismes qui permettent de pallier l'absence. Par exemple, pour l'employeur, il peut s'agir d'une réorganisation de l'entreprise pour faire face à la perte de main d'œuvre liée à l'absence. Il peut également, en dehors des cas interdits comme la grève, remplacer le salarié absent en recrutant un salarié remplaçant par le biais d'un CDD ou d'un contrat de travail temporaire. Quant au salarié en situation d'absence justifiée, il bénéficie en principe de la suspension de son contrat de travail, mais également d'autres dispositifs permettant sa protection économique. Toutefois, il apparaît qu'en situation d'absence – tant justifiée qu'injustifiée – la protection des intérêts de l'employeur prime souvent sur celle des intérêts du salarié absent.

822.- Si le traitement individuel et curatif est nécessaire, il semble opportun d'introduire une approche préventive en prenant en compte la pluralité des absences au sein d'une entreprise. Plus exactement, dans une perspective d'amélioration de la QVCT, il serait pertinent d'instaurer une obligation pour l'employeur de recenser l'ensemble des absences survenues dans l'entreprise sur une période de référence. Cela pourrait être mis en œuvre à travers l'indicateur général de l'absentéisme. Toutes les absences ayant un lien avec la QVCT, au premier rang desquelles figure les absences pour accident du travail ou maladie professionnelle, devraient être recensées au titre de l'absentéisme afin d'alerter l'employeur sur des politiques de QVCT devant être améliorées ou réadaptées à l'entreprise. Différents acteurs seraient alors mobilisés, tels que le médecin du travail (pour les absences liées à une dégradation de l'état de santé du salarié), mais également les acteurs de la représentation au niveau de l'entreprise comme le CSE ou les représentants syndicaux dans le cadre de la négociation collective d'entreprise.

823.- L'absentéisme, comme indicateur général d'alerte, devrait également inclure un suivi plus affiné des absences selon leur motif, leur durée, mais prendrait également en compte d'autres indicateurs tels que l'âge du salarié, son statut de travailleur parent ou encore la fréquence des absences. Cela permettrait à l'employeur, en concertation avec les autres acteurs précités, de mettre en œuvre des dispositifs visant à améliorer la QVCT au niveau de l'entreprise. *In fine*, cela conduirait à la mise en œuvre de dispositifs juridiques qui permettraient de réduire et donc, de diminuer toutes les absences liées à une QVCT.

824.- Pour reprendre la citation qui ouvre cette étude, « l'absence est le plus grand des maux ». Appliquée à la situation du *salarié absent*, cette expression hyperbolique de Jean de la Fontaine confère à l'absence une intensité suprême voire exagérée. Pour les parties au contrat de travail, il existe assurément des « maux » plus grands que l'absence. Pour l'employeur, on pourrait songer aux procédures collectives telles que la liquidation judiciaire ; pour le salarié, à la perte de son emploi. Cependant, reste que l'absence du salarié constitue un « mal » important. Pour l'employeur, l'absence est susceptible de perturber le fonctionnement de l'entreprise. Elle peut constituer un coût et les modalités de son traitement sont chronophages. Pour le salarié, elle l'expose bien souvent à une précarité financière mais également contractuelle, pouvant conduire à la perte de son travail et l'exposant au risque de désinsertion professionnelle. Si la situation du salarié absent n'est peut-être pas « le plus grand des maux », reste qu'il constitue un mal important qu'il est nécessaire de prévenir.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I- DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET LEXIQUES

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003

AUBERT (J.-L.), COLLART-DUTILLEUL (F.)

- *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5e éd., 2017

AUBIN (G.), BOUVERESSE (J.)

- *Introduction historique au droit du travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 1995

BESCHERELLE (L.-N.)

- *Dictionnaire National*, Paris, Garnier frères, 14e éd., t. 1, 1871

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 15e éd., 2024

DECHAMBRE (A.) (dir.)

- *Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales*, Éd. P. Asselin et G. Masson, t. 8, 1880

DOMAT (J.)

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, t. 2, éd. 2, 1697

FERRIÈRE de (C.-J.)

- *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Éd. Bauche, Paris, 1771

GAFFIOT (F.)

- *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 1934

GUÉRIN (P.)

- *Encyclopédie universelle. Dictionnaire des dictionnaires*, Paris, t. 1, 1892

LANDAIS (N.)

- *Dictionnaire général et grammatical des dictionnaires français*, Paris, Didier, 11e ed., t. 1, 1852

MERLIN (Ph.-A)

- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, vol. 3, 1812

MESOT (L.)

- *Encyclopédie pratique du droit français ou explication précise de la législation civile, commerciale, industrielle et administrative*, Bruxelles, Mertens et fils, 1865

NODIER (C.), VERGER (V.)

- *Dictionnaire universel de la langue française*, Paris, 6e éd., t. 1, 1833

POUJOL (F.-A.)

- *Dictionnaire des facultés intellectuelles et affectives de l'âme*, Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, 1849

REY-DEBOVE (J.), REY (A.) (dir.)

- *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2014

ROBERT (P.)

- *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, t. I, 1953

II- OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKÈS (E.), FABRE (A.)

- *Droit du travail*, Lefebvre Dalloz, coll. Précis, 38e éd., 2025

AUZERO (F.), BAUGARD (D.), DOCKÈS (E.)

- *Droit du travail*, Lefebvre Dalloz, coll. Précis, 37e éd., 2023

BAUDRY -LACANTINERIE (G.)

- *Précis de droit civil*, Paris, Larose, t. 1, 4e éd., 1891

BEUDANT (C.)

- *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations*, t. VIII, Éd. Rousseau, 2e éd., 1936
- *Cours de droit civil français*, vol. 1, Éd. A. Rousseau, 1896

BLOQUET (S.)

- *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, préf. C. Jamin, LGDJ, coll. Bibl. d'histoire du droit et du droit romain, 2017

BONNECHÈRE (M.)

- *Le droit du travail*, La Découverte, coll. Repères, 2008

BORGETTO (M.), LAFORE (R.)

- *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 20e éd., 2023

BOILEUX (J.-M.), PONCELET (M.-F.)

- *Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément*, t. 3, Paris, Joubert, 5e éd., 1844

BRUN (A.), GALLAND (H.)

- *Droit du travail*, t. 1, Dalloz, 2e éd., 1978

CAMERLYNCK (G.-H.)

- *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1968

CARBASSE (J.-M.)

- *Histoire du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2024

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis droit privé, 20e éd., 1996

CHAMPEIL-DESPLATS (V.)

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3e éd., 2022

DEMANTE (A.-M.), COLMET DE SANTERE (E.)

- *Cours analytique de Code civil,* t. 1, E. Plon et cie, 2e éd., 1881

DEMOGUE (R.)

- *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1923

DEMOLOMBE (C.)

- *Traité de l'absence*, Paris, Auguste Durand, 1874
- *Traité de l'absence*, Éd. A. Durand et Hachette, 3e éd., 1865
- *Traité de l'absence*, Paris, Auguste Durand, 2e éd., 1860

DESPAX (M.)

- *Le droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1967

DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.)

- *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 18e éd., 2015

DURAND (P.)

- *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1963

DURAND (P.), VITU (A.)

- *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950

DURANTON (A.)

- *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, Thorel et Guilbert, 4e éd., 1844
- *Traité du contrat de louage, de société et du prêt suivant le Code civil*, Paris, Toussaint, 3e éd., 1834

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 7e éd., 2024

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.), DUCHANGE (G.)

- *Droit du travail,* LGDJ, coll. Manuel, 9e éd., 2024

GAUDU (F.), VATINET (R.)

- *Traité des contrats. Les contrats du travail*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2001

GAURIAU (B.), MINÉ (M.)

- *Droit du travail*, 4e éd., Sirey, 2021

GHESTIN (J.), JASMIN (C.), BILLIAU (M.)

- *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1999

GIRARD (P.-F.)

- *Manuel élémentaire de droit romain*, Éd. A. Rousseau, 5e éd., 1911

GOUBEAUX (G.)

- *Traité de droit civil, Les personnes*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1989

JOLY (L.)

- *Répertoire de droit du travail* – Handicap, Dalloz, juin 2023

KESSLER (F.)

- *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6e éd., 2017

LAFERRIÈRE (F.)

- *Histoire du droit français*, t. 2, 1838

LE BRUN (D.)

- *Traité des successions divisé en quatre livres*, Paris, 1776

LÉVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.)

- *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2010

LOCRÉ (J.-G.)

- *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, t. 2, 1836

MERLIN (Ph.-A.)

- *Questions de droit*, Bruxelles, 4e éd., t. 1, 1828

MOLY de (A.-G.)

- *Traité des absents, suivant les règles consacrées par le Code civil*, Éd. A. Égron, 1822

MORVAN (P.)

- *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 12e éd., 2025
- *Criminologie*, LexisNexis, 3e éd., 2019

OLSZAK (N.)

- *Histoire du droit du travail*, Economica, 2000

PIC (P.)

- *Traité élémentaire de législation industrielle. Première partie, Législation du travail industriel*, Éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence A. Rousseau, 1894

PLASMAN de (L.-C.)

- *Code et traité des absents*, Paris, vol. 1, 1841

RIVERO (J.), SAVATIER (J.)

- *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 1960

SALEILLES (R.)

- *Le Code civil et la méthode historique. Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, 1904

SAVIGNY de (F. C.)

- *Traité de droit romain*, trad. C. Guenoux, t. 7, Librairie de F. Didot frères, éd., 1859

SUPIOT (A.)

- *Le droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2019

TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.)

- *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2012

TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.)

- *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 9e éd., 2018

TEYSSIÉ (B.)

- *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. Manuels, 20ème éd., 2018

TOULLIER (C.-B.-M.)

- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 1, Warée, 4e éd., 1824

TROPLONG (R.-T.)

- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage. Commentaire des Titres VII et VIII du Livre III du Code civil*, Éd. Meline, coll. Cans et cie, 1841

VILLEY (M.)

- *Le droit romain*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2002

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.)

- *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013

III- OUVRAGES SPÉCIAUX ET MONOGRAPHIES

AGUET (J.-P.)

- *Contribution à l'histoire du mouvement ouvrier français, Les grèves sous la monarchie de Juillet 1830-1847*, Éd. E. Droz, 1954

AIM (O.)

- *Les théories de la surveillance. Du panoptique aux Surveillances Studies*, Armand Colin, coll. U, 2020

ANCEL (P.), GABRIEL (G.), CHAPPUIS (C.) (dir.)

- *L'abus de droit : comparaisons franco-suisses*, Publications de l'Université de Saint Etienne, 2001

ALTER (N.)

- *Sociologie du monde du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2018

ANDRÉ (L.), GUIBOURG (L.)

- *Le Code ouvrier. Exposé pratique de la législation et de la jurisprudence réglant le travail et les intérêts des ouvriers et apprentis*, Paris, Chevalier-Marsescq et cie, 1875

ARISTOTE

- *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie Philosophique, coll. Bibl. des textes philosophiques, 1990

ARNAUD (C.)

- *Du livret ouvrier*, Éd. Veuve Camoin, 1856

AUBERT-MONPEYSSEN (T.)

- *Subordination juridique et relation de travail*, Éd. du CNRS, 1988

BARBERET (J.)

- *Les sociétés de secours mutuels. Commentaire de la loi du 1er avril 1898*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1899

BEAUCHAMP (C.)

- *Révolution industrielle et croissance économique au XIXe siècle*, Ellipses, 1997

BENOIST (P.)

- *Télévision, un monde qui s'ouvre*, Éd. Fasquelle, 1953

BESNARD (Ph.)

- *Études Durkheimiennes*, Librairie Droz, 2003

BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE (J.)

- *L'absence*, préf. J. Carbonnier, Defrénois, 2e éd., 1995

BIOY (X.) (dir.)

- *La personnalité juridique*, PUTC, coll. IFR, 2013

BIRET (L.-M.)

- *Traité de l'absence et de ses effets*, Paris, Arthus-Bertrand, 1824

BLANC (L.)

- *Le socialisme, Droit au travail*, Éd. Bureaux du « Nouveau-Monde », 3e éd., 1849

BLANDY (S.)

- *Le procès de l'absent*, Impr. de F. Didot, Paris, coll. Bibl. des mères de famille, 1880

BOGAERT (E.)

- *La télévision*, Hachette, coll. Échos, 1987

BOURGEOIS (L.)

- *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Alcan, coll. Bibl. générale des sciences sociales, 1902
- *Solidarité*, A. Colin, 1896

BOUSQUET (L.-C.)

- *Jus romanum : de captivis et de postliminio et redemptis ab hortibus*, Éd. A. Poilleux, 1841

BOUTILLIER (S.), UZUNIDIS (D.) (dir.)

- *Réorganisations, changement du travail et renouvellement des compétences*, Presses de sciences Po, 2006

BOYER (L.), EQUILBEY (N.)

- *Évolution des organisations du management, Rétrospective et prospective*, EMS Éd., 2013

BRAIBANT (M.)

- *De la désindustrialisation à la tertiarisation, vers un mélange des genres*, Éd. Société des écrivains, 2015

BRAMI (L.), DAMART (S.), DETCHESSAHAR (M.) ET A.

- *L'absentéisme des personnels soignants à l'hôpital. Comprendre et agir*, Presses des mines, coll. Economie et gestion, 2014

BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)

- *Histoire économique et sociale de la France, L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours*, t. 4, PUF, 1980

BRIZAY (F.)

- *Les formes de l'échange. Communiquer, diffuser, informer, de l'Antiquité au XVIII^e siècle*, PUR, 2012

BROUARDEL (P.)

- *Le secret médical*, Éd. J.-B. Baillière et Fils, 1887

BUGNET (J.-J.)

- *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, Paris, t. 1, 1845

BUREAU (M.-C.), CORSANI (A.), GIRAUD (O.) (dir.)

- *Les zones grises des relations de travail et d'emploi*, t. 2, Teseo, 2024

BURET (E.)

- *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*, Paris, Paulin, 1840

BUREU (V.)

- *Du service militaire au service national universel. Entre regrets et opportunités*, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2023

CAMERLYNCK (G.-H.) (dir.)

- *Le contrat de travail*, t. 1, Dalloz, 2^e éd., 1982

CANDAU (P.)

- *Audit social*, Paris, Vuibert, 1989

CAPITANT (H.), CUCHE (P.)

- *Cours de législation industrielle. Licence, troisième année : coalitions et grèves, associations professionnelles, contrat de travail, réglementation légale du travail*, Dalloz, 2e éd., 1921

CASPER (J.-L.)

- *Traité pratique de médicale légale, trad. G. Gemer Baillère,* t. 1, Librairie médicale Gemer Baillère, 1862

CASSIN (R.)

- *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Sirey, 1914

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.)

- *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, 1999

COHEN (E.), BUIGUES (P.-A.)

- *Le décrochage industriel*, Éd. Fayard, 2014

COLLIN (F.), DHOQUOIS (R.) ET A. (dir.)

- *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, 1980

COMBEMALE (M.), IGALENS (J.)

- *L'audit social*, PUF, 2005

CONDÉ (L.)

- *Variations juridiques sur le thème du voyage*, PUTC, coll. IFR, 2015

CORNIL (G.)

- *Du louage de services ou contrat de travail. Étude sur les rapports juridiques entre les patrons et les ouvriers employés dans l'industrie*, Éd. Thorin & fils, 1895

CORRÉARD (F.)

- *Histoire contemporaine de l'Europe et de la France de 1789 à 1889*, Paris, G. Masson, 1892

COSTAZ (C.-A.)

- *Essai sur l'administration de l'agriculture, du commerce, des manufactures et des subsistances*, Paris, Imp. Mme Huzard, 1818

COUFFIGNAL (L.), PAYCHA (F.)

- *L'information*, Éd. Structure et évolution des techniques, 1956

COUTROT (T.)

- *Critique de l'organisation du travail*, Éd. La découverte, coll. Repère, 2002

DAGONET (J.), DUHAMEL (G.)

- *Traité des maladies mentales*, Paris, 1894

DELEPLACE (G.)

- *Histoire de la pensée économique*, Éd. Dunod, 3e éd., 2018

DEMICHEL (A.)

- *Le secret médical*, BNDS, coll. Essentiel, 2001

DEPEIGE (J.)

- *Étude sur les effets civils des condamnations pénales*, F. Salmon & F. Pichon, 1889

DESPAX (M.)

- *Le droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1967

DESQUIRON DE SAINT-AGNAN (A.-T.)

- *Traité de la mort civile en France*, Guien et cie, 1822

DEVAUX (E.)

- *La grève dans les services publics*, t. 1, PULIM, coll. Publications faculté de droit, 1995

DIDIOT (J.)

- *Pensées de Blaise Pascal*, Société de Saint-Augustin, Desclée de Brouwer, 1896

DOLAN (S.-L.), GOSSELIN (E.), CARRIÈRE (J.)

- *Psychologie du travail et comportement organisationnel*, Gaëtan Morin éd., 4ème éd., 2002

DREYFUS (M.)

- *Liberté, égalité, mutualité. Mutualisme et syndicalisme. 1852-1967*, Les éditions de l'Atelier, 2001

DUFOURCQ (N.)

- *La désindustrialisation de la France : 1995-2015*, Éd. Odile Jacob, 2022

DUPIN (A.)

- *L'ouvrier*, Éd. C. Delagrave, 1904

DUPUY (C.), SARFATI (F.)

- *Gouverner par l'emploi. Une histoire de l'école 42*, Éd. Humensis, 2022

DURANTON (A.)

- *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, Éd. C. Thorel et Guilbert, 1844

DURKHEIM (E.)

- *De la division du travail social*, PUF, 2e éd, coll. Quadrige, 1930
- *De la division du travail social*, PUF, 8e éd., coll. Bibl. de philosophie contemporaine, 1893

ELLEBOODE (C.)

- *La division du travail. De l'économie au social*, A. Collin, 2006

ELLIS (W. C.)

- *Traité de l'aliénation mentale, ou de la nature, des causes, des symptômes et du traitement de la folie, comprenant des observations sur les établissements d'aliénés,* Éd. Rouvier, 1840

FAÏCK (D.)

- *Le travail. Anthropologie et politique. Essai sur Rousseau*, Éd. Droz, coll. Bibl. des Lumières, 2009

FALGAS (A.), GARNIER (G.), KALFLÈCHE (G.)

- *Les avis du Conseil d'État (1914-1918). Assurer la permanence de l'État en temps de guerre*, Mare & Martin, coll. Droit public, 2024

FAVENNEC-HÉRY (F.)

- *Le travail à temps partiel*, (dir.) B. Teyssié, Litec, coll. Pratique sociale, 1997

FERRIÈRE de (C.)

- *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, Paris, t. 3, 1685

FLORIOT (R.)

- *Le droit nouveau : principaux textes des lois, décrets, circulaires et ordonnances parus entre l'armistice et le 20 novembre*, Librairie française de documentation, Paris, 1940

FREDJI (C.)

- *La France au XIXe siècle*, PUF, 2009

FREYSSENET (M.)

- *Les rapports de production : travail productif et travail improductif*, Paris, CSU, 1971

GARRIGOU-LAGRANGE (A.), PENOUIL (M.)

- *Histoire des faits économiques de l'époque contemporaine*, Dalloz, coll. Précis, 1999

GAUDEMAR de (J.-P.)

- *L'ordre et la production. Naissance et formes de la discipline dans les usines*, Éd. Dunod, 1982

GERBER (F.)

- *Coûts du travail et législation sur la protection de l'emploi*, Éd. Les ozalids d'Humensis, 2021

GIRAUD (C.)

- *De l'ancien droit coutumier français*, Paris, Cotillon, 2nde éd., 1875

GLASSON (E.-D.)

- *Le Code civil et la question ouvrière*, Éd. F. Pichon, 1886

GORCE (M.-M.)

- *L'essor de la pensée au Moyen Âge. Albert Le Grand – Thomas d'Aquin*, Slatkine Reprints, Genève, 1978

GRATIOT (A.)

- *Distribution des prix faite aux enfants*, Essones, 1848

GREENAN (N.), MAIRESSE (J.) (dir.)

- *Réorganisations, changement du travail et renouvellement des compétences*, Presses de sciences Po, 2006

GROUX (G.), PERNOT (J.-M.)

- *La grève*, Presses de Sciences Po, coll. Contester, 2008

GRYNBAUM (L.), NICOD (M.)

- *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004

GUILLOUX (P.)

- *Le congé individuel de formation : Genèse et évolution d'un droit (1966-1996)*, L'Harmattan, 1996

GURVITCH (G.)

- *La vocation actuelle de la sociologie*, PUF, coll. Bibl. de sociologie contemporaine, 1950

HERZBERG (F.), MAUSNER (B.), SNYDERMAN (B.)

- *The motivation to work*, New York, John Wiley and Sons, 1959

HOAREAU-DODINAU (J.), MÉTAIRIE (G.)

- *L'absence. Du cas de l'absent à la théorie générale de l'absence*, PULIM, coll. Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique, 2011

IMBERT (P.)

- *Des rapports entre patrons et ouvriers dans la grande industrie*, Paris, 1902

JACQMIN (P.), ERTAINTOT (R.-L.)

- *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, droits des patrons et des ouvriers*, Éd. Plon, Nourrie et Cie, 1899

JARDILLIER (P.), BAUDUIN (H.)

- *L'absentéisme : mythes et réalités*, Éd. Entreprise moderne, coll. Centor, 2e éd., 1984

JARRIGE (F.)

- *Technocritiques. Du refus des machines à la contestation des technosciences*, La Découverte, 2016

JÈZE (G.)

- *Les principes généraux du droit administratif : La technique juridique en droit français*, t. 1, rééd. Dalloz 1925

JOSÈPHE (P.), MURET (J.-P.)

- *L'information, communiquer avec les citoyens dans la commune,* préf. P. Mauroy, Éd. Syros, 1983

JOURNIAC (A.), (dir.)

- *Recherches cliniques sur le délire hypocondriaque : valeur séméiologique*, BNF, 1888

KARILA-COHEN (P.), WILFERT (B.)

- *Leçon d'histoire sur le syndicalisme en France*, PUF, coll. Major, 1998

KHARABA (I.), DAUMAS (J.-C.), MIOCHE (Ph.)

- *La désindustrialisation, une fatalité ?*, PUFC, 2017

KNITTEL (F.), MARIOTTI (N.), RAGGI (P.)

- *Le travail en Europe occidentale des années 1830 aux années 1930*, Ellipses, 2020

KRYNEN (J.) (dir.)

- *Le Droit saisi par la Morale*, PUTC, coll. Travaux de l'IFR, 2005

LAMARD (P.), STOSKOPF (N.)

- *1974-1984, une décennie de désindustrialisation. Actes des Premières Journées d'histoire industrielle, Mulhouse-Belfort, 11-12 octobre 2007*, Éd. Picard, 2009

LAVOINNE (Y.)

- *La radio*, Larousse, coll. Idéologies et sociétés, 1980

LE BAS (C.)

- *Histoire sociale des faits économiques. La France au XIX^e siècle*, PUL, 1984

LE CAMUS d'HOULOUVE (B.-L.)

- *Coutumes du Boulonnois conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens et de Montreuil*, Paris, t. 1, 1777

LE GALL (Y.), GAUTIER (D.), LEGAL (P.) (dir.)

- *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à P.-J. Hesse*, PU de Rennes, 2003

LE GOFF (J.)

- *Les intellectuels au Moyen Âge*, Éd. Points, coll. Histoire, 2014
- *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail. Des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. L'univers des normes, 2004

LÉGERON (P.)

- *Le stress au travail. Un enjeu de santé*, Odile Jacob, 2015

LEROUX (P.)

- *De l'humanité*, Perrotin, 1840 *De l'humanité*, Perrotin, 1840

LETT (D.)

- *Crimes, genre et châtiments au Moyen-Âge. Hommes et femmes face à la justice (XIIe-XVe siècle)*, A. Colin, coll. U, 2024

LINDENMEYER (C.), D'ORTHO (M.-P.) (dir.)

- *Santé connectée*, Éd. CNRS, coll. Les Essentiels d'Hermès, 2022

LOKIEC (P.)

- *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015

LOMBA (C.), DESHAYES (J.-L.)

- *Les désindustrialisations (re)visitées,* Éd. du croquant, 2017

LORENZI (J.-H.), PASTRÉ (O.), TOLEDANO (J.)

- *La crise du XX^e siècle*, Economica, 1980

LOUART (P.)

- *Gestion des ressources humaines*, Eyrolles, 1993

LYON-CAEN (A.), LOKIEC (P.) (dir.)

- *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004

LYON-CAEN (G.)

- *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1992

MAITTE (C.), TERRIER (D.)

- *Les rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècles*, La Dispute, coll. Travail et salariat, 2020

MANDONNET (P.-F.)

- *Aristote et le mouvement intellectuel du Moyen Age*, Imp. et librairie de l'œuvre de Saint-Paul, Fribourg, 1899

MARCHAND (H.)

- *Du captif romain et des effets de l'absence sur les biens*, Versailles, 1870

MARCHAND (O.), THÉLOT (C.)

- *Deux siècles de travail en France*, INSEE, coll. Études, 1991

MARX (K.)

- *Le capital : critique de l'économie politique*, Paris, Éditions sociales, 1967
- *Œuvres Économie*, préf. F. Perroux, t. 1, Gallimard, 1965

MASLOWSKI (S.), TROUP (T.) (dir.)

- *L'abus de droit. Actes du colloque franco-tchèque, 2015*, Centre de droit comparé de l'Université Charles de Prague, Prague, 2016

MATHELOT (P.), TANDEAU DE MARSAC (B.), TONIN (P.)

- *La bureautique*, PUF, 2e éd., coll. Que sais-je ?, 1985

MATTELART (A.), VITALIS (A.)

- *Le profilage des populations. Du livret ouvrier au cybercontrôle*, La Découverte, 2014

MAUSS (M.)

- *Sociologie et anthropologie*, PUF, coll. Quadrige, 1950

MAYO (E.)

- *The social problems of an Industrial Civilization,* Harvard, 1945

MERLIN (R.)

- *Le contrat de travail, les salaires, la participation aux bénéfices*, Paris, F. Alcan, 1907

MERRIEN (F.-X.), PARCHET (R.), KERNEN (A.)

- *L'état social. Une perspective internationale*, Armand Colin, 2005

METTLING (B.)

- *Transformation numérique et vie au travail*, sept. 2015

MEULEMAN (F.)

- *Vaincre l'absentéisme*, Éd. Dunod, 2011

MEYER (F.), PRIVET (L.)

- *Agir pour la santé au travail dans les petites entreprises*, PUS, 2002

MICHEL (J.)

- *La condition actuelle des ouvriers dans les grandes industries*, Grenoble, Baratier et Dardelet, 1876

MOLITOR (P.)

- *Les obligations en droit romain : avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*, t. 1, Éd. A. Durand, 2e éd., 1866

MOLLOT (F.-E.)

- *Le contrat de louage, d'ouvrage et d'industrie, expliqué aux ouvriers et à ceux qui les emploient selon les lois, règlements et usages, et la jurisprudence des conseils de prud'hommes*, Éd. Napoléon Chaix et cie, 1846

MONNEUSE (D.)

- *L'absentéisme au travail : de l'analyse à l'action !*, Éd. Afnor, 2015
- *Le surprésentéisme. Travailler malgré la maladie*, Préf. J.-P. Brun, Éd. De Boeck, coll. Méthodes et recherches, 2013

MONTFALCON (J.-B.)

- *Histoire des insurrections de Lyon, en 1831 et 1834*, Lyon, L. Perrin, Paris, 1834

MONTREYNAUD (F.)

- *L'aventure des femmes XXe-XXIe siècle*, Nathan, 2011

MORELLE (A.), TABUTEAU (D.)

- *La santé publique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2023

MORISOT (H.)

- *Patrons et salariés devant les lois sociales*, Gazette des Prud'hommes, 1938

MOURLON (F.)

- *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. 1, Éd. A. Marescq et E. Dujardin, 1853

NAUDEAU (L.)

- *La France se regarde : Le problème de la natalité*, Librairie Hachette, Paris, 1931

NICOD (M.) (dir.)

- *Les affres de la qualification juridique*, LGDJ, PUTC, 2015

OTTO HIRSCHMAN (A.)

- *Exit, Voice and Loyalty : Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1970

PAUGMAN (S.)

- *Le salarié de la précarité. Les nouvelles formes de l'intégration professionnelle*, PUF, coll. Quadrige, 2015

PÉLISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKÈS (E.)

- *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 5e éd., 2008

PERETTI (J.-M.)

- *Ressources humaines*, Éd. Vulbert, 19e éd., 2024
- *Dictionnaire des ressources humaines*, Éd. Vuibert, 7e éd., 2015

PERETTI (J.-M.), VACHETTE (J.-L.)

- *Audit social*, Éditions d'organisation, 1987

PERREAU (C.), FAGNOT (F.)

- *Le contrat de travail : examen du projet de loi du gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective*, Paris, F. Alcan, 1907

PERROT (M.)

- *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Éd. des hautes études en sciences sociales, t. 2, 2013
- *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Éd. des hautes études en sciences sociales, t. 1, 2001

PIC (P.)

- *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, A. Rousseau, 3e éd., 1909

PIGENET (M.), TARTAKOWSKY (D.)

- *Histoire des mouvements sociaux en France, De 1814 à nos jours*, La découverte, coll. Sciences humaines et sociale, 2014

PLATON

- *La République, Septième Livre,* trad. et introduit par B. Aubé, Hachette, 1879

POLANYI (K.)

- *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. C. Malamoud, préf. L. Dumont, Gallimard, coll. Bibl. des sciences humaines, 1983

PONTHIEU (G.)

- *La radio*, Hachette, coll. Échos, 1987

RAY (J.-E.)

- *Droit du travail Droit vivant, La relation individuelle de travail*, Éditions Wolters Kluwer, 26e éd., 2018

RENAULT (C.)

- *Histoire des grèves*, Éd. Guillaumin, 1887

RIMBERT (P.)

- *Du capital de Marx au socialisme*, Éd. EDI, 1987

RIVERO (J.), SAVATIER (J.)

- *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis, 1970

ROCHEFOUCAULT de La (F.)

- *Mémoire 41 de la minorité de Louis XIV*, 1688

ROUAST (A.), GIVORD (M.)

- *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelle*s, Dalloz, 1935

ROUGHOL-VALDEYRON (D.)

- *Recherches sur l'absence en droit français*, préf. P.-C. Timbal, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1970

ROUSSEAU (T.)

- *Absentéisme et conditions de travail : l'énigme de la présence*, Éd. réseau ANACT, 2012
- *L'absentéisme, outils et méthodes pour agir*, ANACT, 2009

RUDE (F.)

- *Les révoltes des canuts (1831-1834)*, La Découverte, 2007

SACHS (T.), (dir.)

- *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012

SALLE (A.)

- *De la déportation et de la relégation en droit romain. De l'inviolabilité du domicile*, Imp. Moquet, 1886

SCHWEITZER (S.)

- *Des engrenages à la chaîne : Les usines Citroën (1915-1935)*, PUL, 1982.

SÉRIAUX (A.)

- *Les personnes*, PUF, 2e éd., coll. Que sais-je ?, 1997

SCELLE (G.)

- *Le droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle*, Éd. A. Colin, 2e éd., 1929

SHMES (dir.)

- *La circulation des nouvelles au Moyen Âge*, Éd. de la Sorbonne, 2019

SIROT (S.)

- *La grève en France, Une histoire sociale (XIXe-XXe siècle)*, Odile Jacob, 2002

SMITH (L.)

- *Les coalitions et les grèves d'après l'histoire et l'économie politique*, Éd. Guillaumin, 1886

SMITH (A.)

- *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, t. 6, Éd. Veuve Agasse, 2nde éd., 1822
- *La richesse des Nations,* 1776

SOULATGÈS (J.)

- *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse en latin et en français*, Toulouse, 1770

STUART MILL (J.)

- *Système de logique déductive et inductive*, Paris, éd. Ladrange, t. 1, 1866

SUPIOT (A.)

- *Le travail n'est pas une marchandise*, Collège de France, coll. Leçons de clôture, 2019
- *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2016
- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 2016
- *Le droit du travail confronté à l'économie,* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005

TAYLOR (F.-W.)

- *The principles of scientific management*, Éd. Harper & Brothers, 1919

TERROU (F.)

- *L'information*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1992

TEYSSIÉ (B.)

- *L'absence. Loi du 28 décembre* 1977, LITEC, 1979

THÉVENET (M.), VACHETTE (J.-L.)

- *Culture et comportements*, Paris, Vuibert, 1992

THOEMMES (J.)

- *Vers la fin du temps de travail ?*, PUF, 2000

THOMPSON (E.-P.)

- *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, La fabrique, 2004

TILLY (L.A), SCOOT (J.W.), LEBAILLY (M.) (tard.)

- *Les femmes, le travail et la famille*, Payot, 2002

TUSSEAU (G.)

- *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, 2009

VILBROD (A.)

- *Travailler en étant malade*, L'Harmattan, 2022

VILLERMÉ (L.-R.)

- *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, t. 1, Paris, J. Renouard et cie, 1840
- *De la santé des anciens ouvriers employés dans les fabriques de soie, de coton et de laine*, Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut sur l'état physique et moral des ouvriers, 1840

VIOULAC (J.)

- *L'époque de la technique, Marx, Heidegger et l'accomplissement de la métaphysique*, PUF, coll. Épiméthée, 2015

VITALIS (A.)

- *Informatique, pouvoir et libertés*, préf. J. Ellul, Economica, coll. Politique comparée, 2e éd., 1988

WARNECK (W.)

- *La réglementation des grèves dans l'Union des 27 et au-delà. Synthèse comparative*, Institut syndical européen pour la recherche, la formation et la santé et sécurité, Bruxelles, 2008

WEBER (E.)

- *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale 1870-1914*, Éd. Fayard, 1983

WEIJERS (O.)

- *Méthodes et instruments du travail intellectuel au Moyen âge : études sur le vocabulaire*, Ed. Brepols, 1990

WEIL (S.)

- *La condition ouvrière*, Gallimard, coll. Espoir, 1951

WEISS (D.)

- *Relations industrielles. Le travail et l'organisation, l'individuel et le collectif*, Éd. Sirey, coll. « Administration des entreprises », 1980

IV- THÈSES ET MÉMOIRES

ACHMET (V.)

- *Les modalités de gestion de l'absentéisme des infirmiers : influences des relations entre leaders et subordonnés, conséquences sur le présentéisme et sur la santé : une étude dans le secteur hospitalier public français*, Thèse, Université de Montpellier, 2020

ADNET (J.)

- *Droit romain : Le louage de services. Droit français : Le salaire et le collectivisme*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. A. Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1892

ALBERT (A.)

- *Absentéisme au travail : l'absence comme moyen de rétablir l'équité au travail lors d'iniquités perçues*, Mémoire de la maîtrise en gestion des organisations, Université du Québec à Chicoutimi, 2005

ARON (G.)

- *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Thèse, Paris, 1895

BARTHÉLÉMY (E.)

- *De la résiliation du contrat de louage de services (Loi du 27 décembre 1890)*, Thèse, A. Bedone, 1896

BEHENNE (G.)

- *Du postliminium en droit romain et des effets de l'absence sur les biens en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Éd. F. Pichon, 1873

BENTO De CARVALHO (L.)

- *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. G. Auzero, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, t. 73, 2018

BÉRAUD (J.-M.)

- *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, préf. J. Pélissier, t. 7, Sirey, coll. Bibl. de Droit du travail et de la Sécurité sociale, 1980

BIGI (M.)

- *Reconnaissance et organisation du travail. Perspectives françaises et européennes*, Thèse de sociologie, Conservatoire des arts et métiers, 2016

BOUVILLE (G.)

- *L'influence de l'organisation et des conditions de travail sur l'absentéisme : analyse quantitative et étude de cas*, Thèse, Rennes 1, 2009

CAMAJI (L.-E.)

- *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008

CHESNEAU (A.)

- *Théorie du droit de rétention en droit français*, Thèse, Université de Bordeaux, 1879

CHEVRON (A.)

- *De l'abandon de poste*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Nancy, 1919

COQUET (B.)

- *Étude du phénomène d'absentéisme dans une entreprise*, Thèse, Université de Bourgogne, 1980

CRETON (F.)

- *Effets de la condition sur le transport des droits réels en droit romain. De l'instabilité des droits créés par l'héritier ou le donataire en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1885

CRISTAU (A.)

- *Grève et contrats*, Thèse, Faculté de droit Paris I, 1999

DEMAY (S.)

- *La charge de travail à l'ère du numérique. Réflexion sur la santé au travail*, préf. Y. Pagnerre, Thèse, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2023

DERROS (E.)

- *L'hôpital malade de l'absentéisme santé : évaluation socio-économique des congés « maladie » non ordinaires chez les personnels non médicaux dans trois établissements publics d'Auvergne*, Thèse, Clermont-Ferrand 1, 2012

DESPAX (M.)

- *L'entreprise et le droit*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1956

DRAI (L.)

- *Le droit du travail intellectuel*, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2003

DUBLINEAU (S.)

- *L'influence de la maladie du salarié sur le contrat de travail*, Thèse, Université Paris 2, 2004

FERRAND (J.)

- *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée*, Thèse de droit, Faculté de Paris, 1897

FONT (N.)

- *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. de Thèses, 2009

FOURRÉ (B.)

- *Critères décisionnels de prescription des arrêts de travail : une enquête transversale en médecine générale*, Thèse de médecine, Université Lyon I, 2006

GARDES (D.)

- *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, 2013

GARDIN du (H.)

- *Étude sur les empêchements au mariage en droit romain et sur les empêchements dirimants en droit français*, Thèse, Confolens, 1880

GARNIER (S.)

- *Droit du travail et prévention. Contribution à l'étude d'un nouveau paradigme*, préf. F. Héas, LGDJ, coll. Bibl. de droit social t. 77, 2019

GIRAUDET (C.)

- *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse, Paris X, 2014

GIRIER-TIMST (M.)

- *Le décompte du temps de travail*, Thèse dactyl., 2024

GOUROUBERA (D.)

- Mémoire de fin de formation « Absentéisme au travail : étude comparée secteur public - secteur privé (cas de Cotonou) », ENA, 1995-1998

GUIOMARD (F.)

- *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse Université Paris X Nanterre, 2004

HALLE (H.)

- *La question des règlements d'atelier*, Thèse, Paris, A. Bonnet, 1904

HÉAS (F.)

- *Le reclassement du salarié en droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, t. 34, 2000

HUGUENEY (J.)

- *Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise*, Thèse, Paris, 1948

HUVER (B.)

- *Du présentéisme au travail. Mesures et facteurs explicatifs*, Thèse de sciences économiques, Université de Lille, 2013

ILIENA (V.)

- *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, préf. A. Lyon-Caen, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. des Thèses, 2020

JOHANSSON (A.)

- *La détermination du temps de travail effectif*, préf. F. Meyer, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2006

JOLY (H.)

- *Diriger une grande entreprise au XXe siècle. L'élite industrielle française*, préf. P. Fridenson, Presses Universitaires François-Rabelais, coll. Perspectives historiques, 2013

JOLY (L.)

- *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2015

LAVEFVE-LABORDERIE (A.-S.)

- *La pérennité contractuelle,* préf. C. Thiberge, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 447, 2005

LE BALCH (V.)

- *Les présomptions en droit social*, ANRT, coll. Thèse à la carte, 1999

LE SAULNIER (A.)

- *Droit romain du travail salarié à Rome*, Thèse, Université de Paris, Éd. A. Rousseau, 1888

LESTRA (L.)

- *De l'abandon de poste*, Thèse, Université de Harvard, 1917

LOKIEC (P.)

- *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2004

LONIS-APOKOURASTOS (V.)

- *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature »*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003

MALECKI (C.)

- *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 321, 1999

MARTINON (A.)

- *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. B. Teyssié, Dalloz, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 48, 2005

MESNARD (D.)

- *Absentéisme : phénomène maîtrisable ou fatalité*, Thèse, Université de Bourgogne, 1997

MICHAUD (C.)

- *La peine et l'intérêt général*, Thèse, Université de Poitiers, 2011

MOLFESSIS (N.)

- *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 287

MONTVALON De (L.)

- *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, préf. L. Casaux-Labrunée, LGDJ, coll. Bibl. de droit social t. 79, 2021

MONVOISIN-LESBATS (A.)

- *Contribution à l'étude juridique du travailleur indépendant*, Thèse, Université de Nantes, 2004

PAILLARD (B.)

- *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. Robert, LGDJ, Bibl. des sciences criminelles, 2007

PALLANTZA (D.)

- *La créance de salaire*, préf. G. Loiseau, L'Harmattan, coll. Thèses & travaux universitaires, 2014

PIGEARD (A.)

- *La loi Jourdan-Delbrel du 19 fructidor an VI : application et évolution en France du 5 septembre 1798 au 4 juin 1814*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 1997

PLANTIER (A.)

- *Le livret des ouvriers*, Thèse, Faculté de Paris, 1900

POGNON (L.-A.)

- *Absentéisme professionnel et valeurs au travail : étude des déterminants sociodémographiques et attitudinaux du travail : cas de la République du Bénin*, Thèse, Université Paris 10, 1992

PRADEL (V.)

- *Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé*, Thèse Paris V, 2013

RADÉ (C.)

- *Droit du travail et responsabilité civile*, préf. J. Hauser, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 282

REBEYROLLE (J.)

- *Forme et fonction de la définition en discours*, Thèse, Université Toulouse 2, 2000

REVET (T.)

- *La force de travail : étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992

RIVOLIER (M.)

- *La communauté de travail*, Thèse, Paris 1, 2023

ROBINNE (S.)

- *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, thèse, PUP, coll. Études, 2003

ROUGIER (R.)

- *Droit romain, de la procédure contre les absents. Droit français, des jugements correctionnels par défaut*, éd. L. Larose & Forcel, 1893

ROYER (J.-P.)

- *Les conseils de prud'hommes au XIXe siècle. Entre état, patrons et ouvriers : les linéaments de la justice du travail (1806-1868)*, Thèse dactyl., 2020

RUMEUR (M.)

- *L'enseignement médical en France : quelle évolution au cours des siècles ? Quelle place pour la médecine générale ?*, Thèse de médecine, Faculté de médecine de Rouen, 2016

SCHMITT (L.-M.)

- *Les définitions en* droit privé, préf. J. Julien, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2017

SOINNE (B.)

- *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise*, préf. G.-H. Camerlynck, LGDJ, coll. Bibl. de droit social, t. XII, 1970

SOUSSE (M.)

- *La notion de réparation de dommages en droit administratif français,* préf. J.-M. Pontier, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1994

TEUBNER (G.)

- *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, 1994

THOMAS (S.)

- *La compétence du salarié,* préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, coll. des thèses de l'IFR, Droit privé, 2018

THOMSIN (L.)

- *Télétravail et mobilités*, Thèse, Université de Liège, 2002

TREMPÉ (R.)

- *Les mineurs de Carmaux 1848-1914*, préf. J. Godechot, t.1, Thèse, Les éditions ouvrières, 1971

VAN DEN TORREN (C.-M.)

- *L'absence du salarié,* Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1986

VIGNET (M.)

- *Absentéisme différencié des femmes et des hommes dans un métier mixte : l'exemple des factrices et des facteurs*, Thèse, Université Lyon Lumière, 2017

V- ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS

ACAR (B.), BÉLIER (G.)

- « "Astreintes" et temps de travail », *Dr. soc.* 1990, p. 502

ADAM (P.)

- « Mécanique de la démission présumée », *RJS* 2023, p. 7
- « Grève dans le secteur privé – Généralités sur la grève », Rép. trav. Oct. 2020, §27
- « De la responsabilité civile du salarié », *Dr. soc.* 2018, p. 465
- « De quoi la "faute" et la "sanction" sont-elles le nom ? », *RDT* 2015, p. 590
- « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in La volonté du salarié,* T. Sachs (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 36

AGLIETTA (M.)

- « Quelques réflexions sur le travail productif à propos d'une incursion chez les grands anciens », *Revue économique* 1977, p. 134

ALDENHOFF-HÜBINGER (R.)

- « Deux pays, deux politiques agricoles ? Le protectionnisme en France et Allemagne (1880-1914) », *Revue Histoire et sociétés rurales* 2005, p. 65

AMAUGER-LATTES (M.-C.)

- « Prévention et traçabilité des expositions professionnelles : ambivalence et difficultés de mise en œuvre de la loi du 2 août 2021 », *Dr. soc.* 2021, p. 897
- « Vers un renforcement de la prévention des risques après l'ordonnance du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *SSL* 2017, n° 1765
- « Pénurie de médecins du travail et visites médicales obligatoires », *Dr. soc.* 2011, p. 131
- « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *JCP E* 2004, 1546
- « La faute du salarié », *D.* 2001, p. 2698

AMSELEK (P.)

- « La part de la science du droit dans les activités des juristes », *D.*, 1997, chron. p. 337

ANHEIM (E.), PIRON (S.)

- « Le travail intellectuel au Moyen Âge. Institutions et circulations », *Revue de synthèse* 2008, p. 481

ANTONMATTEI (P.-H.)

- « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571
- « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *Dr. soc.* 2016, p. 457

ARONSON (G.), GUSTAFSSON (K.), DALLNER (M.)

- « Sick but yet at work. An empirical study of sickness presenteeism », *Journal of epidemiology and community health n° 54*, 2000, pp. 502-509

ARTIGUE d' (C.)

- « La volonté claire et non équivoque de démissionner : une notion délicate à cerner », *Lexbase soc.* 2003, p. 61

AUBERT-MONPEYSSEN (T.)

- « Portée du changement d'horaire de travail », *D.* 2000, p. 377

AUBIN (G.)

- « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 635

AUMERAN (X.), KEIM-BAGOT (M.)

- « Accidents du travail et maladies professionnelles : l'éternelle ritournelle ? », *Dr. soc.* 2023, p. 572

AUVERGNON (Ph.)

- « Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p. 786

AUZERO (G.)

- « La notion d'"emploi similaire" et son respect par l'employeur », *Lexbase soc.* 2010, n° 390

BABIN (M.)

- « Le refus de prendre des mesures appropriées envers un travailleur handicapé peut rendre nul son licenciement pour inaptitude », *JCP S* 2020, 2077
- « L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche », *JCP S* 2016, p. 1011

BACQUET (A.)

- « Règlement intérieur et libertés publiques », *Dr. soc.* 1980, p. 313

BADEL (M.)

- « Médecin du travail et médecin de ville. La personne du travailleur au croisement des médecines », *Dr. soc.* 2021, p. 892
- « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, p. 644

BAKER-McCLEARN (D.), GREASLEY (K.), DALE (J.) et GRIFFITH (F.)

- « Absence management and presenteeism : the pressures on employees to attend work and the impact of attendance on performance », *Human ressource management journal*, vol. 20, n° 3, 2010, pp. 311-328

BAKOUCHE (D.)

- « Incertitude sur l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle ? », *Lexbase pr.* 2008, n° 325
- « L'assimilation de la faute contractuelle et délictuelle », *Lexbase pr.* 2003, n° 69

BALLOUHEY (B.)

- « Reclassement sur un autre poste : contrôle rigoureux de la similitude des emplois », *JSL* 2010, p. 15

BARÈGE (A.)

- « Le droit disciplinaire et la convention collective », *JCP S* 2021, p. 18

BARNAY (T.), FAVROT (J.), POLLAK (C.)

- « Les arrêts maladie de longue durée pénalisent les trajectoires professionnelles », *DRESS Études et résultats* 2015, n° 938

BARRY (V.), BENDOUNAN (A.)

- « Les licenciements de CDI pour faute grave ou lourde refluent depuis l'été 2022 », *DARES publication* 31 oct. 2023

BARTHÉLÉMY (J.)

- « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », *Dr. soc.* 2003, p. 25
- « Les relations du salaire et des temps de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 581
- « Temps de travail, cycle, modulation », *Dr. soc.* 1994, p. 955

BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.)

- « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *Dr. soc.* 2015, p. 47
- « Le développement du temps vraiment "choisi" », *Dr. soc.* 2002, p. 135

BATAILLE-NEVEJANS (N.)

- « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.* 2004, p. 335

BAUGARD (D.)

- « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2014, p. 332

BAUGARD (D.), COQUET (B.), HEYER (E.)

- « Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p. 452

BÉAL (S.)

- « Les limites à la liberté de la rupture de la période d'essai », *JCP E* 2004, p. 646

BÉAL (S.), DODET (A.-L.)

- « Quelles exceptions d'inexécution l'employeur peut-il soulever pour s'opposer au paiement des honoraires de l'expert mandaté par le CHSCT ? », *JCP E* 2014, p. 1096

BÉAL (S.), FERREIRA (A.)

- « Le temps de déplacement pendant l'astreinte », *JCP E* 2008, p. 38

BEATRIZ (M.), ERB (L.)

- « Comment évolue la pratique du télétravail depuis la crise sanitaire ? », *DARES Analyses* 5 nov. 2024, p. 1

BEHREND (H.), POCOCK (S.)

- « Absentéisme industriel : résultat d'une étude de six ans dans une entreprise », *Revue internationale du travail* 1976, p. 345

BELDA (P.)

- « Le logement ouvrier patronal : du monopole privé à l'intervention publique (1850-1939) », *Rev. Droit et ville* 2020, pp. 94-114

BELLIS (K.)

- « La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot », *Revue juridique de l'Ouest* 2015, p. 9

BELORGEY (G.)

- « Le droit de grève et les services publics », *RIDC* 1965, p. 776

BÉNOIT (F.-P.)

- « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 23

BENTO DE CARVALHO (L.)

- « Démission sur un coup de texte », *SSL* 2022, n° 2018

BÈQUE (M.)

- « Conciliation difficile entre vie familiale et vie professionnelle. Quels sont les salariés les plus concernés ? », *DARES Analyses n° 045* 2019, p. 1

BERGEAUD (A.), CETTE (G.), DRAPALA (S.)

- « Télétravail et productivité avant, pendant et après la pandémie de Covid-19 », *Économie et statistique* 2023, p. 77

BERTHE (B.), DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.), DUMAS (M.)

- « Le présentéisme du personnel soignant et son traitement par le droit », *Rev. française des affaires sociales* 2021, p. 215

BERNARDINI (M.), CREPIN (M.-Y.)

- « L'absence dans la jurisprudence (1800-1820) », *Revue juridique de l'Ouest* 2005, p. 335

BIDET (A.), PORTA (J.)

- « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT* 2016, p. 328

BIN (F.)

- « La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français », *in* L. Tichy, S. Maslowski, T. Troup (dir.), *L'abus de droit. Actes du colloque franco-tchèque, 2015*, Centre de droit comparé de l'Université Charles de Prague, Prague, 2016, p. 11

BIOTTI (F.)

- « Les disparus et les absents. Quelques mots d'histoire du droit », *Études sur la mort* 2019, p. 13

BIOY (X.)

- « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… », *in* G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, 2009, p. 21
- « Le droit à la personnalité juridique », *in* X. Bioy (dir.), *La personnalité juridique*, PUTC, 2013, p. 97

BLAISE (H.)

- « La période d'essai, dix années de jurisprudence », *RJS* 1989, p. 215

BLAZY (A.)

- « Pèlerin, vagabond et droit au Moyen-Âge : l'important ce n'est pas le voyage mais la destination », *in* L. Condé (dir.), *Variations juridiques sur le thème du voyage*, PUTC, coll. IFR, 2015, p. 19

BLOCH (L.)

- « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA* 2006, p. 5

BOBILLIER-CHAUMON (M.-E.)

- « Évolution et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité », in *Le travail humain*, PUF, 2003, p. 162

BOËNE (B.)

- « La professionnalisation des armées : contexte et raisons, impact fonctionnel et sociopolitique », *Rev. fr. de sociologie* 2003, p. 647

BOHBOT SEBBAN (V.)

- « Quelques enjeux pratiques autour de l'entrée en vigueur du nouveau CERFA de déclaration des arrêts maladie au 1er septembre 2025 », *Lexbase Social* sept. 2025, n° 1015

BONASTRE (J.-B.)

- « Progrès technique et évolution agricole », *Revue Économie rurale* 1971, p. 39

BONNECHÈRE (M.)

- « La protection du droit fondamental du salarié à la santé : réintégration – indemnisation », *Dr. ouvr.* 2012, p. 802

BONNIN (V.)

- « Le contrat de travail éclairé par l'article 1108 (ex-1104) du code civil », *RDT* 2017, p. 771
- « Les limitations du droit de grève fondées sur les droits des tiers au conflit », *Dr. soc.* 2013, p. 424
- « Le départ en congé sabbatique : l'exercice d'un droit par le salarié », *RDT* 2008, p. 308

BORDAS (V.)

- « La distinction entre maladie professionnelle et non professionnelle », *JT* 2025, n° 281, p. 17

BORGETTO (M.)

- « La protection sociale en chantier(s) », *RDSS* 2017, p. 975
- « Brèves réflexions sur les apports et les limites de la loi créant la CMU », *Dr. soc.* 2000, p. 30

BORGETTO (M.), LAFORE (R.)

- « Le principe de solidarité dans la pensée de Jean-Jacques Dupeyroux », *Dr. soc.* 2022, p. 294

BOSSU (B.)

- « Quel contrat de travail au XXIe siècle ? », *Dr. soc.* 2018, p. 232
- « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p. 26

BOUCHET (H.)

- « À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 78

BOULAY-ESPÉRONNIER (C.), CUKIERMAN (C.), SAUTAREL (S.)

- « 8 questions sur l'avenir du télétravail, vers une révolution du travail à distance ? », *Rapport d'information Sénat* 2021, pp. 10-11

BOUSSEZ (F.)

- « Requalification et droit à l'emploi », *JCP S* 2017, p. 18

BOUVILLE (G.)

- « Absentéisme et conditions de travail au féminin : une frontière méconnue au sein des organisations », *Revue interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2014, p. 3

BOYER (R.), SCHMEDER (G.)

- « Division du travail, changement technique et croissance. Un retour à Adam Smith », *Revue française d'économie* 1990, p. 128

BRAMI (L.), DAMART (S.), KLETZ (F.)

- « Santé au travail et travail en santé. La performance des établissements de santé face à l'absentéisme et au bien-être des personnels soignants », *Revue management et Avenir* 2013, p. 168

BRASSEUL (J.)

- « Genèse de l'État-providence et naissance de la social-démocratie : Bismarck et Bernstein », *Rev. Les tribunes de la santé* 2012, p. 71

BREMBILLA (L.), DOROTHÉE (O.), GRAINDORGE (G.)

- « Combien de salariés abandonnent leur poste et que deviennent-ils ? », *DARES publication* 22 fév. 2023, Focus n° 12

BRIARD (K.)

- « L'articulation des temps parental et professionnel au sein des couples : quelle place occupée par les pères ? », *DARES Analyses* 14 sept. 2017, p. 1

BRIHI (R.)

- « Réformistes… vous n'avez pas le monopole de la réforme ! », *in* F. Morel, R. Brihi, « Faut-il (encore) réformer le droit du travail ? », *RDT* 2022, p. 421

BRISSY (S.)

- « Un droit de prévention pour la santé des soignants », *RDSS* 2025, p. 241
- « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? » *Dr. soc.* 2007, p. 8

BROCHETON (P.)

- « Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre », *SSL* 1999, n° 915

BRUN (Ph.)

- « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC* 2007, p. 5

BRUNET (P.)

- « Le problème des migrations saisonnières agricoles dans les plaines orientales de l'Ile-de-France », *Bull. de l'Association de géographes français* 1951, p. 86

BUGADA (A.)

- « Sort des arrérages perçus sans fraude sur le fondement de la présomption d'absence », *JCP S* 2012, p. 36
- « Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie "objectivement" » D. 2008, p. 662

BURGE (A.)

- « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1

BUY (F.)

- « Compétence juridictionnelle et pluralité des lieux de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 967

CAILLEUX (E.)

- « La question des règlements intérieurs », *Revue d'économie politique* 1901, p. 985

CARON (F.)

- « L'économie française dans les années 1900 : dynamiques et blocages », *in* P. Milza, R. Poidevin, *La puissance française à la « Belle époque », Mythe ou réalité ?*, Éd. Complexe, 1992

CARRÉ (A.), HUEZ (D.)

- « Vers une médecine de sélection médicale de la main-d'œuvre ? », *SSL* 2014, p. 1658

CARRÈRE (A.), DUBOST (C.-L.)

- « État de santé et dépendance des séniors », *in* J.-L. Tavernier (dir.), *France, portrait social*, Éd. 2019, p. 71

CASSOU (B.)

- Compte-rendu de la journée-débat « Arrêts maladie : des ordonnances sous contrôle patronal », organisée pour l'Étude des risques du travail, 23 oct. 2004

CASTEL (R.)

- « Liberté individuelle et solidarités », *Rev. psychotropes* 2012, p. 45

CAUSSAT (L.)

- « Sécurité sociale : pour l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p. 902

CAVERLEY (N.), CUNNINGHAM (J.-B.), MACGREGOR (J.-N.)

- « Sickness presenteeism, sickness absenteeism, and health following restructuring in a public service organization », *Journal of management studies*, vol. 44, 2007, pp. 304-319

CÉSARO (J.-F.)

- « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », *JCP S* 2008, p. 1466

CETTE (G.), KOUDADJE (G.)

- « Indemnité d'occupation du domicile et partage des gains du télétravail », *Dr. soc.* 2022, p. 518

CETTE (G.), PETIT (F.)

- « Les contrats de travail courts : définition, diversité, usages abusifs et modalités de réduction », *Dr. soc.* 2018, p. 816

CHADWICK-JONES (J.), BROWN (C.), NICHOLSON (N.), SHEPPARD (C.)

- « Absence measures : their reliability and stability in an industrial setting », *Personnel psychology* 1971, p. 463

CHAMPAGNE (C.), PAILHÉ (A.), SOLAZ (A.)

- « Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? », *Économie et statistiques* 2015, p. 209

CHAMPEAUX (F.), CORBÈRES (M.)

- « Un signe fort de la maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2016, p. 11

CHAMPION (J.-B.), COLLIN (C.), LESDOS-CAUHAPÉ (C.), QUÉNECHDU (V.)

- « Le jour de carence dans la fonction publique d'État : moins d'absences courtes, plus d'absences longues », *INSEE Analyses n° 36*, 2017, p. 3

CHANDLER (A. D.)

- « L'évolution historique de la grande entreprise industrielle : structures et capacités organisationnelles », *Entreprises et histoire* 1995, p. 13

CHANSENAY (C.), BOULMIER (D.)

- « Conseils de prud'hommes », *Dr. ouvr.* 2002, p. 498

CHANTAL (D.), BROSSE De LA (Ph.)

- « L'obligation de sécurité de résultat, la pénurie de médecins du travail et la santé du salarié : quelle(s) solution(s) ? », SSL n° 1627, 22 avr. 2014, p. 5

CHAPEAUX (F.)

- « La grève qui cherche son nom », *SSL* 1998, p. 2

CHARBONNEAU (C.)

- « Réintégration de la femme enceinte, *CSBP* 2003, p. 342
- « Le caractère synallagmatique du contrat de travail », *CSBP* 2000, p. 389

CHAUCHAURD (J.-P.)

- « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. soc.* 2016, p. 947

CHAUMET (B.)

- « Le télétravail : une conciliation entre vie privée et vie professionnelle », *Lexbase soc.* 2015, n° 629

CHAUZAL-LARGUIER (C.), ROUQUETTE (S.)

- « Le don de RTT, révélateur des enjeux de la solidarité salariale », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2016, p. 87

CHENILLET (Ph.)

- « Régime de retraites de base. Régime général des salariés. Détermination des bénéficiaires de la pension de réversion », *RDSS* 1993, p. 378

CHEVALIER (J.)

- « Ce qui fait discipline en droit », *in* F. Audren, S. Bardou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, coll. Contextes, 2018

CHEVALIER (A.), GOLDBERG (M.)

- « L'absence au travail : indicateur social ou indicateur de santé ? », *Sciences sociales et santé* 1992, p. 47

COLBEAUX (J.)

- « Retour sur la rupture du contrat des salariés protégés », *SSL* 2006, p. 6

COLLET-THIRY (N.)

- « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *Dr. ouvr.* 2014, p. 565

COMBREXELLE (J.-D.)

- « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 12

CORPART (I.)

- « Le sort des pensions de retraite entre le jugement de présomption d'absence et le jugement déclaratif de décès », *RJPF* 2012, p. 21

CORRIGNAN-CARSIN (D.)

- « Grève : prise en compte des absences pour le paiement d'une prime », *JCP S* 2009, p. 30
- « La rupture de la période d'essai : une autonomie en déclin ? », *JCP E* 2005, 1241
- « Le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail », *JCP G* 2002, p. 10035
- « La période d'essai », *RJS* 1995, p. 551

CORTOT (J.)

- « Caractérisation de la faute lourde du salarié », *D. actu.* 3 mars 2017

CORSANI (A.)

- « Rémunération du travail » *in* M.-C. Bureau, A. Corsani, O. Giraud (dir.), *Les zones grises des relations de travail et d'emploi*, t. 2, Teseo, 2024, p. 191

CÔTÉ (D.), HACCOUN (R.)

- « L'absentéisme des femmes et des hommes : une méta-analyse », *Revue canadienne des sciences de l'Administration*, vol. 8, juin 1991, p. 131

COUËDEN (C.)

- « Succession de CDD de remplacement et dispense de carence : indifférence de l'identité du salarié remplacé », *D. actu.* 6 déc. 2021

COURSIER (Ph.)

- « Pouvoir disciplinaire de l'employeur, vie privée et vie personnelle du salarié », *JSL* 1999, n° 48, p. 4

COUTURIER (G.)

- « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *Dr. soc.* 2019, p. 471
- « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, p. 10
- « La rémunération élément du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 523
- « L'intérêt de l'entreprise », *in Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143
- « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, p. 151

CRÉPIN (A.)

- « Gouvion-Saint-Cyr et la loi refondatrice de 1818 », *in* M. Biard, A. Crépin, B. Gainot, *La plume et le sabre. Hommage offert à Jean-Paul Bertaud*, Éditions de la Sorbonne, coll. Histoire moderne, 2002, pp. 313-325

CUCHE (P.)

- « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », *DH* 1932, p. 101

DARRACQ (L.)

- « La protection de la vie personnelle du salarié au travail », *SSL* 1999, n° 940, p. 3

DASSA (S.)

- « Absentéisme au travail : phénomène socio-professionnel en situation ou expression d'évènements de santé diffus », *Sciences sociales et santé*, 1992, p. 67

DAUDEY (E.), KOEHLER (B.), MARTIN (F.)

- « Les abandons de poste et l'Assurance chômage », *Unédic Analyses* 13 juin 2023

DEJOURS (C.), GERNET (I.)

- « Travail, subjectivité et confiance », *Nouvelle revue de psychologie* 2012, p. 75

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)

- « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà…) », *Revue Pouvoirs* 2003, n° 107

DEL SOL (M.)

- « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », *JCP S* 2006, p. 1663
- « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc.* 2001, p. 728

DELAGE (P.-J.)

- « Absence, disparition et homicide », *Gaz. Pal.* 17 septembre 2009, n° 260

DELISLE (E.)

- *in* S. Izard, « La Cnil renforce ses contrôles en matière de télétravail », *SSL* 2022, 1992

DEMEROUTI (E.), BAKKER (P.-M.), SCHAUFEDI (A.-B.), HOX (J.)

- « Present but sick : a three-wave study on job demands, presenteeism and burnout », *Career development international 14*, 2009, pp. 50-68

DEPARDIEU (D.), LOLLIVIER (S.)

- « Les facteurs de l'absentéisme », *Économie et statistique*, n° 176, avril 1985, p. 15

DESBARATS (I.)

- « Gestion du fait religieux en milieu de travail : le juge français, garant d'un équilibre des droits », *RDCTSS* 2023, p. 18
- « Être parent : quel impact pour les fonctionnaires ? », *Dr. ouvr.* 2018, p. 352

- « Prévention des risques et protection de la santé : pour une meilleure articulation », *LPA* 10 oct. 2006, p. 3

DESGUE (D.)
- « Essai sur la cause en matière de rupture du contrat en période d'essai », *Gaz. Pal.* 2000, p. 935

DESJARDINS (B.)
- « La prévention des handicaps », *Dr. soc.* 1991, p. 558

DESPAX (M.)
- « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 13
- « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G* 1963, p. 1776

DEUMIER (P.)
- « De l'expérimentation législative à l'expérience du droit », *RDT* 2014, p. 309

DEVERS (A.)
- « Le droit à pension de réversion du conjoint présumé absent », *Dr. de la famille* 2006, p. 34

DEVIGNE (M.)
- « Travail de contrôle, usure du contrôle », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2014, p. 124

DIDOT (V.)
- « L'aménagement des fins de carrière », *JCP S* 2024, 1229

DIDRY (C.), ANCEL (P.)
- « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^{e} siècle », *in* P. Ancel, G. Gabriel, C. Chappuis (dir.), *L'abus de droit : comparaisons franco-suisses*, Publications de l'Université de Saint Etienne, 2001, p. 51

DIRRINGER (J.)
- « L'entreprise, nouvel espace d'élaboration des politiques de santé au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 900

DIRRINGER (J.) FERKANE (Y.), SWEENEY (M.), CREPLET (A.-C.), SACHS (T.)
- « Variations sur la période d'essai », *RDT* 2008, p. 515

DOCKÈS (E.)
- « Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre », *Dr. ouvr.* 2022, p. 293
- « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », *Dr. soc.* 2018, p. 216
- « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546
- « La finalité des grèves en question », *Dr. soc.* 2006, p. 881

DORÉ (L.)
- « Évolution de la médecine du travail », *Dr. soc.* 2004, p. 931

DORÉMUS (B.)
- « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *RDSS* 2012, p. 706

DORON (C.-O.)
- « L'émergence du concept de "santé mentale" dans les années 1940-1960 : genèse d'une psycho-politique », *Rev. Pratiques en santé mentale* 2015, p. 3

DOUMAYROU (F.)
- « Le reflux de la protection de l'emploi du salarié malade », RDT 2016, p. 678

DRAI (L.)
- « Impact des absences sur le paiement des primes », *JCP S* 2012, p. 1149
- « Rupture du contrat de travail : nécessité d'une volonté claire et non équivoque de démissionner », *JCP S* 2008, p. 26

DREYER (E.)
- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730

DUBOIS (P.)
- « Absentéisme ouvrier dans l'Industrie », *RFAS* 1977, vol. 31, n° 2, p. 15

DUCHANGE (G.), MEFTAH (I.)
- « La démission sans volonté de démissionner : quels effets aura cet Objet Juridique Non Identifié ? », *RDT* 2022, p. 685

DUMARTIN (S.), TOMASINI (M.)
- « Déclin de l'emploi industriel et tertiarisation accrue. L'emploi par secteur d'activité entre 1982 et 1990 », *Rev. Économie et statistiques* 1993, p. 34

DUMAS (M.)
- « De la gestion de l'absentéisme à la gestion de la santé dans une entreprise de cosmétiques », *Management de la santé et de la sécurité au travail*, l'Harmattan, 2005, p. 379

DUMOND (J.-P.)

- « L'absentéisme pour raison de santé : comparaison méthodologique », *Santé publique* 2009, p. 31

DUPEYROUX (J.-J.)

- « À propos de l'arrêt Société générale », *Dr. soc.* 1996, p. 1067
- « Quelques questions », *Dr. soc.* 1990, p. 10
- « Puisque les évènements nous dépassent, feignons de les organiser », *Le Monde* 10 nov. 1970

DUPOUEY-DEHAN (C.)

- « Maternité - paternité : la fragilité des droits sociaux des travailleurs indépendants », *Dr. ouvr.* 2018, p. 361

DUPOUEY-DEHAN (C.), GARDES (D.)

- « Être parent : quelles conséquences juridiques pour le travailleur ? » *Dr. ouvr.* Juin 2018, pp. 325-382

DUQUESNE (F.)

- « Régime de la mise à pied du salarié protégé », *Dr. soc.* 2003, p. 177

DURAND (P.)

- « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947,* Paris, Dalloz, 1948, pp. 45 et suiv.
- « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945, p. 298
- « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, p. 387

DURAND (P.), DURAND (J.-L.)

- « L'engagement à l'essai », *Dr. soc.* 1948, p. 341

DURLACH (E.)

- « La Chambre sociale et les libertés fondamentales : pauvre droit à l'emploi, pauvres droits fondamentaux », *RDT* 2018, p. 349

ENJOLRAS (L.), MONTVALON DE (L.)

- « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *RDT* 2023, p. 606

ERB (L.), INAN (C.), BEATRIZ (M.) et A.

- « Télétravail durant la crise sanitaire. Quelles pratiques en janvier 2021 ? Quels impacts sur le travail et la santé ? », *DARES Analyses* Fév. 2022, n° 9, p. 1

ESCANDRE-VARNIOL (M.-C.)

- « Primes d'assiduité », *Rép. trav.*, 2014

ESTRANGIN (L.)

- « La population agricole française 1938-1958 », *Revue Économie rurale* 1959, p. 19

EUZENAT (D.)

- « L'exposition des salariés aux accidents du travail en 2007 », *DARES Analyses*, vol. 50, n° 2, 2009, pp. 1-8.

FABRE (A.)

- « Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues », *JCP S* 2023, p. 1000
- « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – motif personnel », Rép. trav. n° 85 et suiv.
- « Inépuisable droit à l'emploi… qui justifie tout et ne protège rien », *RDT* 2017, p. 720

FANTONI-QUINTON (S.)

- « Face à la pénurie des médecins du travail, repenser la pertinence de certaines visites médicales », *SSL* n° 2041, 10 avr. 2023, p. 3
- « Un dispositif pénibilité durablement indigent », *RDSS* 2023, p. 623
- « Le maintien en emploi au cœur des missions des services de santé au travail », *RDT* 2016, p. 472
- « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *Dr. soc.* 2013, p. 1023

FANTONI-QUINTON (S.), DESBARATS (I.)

- « Propos introductifs », *Dr. soc.* 2021, p. 868

FANTONI-QUINTON (S.), GENTY (V.)

- « Les arcanes de la visite médicale de reprise », *SSL* n° 1716, 29 mars 2016, p. 7

FANTONI-QUINTON (S.), QUANDALLE-BERNARD (J.)

- « La pénibilité au travail : un concept à géométrie (très) variable… », *RDSS* 2012, p. 163

FANTONI-QUINTON (S.), VERKINDT (P.-Y.)

- « La loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 : évolution ou révolution ? », *Dr. soc.* 2021, p. 870

FAVENNEC-HÉRY (F.)

- « Le télétravail : un régime hybride en construction », *SSL* 2020, n° 11932
- « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », Dr. soc. 2013, p. 785
- « L'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 794

- « Temps de formation, temps de travail : quelques observations », *Dr. soc.* 2004, p. 494
- « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 295
- « Le travail à temps partiel : changement de cap », *Dr. soc.* 1999, p. 1004
- « La rupture d'un contrat de travail non exécuté », *Dr. soc.* 1999, p. 484
- « Les trente-cinq heures, injonction ou incitation », *Dr. soc.* 1997, p. 1073

FILIPPIS De (V.)

- « Le congé menstruel : une fausse bonne idée », *in* Séhili (D.), Shibuta (M.), Filippis de (V.), « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *RDT* 2024, p. 9

FLAMENT (L.)

- « Télétravail ; un jeu croisé d'obligations », *JCP S* 2011, 1072

FONTAINE (M.), VIGNA (X.)

- « La désindustrialisation, une histoire en cours », *Presses de Sciences Po, Rev. d'histoire* 2019, p. 2

FORSSMAN (S.)

- « L'absentéisme dans l'industrie », *Bull. org. mond. santé* 1955, p. 506

FOURNIER (B.), GUYOT (H.)

- « Le télétravail », *JCP S* 2011, p. 1072

FRÉMY (M.)

- « L'absentéisme au travail : de nombreux facteurs déclencheurs. Le cas des opérateurs et techniciens circulation de l'Établissement infra circulation Paris Champagne Ardenne – SNCF », *Sociologies pratiques n° 30*, 2015, p. 124

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573

FROSSARD (S.)

- « Les caractères de la sanction disciplinaire », *RDT* 2012, p. 685

FROUIN (J.-Y.)

- « Un an de jurisprudence vu par le Président de la chambre sociale », *LSQ* 11 oct. 2017
- « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSBP* 1998, p. 123

GABA (H. K.)

- « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », *Dr. ouvr.* 2005, p. 242

GADHOUN (P.-Y.)

- « Les aléas du droit de grève dans la Constitution », *Dr. soc.* 2014, p. 349

GAILLARD (A.)

- « Déterminants psychosociaux de la durée annuelle de présentéisme au travail », *Rev. économique* 2019, p. 787

GARDES (D.)

- « Les obligations parentales du salarié », *Dr. soc.* 2025, p. 675
- « Travail gratuit et droit(s) du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 584
- « Le parent au foyer », *Dr. ouvr.* 2018, p. 368

GARDIN (A.)

- « La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur. Brèves réflexions autour d'un changement de logique », *RJS* 2016, p. 99
- « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 854
- « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », *Dr. soc.* 1996, p. 363

GARNIER (S.)

- « Temps de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.* 2022, p. 43

GAUDU (F.)

- « Les notions d'emploi en droit », Dr. soc. 1996, p. 569
- « Fidélité et rupture », *Dr. soc.* 1991, p. 419

GAURIAU (B.)

- « Le suivi du télétravail », *JCP S* 2020, p. 3017
- « Absence de l'assuré bénéficiaire d'une pension de retraite. Liquidation provisoire des droits à pension de réversion. Effets du jugement de présomption d'absence », *Dr. soc.* 2005, p. 942
- « Licenciement nul et droit à réintégration : la salariée enceinte est un salarié comme les autres », *Dr. soc.* 2003, p. 827

GAUTIER (M.)

- « La prise en compte de la pénibilité : un enjeu majeur de justice sociale », *Dr. ouvr.* 2016, p. 335

GÉA (F.)

- « Les primes anti-grèves », *Dr. ouvr.* 2000, p. 1

GÉLINEAU-LARRIVET (G.)

- « Le temps et le droit du travail », *Dr. soc.* 2000, p. 238

GHESTIN (Ph.)

- « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution des contrats à exécution successive », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *Dalloz*, 1985, p. 203

GINON (A.-S.)

- « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou de droit ? », *RDSS* 2016, p. 80

GINON (A.-S), GUIOMARD (F.)

- « Les nouvelles formes de mutualisation », *Dr. soc.* 2009, p. 1054

GIRAUD (C.)

- « L'absentéisme : un symptôme organisationnel. Une lecture sociologique du cas d'une administration au plan régional », *Sociologie du travail*, 1987, n° 3

GOLDIE-GENICON (C.)

- « Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après », *Dr. ouvr.* 2019, p. 553

GONIÉ (J.)

- « Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur Internet », *Dr. soc.* 2005, p. 273

GOSSELIN (E.), LAUZIER (M.)

- « Le présentéisme. Lorsque la présence n'est pas garante de la performance », *Rev. française de gestion* 2011, n° 211, p. 15

GOSSELIN (H.)

- « Aménager l'avis d'inaptitude au poste », *in* H. Gosselin, A. Carré, « Faut-il supprimer l'avis d'inaptitude ? », *RDT* 2016, p. 10

GOSSELIN (H.), CARRÉ (A.)

- « Faut-il supprimer l'avis d'inaptitude ? », *RDT* 2016, p. 10

GOURBEAUX (G.)

- « À propos de la preuve de l'existence de la personne » *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 342

GR-PACT

- « Pour un autre droit du temps de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 422

GRIMALDI (C.)

- « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, p. 563

GROSJEAN (V.)

- « Le bien-être au travail : un objectif pour la prévention ? », *Hygiène et sécurité au travail : Cahiers de notes documentaires (INRS)* 2005, n° 198, p. 32

GRYNBAUM (L.),

- « La notion de solidarisme contractuel », *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 25-39

GUIOMARD (F.)

- « Le passeport de prévention, un objet juridique en mal d'identité », *Dr. soc.* 2021, p. 914
- « La situation de la mère après la période de protection légale », *Dr. ouvr.* 2018, p. 337
- « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *in* A. Lyon-Caen, P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 61

GUYOT (H.)

- « Télétravail et preuve du temps de travail », *JCP S* 2023, p. 21
- « Le télétravail : état des lieux », *JCP S* 2013, p. 1382

GUYOT (S.), PICHENÉ-HOUARD (A.), GILLES (M.)

- « Vieillissement, maintien en emploi et dans l'emploi, retour au travail : état des lieux et perspectives de prévention », INRS, *Références en santé au travail* 2020, p. 18

HALLÉPÉE (S.), MAUROUX (A.)

- « Le télétravail permet-il d'améliorer les conditions de travail des cadres ? » *in L'économie et la société à l'ère du numérique*, Insee Références 2019, p. 43

HAUSER (J.)

- « Centenaire de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2017, p. 1069
- « Le conjoint présumé absent est mort ou vivant… selon les cas ! », *RTD civ.* 2006, p. 87
- « Le franchissement du Styx : Le présumé absent est-il mort ou vivant ? », *RTD civ.* 2005, p. 570
- « Vie privée du salarié : e-mail, domicile, sacs, bermudas et survêtement », *RTD civ.* 2002, p. 72

- « L'absent ou le disparu social : être ou ne pas être, voilà la question ? », *RTD civ.* 1995, p. 595

HÉAS (F.)
- « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie et des conditions de travail, une deuxième génération d'accords », *Dr. soc.* 2025, p. 538
- « Faire de la pénibilité, un vocable étendard ! », *Dr. ouvr.* 2023, p. 901
- « La pénibilité, une histoire de mots (maux) et de droit(s) », *Dr. soc.* 2021 p. 300
- « La désinsertion professionnelle », *Dr. soc.* 2021. p. 909
- « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 907
- « La réforme du régime de l'inaptitude suite à la loi du 8 août 2016 », *Dr. ouvr.* 2016, p. 103
- « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *Dr. ouvr.* 2016, p. 10
- « La pénibilité au travail, une problématique multidimensionnelle », *Dr. ouvr.* 2016, p. 339
- « De la sécurité à la santé, les évolutions de la prévention au travail », *SSL* 2014, p. 23
- « La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? », *Dr. soc.* 2011, p. 262
- « Le bien-être au travail », *JCP S* 2010, p. 1284
- « La définition juridique de la pénibilité au travail », *Travail et emploi* 2005, n° 104

HEILLY D'(A.), BIESSE (M.)
- « En questions : le contrôle patronal des arrêts de travail », *JCP S* 2020, p. 3

HERLAND (M.)
- « À propos de la définition du travail productif. Une incursion chez les grands anciens », *Rev. économique* 1977, p. 109

HILLION (M.)
- « Quel est l'effet du "jour de carence" sur les absences pour maladie des personnels de l'Éducation nationale ? », *INSEE Analyses n° 95*, 2024, pp. 2-3

HILLION (M.), MAUGENDRE (E.)
- « L'effet du "jour de carence" sur les absences pour maladie ordinaire, la santé perçue et le recours aux soins à court-terme », Document de travail INSEE, Mars 2023, p. 4

HOEPFFNER (H.), YOUTA (F.)
- « La consécration du solidarisme contractuel dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *RFDA* 2024, p. 650

HORDERN (F.)
- « Le règlement d'atelier au XIX^e^ siècle », Site du ministère du travail, 1991

HURSTEL (F.)

- « Mai 68, le Paterfamilias est mort… que vivent les pères ! Les fonctions du père, avant, pendant et après Mai 68 », *Sc. Educ.* 2008, p. 95

ICARD (J.)

- « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », *BJT* 2019, p. 55

ICARD (J.), LATRACE (M.)

- « Autopsie prédictive du contentieux de la présomption de démission », *SSL* 2024, 2076

IRONDELLE (B.)

- « La réforme des armées en France : genèse d'une décision politique », in Vennesson (P.), (dir.), *Politiques de défense : institutions, innovations, européanisation*, L'Harmattan, 2000, pp. 209-260

JARRIGE (F.)

- « Le travail discipliné : genèse d'un projet technologique au XIX^e^ siècle », *Cahiers d'histoire. Revue critique d'histoire* 2009, p. 99

JARRIGE (F.), REYNAUD (B.)

- « La durée du travail, la norme et ses usages en 1848 », *Revue Genèses* 2011, p. 70

JEAMMAUD (A.)

- « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », *in* A. Supiot (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 15
- « Les fonctions du droit du travail », *in* F. Collin, R. Dhoquois et a. (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, 1980, p. 173

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (L.)

- « L'incertain droit à l'emploi », *Rev. Travail, genre et sociétés* 1999, p. 29

JEANSEN (E.)

- « Les âges de départ à la retraite », *JCP S* 2023, 1136
- « L'éclipse de l'obligation de sécurité ? L'éveil d'un principe ? », *Dr. soc.* 2020, p. 277

JESTAZ (Ph.)

- « Commentaire de la loi du 28 décembre 1977 », *RTD civ.* 1978, p. 203

JOHANSSON (A.)

- « Astreintes : organisation et lieu d'exécution après la loi "Travail" et à la lumière du droit européen », *Dr. ouvr.* 2017, p. 157

- « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à la disposition" ? », *D.* 2006, p. 1711

JOHANSSON (A.), MEYER (F.)
- « La légalité des heures d'équivalence en question », *Dr. ouvr.* 2004, p. 153

JOHNS (G.)
- « Presenteeism in the work place : a review and research agenda », *Journal of organizational behavior* 2010, p. 519
- « Absenteeism or presenteeism : not at work or not working well », *in* C. L. Cooper, J. Barling (dir.), *Handbook of organizational behaviour*, London, Sage, vol. 1, 2008, p. 160

JOHNS (G.), NICHOLSON (N.)
- « The meanings of absence : New strategies for theory and research », *in* B.M. Staw, L.L. Cummings (eds.), *Research in organizational behavior* 1982, p. 127

JOSEPH (D.)
- « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », *Dr. ouvr.* 2010, p. 130

JUBERT-TOMASSO (L.)
- « La mise en œuvre de la politique vaccinale dans l'entreprise au prix d'une altération du droit de la santé et de la sécurité au travail », *in* L. Gamet, L. Jubert-Tomasso, « Controverse : En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », *RDT* 2021, p. 484
- « Que reste-t-il de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude du salarié après la loi du 8 août 2016 ? », *BJT* 2023, p. 38

KAHN DIT COHEN (T.)
- « La suspension du contrat de travail : pari (politique) et difficultés (juridiques) », *Dr. soc.* 2022, p. 113

KANDEL (O.), DUHOT (D.), VERY (G.), LEMASSON (J.-F.) et BOISNAULT (P.)
- « Existe-t-il une typologie des actes en médecine générale ? », *Rev. du Praticien Médecine Générale* 2004, p. 781

KAPP (T.)
- « L'inspection du travail à travers les ouvrages généraux de droit du travail, d'hier et d'aujourd'hui », *Dr. soc.* 2023, p. 701

KEIM-BAGOT (M.), JEANSEN (E.)
- « Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ? », *RDT* 2016, p. 222

KEIM-BAGOT (M.), KNETSCH (J.)

- « (Ré)concilier les inconciliables. Regards croisés sur la réparation des AT-MP », *Dr. soc.* 2023, p. 629

KOLECK-DESAUTEL (S.)

- « La Cour de cassation consacre le droit à la réintégration de la femme enceinte illégalement licenciée », *Lexbase soc.* 2003, n° 71

LABARTHE (M.)

- « Le CDD multi-remplacement : le retour attendu d'une expérimentation étendue », *BJT* 2023, p. 39

LABORDE (J.-P.)

- « Conflits collectifs et conflits de lois » : entre réalité et métaphore, *Dr. soc.* 2001, p. 715

LACOSTE-MARY (V.)

- « Sur les obligations incombant aux assurés sociaux en cas de versement de prestations en espèces », *RDSS* 2013, p. 312
- « Les conditions d'attribution des indemnités journalières : état des lieux », *RDSS* 2011, p. 692

LAFARGUE (Y.), VERKINDT (P.-Y.)

- « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *RDT* 2013, p. 9

LAFRANCHI (J.), LEMYNE (P.)

- « Motivation prosociale et présentéisme dans les secteurs public et privé », *Rev. économique* 2020, p. 1124

LAGARDE (X.)

- « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP G* 2008, p. 17

LAHALLE (T.)

- « Quelques suggestions anachroniques sur le droit de grève… Quoique », *Dr. soc.* 2017, p. 960

LAITHIER (Y.-M.)

- « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, p. 47

LALANNE (F.)

- « La prévention, nouveau paradigme de la santé au travail ? », *JSL* 2016, p. 1
- « La santé mentale, nouvelle marotte du droit du travail ? », *JSL* 2016, p. 406
- « Le sacre de la prévention », *JSL* 2016, p. 1

LANOUZIÈRE (H.)

- « Aptitude ou adaptation », *RDT* 2025, p. 368
- « Santé au travail et santé publique : "rien de plus fort qu'une idée dont l'heure est venue" », *in* Lanouzière (H.), Lerouge (L.), « Controverse : Que faut-il attendre (ou non) du décloisonnement de la santé au travail et de la santé publique ? », *RDT* 2021, p. 423

LARDY-PÉLISSIER (B.)

- « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *RDT* 2011, p. 160
- « Droit à réintégration du salarié dont le licenciement est nul, *D.* 2004, p. 178

LAROQUE (P.)

- « Sécurité sociale et assurances sociales : la mise en œuvre de la sécurité sociale », *Revue Vie sociale* 2015, p. 54

LATINA (M.)

- « Contrat : généralités – Classifications des contrats », *Rép. civ.* mai 2017, n° 234

LATTES (J.-M.)

- « Subordination juridique et morale dans l'entreprise », *in* J. Krynen (dir.), *Le Droit saisi par la Morale*, PUTC, coll. Travaux de l'IFR, 2005, p. 257
- « L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement », PUTC, 1999, p. 409

LAULOM (S.)

- « Les arrêts Viking et Laval : et après ? », *Dr. ouvr.* 2010, p. 570

LAUNAY-GALLOT (I.)

- « Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur », *D.* 1995, p. 375

LAWLER (E.-E.), HALL (D.-T.)

- « Relationship of job characteristics to job involvement, satisfaction, and intrinsic motivation », Journal of applied psychology, vol. 54, 1970, pp. 305-312

LE CROM (J.-P.)

- « Le livret ouvrier au XIXe siècle entre assujettissement et reconnaissance de soi », *in* Y. Le Gall, D. Gautier, P. Legal (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à P.-J. Hesse*, PU de Rennes, 2003, p. 91

LE GAC-PECH (S.)

- « La direction de la sanction », *LPA* 2009, p. 3

LE GALLO (Y.)

- L'enseignement technique et ses enseignants dans le Var (1850-1940) *in* J. Girault (dir.), *Les enseignants dans la société française au XX^e siècle. Itinéraires, enjeux, engagements*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 23

LEBORGNE-INGELAERE (C.)

- « L'ambivalence du droit de retrait du salarié : entre protection de l'intégrité du salarié et garantie des intérêts de l'employeur », *Dr. ouvr.* 2023, p. 278
- « La responsabilité civile de l'employeur » *JT* (Juris tourisme) 2021, p. 17

LECLERC (O.)

- « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010, p. 83

LEDERLIN (F.)

- « Le télétravail est-il un progrès social ? », *Dr. ouvr.* 2021, p. 109

LEFEVRE-FARCY (J.-F.)

- « La révolution tertiaire : services, emploi et croissance », *Revue française d'économie* 1992, p. 139

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

- « Absence », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1

LEFRANC-HARMONIAUX (C.)

- « Le déplacement professionnel dans le cadre d'une période d'astreinte », *D.* 2007, p. 3109

LÉGER (N.)

- « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc.* 2022, p. 27

LEPAGE (A.)

- « Un salarié ne peut se voir imposer de travailler à domicile », *D.* 2002, p. 2297

LEROY (R.), PACOTTE (Ph.)

- « Congé parental à temps partiel : le calcul de l'indemnité et de l'allocation de congé de reclassement doit être effectué sur la base d'un temps complet », *JSL* 2020, p. 19

LEVENNIER-GOUËL (O.), ROCHEFOUCAULT De LA (M.)

- « Conciliation vie personnelle-vie professionnelle : un nouveau paradigme ? », *Les Cahiers du DRH*, 1er fév. 2021n° 283-284

LEVET (P.)

- « Travailler avec ou après un cancer : vers un élargissement du maintien au travail », *Dr. soc.* 2023, p. 139

LEVILLAIN (N.)

- « Pas de restitution des sommes perçues sans fraude au nom et pour le compte du présumé absent », *AJ Famille* 2017, p. 426

LHERNOULD (J.-Ph.)

- « Cour de justice et droit de grève : l'heure de la réhabilitation ? », *Dr. soc.* 2021, p. 534
- « Mode de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement d'une salariée en congé parental à temps partiel », *JCP S* 2018, p. 1275

LILLIU (E.)

- « Mi-temps thérapeutique : assimilation des temps d'absence à du temps de travail effectif pour le calcul de la participation », *SSL* n° 2080 19 fév. 2024

LOCHAK (D.)

- « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976, p. 56

LÖFGREN (A.) et A.

- « Frequency and nature of problems associated with sickness certification tasks : a cross-sectional questionnaire study of 5455 physicians », *Scandinavian Journal of Primary Health Care* 2001, p. 178

LOISEAU (G.)

- « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019, p. 477
- « Le mort à la retraite », *JCP S* 2017, 1227

LOKIEC (P.)

- « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », *Dr. ouvr.* 2009, p. 418
- « L'adaptation du travail à l'homme », *Dr. soc.* 2009, p. 755
- « Seul peut constituer un remplacement définitif celui entrainant l'embauche d'un salarié », *JCP G* 2007, n° 49

LOKIEC (P.), ROBIN-OLIVIER (S.), PERULLI (A.), COLLINS (H.)

- « Droit des contrats et droit du travail (première partie) », *RDT* 2007, p. 339

LOPEZ (B.)

- « Le droit à l'engagement du salarié : le cas de la réserve opérationnelle », *RDT* 2025, p. 22

LOUART (P.)

- « Maslow, Herzberg et les théories du contenu motivationnel », *Les cahiers de la recherche CLAREE CNRS* 2002, p. 3

LOUVET (A.)

- « La rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée d'un salarié protégé », *JCP S* 2008, p. 21

LUCCHINI (A.), MARANT (E.), HÉAS (F.)

- « Les perspectives du droit de la santé au travail », *RDT* 2023, p. 311

LUND (S.), RAMASWAMU (S.), MANYLKA (J.)

- « Le nouvel âge du travail intellectuel *», Rev. L'expansion management review* 2013, p. 52

LYON-CAEN (G.)

- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 524
- « À propos de quelques ouvrages de doctrine ». *Dr. soc.* 1978, p. 294
- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229

LYON-CAEN (A.)

- « Télétravail », *RDT* 2025, p. 429
- « Le télétravail comme règle », *RDT* 2020, p. 645
- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 70

MACHU (L.)

- « Le travail traversé par le temps », *RDT* 2022, p. 501

MAGGI-GERMAIN (N.)

- « La création d'un congé pour menstruations incapacitantes : un enjeu d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ? Première partie », *Dr. soc.* 2024, p. 804

MAHY (B.), RYCX (F.), VOLRAL (M.)

- « La dispersion salariale augmente-t-elle l'absentéisme au sein des firmes ? », *Reflets perspectives de la vie économique*, Tome LV, 2016, p. 72

MAILLARD (S.)

- « Le désengagement au travail des salariés », *Dr. soc.* 2025, p. 11

MALLARD (P.)

- « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* 2006, p. 1157

MANIGOT (V.), WEISS (D.)

- « La présomption de démission », *JCP S* 2023, 1301

MARIÉ (R.)

- « La prime d'activité : une prestation symbole d'une universalité professionnelle assistancielle ? », *Dr. soc.* 2022, p. 461
- « La sécurité sociale des indépendants : évolutions et perspectives », *RDSS* 2020, p. 372
- « La couverture maladie universelle », *Dr. soc.* 2000, p. 7

MARTIN (X.)

- « Nature humaine et code Napoléon », *Droits* 1985, p. 117

MARTINON (A.)

- « Des temps de travail spéciaux : l'exemple de l'employé de station-service », *JCP S* 2010, p. 1198

MARUANI (M.), MERON (M.)

- « Le travail des femmes dans la France du XX^e^ siècle », *Revue Regards croisés sur l'économie* 2013, p. 177

MASSIP (J.)

- « Le présumé absent a-t-il droit au versement d'une pension de réversion du régime général de la sécurité sociale ? », *D.* 1993, p. 377

MASSON (Ph.)

- « Le droit du travail à l'épreuve du numérique », *Dr. ouvr.* 2015, p. 695

MATHIEU (B.)

- « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel* 1999, p. 59

MATHIEU (B.), DION-LOYE (S.)

- « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC* 1991, p. 509

MATHIEU (C.)

- « La pratique du télétravail : un bilan positif dissimulant des zones d'ombres juridiques », *RDT* 2025, p. 556
- « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT* 2012, p. 677

MATHIEU (C.), PÉRETIÉ (M.-M.), PICAULT (A.)

- « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT* 2016, p. 592

MATINET (B.), ROSANKIS (E.), TASSY (V.)

- « Les expositions aux risques professionnels par secteur d'activité », *Synthèse DARES* 2020

MAZEAUD (D.)

- « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477

MAZEAUD (M.)

- « Relativité de la faute contractuelle, le retour ? », *D.* 2017, p. 1036

MAZEAUD (V.)

- « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015, p. 7

MEIFFRET-DELSANTO (K.)

- « Obligation vaccinale contre la Covid-19 ; une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », *Dr. soc.* 2022, p. 104
- « "Mesures Covid-19", quels risques pour les fraudeurs ? », *Dr. soc.* 2020, p. 678

MEKKI (M.)

- « Charge de la preuve et présomptions légales : l'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* 2015, p. 36
- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, p. 37

MELUCCI (A.)

- « Action patronale, pouvoir, organisation. Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIX^e^ siècle », *Le mouvement social* 1976, p. 139

MERCATS-BRUNS (M.)

- « Le refus de mesures appropriées, constitutif d'une discrimination fondée sur le handicap », *RDT* 2020, p. 544
- « Un salarié ne peut se voir imposer de travailler à domicile », *D.* 2002, p. 768

MEYER (F.), SACHS-DURAND (C.)

- « Compte rendu d'une table ronde sur les risques psychosociaux. Premier volet : Les risques psychosociaux, état des lieux », *RDT* 2012, p. 633

MICHEL (J.-H.)

- « Aux sources de notre vocabulaire juridique. Note sur trois termes d'origine indo-européenne », *in* L. Ingber (dir.), *Le langage du droit*, Nemesis, 1991, p. 55

MIGNON (E.)

- « Licenciement de salariés protégés. Précisions sur la charge de la preuve », *Dr. soc.* 2002, p. 627

MILIN (K.)

- « CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? », *DARES Analyses* 2018

MILLET-URSIN (C.), SANDRES (P.)

- « Réforme des retraites : les dispositions réglementaires », *JCP S* 2023, 290

MINET-LETALLE (C.)

- « L'incidence de l'absence pour maladie sur la poursuite du contrat de travail », *JT* 2025, n° 281, p. 20

MINOVEZ (J.-M.)

- « La désindustrialisation en longue durée », *Presses de Sciences Po*, *Rev. d'Histoire* 2019, p. 18

MISSÈGUE (N.)

- « Les arrêts de travail des séniors en emploi », *DRESS* 2007

MOLIN (E.)

- « Défaut d'interruption du versement d'un avantage personnel de vieillesse et d'une pension de réversion à leur titulaire présumée absente », *JCP G* 1995, p. 22406

MOLINIER (J.)

- « L'évolution de la population agricole du XVIII^e^ siècle à nos jours », *Revue Économie et statistique* 1977, p. 79

MONNEUSE (D.)

- « Une négociation qui ne dit pas son nom. La prescription des arrêts de travail par les médecins… et certains patients ! », *Rev. Négociations* 2015, p. 151.

MONNEUSE (D.), GAUTIER (B.)

- « Quand le rendu de compte tourne au règlement de comptes, DRH et managers face à l'absentéisme », *Revue française de gestion* 2013, p. 133.

MONTECLER De (M.-C.)

- « La Cour des comptes toujours inquiète pour la sécurité sociale », *D. actu* 13 oct. 2022.

MONTVALON De (L.)

- « Le crépuscule de l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2018, p. 8

MONTVALON De (L.), ENJOLRAS (L.)

- « Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs », *RDT* 2023, p. 606

MOREAU (F.)

- « Les protections du salarié engagé », *Dr. soc.* 2025, p. 28

MOREAU (M.-A.)

- « Pour une politique de santé dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2002, p. 817

MOREL (F.), BRIHI (R.)

- « Faut-il (encore) réformer le droit du travail ? », *RDT* 2022, p. 421

MORICEAU (J.-M)

- « Au rendez-vous de la "Révolution agricole" dans la France du XVIII^e^ siècle. A propos des régions de grandes cultures », *Annales HSS* 1994, p. 27

MORVAN (P.)

- « Présomption de vie de l'absent et versement de la pension de réversion », *JCP S* 2005, p. 1381
- « Liquidation des droits à pension de réversion en cas d'absence de l'assuré », *JCP S* 2005, p. 1213

MORVAN (P.)

- « Arrêts maladie fictifs et Covid-19 : une pratique contagieuse », *Dr. soc.* 2020, p. 373

MOULY (J.)

- « La remise en cause de l'immunité civile du salarié par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2025, p. 265
- « Une innovation déroutante : la démission sans volonté de démissionner », *Dr. soc.* 2023, p. 158
- « La licéité des primes de fidélité remboursables à l'aune de la liberté du travail », *Dr. soc.* 2023, p. 654
- « La rupture conventionnelle *versus* la protection des salariés victimes des risques professionnels ou en état de grossesse », *Dr. soc.* 2015, p. 399
- « Un abus…. d'abus de droit : la rupture de l'essai pour un motif étranger aux qualités professionnelles du salarié », *D.* 2009, p. 1062
- « Une innovation ambiguë : la réglementation de la période d'essai », *Dr. soc.* 2008, p. 288

MOULY (J.), SAVATIER (J.)

- « Retenues fondées sur l'absence de droit à rémunération », *Rép. trav.*, octobre 2013, actualisation juin 2017

MUCHINSKY (P.)

- « Employee absenteeism : a review of the literature », *Journal of vocational bahavior*, n° 10, p. 43

NÉDONCELLE (M.)

- « *Prosopon* et *persona* dans l'Antiquité classique. Essai de bilan linguistique », *Revue des sciences religieuses*, 1948, p. 277

NEISS (P.)

- « Faut-il supprimer la période d'essai ? », *RDT* 2010, p. 348

NICOD (M.)

- « Propos introductifs », *in* M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, LGDJ, PUTC, 2015, p. 8

NIORT (J.-F.)

- « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Rev. histoire de la justice* 2009, p. 121

NOGUERO (D.)

- « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 589

O'BRIEN (K.) et A.

- « Sickness certification in the general practice consultation : the patients' perspective, a qualitative study », *Family Practice* 2008, p. 20

OPHÈLE (C.)

- « Les déclinaisons de la faute : faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA* 2003, p. 78

PACHOD (J.), OILLIC-TISSIER (C.), ANTONI (A.)

- « La prévention, priorité de la branche accidents du travail et maladies professionnelles », *RDSS* 2010, p. 628

PALLANTZA (D.)

- « Le télétravail, ce nouveau lieu de travail », *JT* 2022, p. 23

PARODI (M.)

- « Les transformations des conditions de travail des ouvriers », *Revue de l'OFCE* 2004, p. 185

PATAUT (E.), ROBIN-OLIVIER (S.)

- « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Vinking et Laval) », *RDT* 2008, p. 80

PÉCAUT-RIVOLIER (L.)

- « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.* 2013, p. 103
- « Travail à domicile, télétravail : une réponse adaptée à la question de la conciliation vie professionnelle/vie familiale ? », *AJ Famille* 2013, p. 212
- « Vie de famille, vie de travail : à la recherche de l'équilibre impossible… ? », *AJF* 2013, p. 223.

PÉDROT (Ph.)

- « Couverture maladie universelle. Assurance maladie. Dispositions diverses », *RDSS* 2000, p. 181

PÉLISSIER (J.)

- « La définition des sanctions disciplinaires », *Dr. soc.* 1983, p. 545

PELLI (S.)

- « La clause de non-concurrence dans les relations de travail », *JCP E* 2008, 133

PETIT (F.)

- « Les temps des déplacements du salarié », *Dr. soc.* 2022, p. 32
- « Temps de travail, temps au travail », *Dr. soc.* 2022, p. 4
- « Liberté du travail, droit à l'emploi et obligation de travailler », *Dr. soc.* 2020, p. 384
- « Le devoir de travailler », *Dr. soc.* 2019, p. 103
- « Le droit de grève dans les services publics : un puzzle à recomposer ? », *Dr soc.* 2017, p. 503
- « Les nouveaux contours de l'obligation de sécurité à la lumière des outils de prévention de la pénibilité », *Dr. soc.* 2013, p. 42
- « Constitution et droit social. L'application de la Constitution par le juge prud'hommal », *RFDC* 2012, p. 175

PETKOVA (E.)

- « Le contrat à durée déterminée multi-remplacements : aspects pratiques », *SSL* 2020, p. 13

PETKOVA (E.), QUIGUER (N.)

- « L'organisation du rendez-vous de liaison : questions pratiques », *SSL* 2022, n° 2005

PFERSMANN (O.)

- « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *in* J.-L. Petit (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik Von*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Univ. de Caen 1995, n° 27, p. 95

PICART-CARTRON (E.)

- « L'application croisée du RIA et du RGPD, quels apports pour l'employeur ? », *Dr. soc.* 2025, p. 598

PIGNARRE (G.)

- « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 41

PIGNARRE (G.), PIGNARRE (L.-F.)

- « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et de sécurité au travail de l'employeur ? », *RDT* 2016, p. 151
- « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », *RDT* 2011, p. 647

PINNA (A.)

- « Les justifications de l'évolution de l'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 42

PISARIK (J.), ROCHEREAU (T.)

- « État de santé des Français et facteurs de risque », *Questions d'économie de la santé* 2017

PLANIOL (M.)

- « Classification synthétique des contrats », *Rev. critique de législation et de jurisprudence* 1904, p. 473

POLLAK (C.)

- « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *Dossier DRESS* 2015, p. 13

POLLAK (C.), RICROCH (L.)

- « Les disparités d'absentéisme à l'hôpital sont-elles associées à des différences de conditions de travail ? », *Revue française d'économie*, vol. XXXI, 2016, p. 181

PONSARD (R.)

- « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonome, ajustés et visionnaires », *RFDC* 2019, p. 797

PONTIF (V.)

- « Salariés proches aidants : pour un meilleur accompagnement en entreprise », *RDT* 2023, p. 481

POTTIER (B.)

- « Les dangers du voyage : banditisme et insécurité sur les routes au IVe siècle et au Ve siècle », *Revue internationale d'histoire et d'archéologie* 2016, p. 137

POTTON (J.-F.)

- « La Cour des comptes et les ateliers nationaux en 1848 », *Revue gestion et finances publiques*, 5 oct. 2011, version en ligne

POULAIN (G.)

- « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p. 469
- « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *Dr. soc.* 1979, p. 67

PRADEL (C.-F.), PRADEL (V.)

- « L'abus d'arrêt de travail », *JCP S* 2012, p. 1504

PRALONG (J.), PERETTI-N-DIAYE (M.)

- « Télétravail, compétence et mode de coordination », *Dr. ouvr.* 2021, p. 142

PROBST (A.)

- « Le télétravail : un régime juridique qui reste encore à sécuriser », *in* B. Sourbès, A. Probst, « Controverse : Faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *RDT* 2020, p. 514
- « Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p. 516
- « Télétravail au domicile. Confusion des lieux et distinction des temps », *Dr. soc.* 2006, p. 1109

PUJOLAR (O.)

- « Précisions sur les possibilités de cumuls de pensions de retraite », *Lexbase éd. soc.* 2005

RADÉ (C.)

- « Responsabilité civile du salarié – Pas d'immunité civile pour le préposé délinquant », *RCA* 2025, p. 29.
- « La peur de l'abandon », *Dr. soc.* 2022, p. 852 ;
- « Covid-19 et force majeure », *Dr. soc.* 2020, p. 598.
- « Entre espoir et désespoir », *Dr. soc.* 2019, p. 475
- « Grève dans les entreprises gérant un service public de transport de voyageurs : de la difficulté de garantir la continuité du service public », *Lexbase soc.* 2015, p. 603 ;
- « La législation du télétravail : tout ça pour ça ? (article 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives) », *Lexbase soc.* 29 mars 2012 ;
- « Abandon de poste : comment réagir ? », *Lexbase soc.* 2010, 104.
- « Le solidarisme contractuel en droit du travail », *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 75-93

- « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 26
- « La solitude du gréviste », *Dr. soc.* 1997, p. 368

RADÉ (C.), TOURNAUX (S.)
- « Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », *RDC* 2005, p. 197

RAMAUX (C.)
- « Quelle théorie pour l'État social ? Apports et limites de la référence assurantielle », *Revue française des affaires sociales* 2007, p. 13

RANDON (S.), BARET (C.), PRIOUL (C.)
- « La prévention de l'absentéisme du personnel soignant en gériatrie : du savoir académique à l'action managériale », *Management et avenir*, n° 49, 2011, p. 134

RASCLE (M.)
- « Télétravail conventionnel et télétravail exceptionnel : quelle articulation ? », *RDT* 2023, p. 787

RAULT-DUBOIS (O.)
- « Le télétravail facilité », *JCP E* 2017, p. 1536

RAY (J.-E.)
- « Contrôler la durée du travail… chez soi ? », *Dr. soc.* 2022, p. 21
- « De la question sociale du XXIe siècle au télétravail », *Dr. soc.* 2018, p. 52
- « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Dr. soc.* 2016, p. 912
- « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Dr. soc.* 2012, p. 443
- « Qualité de vie(s) et travail de travail », *Dr. soc.* 2015, p. 147
- « Temps professionnel et temps personnels », *Dr. soc.* 2004, p. 58
- « Vies professionnelles et vies personnelles », *Dr. soc.* 2004, p. 5
- « À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 78
- « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion : le droit à la vie privée au XXIe siècle, *Dr soc.* 2002, p. 939
- « La légitime censure des télé-travaux forcés », *Dr. soc.* 2001, p. 1039
- « Courrier privé et courriel personnel », *Dr. soc.* 2001, p. 915
- « De temps… en temps », *Dr. soc.* 2000, p. 241
- « Les astreintes, un temps du troisième type », *Dr. soc.* 1999, p. 250
- « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation », *Dr. soc.* 1996, p. 35
- « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Le statut du télétravailleur », *Dr. soc.* 1996, p. 121

RAY (J.-E.), BOUCHET (J.-P.)

- « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.* 2010, p. 44

REBECQ (G.)

- « Le droit d'accès au dossier médical des médecins-conseils des caisses de sécurité sociale », *RDSS* 1998, p. 551

REBOURG (M.)

- « La notion de "proche aidant" issue de la loi du 28 décembre 2015 : une reconnaissance sociale et juridique », *RDSS* 2018, p. 695

RÉMY (Ph.)

- « La genèse du solidarisme » *in* L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études juridiques, 2004, pp. 3 à 11
- « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323

RÉMY (P.), SEIFERT (A.)

- « Les droits des conflits collectifs », *RDT* 2010, p. 250

REVET (T.)

- « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 859

REYMANN (A.)

- « L'absentéisme : comprendre et agir », *Les Cahiers du DRH* 1er janvier 2007

RIBARD (D.)

- « Le travail intellectuel : travail et philosophie, XVIIe-XIXe siècle », *Éd. de l'EHESS*, 2010, p. 715

RIVOAL (O.)

- « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006, p. 891

RIVOLIER (M.)

- « La clarification du régime du temps partiel thérapeutique », *RDT* 2024, p. 516

ROCHE-DAHAN (J.)

- « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1995, p. 255

RODIÈRE (P.)

- « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD eur.* 2008, p. 47

ROMEFORT de (J.)

- « Pas de retenue sur salaire sans salaire ; truisme ou sophisme ? », *RDT* 2007, p. 290

ROSA De La (S.)

- « La modernisation du cadre juridique du détachement et la jurisprudence Vinking-Laval », *Rev. UE* 2016, p. 151

ROUSSEL (M.)

- « L'usine du début des années 1930, antre de domination exaltée et rébellion tempérée », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique* 2014, p. 49

ROUSSET (G.)

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *RGDM* 2008, p. 147

ROUVIÈRE (F.)

- « La notion de discipline juridique : enjeux et intérêts », *RTD civ.* 2017, p. 530

ROY-LOUSTAUNAU (C.)

- « La précarité des emplois : une réforme du CDD discrète mais non sans importance », *Dr. soc.* 2002, p. 304

SAINT-JOURS (Y.)

- « L'obligation de sécurité du salarié : prévention et responsabilité », *Dr. ouvr.* 2007, p. 560
- « La réhabilitation de la présomption d'imputabilité spécifique aux risques professionnels », *D.* 20003, p. 2975
- « Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité, *D.* 1995, p. 13

SAMSON-PICHEREAU (J.)

- « Une immixtion du droit de la consommation dans le droit médical ? », *RGDM* 2015, p. 135

SARGOS (P.)

- « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, p. 121

SARRAZIN (B.)

- « Présentéisme : une autre face de l'épuisement professionnel ? », *Rev. travail et changement* 2014, n° 354, 2014, p. 2

SAURET (A.)

- « La période d'essai », *JCP S* 2008, 1364

SAUVY (A.)

- « Évolution de la population agricole en France depuis 1900 », *Revue Population* 1963, p. 573

SAUZET (M.)

- « Le livret obligatoire des ouvriers », *Rev. critique de législation et de jurisprudence* 1890, p. 216

SAVATIER (J.)

- « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p. 51

SAVATIER (J.)

- « La médecine du travail dans le système de protection de la santé », *Dr. soc.* 2021, p. 546
- « Modification des conditions de travail. Refus de la part du travail. Qualification de la faute », *Dr. soc.* 2002, p. 854
- « Le salarié isolé peut-il user du droit de grève à l'appui d'une revendication individuelle ? », *RJS* 1997, p. 8
- « Les incidences d'un redressement de cotisations sur les rapports entre employeur et salarié », *Dr. soc.* 1997, p. 451
- « Le terme du contrat conclu pour remplacer un salarié absent », *Dr. soc.* 1996, p. 141
- « Durée du travail. Astreintes. Rémunération », *Dr. soc.* 1995, p. 381
- « L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations », *Dr. soc.* 1991, p. 322
- « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p. 49
- « Grèves et primes complémentaires du salarié », *Dr. soc.* 1981, p. 485

SAVATIER (R.)

- « Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie », *D.* 1934, chron. 37

SAY (J.-B.)

- « De l'absentisme et de ce que deviendra l'Irlande », *Rev. encyclopédique*, p. 283

SCHICHENG (Z.)

- « Le système d'assurances sociales », *Revue internationale de droit comparé* 1998, p. 883-887

SCHŒNBERGER (F.)

- « Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 31

SCHREIBER (A.), VICARD (A.)

- « La tertiarisation de l'économie française et le ralentissement de la productivité entre 1978 et 2008 », *INSEE*, 2011

SCHWEITZER (S.)

- « Industrialisation, hiérarchies au travail et hiérarchies sociales au 20e siècle », *Revue d'histoire* 1997, p. 103

SÉHILI (D.)

- « Les paradoxes de la prise en compte des douleurs menstruelles dans le milieu professionnel », *in* Séhili (D.), Shibuta (M.), De Filippis (V.), « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *RDT* 2024, p. 9

SEIFERT (A.)

- « La prise en charge de maladies professionnelles et leur prévention », *Dr. soc.* 2020, p. 1001

SENGA De (A.)

- « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », *Dr. ouvr.* 2001, p. 241

SERENO (S.)

- « Obligation vaccinale contre la Covid-19 et suspension du contrat de travail : la saga continue… », *Gaz. Pal.* 2024, p. 54

SERVEL (L.)

- « Temps, travail et organisations », *in* N. Alter (dir.), *Sociologie du monde du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2012, p. 328

SHIBUTA (M.)

- « Nécessaire, mais peu utile ? Les raisons de l'échec du congé menstruel au Japon », *in* Séhili (D.), Shibuta (M.), De Filippis (V.), « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *RDT* 2024, p. 9

SICARD (G.)

- « L'utilisation du droit romain par les rédacteurs du code civil : le droit de la famille », *in* J. Krynen (dir.), *Droit romain, jus civile et droit français*, PUT, coll. Études d'histoire du droit et des idées politiques, 1999, p. 393

SINAY (S.)

- « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises », *Dr. soc.* 1979, p. 56

SMITH (A.)

- « De la division du travail », *Revue français d'économie* 1990, vol. 5, p. 110

SOISSON (J.-P.)

- « Liberté, égalité, fraternité… et droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 1

SOURBÈS (B.), PROBST (A.)

- « Controverse : Faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *RDT* 2020, p. 514

SPIRE (R.)

- « Hyperconnexion et contrat de travail : quand les sphères personnelle et professionnelle se confondent », *Dr. ouvr.* 2019, p. 135

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007, p. 587

STULZ (V.), D'HEILLY (A.)

- « En questions : le droit à la déconnexion », *JCP S* 2020, p. 417

SUDRE (F.)

- « Obligation d'"aménagement raisonnable" », *JCP G* 2018, p. 30

SUPIOT (A.)

- « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.* 1995, p. 947
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485

SUPIOT (A.)

- « Femmes et famille en droit du travail », *in* J. Carbonnier (préf.), *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 385

SWEENEY (M.)

- « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *La documentation française* 2012, p. 42

SZABO (T.)

- « Les dangers du voyage au Moyen Age. Problèmes et solutions », trad. Ph. Thierry, *Rev. Centre d'histoire « Espaces et cultures »* 2007, p. 51

TAILLEFAIT (A.)

- « L'exercice du droit de grève dans les services publics locaux », *Dr. soc.* 2019, p. 1020

TARDIF (A.)

- « Les incidences de l'action civile de l'employeur sur la responsabilité contractuelle du salarié », *SSL* 2025, p. 2133

TAURAN (T.)

- « Indemnités journalières : attention au délai de carence ! », *JCP S* 2017, n° 1168
- « Haro sur le régime social des indépendants : vive le régime général ! », *RDSS* 2017, p. 993
- « Le contentieux relatif aux indemnités journalières de l'assurance-maladie », *Dr. soc.* 2009, p. 592

TELLIER (F.)

- « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* 1999

TEYSSIÉ (B.)

- « Faute grave : état des lieux », *JCP S* 2024, p. 1219
- « La raison, la grève et le juge », *Dr. soc.* 1988, p. 562

TEYSSIER (C.)

- « Télétravail au domicile : une approche juridique des mutations en cours », *Dr. soc.* 2023, p. 38

THIREAU (J.-L.)

- « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *in* J. Krynen (dir.), *Droit romain, jus civile et droit français*, PUT, coll. Études d'histoire du droit et des idées politiques, 1999, p. 347

THOLOZAN (O.)

- « Le contrat de travail. Révision du louage de services en droit français », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2015, p. 2199

TONDREAU (S.)

- « Le cadre juridique de la contre-visite médicale est désormais défini par décret ! », Brèves à propos du décret n° 2024-692, *Lexbase* 19 sept. 2024

TOURNAUX (S.)

- « Forfait en jours : la qualification du suivi effectif et régulier de la charge de travail », Dr. soc. 2023, p. 836
- « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.* 2022, p. 5
- « Les temps périphériques au travail », *Dr. soc.* 2019, p. 634
- « Durées conventionnelles d'essai, autonomie collective et accessibilité de la loi », *Dr. ouvr.* 2019, p. 373
- « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2018, p. 653
- « Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail », *Dr. ouvr.* 2018, p. 330

- « L'indemnité contractuelle de licenciement en cas de faute grave du salarié », *RDT* 2017, p. 542
- « La simple inopposabilité des clauses conventionnelles discriminatoires », *Lexbase soc.* 2012, n° 470.
- « Le déclin de la finalité de la période d'essai », *Dr. soc.* 2012, p. 788
- « Pour une appréciation in concreto du caractère raisonnable de la durée de l'essai », *RDT* 2012, p. 677
- « Temps de travail choisi vs temps partiel imposé : 1-0 », *Lexbase soc.* 7 oct. 2008
- « Les frontières du temps de travail effectif », *Lexbase soc.* 15 nov. 2007

TOURREIL (J.-E.)
- « En période d'astreinte le trajet domicile lieu de travail habituel constitue un temps de travail effectif », *JSL* 2007, p. 14

TOUZEIL-DIVINA (M.)
- « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP* 2010, p. 228

TREILLARD (J.)
- « De la suspension des contrats », *in* P. Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 83

TRICOIT (J.-Ph.)
- « La digitalisation de la relation de travail : transformation des caractéristiques de la relation de travail ? », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 344

TROPER (M.)
- « Pour une définition stipulative du droit », *Revue française de théorie juridique* 1989, p. 101

TURC (A.)
- « Suppression du RSI : quel sort pour la protection sociale des travailleurs indépendants ? », *JCP S* 2018, 1021

VACHET (G.)
- « Durée du travail : temps de déplacement accompli lors de périodes d'astreinte », *JCP S* 2007, p. 27
- « La compensation », *Dr. soc.* 1997, p. 600

VEGA De La (X.)
- « Les nouvelles formes d'organisation du travail », *Revue Sciences Humaines* 2010, p. 43

VEILLON (D.)

- « Le délicat retour à la vie civile des poilus : la loi du 22 novembre 1918 ayant pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur contrat de travail », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit* 2019, p. 89

VERDIER (J.-M.)

- « Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 1996, n° 327, p. 3

VÉRICEL (M.)

- « L'accord du le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT* 2021, p. 59
- « La place de la représentation du personnel et du dialogue social en matière de santé au travail et de prévention des risques professionnels, après les réformes de 2020-2021 », *Dr. soc.* 2021, p. 904
- « Droit au congé payé et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un droit fondamental et transmissible », *RDT* 2019, p. 261
- « Visite médicale d'embauche : il appartient à l'employeur de veiller à sa réalisation effective », *RDT* 2016, p. 427
- « Retour de congé sabbatique », *RDT* 2015, p. 761
- « Visite de reprise initiée par le salarié et information de l'employeur », *RDT* 2015, p. 409
- « La loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail », *RDT* 2011, p. 682
- « L'obligation patronale de sécurité de résultat : un régime renforcé », *RDT* 2010, p. 303
- « Le temps de déplacement pour une intervention dans le cadre d'une astreinte doit être rémunéré comme temps de travail effectif », *RDT* 2008, p. 41
- « À quelles conditions le temps de pause doit-il être considéré comme du temps de travail effectif ? », *RDT* 2007, p. 532

VERKINDT (P.-Y.)

- « Brève exégèse de l'article 6 sur les CDD de multi-remplacements », *Dr. soc.* 2023, p. 163

VERKINDT (P.-Y.), FANTONI-QUINTON (S.)

- « Obligation de résultat en matière de santé au travail. A l'impossible, l'employeur est tenu ? », *Dr. soc.* 2013 p. 229

VERLEY (P.)

- « Révolution industrielle/Industrialisation, innovations, organisations », *Marché et organisations* 2015, p. 61

VIGNEAU (C.)

- « Contrat et individualisation dans la relation de travail », *Dr. ouvr.* 2009, p. 175

VILLEQUEZ (M.)

- « De l'absence en droit romain et dans l'Ancien droit », *Rev. historique de droit français et étranger* 1856, p. 209

VINEY (G.)

- « L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts », *RDC* 2007, p. 714

VLASSENKO (E.)

- « Mensualisation et absentéisme », *Economie et statistique*, n° 73, décembre 1975, p. 59

VROEY De (M.)

- « La théorie du salaire de Marx : une critique hétérodoxe », *Rev. économique* 1985, p. 451

WAILLY (J.-M.)

- « Les différentes phases du travail des femmes dans l'industrie », *Cahiers d'économie et de l'innovation* 2004, p. 131

WAQUET (Ph.)

- « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 76
- « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », *Dr. soc.* 2009, p. 1177
- « Du principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 276
- « Retour sur l'arrêt Nikon », *SSL* 2002, n° 1065, p. 5
- « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Dr. soc.* 2002, p. 10
- « La vie personnelle du salarié », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier. Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Dalloz, 2001, p. 513
- « Le temps de repos », *Dr. soc.* 2000, p. 288
- « Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 566
- « En marge de la loi Aubry, travail effectif et vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 1998, p. 963
- « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », CSBP 1994, p. 289

WILLMANN (C.)

- « Le droit aux congés payés est un droit au repos effectif et ne peut être remplacé par une indemnité financière », *Lexbase soc.* 2013, n° 549

WOLMARK (C.)

- « Les politiques d'entreprise », *RDT* 2023, p. 241

WOLTON (D.)

- « Communication, l'impensé du XXe siècle. Ouverture », *Hermès La revue* 2014, p. 13

WORONOFF (D.)

- « L'industrialisation de la France de 1789 à 1815. Un essai de bilan », *Revue économique* 1989, p. 1047

WURTZ (E.), FANTONI-QUINTON (S.), COHEN (L.), MEYER (G.)

- « Contentieux du travail – Le contentieux des avis du médecin du travail : regards croisés », *JCP S* 2022, p. 1032

ZARCA (A.)

- « Abandon de poste… Vraiment ? » *in* A. Zarca, S. Niquège « Dispute sur l'abandon de poste », *AJFP* 2016, p. 181

ZARCA (A.), NIQUÈGE (S.)

- « Dispute sur l'abandon de poste », *AJFP* 2016, p. 181

VI- RAPPORTS, DISCOURS ET STATISTIQUES

ALI BEN HALIMA (M.), HYAFIL-SOLELHAC (V.), KOUBI (M.), REGAERT (C.)

- *Quel est l'impact du système d'indemnisation maladie sur la durée des arrêts de travail pour maladie ?*, Rapport IRDES et INSEE, DT n° 66, 2015

BÉRARD (J.-L.), OUSTRIC (S.), SEILLER (S.)

- *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail*, Rapport fait à la demande du Premier ministre, 2019, p. 52

CAZENAVE-LACROUTZ (A.), GODZINSKI (A.)

- *Les effets d'un jour de carence pour arrêt maladie sur les absences pour raison de santé dans la fonction publique de l'État français*, Rapport INSEE, 2017

ÉTUDE DARES

- « *Quel lien entre les conditions de travail et le présentéisme des salariés en cas de maladie ?*, 2020.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS

- « Working anytime, anywhere : the effects on the world of work », Rapport, 15 fév. 2017, p. 23

FILLEUL (M.)

- Proposition de loi pour une meilleure inclusion des familles monoparentales, Sénat n° 644, 27 mai 2021

FRIMAT (P.)

- « Mission relative à la prévention et à la prise en compte de l'exposition des travailleurs aux agents chimiques dangereux », Rapport, 2018, pp. 30-31

GARCIA (K.)

- *Évolution des salaires de base dans le secteur privé : résultats définitifs du 2e trimestre 2023*, DARES indicateurs n° 51, 22 sept. 2023

GIORGI (D.)

- *Effets de l'absence sur le paiement des arrérages de la pension*, Lettre ministérielle, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, 2 fév. 2001

HAMON-CHOLET (S.), LANFRANCHI (J.)

- « Présentéisme au travail : mesures et déterminants », Rapport DARES, 2016

MARIMBERT (J.)

- *Situation et perspectives du travail à temps partiel*, Rapport au ministère du Travail, 1992

NASSE (P.), LEGÉRON (P.)

- Rapport *sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, 2008

REY (C.)

- *Le travail à domicile*, Rapport du Conseil économique et social, 1999

RUDLOFF (M.)

- Rapport *Sénat portant réforme du titre quatrième du Livre premier du Code civil : Des absents*, 1977

SAUVÉ (J.-M.)

- « Le Conseil d'État et le développement économique de la France au XIXe siècle », Discours, 27 mai 2011

THIÉRY (S.), SENARD (J.-D.)

- « Re-considérer le travail », *Rapport des garants des Assises du travail au Ministre du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion*, 18 avr. 2023, p. 18

VILLERMÉ (L.-R.)

- *De la santé des anciens ouvriers employés dans les fabriques de soie, de coton et de laine*, Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut sur l'état physique et moral des ouvriers, 1840

VII- RECUEILS DE LOIS, DÉCRETS ET JURISPRUDENCES

BRAYER (F.)

- *Recueil des règlements de Police*, imp. T. Jeunet, 2e éd., 1862

BRETONNIER (J.-B.)

- Re*cueil par ordre alphabétique des principales Questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux*, Paris, t. 1, 4e éd., 1769

DENISART (J.-B.)

- *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, t. 1, 1763

DEVILLENEUVE (L.-M.), CARETTE (A.-A.), GILBERT (P.)

- *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, 1867

FAVARD DE LANGLADE (G.)

- *Répertoire de la législation du notariat*, Paris, Firmin Didot, 2e éd., t. 1, 1829

GUYOT (F.-G.)

- *Supplément au Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, t. 1, 1786

JESSIONESSE (C.-L.) (dir.)

- *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1895

LAURENT (E.), MAVIDAL (J.) (dir.)

- *Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, première série (1787 à 1799), t. XXX, 1888

MERLIN (M.)

- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, Paris, Garnery, 5e éd., 1827

ROUSSEAU DE LA COMBE (G.) (du)

- *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1769

PROCÈS-VERBAUX DU CONSEIL D'ÉTAT

- *Contenant la discussion du projet de Code civil*, t. 2, Pais, Imp. de la République, 1803, p. 469

VIII- CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ADAM (P.)

- note sous Cass. soc., 4 juill. 2024, n° 23-13.784, *SSL* 2024, n° 2105, p. 13
- note sous Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *SSL* 2021, n° 1949, p. 4
- obs. sous Cass. soc. 9 déc. 2020, n° 19-13.470, *Dr. soc.* 2021, n° 3, p. 268
- note sous Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161, *Dr. soc.* 2018, n° 5, p. 465

ALA (S.), LANOUE (M.-P.), LE CORRE (D.), VALÉRY (M.-A.)

- chron. sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *D.* 2023, p. 408

ALA (S.), LANOUE (M.-P.), VALÉRY (M.-A.)

- chron. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *D.* 2024, n° 08, p. 373

ALEMANNO (A.)

- note sous CJUE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *RDUE* 2001, n° 3, p. 789

ALIX (B.)

- note sous Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 20-10.843, *JCP S* 2021, n° 46, p. 21

ALLENDE D' (M.), FROZ (A.)

- note sous Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 21-22.809, *JCP S* 2024, p. 1108

ALLENDE D' (M.), MORICEAU (J.-C.)

- note sous Cass. soc., 20 fév. 2013, n° 11-26.401, *JCP S* 2013, n° 27, p. 37

ALLOUCH (A.)

- note sous Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *Gaz. Pal.* 2021, n° 30, p. 78

ANDREEA MACOVE (O.)

- étude sous CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Rev. UE* 2016, p. 37

ANTONMATTEI (P.-H.)

- obs. sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *Dr. soc.* 2016, n° 5, p. 457
- note sous Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766, *Dr. soc.* 2017, n° 5, p. 425

- note sous Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit*, n° 00-11.793, *Droit et Patrimoine* 2002, n° 108, p. 117
- note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Droit et Patrimoine* 2001, n° 97, p. 110
- obs. sous Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154, *Droit et Patrimoine* 2000, n° 83, p. 116
- note sous Cass. soc. 13 nov. 1996, *Société générale*, Bull. civ. V, n° 386, *Dr. et Patrimoine* 1997, n° 45, p. 73

ARNAUD (M.)

- note sous Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297, *RLDA* 2015, n° 100, p. 44

ARTIGUE D' (C.)

- obs. sous Cass. soc., 2 avr. 2003, n° 00-21.768, *Lexbase soc.* 2003, n° 66
- obs. sous Cass. soc., 10 déc. 2002, n° 00-46.231, *Lexbase soc.* 2003, n° 54

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.)

- note sous Cass. Ass. Plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442, *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 456
- obs. sous Cass. civ. 2, 6 oct. 2016, n° 15-25.924, *JCP S* 2016, n° 47, p. 31
- note sous Cass. ch. mixte, 21 mars 2014, n° 12-20.002, *JCP S* 2014, n° 25, p. 44

ATINDÉHOUS-LAPORTE (M.)

- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.341, *Gaz. Pal.* 2025, n° 19, p. 35

AUBERT-MONTPEYSEN (T.)

- note sous CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *JCP E* 2020, n° 31, p. 50
- note sous Cass. soc. 1er juill. 2009, n° 07-42.675, *JCP E* 2009, n° 51, p. 40
- note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *JCP* 2007, p. 10129
- note sous Cass. soc., 22 fév. 2000, n° 97-44.339, *D.* 2000, p. 377

AUGIER (B.)

- note sous Cass. soc. 16 déc. 2010, n° 09-43.074, *Droit ouvrier* 2011, n° 752, p. 191

AUMERAN (X.)

- note sous Cass. soc, 1er mars 2023, n° 21-12.068, *JCP S* 2023, n° 13, p. 23

AUZERO (G.)

- comm. sous Cass. soc. 24 mars 2010, n° 09-40.339, *Lexbase soc.* 2010, n° 390
- obs. sous Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *RDT* 2007, p. 650
- obs. sous Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.302, *RDT* 2007, n° 3, p. 167
- note sous Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.249, *Lettre jur. Lexbase* 2005, n° 153, p. 7

BABIN (M.)

- note sous Cass. soc., 14 fév. 2024, n° 22-18.798, *JCP S* 2024, n° 15, p. 23
- note sous Cass. soc., 9 déc. 2020, n° 19-16.448, *JCP S* 2021, n° 7, p. 35

- note sous Cass. soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993, *JCP S* 2020, p. 2077
- note sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914, *JCP S* 2016, n° 12, p. 33
- obs. sous Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918, *SSL* 2008, n° 1340, p. 12

BAILLY (M.)
- note sous Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.688, *JCP S* 2011, n° 15, p. 31

BALLOUHEY (B.)
- note sous Cass. soc. 24 mars 2010, n° 09-40.339, *JSL* 2010, p. 15

BARÈGE (A.)
- obs. sous Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *JCP S* 2021, n° 9, p. 21
- note sous Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *JCP S* 2019, 1291

BARTHÉLÉMY (J.)
- note sous Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Société générale c/ URSSAF de Haute-Garonne*, *JCP E* 1997, n° 5, p. 24

BAUGARD (D.)
- note sous Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966, *RDT* 2018, n° 4, p. 286

BÉAL (S.), FERREIRA (A.)
- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *JCP E* 2008, p. 38

BECHMANN (P.)
- note sous Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit*, n° 00-11.793, *Env.* 2003, n° 2, p. 8

BENMAKHLOUF (A.), PETIT (S.)
- note sous Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit*, n° 00-11.793, *Gaz. Pal.* 2002, n° 125, p. 3

BENOÎT-ROHMER (F.)
- chron. sous CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *RTDE* 2020, n° 2, p. 332
- obs. sous CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *RTD eur.* 2015, p. 175

BENTO De CARVALHO (L.)
- note sous Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833, *BJT* 2018, n° 4, p. 247
- note sous Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966, *Dr. soc.* 2021, n° 2, p. 167

BENTO De CARVALHO (L.), TOURNAUX (S.)
- note sous Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *Dr. soc.* 2020, n° 10, p. 847

BERRIAT (A.)

- note sous Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-11.970, *JCP S* 2020, n° 12, p. 10

BEYNEIX (I.)

- obs. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914, *JCP E* 2016, n° 8, p. 16

BLANC-LAUSSEL (C.)

- chron. sous Cass. soc., 16 oct. 2024, n° 23-16.411, *Lexbase soc.* 2025, n° 1008

BONCOURT (L.)

- note sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *Gaz. Pal.* 2008, n° 298, p. 38

BONDAT (D.)

- obs. sous Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-18.499, *RDT* 2018, n° 1, p. 52

BONNECHÈRE (M.)

- comm. sous Cass. soc. 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *Dr. ouvr.* 2012, p. 802

BOSSU (B.)

- note sous Cass. soc., 19 mars 2025, n° 22-17.315, *JCP S* 2025, n° 19, p. 32
- note sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *JCP E* 2023, p. 41
- note sous Cass. soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.272, *JCP S* 2016, n° 4, p. 31
- note sous Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28.649, *JCP S* 2013, n° 21, p. 23
- note sous Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-12.138, *JCP S* 2013, n° 38, p. 24
- note sous Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502, *JCP S* 2013, n° 11, p. 35
- note sous Cass. soc. 9 fév. 2010, n° 08-45.253, *JCP S* 2010, n° 24, p. 34
- obs. sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299, *JCP S* 2011, n° 1, p. 29
- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877, *JCP S* 2010, n° 4, p. 24
- obs. sous Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 07-43.282, *JCP G* 2009, II, p. 1066
- note sous Cass. soc., 21 oct. 2008, n° 07-40.809, *JCP S* 2009, n° 8, p. 37
- note sous Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-42.672, *JCP S* 2006, n° 25, p. 28

BOTTIN-VAILLANT (C.)

- note sous Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *Droit ouvrier* 2011, n° 759, p. 601

BOUAZIZ (P.)

- note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Droit ouvrier* 2001, n° 638, p. 438

BOUBLI (B.)

- note sous Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.592, *Gaz. Pal.* 2004, n° 74, p. 31

BOUCHEZ (F.)

- obs. sous Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-12.243, *JCP S* 2012, n° 39, p. 35

BOUJEKA (A.)

- note sous CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *D.* 2013, p. 1388

BOULMIER (D.)

- note sous Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307, *JCP S* 2012, n° 44

BOUSEZ (F.)

- note sous Cass. soc., 15 janv. 2025, n° 23-20.168, *JCP S* 2025, n° 11, p. 34
- note sous Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 18-12.446, *JCP S* 2019, n° 43, p. 26
- obs. sous Cass. soc. 23 nov. 2016, n° 14-10.652, *JCP S* 2017, n° 2, p. 24
- chron. sous Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740, *JCP E* 2011, n° 18, p. 42

BOUTAYEB (C.)

- obs. sous CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *RDT* 2013, p. 657

BRÈTHE De LA GRESSAYE (J.)

- note sous Cass. soc., 27 nov. 1958, *Société des forges stéphanoises*, *JCP* 1959, p. 11143

BRIER De (H.)

- note sous Cass. soc. 3 oct. 2018, n° 16-19.836, *Gaz. Pal.* 2018, n° 42, p. 56
- note sous Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-11.970, *Gaz. Pal.* 2019, n° 20, p. 67

BROUD (F.), MIALHE (E.)

- note sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-14.811, *JCP S* 2016, n° 21, p. 26

BROUSSE (A.)

- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877, *Droit ouvrier* 2010, n° 739, p. 90

BRUDER (A.)

- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026, *JCP E* 2010, n° 47, p. 45

BRUNIE (J.)

- note sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-16.129, *RDT* 2024, n° 11, p. 673

BUGADA (A.)

- comm. sous Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841, *Procédures* 2022, p. 250
- note sous Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090, *Procédures* 2017, n° 6, p. 19
- chron. sous Cass. civ. 2, 6 oct. 2016, n° 15-25.924, *JCP E* 2017, n° 13, p. 49
- chron. sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *JCP E* 2016, n° 10, p. 48
- note sous Cass. civ. 2, 21 juin 2012, n° 11-16.050, *JCP S* 2012, p. 36
- note sous Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *JCP S* 2007, p. 25
- obs. sous Cass. soc. 23 oct. 2007, n° 06-17.802, *D.* 2008, p. 662

BUY (F.), THÉRON (J.)

- chron. sous Cass. soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266, *LPA* 2013, n° 110, p. 5

CANUT (F.)

- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-42.327, *JCP S* 2008, n° 25, p. 52

CARRÉ (S.)

- note sous Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.282, *RDT* 2009, n° 10, p. 19

CASAUX-LABRUNÉE (L.)

- obs. sous Cass. soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266, *Lexbase soc.* 2012, n° 495

CESARO (J.-F.)

- obs. Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014, *JCP E* 2019, n° 49, p. 41
- chron. sous Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966, *JCP E* 2018, n° 49, p. 33
- note sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, *JCP S* 2011, n° 20, p. 30

CHAMPEAUX (F.)

- obs. sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *SSL* 2022, p. 12
- suppl. sous Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-42.525, *SSL* 2010, n° 1439, p. 148

CHANDIVERT (V.)

- note sous Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, *SSL* 2013, n° 1599, n° 160

CHAPEAUX (F.)

- note sous Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247, *SSL* 1998, p. 2

CHARBONNEAU (A.)

- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.341, *BJT* 2023, n° 11, p. 12
- obs. sous Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-24.589, *BJT* 2024, n° 3, p. 13

CHARBONNEAU (C.)

- note sous Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 00-44.811, *CSBP* 2003, p. 342,
- note sous Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-42.262, *BJT* 2002, n° 144, p. 449

CHAUMETTE (P.)

- note sous Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-45.086, *Dr. soc.* 2010, n° 6, p. 717

CHENILLET (Ph.)

- note sous Cass. soc., 9 juill. 1992, n° 88-10.951, *RDSS* 1993, p. 378

CHENU (D.)

- comm. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *JCP E* 2023, n° 49, 1362
- note sous Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-21.263, *JCP S* 2021, n° 23, p. 28
- note sous Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161, *JCP E* 2018, n° 7, p. 55
- note sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, *JCP E* 2016, n° 30, p. 55

CHIREZ (A.)

- note sous Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-42.938, *Droit ouvrier* 2005, n° 679, p. 45

CHISS (R.)

- obs. sous Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766, *JCP S* 2017, n° 16, p. 38

CHONE-GRIMALDI (A.-S.)

- chron. sous Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-15.794, *Europe* 2024, n° 10, p. 5

COEURET (A.)

- note sous Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-46.036, *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 487

COLONNA (J.)

- obs. sous Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-12.995, *Gaz. Pal.* 2013, n° 226, p. 25

COLONNA (J.), RENAUX-PERSONNIC (V.)

- note sous Cass. Ass. Plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442, *JCP E* 2019, n° 20, p. 49
- chron. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914, *JCP E* 2016, n° 43, p. 55
- chron. sous Cass. soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.272, *Gaz. Pal.* 2016, n° 13, p. 80

COMBREXELLE (J.-D.)

- note sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *Dr. soc.* 2016, n° 5, p. 395

CORNESSE (I.)

- obs. sous Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307, *RLDS* 2012, n° 76, p. 43
- note sous Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740, *RLDA* 2010, n° 55, p. 57

CORPART (I.)

- note sous Cass. civ. 2, 21 juin 2012, n° 11-16.050, *RJPF* 2012, p. 21

CORRIGNAN-CARSIN (D.)

- obs. sous Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-27.047, *JCP G* 2019, n° 15, p. 717
- note sous Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-42.677, *JCP S* 2009, n° 39, p. 30
- obs. sous Cass. soc., 23 juin 2009, n° 08-42.154, *JCP S* 2009, p. 30
- comm. sous Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-44.251, *JCP S* 2007, p. 1956
- note sous Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *JCP G* 2007, p. 55

- note sous Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *JCP S* 2011, n° 26, p. 38
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *JCP G* 2002, p. 10035
- note sous Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247, *JCP E* 1997, p. 12

CORTOT (J.)

- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-42.327, *D.* 2008, n° 6, p. 345

COUËDEN (C.)

- obs. sous Cass. soc. 17 nov. 2021, n° 20-18.336, *D. actu.* 6 déc. 2021

COULAUD (R.)

- note sous Cass. soc. 27 janv. 2021, n° 19-21.200, *Droit ouvrier* 2021, n° 872, p. 231

COUTURIER (G.)

- note sous Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274, *Dr. soc.* 1998, p. 523

COVIAUX (A.)

- obs. sous Cass. Civ. 2, 14 oct. 2021, 20-11.980, *Gaz. Pal.* 2022, n° 5, p. 41
- chron. sous Cass. Crim. 13 oct. 2020, n° 19-87.341, *Gaz. Pal.* 2021, n° 3, p. 53

DAUXERRE (L.)

- note sous Cass. soc., 15 janv. 2025, n° 23-20.168, *JCP E* 2025, n° 14, p. 51
- note sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-16.129, *JCP S* 2024, n° 47, p. 8
- note sous Cass. soc., 22 mai 2024, n° 22-19.849, *JCP S* 2024, n° 26, p. 36
- chron. sous Cass. soc. 10 févr. 2021, n° 19-14.021, *JCP E* 2021, n° 43, p. 50
- note sous Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833, *JCP S* 2018, n° 48, p. 41

DAVERAT (X.), ROCA (C.)

- chron. sous Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, *LPA* 2001, n° 163, p. 11

DAVERAT (X.), TOURNAUX (S.)

- chron. sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *LPA* 2008, n° 86, p. 4

DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)

- obs. sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026, *JCP E* 2010, n° 6, p. 35

DEBORD (F.)

- obs. sous Cass. soc. 25 fév. 2009, n° 07-41.724, *RDT* 2009, n° 5, p. 303

DECRETTE (B.)

- chron. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.909 à 14-26.914, *Gaz. Pal.* 2016 2016, n° 32, p. 53

DEDESSUS-LE MOUSTIER (G.)

- note sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *JCP G* 2022, p. 2046

DEJEAN De LA BATIE (A.)

- note sous Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 21-22.809, *SSL* 2024, p. 10

DELATTRE (V.), LEYNAUD (E.)

- note sous Cass. soc. 16 oct. 2019, n° 17-31.624, *JCP S* 2019, n° 47, p. 25

DEVERS (A.)

- note sous Cass. civ. 2, 20 sept. 2005, n° 04-15.998, *Dr. de la famille* 2006, p. 34

DOCKÈS (E.)

- obs. sous Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 04-48.314, *RDT* 2007, n° 1, p. 30

DRAI (L.)

- note sous Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766, *JCP S* 2015, n° 6, p. 37
- note sous Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-12.995, *JCP S* 2013, n° 30, p. 25
- comm. sous Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-23.139, *JCP S* 2012, p. 1149
- note sous Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-66.134, *JCP S* 2011, n° 27, p. 1324

DRIGUEZ (L.)

- note sous CJUE, 10 fév. 2022, aff. C-485/20, *Europe* 2022, n° 4, p. 35

DUCHANGE (G.)

- obs. sous Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *BJT* 2019
- note sous Cass. soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009, *JCP E* 2016, n° 49, p. 44

DUCHET (D.)

- note sous Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 23-14.900, *Lexbase soc.* 2024, n° 997

DUCROCQ (S.)

- note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Dr. ouvr.* 2008, p. 25

DUMONT (F.)

- note sous Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090, *JCP S* 2017, n° 18, p. 27
- note sous Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-44.564, *JCP S* 2009, n° 27, p. 28
- note sous Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 05-43.061, *JCP S* 2006, n° 21, p. 25

DUPEYROUX (J.-J.)

- note sous Cass. soc., 13 nov. 1996, *Société Générale c/ URSSAF de Haute-Garonne*, n° 94-13.187, *Dr. soc.* 1996, p. 1067

DUPRÉ De BOULOIS (X.)

- note sous CE Ass. 7 juill. 1950, Dehaene, n° 01645, *GADLF*, n° 54

DUQUESNE (F.)

- note sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-14.811, *JCP E* 2016, n° 22, p. 58
- note sous Cass. soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.272, *RDT* 2016, n° 3, p. 183

EL BERRY (L.-J.)

- note sous Cass. soc., 22 mai 2024, n° 22-19.849, *SSL* 2024, n° 2099, p. 18

EVERAERT-DUMONT (D.)

- note sous Cass. soc. 3 mai 2016, n° 14-29.190, *JCP S* 2016, n° 27, p. 18
- note sous Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-21.179, *JCP S* 2014, n° 24, p. 19

FABAS-SERLOOTEN (A.-L.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *Gaz. Pal.* 2021, n° 18, p. 2

FAGES (B.)

- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026, *RTD Civ.* 2010, n° 1, p. 100

FALLIK (D.)

- note sous Cass. soc., 19 mars 2025, n° 22-17.315, *JSL* 2025, n° 607, p. 11
- obs. sous Cass. soc., 15 janv. 2025, n° 23-20.168, *JSL* 2025, n° 602, p. 20
- obs. sous Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *JCP S* 2019, n° 41, p. 26

FAVENNEC-HÉRY (F.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *SSL* 2023, n° 2060
- chron. sous Cass. soc., 2 fév. 2022, n° 20-15.744, *SSL* 2023, n° 2034, p. 5
- note sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299, *Dr. soc.* 2010, n° 12, p. 1256

FAVRE (R.)

- note sous Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834, *JCP S* 2012, n° 38, p. 34

FERKANE (Y.)

- note sous Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, *RDT* 2018, n° 9, p. 610
- note sous Cass. soc., 20 juin 2015, n° 14-11.077, *RDT* 2016, n° 2, p. 108

FLORES (Ph.)

- obs. sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *SSL* 2023, p. 9

FOURNIER-GATIER (L.)

- note sous Cass. civ. 2, 22 janv. 2015, n° 13-28.368, *JCP S* 2015, n° 10, p. 42

FOUVET (F.)

- note sous Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014, *RDT* 2019, n° 11, p. 725

FRAISSINIER-AMIOT (V.)

- note sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299, *LPA* 2011, n° 55, p. 16

FRANÇOIS (G.)

- note sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *JCP S* 2022, p. 34
- note sous Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282, *JCP S* 2012, n° 31, p. 34

FROUIN (C.)

- chron. sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *Gaz. Pal.* 2016, n° 2, p. 68
- note sous Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28.649, *Gaz. Pal.* 2013, n° 81, p. 29

FROUIN (J.-Y.)

- note sous Cass. soc. 24 mars 2021, n° 19-13.188, *JCP S* 2021, n° 16, p. 36
- suppl. sous Cass. soc., 18 juin 2002, n° 00-41.978, *SSL* 2003, n° 1133, p. 28
- note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 558

GABA (H. K.)

- chron. sous Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-19.339, *JCP S* 2012, n° 15, p. 13
- note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *D.* 2001, n° 29, p. 2339

GAMELEU KAMENI (C.)

- note sous Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833, *LPA* 2019, n° 19, p. 11

GARDAIR-RÉROLLE (N.)

- note sous Cass. soc. 25 fév. 2009, n° 07-41.724, *JSL* 2009, n° 255, p. 27

GARDIN (A.)

- obs. sous Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *RDT* 2012, n° 4, p. 223

GAURIAU (B.)

- note sous Cass. civ. 2, 13 mai 2005, n° 03-30.770, *Dr. soc.* 2005, p. 942
- note sous Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 00-44.811, *Dr. soc.* 2003, p. 827

GÉA (F.)

- note sous Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 04-48.314, *RRJ* 2007, n° 2007/2, p. 855

GOASGUEN (C.)

- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-42.327, *SSL* 2008, n° 1369, p. 125

GRAS (N.)

- note sous Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297, *JCP S* 2017, n° 22, p. 16

GRIMALDI (M.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *RTD civ.* 2021, n° 2, p. 464

GRIVEL (A.-M.)

- note sous Cass. soc., 20 fév. 2019, n° 17-18.912, *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 432

GUIOMARD (F.)

- note sous Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841, *RDT* 2022, p. 593

GUYADER De (H.)

- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42.026, *D.* 2010, n° 19, p. 1197
- note sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877, *RDT* 2010, n° 3, p. 172

HALLER (M.-C.)

- note sous Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-44.408, *JSL* 2009, n° 258, p. 18
- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-42.327, *JSL* 2008, n° 227
- note sous Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918, *JSL* 2008, n° 226, p. 14
- note sous Cass. soc., 2 fév. 2006, n° 04-12.336, *JSL* 2006, n° 184, p. 10
- note sous Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-44.517, *JSL* 2003, n° 117, p. 21

HARCOURT D' (Ph.)

- obs. sous Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154, *JCP E* 2001, n° 37, p. 1418

HAUSER (J.)

- obs. sous Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28.649, *RTD Civ.* 2013, n° 3, p. 574
- note sous Cass. civ. 2, 13 mai 2005, n° 03-30.770, *RTD civ.* 2005, p. 570
- note sous Cass. civ. 2, 20 sept. 2005, n° 04-15.998, *RTD civ.* 2006, p. 87
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *RTD civ.* 2002, p. 72
- note sous Cass. soc., 27 janv. 1994, n° 89-12.143, *RTD civ.* 1995, p. 595

HAUTEFORT (M.)

- note sous Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161, *JSL* 2018, n° 447, p. 18
- note sous Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *JSL* 2001 2001, n° 84
- obs. sous Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-15.794, *JSL* 2024, n° 557, p. 10

HÉAS (F.)

- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-12.970, *Dr. soc.* 2023, n° 11, p. 895

HE (L.)

- note sous CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-619/16, *RTDE* 2019, n° 3, p. 651

HOUSSIER (J.), GUILLAUME (C.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *JCP E* 2021 n° 21, p. 969

ICARD (J.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv. *Dr. soc.* 2024, n° 7, p. 602
- note sous Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 13-27.212, *BJT* 2016, n° 282, p. 80
- obs. sous Cass. soc., 25 mars 2014, n° 13-23.368, *BJT* 2015, n° 274, p. 264
- comm. sous Cons. const., 13 juin 2014, QPC n° 2014-402, *Cahiers sociaux du barreau de Paris : jurisp. Sociale* 2014, n° 266, p. 505
- note sous Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-21.179, *BJT* 2014, n° 261, p. 169

JACQUEMIN (Z.)

- chron. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-16.129, *Gaz. Pal.* 2025, n° 2

JAULT-SESEKE (F.), MOREAU (M.)

- note sous Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 95-44.290, *D.* 1999, p. 525

JEANSEN (E.)

- obs. sous Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.029, *JCP S* 2019, n° 49, p. 31
- chron. sous Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-18.499, *JCP E* 2018, n° 21, p. 49

JÉRARD (X.)

- note sous CJUE, 11 sept. 2019, aff. C-397/18, *AJFP* 2023, n° 10, p. 513

JERPHANION De (X.)

- note sous Cass. soc. 10 févr. 2021, n° 19-14.021, *JCP S* 2021, n° 13, p. 25

JOLY (L.)

- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-12.970, *Lexbase soc.* 2023, n° 961

JOURDAIN (P.)

- chron. sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, *RTD Civ.* 2016, n° 4, p. 869

JOUSSELIN (L.)

- obs. sous Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976, *JSL* 2019, n° 484

JULIEN (M.), PAULIN (J.-F.)

- comm. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *JA* 2025, n° 712, p. 26

KERBOURC'H (J.-Y.)

- note sous Cass. soc. 3 oct. 2018, n° 16-19.836, *JCP S* 2018, n° 45, p. 33
- note sous Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 14-27.232, *JCP S* 2017, n° 5, p. 34

KLEIN (J.)

- obs. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *RTD civ.* 2024, n° 4, p. 958
- chron. sous Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 23-14.900, *RTD Civ.* 2024, n° 4, p. 962

KOLECK-DESAUTEL (S.)

- obs. sous Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 00-44.811, *Lexbase soc.* 2003, n° 71

KOVAC (J.)

- note sous Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 18-20.210, *JCP S* 2020, n° 50, p. 35

LA ROSA De (S.)

- note sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *Rev. UE* 2016, p. 151

LACOSTE-MARY (V.)

- note sous CJUE, 18 mars 2004, aff. C-342/01, *Droit ouvrier* 2015, n° 802, p. 312

LAFARGUE (M.)

- note sous Cass. soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009, *RDT* 2016, n° 5, p. 338

LAHALLE (T.)

- obs. sous Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-15.794, *JCP S* 2024, n° 2, p. 37
- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-12.970, *JCP S* 2023, n° 40, p. 29
- note sous Cass. soc., 13 juill. 2005, n° 03-44.980, *JCP S* 2005, n° 15, p. 25

LALANNE (F.)

- obs. sous Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-11.626, *JSL* 2021, n° 511, p. 28
- obs. sous Cass. soc. 16 mai 2013, n° 12-11.866, *JSL* 2013, n° 346, p. 22

LANGANEY (C.)

- obs. sous Cass. soc., 16 oct. 2024, n° 23-16.411, *Lexbase soc.* 2024, n° 1000
- pan. sous Cass. soc., 13 avr. 2023, n° 21-18.680, *Lebase Social* 2023, n° 943

LANGLOIS (Ph.)

- note sous Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 95-44.290, *Dr. soc.* 1999, p. 125

LAPRÉVOTE (G.), PIEKUT (E.)

- obs. sous Cass. soc. 10 févr. 2021, n° 19-14.021, *JCP E* 2021, n° 18, p. 50

LARDY-PÉLISSIER (B.)

- obs. sous Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 00-44.811, *D.* 2004, p. 178

LAULOM (S.)

- obs. sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *Dr. ouvr.* 2010, p. 570

LE BAUT-FERRARESE (B.)

- chron. sous Cass. soc. 10 déc. 2014, n° 13-17.743, *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 348

LE COHU (P.)

- note sous Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 14-27.232, *Gaz. Pal.* 2017, n° 10, p. 58
- chron. sous Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.634, *Gaz. Pal.* 2011, n° 63, p. 39

LEBORGNE-INGELAERE (C.)

- note sous Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161, *JCP S* 2018, n° 4, p. 33

LEFEBVRE (A.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *JSL* 2025, n° 600, p. 36

LEFRANC-HARMONIAUX (C.)

- obs. sous Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.634, *JCP G* 2011, n° 5, p. 218
- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *D.* 2007, p. 3109

LEPAGE (A.)

- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *D.* 2002, p. 2297

LEROYER (A.-M.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *RTD civ.* 2021, n° 2, p. 385

LEVILLAIN (N.)

- note sous Cass. civ. 1, 17 mai 2017, n° 16-18.425, *AJ Famille* 2017, p. 426

LHERNOULD (J.-P.)

- obs. sous Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 24-11.728, *JCP S* 2025, n° 16, p. 25
- obs. sous Cass. soc., 2 fév. 2022, n° 20-15.744, *JCP S* 2022, n° 24
- obs. sous Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-21.263, *JSL* 2021, n° 520, p. 11
- note sous CJUE, 9 nov. 2017, n° C-306/16, *JCP S* 2017, n° , p. 25
- note sous Cass. soc. 17 déc. 2013, n° 12-23.006, *JSL* 2014, n° 360, p. 7
- note sous Cass. soc., 25 mars 2014, n° 13-23.368, *JSL* 2015, n° 388, p. 19
- obs. sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *Dr. soc.* 2021, p. 534

LIET-VEAUX (G.)

- note sous CE Ass. 7 juill. 1950, *Dehaene*, n° 01645, *RA* 1950, p. 366

LINDON (R.)

- note sous Cass. soc., 27 nov. 1958, *Société des forges stéphanoises*, *D.* 1959, p. 20

LOISEAU (G.)

- note sous Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 23-14.900, *JCP S* 2024, n° 36, p. 40
- note sous Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, *RJS* 2018, n° 8, p. 615
- note sous Cass. soc., 6 déc. 2017, n° 16-10.885, *JCP S* 2018, n° 5, p. 31
- note sous Cass. civ. 1, 17 mai 2017, n° 16-18.425, *JCP S* 2017, n° 26, p. 29
- note sous Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 13-27.212, *JCP S* 2016, n° 8, p. 26
- note sous Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *JCP S* 2012, n° 12, p. 32
- obs. sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *JCP* 2007, p. 10129
- note sous Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *D.* 2006, n° 3, p. 204

LOKIEC (P.)

- obs. sous Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *Lexbase soc.* 2021, n° 851

LOKIEC (P.), PORTA (J.)

- pan. sous Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-21.196, *D.* 2018, n° 15
- pan. sous Cass. soc., 20 juin 2015, n° 14-11.077, *D.* 2015, n° 40, p. 2340
- pan. sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, *D.* 2012, n° 39, p. 2622

MALFETTES (L.)

- obs. sous Cass. soc., 10 sept. 2025, n° 23-14.455, *D. actu.* 16 sept. 2025

MARGUÉNAUD (J.-P.), MOULY (J.)

- note sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *D. actu.* 23 sept. 2009

MARIÉ (R.)

- comm. sous Cons. const., 13 juin 2014, QPC n° 2014-402, *Droit ouvrier* 2014, n° 797, p. 831

MARLY (P.-G.)

- chron. sous Cass. Civ. 2, 14 oct. 2021, 20-11.980, *JCP E* 2022, n° 39, p. 34

MARRON (F.)

- obs. sous Cass. ch. mixte, 21 mars 2014, n° 12-20.002, *Gaz. Pal.* 2014, n° 152, p. 35

MARTIN-CUENOT (S.)

- obs. sous Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918, *Lexbase soc.* 2008, n° 288

- note sous Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 04-48.314, *Lexbase* 2006, n° 233
- obs. sous Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-41.325, *Lexbase soc.* 2004, n° 124
- obs. sous Cass. soc., 23 mars 2004, n° 01-46.007, *Lexbase soc.* 2004, n° 115

MARTINON (A.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et n° 22-17.342, *Dr. soc.* 2024, n° 7, p. 580
- note sous Cass. soc., 13 janv. 2012, n° 08-42.716, *JCP S* 2010, p. 1198
- note sous Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-41.294, *JCP S* 2011, n° 12, p. 17
- note sous Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40.144, *JCP S* 2010, n° 39
- note sous Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.879, *JCP S* 2009, p. 1504

MASSIP (J.)

- note sous Cass. soc., 9 juill. 1992, n° 88-10.951, *D.* 1993, p. 377

MAZEAUD (A.)

- obs. sous Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-44.517, *Dr. soc.* 2003, n° 2, p. 233

MÉLIN (F.)

- note sous Cass. soc., 4 juill. 2024, n° 23-13.784, *D. actu.* 12 sept. 2024

MERCAT-BRUNS (M.)

- comm. sous Cass. soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993, *RDT* 2020, p. 544
- note sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299, *RDT* 2011, n° 1, p. 31
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *D.* 2002, p. 768

MESS (S.)

- note sous Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740, *Droit ouvrier* 2011, n° 752, p. 181

MEYRAT (I.)

- note sous Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, *Droit ouvrier* 2018, n° 845, p. 742

MIKALEF-TOUDIC (V.), RIANDLET (P.)

- chron. sous Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-28.792, *Droit ouvrier* 2017, n° 829, p. 487

MILLET (L.)

- note sous Cass. soc., 2 avr. 2003, n° 00-21.768, *Dr. soc.* 2003, n° 6, p. 673

MINGANT (N.)

- obs. sous CJUE, *Chacon Navas c/ Eurest Colectividades SA*, 11 juill. 2006, aff. C-13/05, *Lexbase soc.* 2006, n° 228

MINIÉ (M.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *RDT* 2023, n° 10, p. 639

MOLIN (E.)

- note sous Cass. soc., 27 janv. 1994, n° 89-12.143, *JCP G* 1995, p. 22406

MONTPELLIER (T.)

- obs. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *JCP S* 2024, n° 43, p. 22
- note sous Cass. soc., 7 fév. 2024, n° 21-22.809, *JCP S* 2024, p. 1332

MONTVALON De (L.)

- chron. sous Cass. soc., 2 fév. 2022, n° 20-15.744, *SSL* 2022, n° 2003, p. 8
- note sous Cass. soc., 6 déc. 2017, n° 16-10.885, *SSL* 2018, n° 1799, p. 8

MORAND (M.)

- note sous Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975, *SSL* 2024, n° 2104, p. 9
- chron. sous Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-42.710, *SSL* 2003, n° 1333, p. 49

MORVAN (P.)

- note sous Cass. civ. 2, 20 sept. 2005, n° 04-15.998, *JCP S* 2005, p. 1381
- note sous Cass. civ. 2, 13 mai 2005, n° 03-30.770, *JCP S* 2005, p. 1213

MOULY (J.)

- note sous Cass. crim., 14 janv. 2025, n° 24-81.365, *Dr. soc.* 2025, p. 265
- obs. sous Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841, *Dr. soc.* 2022, p. 1052
- note sous Cass. soc. 27 janv. 2021, n° 19-21.200, *Dr. soc.* 2021, n° 6, p. 559
- obs. sous Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 18-23.966, *Dr. soc.* 2021, n° 3, p. 272
- note sous Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014, *Dr. soc.* 2019, n° 6, p. 571
- note sous Cass. soc. 30 janv. 2019, n° 17-31.473, *Dr. soc.* 2019, n° 3, p. 265
- note sous Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966, *Dr. soc.* 2018, n° 4, p. 364
- note sous Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090, *Dr. soc.* 2017, n° 6, p. 573
- note sous Cass. soc., 20 nov. 2014, n° 13-22.421, *Dr. soc.* 2015, n° 2, p. 189
- comm. sous Cons. const., 13 juin 2014, QPC n° 2014-402, *Dr. soc.* 2014, n° 7-8, p. 682
- note sous Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *JCP E* 2006, n° 6, p. 324
- obs. sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *D.* 2007, p. 2137

NADAL (S.)

- obs. sous Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.688, *RDT* 2011, n° 4, p. 254

NICOD (M.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *Droit de la famille* 2021, n° 5, p. 2

OLIVIER (J.-M.)

- note sous Cass. soc. 9 mars 2004, n° 02-30.294, *TPS* 2004, p. 20

ORIF (V.)

- note sous Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975, *Gaz. Pal.* 2024, n° 32, p. 59
- note sous Cass. soc. 9 déc. 2020, n° 19-13.470, *Gaz. Pal.* 2021, n° 16, p. 69
- chron. sous Cass. soc., 25 mars 2014, n° 13-23.368, *Gaz. Pal.* 2015, n° 263, p. 17

PAGNERRE (Y.)

- chron. sous Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *JCP E* 2021, n° 43, p. 45
- note sous Cass. soc. 27 janv. 2021, n° 19-21.200, *JCP S* 2021, n° 10, p. 27
- note sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, *JCP E* 2016, n° 49, p. 45
- note sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *JCP E* 2016, n° 49, p. 45

PAK (Q.)

- note sous Cass. soc., 6 nov. 2024, n° 23-17.679, *RDT* 2025, n° 2, p. 118

PANSIER (F.-J.)

- note sous Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-18.686, *BJT* 2013, n° 248, p. 21
- obs. sous Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-25.823, *BJT* 2012, n° 240, p. 142
- obs. sous Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-23.139, *BJT* 2012, n° 239, p. 96
- obs. sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, *BJT* 2011, n° 230, p. 157
- obs. sous Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.634, *BJT* 2011, n° 228, p. 90
- note sous Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-41.294, *BJT* 2010, n° 225
- note sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299, *BJT* 2010, n° 224, p. 342
- note sous Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834, *BJT* 2012, n° 245, p. 316
- chron. sous Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40.144, *BJT* 2010, n° 223, p. 308
- note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-40.209, *BJT* 2002, n° 144, p. 455
- note sous Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-43.283, *BJT* 2001, n° 127, p. 55

PASCAUD (L.), VILLENA (A.)

- obs. sous Cass. soc., 19 mars 2025, n° 22-17.315, *Lexbase soc.* 2025, n° 1012

PATAUT (E.), ROBIN-OLIVIER (S.)

- note sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *RDT* 2008, p. 80

PATURLE (D.-J.)

- note sous Cass. soc. 9 sept. 2020, 18-20.489, *JSL* 2020, n° 506, p. 25

PAULIN (J.-F.), JULIEN (M.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *JA* 2024, n° 692, p. 40

PELLETIER (C.)

- chron. sous Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *RDC* 2008, n° 2008/3, p. 869

PELLETIER (F.)

- note sous Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, *JCP E* 2013, n° 31, p. 53

PENNEAU (J.)

- pan. sous Cass. civ. 2, 22 nov. 2007, n° 06-18.250, *D.* 2008, n° 8, p. 506

PERDRIAU (A.)

- note sous Cass. soc., 10 déc. 2002, n° 00-46.231, *JCP G* 2003, n° 23, p. 1051
- obs. sous Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-46.036, *LPA* 2001, n° 74

PERRIN (L.)

- note sous Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40.144, *D.* 2010, n° 25, p. 1565

PESCHAUD (H.)

- note sous Cass. soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266, *LPA* 2012, n° 202, p. 5
- note sous Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282, *LPA* 2012, n° 169, p. 9
- note sous Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.688, *LPA* 2011, n° 58, p. 11

PICCA (G.), SAURET (A.)

- chron. sous Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-41.231, *LPA* 2006, n° 51, p. 7
- chron. sous Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.249, *LPA* 2004, n° 248, p. 3
- note sous Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, *LPA* 2000, n° 137, p. 6

PIGNARRE (G.)

- obs. sous Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-42.616, *RDT* 2010, n° 4, p. 239
- obs. sous Cass. soc., 21 oct. 2008, n° 07-40.809, *RDT* 2009, p. 112
- obs. sous Cass. soc. 20 sept. 2006, n° 05-40.241, *RDT* 2006, n° 6, p. 385

POLÈRE (P.)

- note sous Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *Gaz. Pal.* 2006, n° 97, p. 8

POMMERET (F.)

- note sous Cass. soc. 16 déc. 2010, n° 09-66.954, *BJT* 2011, n° 227, p. 49

PRIEUR (S.)

- note sous Cass. soc., 20 fév. 2019, n° 17-18.912, *Gaz. Pal.* 2019, n° 13, p. 21
- note sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *Gaz. Pal.* 2015, n° 350, p. 4

PUIGELIER (C.)

- note sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *JCP E* 2007, n° 26, p. 42
- note sous Cass. soc., 26 oct. 2000, n° 98-41.582, *D.* 2001, n° 22, p. 1759
- obs. sous Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, *JCP G* 2001, n° 6, p. 325
- note sous Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738, *JCP G* 2002, n° 27, p. 1256
- note sous Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738, *JCP E* 2002, n° 24, p. 1006
- note Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.104, *Gaz. Pal.* 2002, n° 16, p. 5

PUJOLAR (O.)

- obs. sous Cass. civ. 2, 13 mai 2005, n° 03-30.770, *Lexbase habdo éd. soc.* 2005

PY (B.)

- note sous Cass. Crim. 13 oct. 2020, n° 19-87.341, *AJ Pénal* 2020, n° 12, p. 591

RADÉ (C.)

- note sous Cass. crim., 14 janv. 2025, n° 24-81.365, *RCA* 2025, p. 29
- note sous Cass. soc., 3 avr. 2024, n° 22-23.321, *JCP S* 2024, n° 22, p. 45
- note sous Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-11.970, *Dr. soc.* 2019, n° 5, p. 447
- études sous Cass. soc., 20 fév. 2019, n° 17-18.912, *Dr. soc.* 2021, n° 1, p. 4
- note sous Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, *Lexbase soc.* 2018, n° 745
- obs. sous Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 13-25.718, *Lexbase* 2015, n° 622
- obs. sous Cass. soc., 28 mai 2015, n° 14-13.166, *Lexbase soc.* 2015, n° 616
- obs. sous Cass. soc., 25 mars 2014, n° 13-23.368, *Lexbase soc.* 2015, n° 608
- obs. sous Cass. soc. 17 déc. 2013, n° 12-23.006, *Lexbase soc.* 2014, n° 554
- note sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, *Dr. soc.* 2011, n° 5
- obs. sous Cass. soc. 3 nov. 2010, *Bull. civ. V*, n° 252, *Dr. soc.* 2011, p. 95
- note sous Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40.144, *Dr. soc.* 2010, n° 9, p. 998,
- obs. sous Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *Dr. soc.* 2008, n° 5, p. 608
- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *Dr. soc.* 2008, p. 248
- obs. sous Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.302, *Dr. soc.* 2007, n° 3, p. 3669
- obs. sous Cass. soc., 2 fév. 2006, n° 04-12.336, *Lexbase soc.* 2006, n° 201
- obs. sous Cass. soc., 10 févr. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 432
- obs. sous Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.314, *Dr. soc.* 2004, n° 04, p. 431
- obs. sous Cass. soc. 14 janv. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 306
- note sous Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.592, *Lettre juridique Lexbase* 2005, n° 153, p. 2
- note sous Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-41.006, *Lettre juridique Lexbase* 2004, n° 104, p. 2
- obs. sous Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-44.517, *Lexbase soc.* 2002, n° 51
- comm. sous Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-42.262, *Dr. soc.* 2002, n° 9, p. 901
- note sous Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247, *Dr. soc.* 1997, p. 368

RADÉ (C.), WILLMANN (C.), TOURNAUX (S.)

- chron. sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-43.124, *Lexbase soc.* 2009, n° 348

RANC (S.)

- obs. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *BJT* 2024, n° 10, p. 11
- note sous Cass. soc., 4 juill. 2024, n° 23-13.784, *JCP S* 2024, n° 36, p. 25

RASCHEL (E.)

- obs. sous Cass. Crim. 13 oct. 2020, n° 19-87.341, *Lexbase Pénal* 2020, n° 32

RAY (J.-E.)

- note sous Cass. soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266, *Dr. soc.* 2012, n° 11, p. 1027
- note sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *SSL* 2007, n° 1297, p. 88
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *Dr. soc.* 2001, p. 915

REBEYROL (V.)

- obs. sous Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 23-15.944, *JCP G*, n° 41, 1685

REBOUL-MAUPIN (N.)

- comm. sous Cons. constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC, *D.* 2021, n° 14, p. 750

RÉMY (P.), SEIFERT (A.)

- note sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *RDT* 2010, p. 250

REYNÈS (B.)

- obs. sous Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-12.243, *RDT* 2012, n° 11, p. 627

RIANCHO (S.)

- obs. sous Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 24-11.728, *BJT* 2025, n° 5, p. 5

RICHEVAUX (M.)

- note sous Cass. soc. 30 janv. 2019, n° 17-31.473, *LPA* 2019, n° 89, p. 15
- obs. sous Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 18-12.446, *LPA* 2020, n° 33, p. 18

RIHAL (H.), CHARRUAU (J.)

- note sous CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *RDSS* 2013, p. 843

RIVERO (J.)

- note sous Cons. const., 16 juill. 1971, *Liberté d'association*, n° 71-44 DC, *AJDA* 1971, p. 537

ROBERT (J.)

- note sous Cons. const., 16 juill. 1971, *Liberté d'association*, n° 71-44 DC, *RDP* 1971, p. 1171

RODIÈRE (P.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *Dr. soc.* 2024, n° 7, p. 609
- note sous CJCE, 18 dév. 2007, *Laval un Partneri LTD*, aff. C-341/05, *RTD eur.* 2008, p. 47

RONET-YAGUE (D.)

- obs. sous Cass. civ. 2, 7 juill. 2016, n° 14-13.805, *JCP E* 2017, n° 13-14, p. 46

ROULET (V.)

- note sous Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297, *Droit ouvrier* 2017, n° 829, p. 449

SAINT-AFRIQUE De (J.-B.)

- note sous Cass. soc., 27 janv. 1994, n° 89-12.143, *Defrénois* 1996, p. 98

SAINT-MARTIN De (A.)

- obs. sous Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877, *JCP E* 2011, n° 9, p. 48

SAINT-PAU (J.-C.)

- note sous Cass. Crim. 13 oct. 2020, n° 19-87.341, *JCP G* 2021, n° 6, p. 278

SAVATIER (J.)

- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-44.408, *Dr. soc.* 2009, n° 6, p. 741
- note sous Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.302, *Dr. soc.* 2007, n° 2, p. 248
- note sous Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-41.325, *Dr. soc.* 2004, n° 9, p. 907
- note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-40.209, *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 1010
- note sous Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738, *Dr. soc.* 2001, n° 12, p. 1045
- note sous Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738, *JCP E* 2002, n° 24, p. 1006
- note sous Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-46.036, *Dr. soc.* 2001, n° 2, p. 196
- obs. sous Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 93-42.247, *RJS* 1997, p. 8

SEGONDS (M.)

- note sous Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841, *JCP S* 2022, p. 1280
- note sous Cass. crim, 14 nov. 2017, n° 16-85.161, *JCP S* 2018, n° 45, p. 13

SELUSI (S.)

- note sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *RLDA* 2016, n° 113, p. 32

SIAU (B.)

- note sous Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-12.243, *Revue Lamy Droit des affaires* 2012, n° 76, p. 46
- note sous Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.688, *Revue Lamy Droit des affaires* 2011, n° 57, p. 47

SOUBISE (V.)

- chron. sous Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *JCP E* 2012, n° 38, p. 34

SPACENSKY-RIFF (V.)

- obs. sous Cass. soc., 9 juin 2004, n° 02-43.086, *SSL* 2004, n° 1179, p. 14

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- note sous Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, n° 02-18.033 *RDC* 2004, p. 280

STREBELLE (G.)

- note sous Cass. soc., 28 fév. 2002, *Société Éternit*, n° 00-11.793, *JCP E* 2002, n° 15, p. 672

SUDRE (F.)

- note sous CEDH, 30 janv. 2018, *Enver Sahin c/ Turquie*, n° 23065/12, *JCP G* 2018, p. 30

SWEENEY (M.), THARAUD (D.)

- chron. sous Cass. soc., 3 avr. 2024, n° 22-23.321, *Lexbase* 2024, n° 998
- chron. sous Cass. soc., 8 fév. 2023, n° 21-16.433, *Lexbase soc.* 2023, n° 958

SZWARCBERG (M.)

- note sous Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-15.794, *SSL* 2023, n° 27072, p. 10

TALVARD (G.)

- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-43.124, *JCP S* 2008, n° 15, p. 32

TAQUET (F.)

- obs. sous Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834, *JCP E* 2012, n° 43, p. 52
- obs. sous Cass. soc., 17 fév. 2010, n° 08-45.173, *RPC* 2010, n° 3, p. 65

TARAUD (I.)

- chron. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *SSL* 2024, n° 2086, p. 8

TARDIF (A.)

- note sous Cass. crim., 14 janv. 2025, n° 24-81.365, *SSL* 2025, p. 2133

TAURAN (T.)

- note sous Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-21.263, *RDR* 2021, n° 498, p. 34
- obs. sous Cass. civ. 2, 14 fév. 2019, n° 18-10.899, *JCP S* 2019, n° 11, p. 55
- obs. sous Cass. civ. 2, 30 mars 2017, n° 16-10.374, *JCP S* 2017, n° 19, p. 39
- obs. sous Cass. civ. 2, 7 juill. 2016, n° 14-13.805, *RDSS* 2016, p. 973
- note sous Cass. civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-19.715, *JCP S* 2012, n° 43, p. 44
- note sous Cass. civ. 2, 22 nov. 2007, n° 06-18.250, *JCP S* 2008, n° 18, p. 46

TEISSIER (A.)

- obs. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.341, *JCP S* 2023, n° 45, p. 9

TERRET (C.), ALAMBRET (F.)

- note sous Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *JCP E* 2021, n° 28, p. 50

TERRENOIRE (C.)

- comm. sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *JCP S* 2023, n° 41, 1264

THARAUD (D.)

- note sous Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282, *Droit ouvrier* 2018, n° 839, p. 344

TINIÈRE (R.)

- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *D.* 2023, n° 37, p. 1936

TISSANDIER (H.)

- obs. sous Cass. soc. 3 mai 2016, n° 14-29.190, *JSL* 2016, n° 412, p. 14
- note sous Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766, *RDT* 2015, n° 4, p. 269

TIXIER MERJANYAN (A.), PETITJEAN (L.)

- note sous Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 24-11.728, *SSL* 2025, n° 2141, p. 12

TOURNAUX (S.), BENTO De CARVALHO (L.)

- chron. sous Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 18-12.446, *Dr. soc.* 2020, n° 10, p. 847

TOURNAUD (S.)

- note sous Cass. soc. 24 mars 2021, n° 19-13.188, *SSL* 2021, n° 1953, p. 11
- obs. sous Cass. soc. 30 janv. 2019, n° 17-31.473, *Lexbase soc.* 2019, n° 772
- note sous CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-619/16, *Dr. soc.* 2021, n° 12, p. 1017
- note sous Cass. soc. 3 oct. 2018, n° 16-19.836, *SSL* 2018, n° 1834, p. 12
- note sous Cass. soc., 14 fév. 2018, n° 16-17.966, *Droit ouvrier* 2018, n° 841, p. 502
- obs. sous Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-18.499, *Lexbase soc.* 2017, n° 720
- note sous Cass. soc., 31 mai 2017, n° 16-10.354, *RDT* 2017, p. 542
- obs. sous Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-21.196, *Lexbase soc.* 2017, n° 699
- chron. sous Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-21.196, *Dr. soc.* 2017, n° 10, p. 843

- chron. sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-14.811, *Dr. soc.* 2016, n° 7, p. 650
- chron. sous Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, *Dr. soc.* 2013, n° 7, p. 576
- note sous Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502, *Dr. soc.* 2013, n° 4, p. 353
- obs. sous Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-12.243, *Lexbase soc.* 2012, n° 498
- obs. sous Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-23.139, *Lexbase soc.* 2012, n° 470
- obs. sous Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834, *Lexbase soc.* 2012, n° 494
- obs. sous Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-44.564, *Lexbase soc.* 2009, n° 346
- obs. sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *Lexbase soc.* 15 nov. 2007
- note sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *Lexbase soc.* 2006, n° 234

TOURREIL (J.-E.)
- note sous Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-12.138, *JSL* 2013, n° 349, p. 16
- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *JSL* 2007, p. 14
- note sous Cass. soc., 17 fév. 2004, n° 01-45.889, *JSL* 2004, n° 142, p. 21

TOUZEIL-DIVINA (M.)
- note sous Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975, *Droit ouvrier* 2024, n° 914, p. 440

TRICOIT (J.-P.)
- note sous CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-266/14, *JCP S* 2015, n° 47, p. 20

VACCARO (F.), VACCARO (T.)
- note sous Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.029, *JSL* 2020, n° 491, p. 19

VACHET (G.)
- obs. sous Cass. ch. mixte, 21 mars 2014, n° 12-20.002, *JCP E* 2014, n° 44, p. 38
- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *JCP S* 2007, p. 27
- note sous Cass. soc. 13 févr. 1996, n° 93-42.309, *JCP E* 1996, n° 51, p. 294

VATINET (R.)
- note sous Cass. soc. 17 déc. 2013, n° 12-23.006, *JCP S* 2014, n° 12, p. 40
- note sous Cass. soc., 2 fév. 2006, n° 04-12.336, *JCP S* 2006, n° 10, p. 32

VÉLOT (F.)
- supp. sous Cass. soc. 25 fév. 2009, n° 07-41.724, *SSL* 2009, n° 1411, p. 147

VERDIER (M.)
- note sous Cass. soc, 1er mars 2023, n° 21-12.068, *RDT* 2023, n° 7, p. 484
- note sous Cass. soc., 26 oct. 2022, n° 21-14.178, *RDT* 2023, p. 46
- note sous CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-619/16, *RDT* 2019, n° 4, p. 261
- note sous Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307, *RDT* 2013, n° 1, p. 48
- note sous Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.834, *RDT* 2012 2012, n° 10, p. 565
- obs. sous Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-42.525, *RDT* 2010, n° 1, p. 30

- note sous Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.834, *RDT* 2008, p. 41

VÉRICEL (M.), PIGNARRE (G.)
- note sous CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-266/14, *RDT* 2016, n° 1, p. 46

VERKINDT (P.-Y.)
- note sous Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.634, *JCP S* 2011, n° 11, p. 27
- note sous Cass. soc. 16 déc. 2010, n° 09-66.954, *JCP S* 2011, n° 5, p. 31
- note sous Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-44.408, *JCP S* 2009, n° 21, p. 34
- note sous Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-42.616, *JCP S* 2010, n° 14, p. 34
- note sous Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-41.231, *JCP S* 2006, n° 7, p. 20
- note sous Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.855, *JCP S* 2005, n° 21, p. 23
- obs. sous Cass. soc., 23 mars 2004, n° 01-46.007, *TPS* 2004, n° 6, p. 15

VINEY (G.)
- chron. sous Cass. soc., 25 nov. 2015, *Air France*, n° 14-24.444, *RDC* 2016, n° 2016/2, p. 217

WALINE (M.)
- note sous CE Ass. 7 juill. 1950, *Dehaene*, n° 01645, *RDP* 1960, p. 691

WALLE (E.)
- note sous Cass. soc. 9 fév. 2010, n° 08-45.253, *Gaz. Pal.* 2011, n° 112, p. 20

WAQUET (Ph.)
- note sous Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *SSL* 2008, n° 1369, p. 33
- note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *SSL* 2007, p. 1310
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *SSL* 2002, p. 5
- note sous Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274, *Dr. soc.* 1999, p. 566

WILLMANN (C.)
- obs. sous Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-42.616, *Lexbase soc.* 2010, n° 382

ZIENTARA-LOGEAY (S.)
- note sous Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340 et suiv., *RDA* 2024, n° 28, p. 49

INDEX GÉNÉRAL

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Abandon de poste : 274-293

Absence (droit civil) :
Déclaration d'absence : 6 ; 60
Jugement déclaratif d'absence : 80-85
Loi du 28 décembre 1977 : 64-65
Présomption d'absence : 6 ; 53 ; 60 ; 76 ; 80-86

Absence :
Injustifiée : 208-211 ; 253-269 ; 262-269 ; 276-281 ; 285-293 ; 513-522 ; 689
Justifiée : 212 ; 348-360 ; 373 ; 386-389 ; 493-495 ; 513-514 ; 523-535 ; 586
Longue durée : 707 ; 752
Répétées et prolongées : 144 ; 426

Absentéisme :
Indicateur : 670-676
Scolaire : 651-654
Taux (d') : 637-648 ; 671 ; 732

Abus de droit (théorie de l') : 110 ; 156

Accident du travail : 163 ; 328-333 ; 394 ; 426 ; 682-685

Accords collectifs de travail (v. négociation collective) : 238-240 ; 778

Accord national et interprofessionnel (ANI) : 472 ; 673

Aidant (proche) : 346 ; 362-364 ; 766

Arrêt de travail
Abus : 296-300 ; 666
Certificat médical : 234-235
Contrôle : 557-569
Fraude : 554
Prescription : 545-554

Astreintes (v. temps de travail) : 182

Ateliers nationaux : 148

Autorisation préalable d'absence : 231-232 ; 289

- B -

Base de données économique, sociale et environnementale (BDESE) : 674-676 ; 626 ; 668

Bien-être : 545 ; 575-576

- C -

Capitalisme industriel : 102

Charge de travail : 485 ; 765

Chômage : 16 ; 141-142 ; 611 ; 616

Clause de garantie d'emploi : 422

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) : 489

Conciliation vie professionnelle et vie personnelle : 346 ; 371 et suiv. ; 502 et suiv. ; 585 ; 761 et suiv. ; 769 et suiv. ; 690 ; 803 et suiv.

Conditions de travail : 149 ; 641-646 ; 667-668 ; 673-676 ; 684-688

Comité social et économique (CSE) : 7 ; 417 ; 676 ; 723

Congés :

Accouchement (v. maternité) : 429 ; 578
Adoption : 13 ; 608 ; 767
Annuels payés : 220 ; 341 ; 692
Associatif : 13 ; 369
Bénévolat : 369
Citoyen : 368
Création ou reprise d'entreprise : 222
Décès d'un proche : 214 ; 281 ; 370
Don de jours : 365 ; 581
Enfant malade : 13 ; 346 ; 370 ; 514 ; 585 ; 695 ; 790
Fête religieuse (v. religion)
Formation professionnelle (v. ce mot)
Grossesse (v. maternité)
Handicap d'un enfant : 235
Information de l'employeur : 235-245
Journée d'appel à la défense : 369
Mandat de représentation (v. ce mot)
Mariage : 43 ; 54 ; 235 ; 370
Maladie (v. ce mot)
Maternité (v. ce mot)
Menstruel : 372
Pacte civil de solidarité (PACS) : 13 ; 370 ; 585 ; 695
Paternité et accueil de l'enfant : 13 ; 346 ; 363 ; 695
Parental et d'éducation : 503
Présence parentale : 13 ; 235 ; 393 ; 695 ; 790
Proche aidant (v. aidant)
Réserve de la Défense nationale : 7 ; 224 ; 368
Sabbatique : 13 ; 15 ; 223 ; 694
Sans solde : 694
Service civique : 368
Service national : 344 ; 368
Solidarité familiale : 215 ; 364 ; 695 ; 790
Solidarité internationale : 13 ; 369
Syndical (v. mandat de représentation)
Validation des acquis de l'expérience : 221 ; 226

Conventions de forfait : 179 ; 478-479 ; 485

Covid-19 : 300 ; 308 ; 373-376 ; 396 ; 406 ; 477 ; 727 ; 794

Cybersurveillance : 489

- D -

Déconnexion (droit à la) : 771-772 ; 801

Délai de carence : 296-300 ; 305-308 ; 598 ; 708 ; 780-781

Délai de prévenance : 228-229 ; 241

Désinsertion professionnelle : 743-749 ; 751-752

Détention provisoire : 213

Discipline : 142-144 ; 160

Discrimination : 303 ; 311 ; 336-338 ; 412 ; 421

Document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) : 722 ; 723

Droit disciplinaire : 262-263 ; 265 ; 269

Droits du travailleur
Droit à la déconnexion (v. ce mot)
Droit à la formation professionnelle : 342
Droit à la santé : 420 ; 545
Droit à la vie familiale : 346 ; 370 ; 473
Droit au repos : 174 ; 181 ; 341
Droit de retrait : 235 ; 427 ; 590 ; 688
Droit syndical : 343 ; 486
Droit de représentation (v. mandat de représentation)
Droit de grève (v. grève)

Durée du travail : 168 ; 171 ; 177 ; 478 ; 788

- E -

Égalité entre les femmes et les hommes : 370-372

État social : 328-334

Exception d'inexécution : 121 ; 256-260 ; 383-387

Exécution forcée (en nature) : 250-254

- F -

Fonction publique : 15 ; 786

Forfaitisation du travail (v. conventions de forfait)

Formation professionnelle : 342 ; 615

- G -

Grève (droit de) : 340 ; 352 ; 410-415 ; 526 ; 587-588 ; 687

- H -

Handicap (v. Travailleurs en situation de handicap)

Harcèlement : 726-727

- I -

Incapacité de travail : 307 ; 547 ; 553-554 ; 559 ; 578

Incarcération : 13 ; 213

Indemnité complémentaire de l'employeur : 297 ; 350

Indemnités journalières de Sécurité sociale (IJSS) : 280

Inaptitude : 353-355 ; 361 ; 438-442 ; 578

Insatisfaction au travail : 579-582 ; 584-588 ; 643 ; 689

- L -

Licenciement disciplinaire : 268 ; 292 ; 603

Lieu de travail : 184-185 ; 482 ; 760 ; 791 ; 795-796 ; 803

- M -

Maladie ordinaire : 300 ; 330 ; 361 ; 440 ; 542 ; 608 ; 646 ; 696-699 ; 745

Maladie professionnelle : 333 ; 394 ; 426 ; 646 ; 682-685 ; 733

Mandat de représentation : 224

Mandat social : 213

Maternité : 13 ; 187 ; 215 ; 237 ; 303 ; 329-333 ; 404-405 ; 429 ; 578 ; 693 ; 754

Médecin-conseil de la Sécurité sociale : 500 ; 562 ; 698 ; 755

Médecin du travail : 439-441 ; 500 ; 505-506 ; 748-751 ; 754-757 ; 798 ; 800

Mi-temps thérapeutique (v. Temps partiel pour raison thérapeutique)

- N -

Négociation collective : 588 ; 676 ; 801 ; 804

Numérique (v. Technologies de l'information et de la communication)

- O -

Obligation de reclassement : 353 ; 393 ; 439-442

Obligation de santé et de sécurité : 424-428 ; 505 ; 682-684 ; 725-727

Organisation du travail
Conditions de travail (v. ce mot)
Nouvelles formes d'organisation du travail : 484
Télétravail (v. ce mot)

Organisation internationale du travail (OIT) : 173 ; 293

- P -

Parentalité : 13 ; 695 ; 754 ; 767 ; 790

Participation (principe de) : 340 ; 727

Pénibilité : 424-425 ; 573-574 ; 668 ; 705

Période d'essai : 10

Poste de travail
Notion : 185-186 ; 428 ; 439
Obligation d'aménagement : 505-508

Pouvoir disciplinaire (v. droit disciplinaire)

Présentéisme : 307-310 ; 777-781

Présomption de démission : 284 ; 287 ; 293

Prime d'assiduité : 301-303 ; 310-311 ; 412 ; 666

Principe de non-discrimination (v. discrimination)

Proche aidant (v. aidant)

Protection
Économique : 164 ; 256-257 ; 325-326 ; 350 ; 610
Contractuelle : 334 ; 389-394 ; 429 ; 439-442 ; 608-609

Protection sociale complémentaire : 355 ; 563

- Q -

Qualité de vie et des conditions de travail (QVCT) : 673-676 ; 687 ; 705-708 ; 739 ; 748 ; 769-772 ; 814 ; 822-823

- R -

Religion : 214 ; 338

Remplacement :
Contrat de travail à durée déterminée : 432-433 ; 501 ; 599 ; 613-614
Contrat de travail temporaire : 595 ; 598 ; 821

Rendez-vous de liaison : 745 ; 750

Retard : 280 ; 529 ; 690

Règlement général sur la protection des données (RGPD) : 489

Repos : 174 ; 182 ; 341 ; 692 ; 771

Risques professionnels : 424-427 ; 589 ; 717-728 ; 730-739

- S -

Sanction disciplinaire (v. droit disciplinaire)

Solidarité : 75 ; 147-151 ; 154-155 ; 160-164 ; 790

Service de prévention et de santé au travail (SPST) : 745-746

Subordination : 160-162 ; 172-175 ; 232 ; 390 ; 481

Surcharge de travail : 765

Suspension du contrat :
Exception d'inexécution (v. ce mot)
Suspension du contrat de travail : 330 ; 334 ; 380-382 ; 389-396 ; 438 ; 608-611

- T -

Technologies de l'information et de la communication (TIC) : 471-474

Télétravail : 471-477 ; 484 ; 772 ; 792-804

Temps de travail
Astreintes : 182
Effectif : 171-175 ; 179 ; 185 ; 342 ; 771

Temps de pause : 181

Temps partiel :
Pour raison de santé : 498-501 ; 785-787
Pour concilier les vies professionnelle et personnelle : 502 ; 788

- V -

Visite de préreprise : 748-749 ; 754

Visite de reprise : 754

Vulnérabilité
Travailleurs en situation de handicap : 507-508 ; 701-703 ; 793
Travailleurs séniors : 700 ; 731 ; 751

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS **5**

LISTE DES ABRÉVIATIONS **7**

SOMMAIRE **13**

INTRODUCTION **15**

I- Objet et délimitation du champ de la recherche 24
A) Objet de la recherche 24
B) Délimitation de la recherche 30
II- Intérêt de la recherche 38
III- Méthode de l'étude 40
IV- Problématique et plan de la recherche 43

PARTIE I - LE TRAITEMENT DE L'ABSENCE EN DROIT SOCIAL **45**

TITRE 1 : LA CONSTRUCTION DE LA NOTION JURIDIQUE DE L'ABSENCE **47**

CHAPITRE 1 – L'ABSENCE TRADITIONNELLEMENT EXCLUE DU DROIT SOCIAL **49**

SECTION 1 – L'ACCEPTION CIVILISTE DE LA NOTION D'ABSENCE INAPPROPRIEE AU TRAVAILLEUR 51
§1 : Une notion juridique construite au service du droit civil des personnes 51
I- Les interrogations juridiques relatives à la situation de l'absent 52
A) L'émergence de questionnements juridiques en droit romain 53
1. L'existence de situations d'absence 53
2. Des bribes de règles juridiques protectrices liées à l'absence 55
B) Le développement de questionnements juridiques dans l'Ancien droit 57
1. L'avènement d'un traitement subjectif de l'absent à la période médiévale 57
a- Le voyageur à l'origine de situations d'absence 57
b- Des règles juridiques évolutives selon la durée de l'absence 59
2. Le maintien du traitement subjectif de l'absent sous l'Ancien Régime 60
II- L'encadrement de l'absence par le droit civil 63
A) La reconnaissance d'un statut juridique de l'absence 63
1. La genèse d'un traitement juridique objectif de l'absent à l'époque révolutionnaire 64
2. La consécration du traitement objectif de l'absence par le Code Napoléon 65
B) La modernisation du statut juridique de l'absence 69
1. L'évolution du statut juridique de l'absence par la loi du 28 décembre 1977 69

2. La définition de l'absence en droit civil 71
§2 : Les effets de l'absence en droit civil dans le champ du droit social 74
I- Des incidences notables en droit de la protection sociale 75
A) Les effets de l'absence en matière d'assurances maladie et maternité 76
1. Les effets de l'absence sur les prestations en nature 76
2. Les effets de l'absence sur les prestations en espèces 79
B) Les effets de l'absence en matière d'assurance vieillesse 80
1. Les effets de la présomption d'absence en matière d'assurance vieillesse 81
2. Les effets en matière d'assurance vieillesse à l'issue de la présomption d'absence 84
II- Des incidences relatives sur la relation de travail 87
A) Un défaut de réglementation spéciale au XIXe siècle : l'application du droit commun des contrats 88
B) L'avènement d'une protection du salarié au XXe siècle 91
SECTION 2 – L'INEXECUTION CONTRACTUELLE COMME QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA SITUATION D'ABSENCE AU TRAVAIL 99
§1 : L'émergence d'un traitement contractuel de la situation d'absence du travailleur 99
I- La nécessité d'un encadrement contractuel de la relation de travail 99
A) Le libéralisme économique à l'origine de l'encadrement contractuel de la relation de travail 99
B) La relation de travail encadrée par un contrat d'échange marchand 103
II- L'absence du travailleur comme traduction d'une inexécution contractuelle 104
A) Un manquement du travailleur à l'obligation contractuelle 105
B) La mise en œuvre des règles relatives à l'inexécution de l'obligation 106
1. La résolution du contrat 106
2. Le non-paiement du prix 108
§2 : Le maintien d'un traitement contractuel de la situation d'absence du travailleur 112
I- Le maintien d'une conception contractuelle de la relation de travail 113
II- Le maintien de la conception de l'absence comme inexécution contractuelle 116
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 121
CHAPITRE 2 – L'APPARITION D'UNE NOTION JURIDIQUE DE L'ABSENCE PROPRE AU DROIT SOCIAL 123
SECTION 1 : LES RAISONS DE LA RECEPTION DE L'ABSENCE PAR LE DROIT SOCIAL 125
§1 : L'évolution de la relation de travail liée à l'industrialisation : l'avènement d'un travail subordonné 125
I- Une évolution du travail liée à l'industrialisation 125
A) L'industrialisation comme facteur d'évolution de l'organisation du travail 125
B) L'industrialisation à l'origine d'un renforcement des exigences des travailleurs 129
II- L'avènement d'une relation de travail subordonnée 131

A) L'avènement d'un contrôle de l'activité du salarié 131
B) L'émergence de règles de discipline 133
§2 : L'avènement d'une protection juridique du travailleur absent 137
I- Les revendications sociales ouvrières et la solidarité entre les travailleurs à l'origine des lois sociales 138
A) Des revendications sociales nées de la solidarité entre les travailleurs 138
B) Un renforcement législatif de la protection du travailleur 144
II- Le dépassement de la conception marchande du travail : vers un contrat de solidarité 149
A) L'avènement d'une solidarité contractuelle dans la relation de travail 149
B) La traduction de la solidarité contractuelle dans le rapport de travail 151
SECTION 2 – LA DEFINITION DE L'ABSENCE EN DROIT SOCIAL 157
§1 : Le critère temporel de l'absence 158
I- Le critère du temps de travail 160
A) Le temps de travail effectif 161
B) Les horaires de travail comme indice du temps de travail effectif 167
II- L'ambivalence de temps liés au travail 173
§2 : Le rejet du critère du lieu de l'absence 178
I- Le rejet d'un critère géographique 178
II- La nécessité d'un critère plus large 181
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 185
CONCLUSION DU TITRE 1 187
TITRE 2 : LA PLURALITE DES REGIMES JURIDIQUES D'ABSENCE 189
CHAPITRE 1 : LES ABSENCES INJUSTIFIÉES, SANCTIONNÉES PAR LE DROIT SOCIAL 193
SECTION 1 : LES RAISONS DE LA PROHIBITION DES ABSENCES 195
§1 : Une situation d'absence injustifiée sur le fond 195
I- L'absence injustifiée qualifiée d'inexécution contractuelle en droit commun des contrats 195
II- Un défaut de cause justificative 198
§2 : Le non-respect de la procédure d'absences justifiées 202
I- Un défaut d'autorisation préalable de l'employeur 202
A) La nécessité d'une autorisation préalable à l'absence 203
1. Les raisons d'absence nécessitant une autorisation préalable 203
a- Les congés en lien avec le travail 203
b- Les congés dépourvus de lien avec le travail 205
2. La justification de l'exigence d'autorisation préalable 206
B) Le régime juridique de l'autorisation préalable de l'employeur 207

1. Les impératifs liés à la demande d'autorisation préalable 207
2. Les conséquences du non-respect de l'autorisation préalable 208
II- Un défaut d'information de l'employeur 210
A) La nécessité d'une information de l'employeur 210
B) Le régime juridique de l'information de l'employeur 213
1. Les impératifs inhérents à l'information de l'employeur 213
2. Les conséquences du non-respect de la procédure d'information de l'employeur 214
a- Le non-respect du délai d'information 214
b- Le défaut d'information de l'employeur 215
SECTION 2 : LA SANCTION DU SALARIE EN SITUATION D'ABSENCE INJUSTIFIEE 219
§1 : La reconnaissance d'un droit disciplinaire de l'absence injustifiée 219
I- Les mécanismes de droit commun inadaptés à l'absence injustifiée 220
A) L'inapplicabilité de l'exécution forcée en nature 220
1. La sanction de principe à l'inexécution contractuelle 220
2. Une sanction inadaptée au salarié absent 221
B) L'application relative de l'exception d'inexécution 223
1. L'inapplicabilité de principe de l'exception d'inexécution 223
2. L'application générale de l'exception d'inexécution 225
II- L'application du droit disciplinaire à l'absence injustifiée 227
A) La qualification de faute disciplinaire à une situation d'absence injustifiée 227
B) L'application d'une sanction disciplinaire à une situation d'absence injustifiée 237
§2 : Une politique de sanction de l'absence au détriment de politiques incitatives de présence au travail 239
I- Une possible assimilation de l'absence injustifiée à un abandon de poste 240
A) L'abandon de poste comme absence injustifiée aggravée 240
1. Essai d'une définition juridique de l'abandon de poste 240
a- Une discordance de définition avec l'absence injustifiée 241
b- Les critères de définition de l'abandon de poste 243
2. Les conséquences juridiques de l'abandon de poste 247
a- Une présomption simple de démission 247
b- Une faute de nature à justifier le licenciement 251
B) Une incitation à la qualification d'abandon de poste 254
1. Un champ de définition large 254
2. Le dévoiement de l'abandon de poste par l'employeur 257
II- Des politiques éparses de prévention des absences injustifiées 260
A) L'effet escompté : une limitation des arrêts de travail injustifiés 261
1. Le délai de carence 261
2. Les primes d'assiduité 266

B) L'effet pervers : une incitation aux arrêts de travail de longue durée et au présentéisme 268
1. Une incitation à l'allongement de l'arrêt de travail....269
2. Une incitation au présentéisme....271

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 277

CHAPITRE 2 : LES ABSENCES JUSTIFIÉES, PROTÉGÉES PAR LE DROIT SOCIAL 279

SECTION 1 : L'ETABLISSEMENT D'UNE TYPOLOGIE DES ABSENCES JUSTIFIEES....281
§1 : Les raisons de la protection du salarié absent....281
I- L'émergence de l'État social, socle de la protection du salarié absent....282
A) D'une protection de la sécurité physique à une protection de la sécurité économique du salarié absent....282
1. La protection de la sécurité physique....282
2. Vers une protection de la sécurité économique....285
B) Une consécration de la protection du salarié par l'État social....286
1. Les prémices d'une protection du salarié par les lois sociales....286
2. La Sécurité sociale à l'origine d'un renforcement de la protection du salarié....289
II- Les droits et libertés fondamentaux, cause d'élargissement de la protection du droit d'absence....292
A) Un droit d'absence protégé par le principe de non-discrimination....292
B) Un droit d'absence justifié par d'autres droits et libertés fondamentaux....295
1. Des absences justifiées par l'exercice de droits et libertés fondamentaux liés au travail 296
2. Les libertés et droits fondamentaux dépourvus de lien avec le travail....303
§2 : Le cadre juridique étroit des motifs d'absence justifiés....306
I- L'absence justifiée : une situation d'exception....306
A) Le principe de l'obligation de présence au travail....307
B) La survenue d'une situation exceptionnelle comme fondement du droit d'absence....308
1. Une situation exceptionnelle et temporaire....308
2. Les risques liés à la durabilité de l'absence justifiée....310
II- Une limitation des motifs d'absence autorisés....312
A) Des raisons d'absence autorisées objectives....312
1. Des motifs limitatifs d'absence justifiée....313
2. L'établissement de motifs et d'une durée légale de congés....316
B) Des raisons d'absence autorisées évolutives....320
1. Des évolutions causées par des mutations sociales et sociétales....321
a- L'essor de l'engagement citoyen....321
b- La recherche d'une égalité entre les femmes et les hommes....324

2. Des évolutions causées par des situations exceptionnelles....328
SECTION 2 : LA PROTECTION DU SALARIE ABSENT....333
§1 : Des mécanismes propres au droit social....333
I- La suspension du contrat de travail : un mécanisme contractuel propre au droit du travail 333
A) Les raisons de l'émergence de la suspension du contrat de travail....334
1. Le mécanisme civiliste de l'exception d'inexécution : une forme de suspension du contrat....335
2. L'exception d'inexécution inadaptée à l'absence justifiée du salarié....337
B) La nécessité d'un mécanisme propre au droit du travail....338
1. Une finalité originairement protectrice....339
2. La remise en cause de la finalité protectrice....341
a- Un défaut de protection absolue....341
b- Une finalité incitative voire punitive....345
II- Le bénéfice de prestations sociales....349
A) L'assurance comme système justifiant la protection économique du travailleur....350
B) La généralisation d'un revenu de remplacement lors de l'avènement de la Sécurité sociale 352
1. La finalité du revenu de remplacement....352
2. La nature juridique du revenu de remplacement....354
§2 : L'ambivalence de la protection du salarié absent....357
I- L'ambivalence de la protection du salarié absent pour exercice des libertés et droits fondamentaux....358
A) Une protection limitée de l'absence pour exercice du droit de grève....358
1. Les sources supra législatives, garantes du droit de grève....359
2. Des interventions législatives et jurisprudentielles limitant l'effectivité du droit de grève 363
B) Une protection ferme de l'absence pour l'exercice d'un mandat de représentation....366
II- L'ambivalence de la protection du salarié absent pour raison de santé....368
A) Une protection fermement acquise....369
1. La santé comme droit fondamental et motif discriminatoire....369
2. Une protection renforcée....373
a- Un manquement de l'employeur à l'obligation de santé et de sécurité à l'origine de l'absence....374
b- Une situation de vulnérabilité considérable....378
B) Une protection limitée....382
1. Le possible remplacement du salarié absent....382
2. Le possible licenciement du salarié malade pour un motif étranger à l'état de santé 385

a- Le régime des absences répétées et prolongées....386
b- Le régime de l'inaptitude....388

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 393

CONCLUSION DU TITRE 2 395

CONCLUSION DE LA PARTIE I....397

PARTIE II - LE TRAITEMENT DES ABSENCES PAR LE DROIT SOCIAL....399

TITRE 1 : LE CONSTAT D'UNE CONCEPTION RESTRICTIVE DE L'ABSENCE 401

CHAPITRE 1 : LA PERTE DE LISIBILITÉ DES ABSENCES 403

SECTION 1 : L'EFFACEMENT DE LA DISTINCTION BINAIRE ENTRE LES SITUATIONS DE PRESENCE ET D'ABSENCE DU SALARIE....407

§1 : La difficile qualification d'absence en raison de l'évolution des formes de travail....407

I- Le développement d'une autonomie du salarié dans le travail....408

A) Les raisons de l'autonomie dans le travail....409

B) La traduction de l'autonomie du salarié dans le travail....411

1. Le télétravail comme traduction de l'autonomie du salarié....411

2. La forfaitisation du travail comme traduction de l'autonomie du salarié....417

II- L'évolution des modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur comme limite à la qualification de l'absence....419

A) Le contrôle de la présence au travail complexifié par l'autonomie du salarié....419

B) Le pouvoir de contrôle de l'employeur limité au nom de droits et libertés reconnus au salarié....426

§2 : Le maintien d'une conception historique de l'absence....431

I- La persistance du traitement de l'absence comme situation exceptionnelle....432

A) La présence au travail comme situation de principe....432

B) L'absence justifiée comme exception au principe de présence....433

II- Des alternatives à l'absence justifiée, qualifiées de présence au travail....436

A) L'aménagement du temps de travail comme alternative à l'absence....437

1. Le temps partiel comme instrument de préservation de la santé....437

2. Le temps partiel comme instrument de conciliation des vies professionnelle et personnelle....442

B) L'aménagement du poste de travail....446

1. Le principe de l'obligation d'aménagement du poste du salarié....446

2. Le renforcement de l'obligation d'aménagement de poste des travailleurs en situation de handicap....449

SECTION 2 : L'EFFACEMENT DE L'OPPOSITION BINAIRE ENTRE LES ABSENCES JUSTIFIEES ET INJUSTIFIEES 453
§1 : L'absence injustifiée : une notion imprécise au contenu indéfinissable 453
I- Le défaut de mention de l'absence injustifiée dans le Code du travail 453
A) Le défaut de référence à l'absence injustifiée par le législateur 454
B) La référence jurisprudentielle à l'absence injustifiée 455
II- Des absences injustifiées d'intensité variable 457
A) L'hétérogénéité des absences injustifiées 457
1. Les absences injustifiées sur le fond 457
2. Les absences injustifiées sur la forme 459
B) Le défaut de cohérence de la catégorie d'absences injustifiées 460
§2 : Une protection relative de l'absence justifiée 461
I- L'éviction du salarié justifiée par l'atteinte aux intérêts de l'entreprise 462
A) L'éviction du salarié absent pour raison de santé 462
B) L'éviction du salarié absent pour un motif étranger à la santé 463
II- L'effacement de la frontière entre absences justifiées et injustifiées 464
A) L'empiétement des absences injustifiées sur les absences justifiées 465
B) L'empiétement des absences justifiées sur les absences injustifiées 466
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 469
CHAPITRE 2 : UNE CONCEPTION EXCLUANT LA CAUSE PREMIÈRE DE L'ABSENCE 471
SECTION 1 : LA DIFFICILE APPREHENSION DES ORIGINES DE L'ABSENCE 473
§1 : La maladie comme cause immédiate de l'absence 473
I- Une prescription facilitée des arrêts de travail 474
A) L'expertise médicale compliquée par la nature de la maladie 474
1. Le champ vaste et étendu de l'expertise médicale 475
2. La prescription de l'arrêt de travail troublée par des éléments subjectifs 477
B) L'expertise médicale compliquée par des éléments extérieurs à la maladie 479
1. Le manque de formation des médecins prescripteurs 479
2. Le comportement actif du patient 481
II- Le difficile contrôle des arrêts de travail 485
A) Un arrêt de travail couvert par le secret médical 486
1. Le secret médical garant de la liberté du patient 486
2. L'immixtion limitée de l'employeur 488
3. Une immixtion étendue à des tiers à la relation de travail 491
B) Un contrôle limité des arrêts de travail 494

1. Le manque de moyens matériels comme obstacle à un contrôle effectif de l'arrêt de travail 494
2. Un contrôle ayant pour finalité la maîtrise des dépenses publiques 496
§2 : Une manifestation de l'insatisfaction au travail 498
I- L'insatisfaction au travail comme origine de l'absence 498
A) De la lutte contre la pénibilité à la recherche du bien-être au travail 498
1. La protection de la santé par la lutte contre la pénibilité des travailleurs 499
2. La promotion de la santé par la recherche du bien-être des travailleurs 500
B) La subjectivation de la cause première des absences 502
1. D'une absence subie à une absence partiellement choisie 502
2. La motivation au travail comme facteur subjectif d'absence 505
II- La traduction de l'insatisfaction au travail par l'absence 507
A) L'insatisfaction au travail à l'origine de l'absence injustifiée 507
B) L'insatisfaction au travail à l'origine de l'absence justifiée 509
1. L'exercice du droit de grève 509
2. L'exclusion du droit de retrait 511
SECTION 2 : LA FACILITE DU TRAITEMENT DE L'ABSENCE 513
§1 : La prise en considération affirmée des intérêts de l'employeur dans le traitement des absences 513
I- Le recours facilité au remplacement du salarié absent 513
A) Le recours facilité au remplacement temporaire du salarié absent 514
B) Le recours facilité au remplacement définitif du salarié absent 518
II- La finalité dissuasive de la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire de l'employeur 520
A) Une finalité dissuasive pour le salarié sanctionné 520
B) Une finalité dissuasive pour les autres salariés de l'entreprise 522
§2 : La prise en considération apparente des intérêts du salarié dans le traitement de l'absence 524
I- Une protection précaire des intérêts du salarié absent 524
A) Une protection contractuelle fragile 525
B) Une protection économique relative 527
II- Une protection précaire des intérêts du salarié remplaçant 530
A) Une précarité contractuelle indéniable 530
B) Une protection économique relative 533
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 537
CONCLUSION DU TITRE 1 539

TITRE 2 : UN SYSTEME GENERAL DE PREVENTION COMME OUTIL JURIDIQUE DE REGULATION DES ABSENCES 541

CHAPITRE 1 : LA NÉCESSAIRE PRISE EN CONSIDÉRATION D'UNE DIMENSION COLLECTIVE DES ABSENCES 543

SECTION 1 : LES ENJEUX DE LA PRISE EN COMPTE D'UNE DIMENSION COLLECTIVE DES ABSENCES 545

§1 : L'étude de l'absentéisme en dehors du droit social 545

I- L'absentéisme comme indicateur d'alerte des absences 545

A) L'absentéisme saisi par les disciplines extrajuridiques 546

1. La notion d'absentéisme 546

2. La distinction terminologique entre l'absentéisme et le taux d'absentéisme 548

B) Le taux d'absentéisme comme indicateur d'alerte 550

1. L'objet de l'indicateur d'alerte 550

2. La nature de l'indicateur d'alerte 552

a- Un indicateur social 553

b- Un indicateur de santé 554

c- Un indicateur hybride 556

II- Une utilisation juridique marginale de l'absentéisme 557

A) L'absentéisme scolaire 557

1. L'existence d'une obligation d'assiduité scolaire 557

2. Essai d'une définition juridique de l'absentéisme scolaire 559

B) Autres utilisations juridiques de l'absentéisme 560

§2 : La nécessité de l'absentéisme comme indicateur juridique d'alerte des absences collectives 561

I- La réception limitée de l'absentéisme par le droit social 562

A) L'usage confus de l'absentéisme par les juges 562

1. L'usage confus de l'absentéisme par la Cour de cassation 562

2. L'usage confus de l'absentéisme par les juges du fond 564

B) Les prémices d'un indicateur des conditions de travail 566

II- La construction d'un indicateur d'absentéisme propre au droit social 569

A) Les enjeux d'un indicateur de l'absentéisme en droit social 569

B) Les moyens de mise en œuvre de l'indicateur général de l'absentéisme 572

SECTION 2 : LES CAUSES D'ABSENCE A PRENDRE EN COMPTE DANS L'INDICATEUR D'ABSENTEISME 577

§1 : Les causes d'absence déterminantes et indifférentes de l'absentéisme 577

I- Les causes d'absence à inclure 578

A) Les absences subies 578

1. Des absences consécutives à la réalisation d'un risque professionnel 578

2. Des absences révélatrices de conditions de travail délétères 581
B) Les absences choisies 582
1. L'exercice d'un droit d'absence 582
2. Des absences injustifiées 584
II- Les congés : inclusions et exclusions de l'indicateur d'absentéisme 585
A) Les congés obligatoires 586
B) Les congés choisis 587
§2 : La maladie ordinaire comme cause immédiate ambivalente 589
I- L'exclusion de la maladie ordinaire comme cause première d'absence 590
A) Des absences de longue durée 590
B) Les travailleurs en situation de handicap 592
II- L'inclusion de la maladie ordinaire comme cause immédiate d'absence 596
A) Les absences répétées de courte durée comme traduction d'une QVCT insatisfaisante 596
B) Les absences répétées de courte durée comme indicateur d'alerte 598
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 601
CHAPITRE 2 : LA DIFFUSION D'UN INDICATEUR D'ALERTE COMME INSTRUMENT DE PRÉVENTION DES ABSENCES 603
SECTION 1 : LA MISE EN ŒUVRE DE DISPOSITIFS JURIDIQUES DE LUTTE CONTRE LES ABSENCES 605
§1 : Une prévention efficace des risques professionnels 605
I- L'existence d'une obligation générale de prévention des risques professionnels 605
A) L'obligation légale de prévention des risques professionnels 606
1. Le contenu de l'obligation générale de prévention des risques professionnels 606
2. La mise en œuvre de l'obligation de prévention des risques professionnels 608
B) L'alignement jurisprudentiel sur l'obligation de prévention des risques professionnels 611
1. La substitution de l'obligation de prévention à l'obligation de santé et de sécurité .. 611
2. L'insuffisance de prévention à l'origine d'une condamnation de l'employeur 613
II- L'encadrement nécessaire de l'obligation de prévention des risques professionnels 614
A) L'obligation d'une analyse approfondie de l'absentéisme pour accidents et maladies professionnelles 615
1. L'inclusion des absences pour accidents et maladies professionnelles dans l'indicateur d'absentéisme 615
2. L'analyse de l'évolution du taux d'absentéisme pour accidents et maladies professionnelles 616
B) L'obligation de négociation sur la prévention des risques professionnels 617
1. L'existence de l'obligation de négociation annuelle sur la prévention des risques professionnels 618

2. L'élargissement nécessaire de l'obligation de négociation sur la prévention des risques professionnels....619
§2 : La prévention des absences à travers le maintien du salarié dans l'emploi....621
I- L'obligation d'un suivi régulier et individualisé pendant la période d'absence....622
A) Une prévention de la désinsertion professionnelle liée à une absence....622
1. L'objectif du maintien dans l'emploi du salarié absent....622
2. La mise en œuvre du maintien dans l'emploi du salarié absent....624
B) Une obligation d'accompagnement du salarié absent....626
1. Une obligation générale de suivi....626
2. Une obligation de suivi renforcée et individualisée....630
II- L'individualisation des dispositifs de retour au travail à la suite d'un arrêt de travail....632
A) Une obligation d'accompagnement de retour au travail....632
B) Le suivi du retour au travail après la reprise....635
SECTION 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE DISPOSITIFS JURIDIQUES D'INCITATION A LA PRESENCE....639
§1 : La nécessité de tenir compte des difficultés inhérentes à la situation personnelle du salarié....639
I- La conciliation des temps de vie personnelle et professionnelle....640
A) Les facteurs de la difficile conciliation entre vies professionnelle et personnelle....642
1. Les facteurs liés à la vie professionnelle....642
2. Les facteurs liés à la vie personnelle et familiale....644
B) Les instruments de l'amélioration de la conciliation entre vies professionnelle et personnelle....646
1. La conciliation des temps personnel et professionnel comme thème de négociation obligatoire....647
2. Le droit à la déconnexion comme outil de cloisonnement entre temps professionnel et personnel....648
3. La nécessaire implication du salarié dans la détermination des horaires de travail....652
II- L'objectif général de lutte contre le présentéisme....655
A) Le présentéisme comme obstacle à la présence pérenne du salarié....656
B) Les mesures de lutte contre le présentéisme....658
§2 : La promotion d'alternatives aux arrêts de travail....660
I- La réduction du temps de travail comme instrument juridique de lutte contre les absences 661
A) Le temps partiel thérapeutique....662
B) Le temps partiel pour assurer la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle 666
II- Le déplacement du lieu de travail comme instrument juridique de lutte contre les absences 670
A) Le télétravail pour raison de santé....670

1. La reconnaissance du télétravail comme instrument de protection de l'état de santé 671
2. Le télétravail pour raison de santé comme alternative à l'arrêt de travail.....673
3. L'encadrement du télétravail pour raison de santé 675
B) Le télétravail pour mieux concilier vie personnelle et vie professionnelle 679

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 683

CONCLUSION DU TITRE 2 685

CONCLUSION DE LA PARTIE II 687

CONCLUSION GÉNÉRALE 689

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE 695

I- DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET LEXIQUES 695
II- OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS.....696
III- OUVRAGES SPÉCIAUX ET MONOGRAPHIES.....700
IV- THÈSES ET MÉMOIRES 715
V- ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS.....722
VI- RAPPORTS, DISCOURS ET STATISTIQUES 768
VII- RECUEILS DE LOIS, DÉCRETS ET JURISPRUDENCES.....770
VIII- CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE 771

INDEX GÉNÉRAL..... 799

TABLE DES MATIÈRES..... 805

RESUME

La situation du salarié absent est traitée par le droit social de manière disparate. En effet, une grande pluralité de régimes juridiques a été créée au fil du temps, selon la cause qui était à l'origine de l'absence (maladie, maternité, grève, absence injustifiée, etc.). Actuellement, la situation du salarié absent fait l'objet d'un traitement catégoriel en droit social, et entraîne une pluralité de régimes juridiques relatifs à l'absence. Pour autant, derrière cette pluralité apparente, il existe une certaine unité dans le traitement des absences en droit social. Le traitement juridique de la situation du salarié absent revêt une approche à la fois *individuelle*, puisqu'il consiste à appliquer des dispositifs juridiques à un salarié pris isolément, et *curative*, car les régimes juridiques de l'absence permettent d'appliquer ces dispositifs en réaction à une situation d'absence. Si cette double approche est nécessaire, elle n'en demeure pas moins insuffisante. Cette thèse propose d'appréhender l'absence de manière plus large, dans une dimension *collective*. Il s'agirait alors de prendre en compte la pluralité des absences individuelles qui surviennent au sein d'une entreprise. L'absence ne serait plus uniquement perçue comme le fait d'un salarié isolé. Selon leur cause, leur durée et leur fréquence, les absences pourraient révéler des difficultés liées à la qualité de vie et des conditions de travail (QVCT). Ainsi, cette approche collective de l'absence constituerait un indicateur d'alerte susceptible de révéler une QVCT insatisfaisante, et permettrait à l'employeur d'agir en réaction à ces absences.

ABSTRACT

The situation of an absent employee is currently treated differently under labour law. Over time, a wide variety of legal regimes have been created, depending on the reason for the absence (illness, maternity leave, strike, unjustified absence, etc.). There are therefore multiple legal regimes governing absence. The situation of absent employees is thus treated categorically in labour law. However, behind this apparent diversity, there is a certain degree of uniformity in the treatment of absences in labour law. In this regard, one observation stands out : the legal treatment of the situation of absent employees takes both an individual approach, since it consists of applying legal provisions to an employee taken in isolation, and a remedial approach, since the legal regimes governing absence allow these provisions to be applied in response to a situation of absence. While this dual approach is necessary, it remains insufficient. This thesis proposes a broader, collective approach to absence. This would involve taking into account the plurality of individual absences that occur within a company. Absence would then no longer be perceived solely as the fault of an individual employee. Depending on the number, duration and frequency of absences in a company, it could reflect difficulties related to quality of life and working conditions, which would encourage or even compel employees to take time off work. This collective approach to absenteeism could therefore serve as an early warning indicator of unsatisfactory quality of life and working conditions. It would reflect certain difficulties related to work organisation and working conditions. It would enable employers to take action in response to these absences by improving quality of life and working conditions so that future absences are fewer, shorter and less frequent.