

## Les sujets du droit

**Le travailleur**

JEAN-MICHEL LATTES

**Plan****Introduction****Les relations individuelles de travail**

Les caractéristiques et la conclusion du contrat de travail

Les différents contrats de travail

Les clauses du contrat de travail

La modification du contrat de travail

**Les relations collectives de travail**

Les conventions collectives

La représentation des salariés

Les conflits collectifs

**1 Introduction**

Il est possible d'exercer une activité professionnelle de plusieurs manières. Les formes les plus courantes concernent les travailleurs indépendants, les fonctionnaires et, bien sûr les travailleurs salariés.

Les *travailleurs indépendants* exercent une activité professionnelle contre une rétribution, mais ne dépendent que d'eux-mêmes dans leurs activités.

Les *fonctionnaires* sont des travailleurs au service de l'État, des régions, des communes, de certains établissements publics ou de toute autre structure publique. Bien que placés sous un rapport d'autorité, ils sont nommés et soumis aux dispositions d'un statut fixant unilatéralement leurs conditions de travail.

Les *travailleurs salariés* constituent le groupe le plus important. Ils exercent leurs activités contre une rémunération sous l'autorité d'un employeur. Leurs conditions d'emploi sont déterminées par un contrat de travail organisant la mise en place d'un rapport de subordination susceptible de faire l'objet d'une négociation sur les conditions d'emploi applicables (salaire, horaires, avantages...). Le droit du travail réglemente l'exercice de cette forme d'activité.

Il n'existe pas de définition légale du contrat de travail. Il convient donc de se référer à la jurisprudence pour en établir les principales

caractéristiques. Pour la Cour de cassation, le contrat de travail est « la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération » (v. J. Pelissier et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, p. 3 et s.).

Les rapports de travail peuvent s'inscrire dans des perspectives qualifiées d'*individuelles* sur la base desquelles il est possible de déterminer les principales caractéristiques du contrat de travail lors de sa conclusion.

Ce contrat était, à l'origine, dominé par la catégorie des contrats à durée indéterminée (CDI) avec, comme simple complément, des contrats à durée déterminée (CDD). La mutation du droit du travail dans les années 1980 a entraîné une transformation de ses objectifs fondamentaux. La protection de l'emploi du salarié domine aujourd'hui la protection du salarié lui-même. De fait, les contrats de travail qualifiés de « précaires » se sont multipliés, le CDI devenant progressivement minoritaire dans la mise en place des relations d'emploi. On mettra en évidence cette diversité juridique au travers de la présentation et de l'étude des différents contrats de travail.

Le contenu même des contrats de travail a connu une mutation similaire, la simplicité des contrats d'autrefois laissant la place à des contrats de plus en plus précis du fait de l'influence conjuguée de directives européennes contraignantes et de la volonté des employeurs de mieux encadrer la relation de travail dans un contexte économique de plus en plus difficile. De fait, de multiples clauses sont susceptibles d'être insérées dans les contrats de travail même si certaines limites juridiques demeurent.

Contrat « comme les autres » pour ses dispositions fondamentales, le contrat de travail se distingue cependant dans son application par des possibilités de remise en cause inconcevables dans les contrats civils. Ainsi, les contraintes économiques liées à la vie de l'entreprise rendent possibles des évolutions que l'employeur peut imposer – au nom de l'emploi – à ses salariés.

Le travail salarié s'inscrit par ailleurs dans une autre perspective toute aussi fondamentale que celle des relations individuelles de travail, on parle alors des « *relations collectives de travail* ».

Le contrat de travail ne constitue pas la seule source juridique encadrant le sort du salarié. La convention collective constitue un instrument majeur de la construction de la relation d'emploi dont il convient de mesurer les effets.

Pour éviter que la relation individuelle qui lie le salarié à son employeur ne se révèle trop déséquilibrée, le droit du travail a élaboré dans sa construction historique une représentation collective des salariés destinée à placer – face aux pouvoirs de l'employeur – des salariés protégés incarnant le collectif des salariés.

Enfin, les luttes sociales vont s'inscrire dans un contexte jurisprudentiel protégé, les conflits collectifs étant organisés autour du droit de grève garanti par la Constitution.

## 2 Les relations individuelles de travail

### Les caractéristiques et la conclusion du contrat de travail

La mise en place du contrat de travail est précédée de la phase de recrutement au cours de laquelle le salarié sera choisi par l'employeur. La relation d'emploi devra respecter un certain nombre de règles juridiques dans son organisation juridique.

#### *Le recrutement*

Il s'agit du domaine le moins encadré juridiquement de la carrière du salarié. On cherche, en effet, à préserver le libre choix par l'employeur de ses propres collaborateurs. Cette liberté peut cependant faciliter la discrimination et la jurisprudence est intervenue pour contrôler certains excès.

#### LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE RECRUTEMENT

Au-delà de la difficulté de percevoir la réalité psychologique d'une personne, l'employeur s'efforce de cerner le profil d'un candidat.

L'art. L.1221-6 du code du travail lui permet de demander à un candidat des informations à

condition que ces informations présentent « un lien direct et nécessaire » avec l'emploi proposé.

► Dans la suite, sauf indication contraire, la référence au code du travail est implicite et seul le numéro de l'article est repris.

De fait, le salarié n'est pas tenu de communiquer des renseignements sans lien avec un poste à pourvoir. En revanche, de fausses informations données par un candidat sur sa formation et ses diplômes sont constitutives d'un dol entraînant la nullité du contrat de travail dès lors qu'elles ont déterminé le recrutement.

La difficulté pour les juges sociaux de vérifier si la décision de non-recrutement est – ou n'est pas – discriminatoire est liée au fait que l'employeur n'a pas l'obligation de préciser au salarié les raisons de son refus. De fait, pendant longtemps, et sur la base de cette liberté, la sanction de l'employeur agissant de manière discriminatoire ne pouvait être fondée que sur la base de ses propres maladroites.

#### L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU RECRUTEMENT

Si les employeurs disposent d'éléments fiables susceptibles de leur permettre d'évaluer l'évolution de la situation économique de leur entreprise, ils ont du mal à appréhender les

phases de recrutement. Le développement de techniques pseudo-scientifiques (graphologie, astrologie, chiromancie, morphopsychologie, numéromancie...) du fait de l'absence de cadre juridique a rendu nécessaire le renforcement des textes en organisant la réglementation.

En *droit interne*, la loi Aubry du 31 décembre 1992 organise un encadrement limité de la liberté de recrutement. Désormais, l'article L. 2313-2 donne pouvoir aux délégués du personnel pour diligenter une procédure rapide d'enquête et de suppression des atteintes aux libertés individuelles dont pourraient être victimes les salariés. Le comité d'entreprise est informé des mesures de recrutement parallèlement à leur utilisation y compris en cas de recours à un intérimaire.

Par suite, l'article L. 1221-8 pose le principe d'une obligation de « transparence et de pertinence » en matière de méthode et de technique d'aide au recrutement et d'évaluation professionnelle des salariés. Ainsi en garantissant « la transparence », la loi Aubry permet aux candidats d'être informés des méthodes d'évaluation utilisées par le recruteur. Ils ont, en outre, un « droit d'accès » aux résultats ainsi recueillis.

La loi du 1<sup>er</sup> février 1995 facilite le contrôle des offres de service trompeuses concernant les offres d'emploi ou les carrières. Ce dispositif vise à lutter contre le développement des banques d'offres souvent peu sérieuses.

La loi du 31 mars 2006 sur « l'égalité des chances » comporte plusieurs mesures modifiant les modes de recrutement : le CV anonyme, le *testing*, le contrôle de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations (HALDE, depuis rattachée au Défenseur des droits)...

▮ Le *testing* permet de révéler le comportement discriminatoire d'un employeur en l'amenant à commettre une faute. C'est le cas par exemple de l'employeur à qui on adresse deux CV identiques avec un nom français sur l'un et étranger sur l'autre et qui ne retient que celui où figure le nom français.

En *droit européen*, la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 du Conseil de l'UE (reprise en France par la loi du 16 novembre 2001) prévoit, qu'en matière de discrimination, « c'est à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement » alors qu'en principe, en droit français,

la preuve est libre et, surtout, doit être assumée par le plaignant. Ce texte renverse la charge de la preuve dans les litiges relatifs à des discriminations suivant en cela une voie ouverte par la jurisprudence de la Cour européenne.

Le salarié demeure tenu d'établir des faits susceptibles de caractériser une discrimination mais l'employeur doit fournir au juge des éléments de justification établissant l'absence de discriminations. C'est un véritable renversement de la charge de la preuve qui est ici organisé.

### *La mise en place de la relation d'emploi*

#### LES CARACTÉRISTIQUES DE LA RELATION D'EMPLOI

En conformité avec la définition jurisprudentielle du contrat de travail, la relation de travail salariée sera constituée lorsque trois éléments seront réunis :

- une prestation de travail pouvant avoir pour objet des tâches d'une grande diversité (manuelles, intellectuelles, artistiques...),
- une rémunération constituant la contrepartie de la prestation de travail et pouvant être assurée en argent ou en nature,
- un rapport de subordination organisant la capacité pour l'employeur de diriger l'activité du salarié.

#### LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun (art. 1108 du code civil), mais la spécificité du droit du travail est prise en compte (art. L. 1221-1). Il faut donc que le contrat ait un objet certain et une cause licite. L'employeur et le salarié doivent avoir la capacité de contracter et leur consentement doit être libre.

Si l'écrit ne constitue pas toujours une obligation, le droit européen impose désormais à tout employeur une information écrite du salarié.

▮ La directive du 14 octobre 1991 fait « obligation à l'employeur d'informer le salarié des conditions de travail applicables au contrat ou à la relation professionnelle ». Si des informations précises doivent être transmises au salarié, toute liberté est cependant laissée à l'employeur quant au choix du document utilisé : contrat écrit de travail, lettre d'engagement, autres écrits...

#### LES CONSÉQUENCES DE LA MISE EN PLACE D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

Le décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 a regroupé les déclarations devant être effectuées par l'employeur à l'occasion de l'embauche d'un salarié (déclaration préalable à l'embauche, DPAE et déclaration unique d'embauche, DUE) au sein d'une déclaration préalable à l'embauche renouvelée, dont la portée est étendue. Les dispositions de ce décret sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2011.

- ▶ Dans le cadre de ces mesures de simplification, l'URSSAF met à la disposition des employeurs un ensemble de services en ligne, dans un espace sécurisé, leur permettant, notamment, de procéder à la DPAE.

## Les différents contrats de travail

Si le contrat à durée indéterminée (CDI) constitue le contrat de principe, dans la pratique il est devenu minoritaire en raison de l'usage de plus en plus fréquent de contrats d'exception, le plus souvent précaires, caractérisant la fragilisation du marché du travail.

### *Le contrat à durée indéterminée*

L'ordonnance du 5 février 1982 pose le principe selon lequel « le contrat de travail de droit commun est un contrat à durée indéterminée » (art. L.1221-1). Il en résulte que, quelle que soit la relation de travail, l'employeur doit ou peut utiliser le contrat à durée indéterminée.

- ▶ Dans certains cas précisément établis, il sera possible de choisir soit un CDI, soit un contrat qualifié de « précaire » où le terme sera le plus souvent déterminé.

Lorsqu'un contrat d'exception est mis en place en dehors des cas exceptionnels de recours fixés par le code du travail, il peut être requalifié par les juges sociaux en CDI.

Le code du travail précise que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » et qu'il peut être constaté « dans les formes qu'il convient aux parties d'adopter » (art. L. 1221-1).

- ▶ On retrouve ici cependant les conséquences de l'application de la directive du 14 octobre 1991. Un document écrit, dont la forme n'est pas précisément établie (contrat de travail, lettre

d'engagement...) doit comporter un certain nombre d'éléments d'information portant sur la nature de la relation de travail : identité des parties, lieu de travail, catégorie d'emploi, date de début de la relation de travail, durée du droit à congés payés, durée des délais de préavis, durée du travail... La directive de 1991 fixe un délai dans lequel cette obligation doit être respectée par l'employeur, soit deux mois au plus tard.

Les contrats « Nouvelles embauches » (CNE) et « Première embauche » (CPE) constituent une tentative de précarisation du CDI. Pourtant, les conflits sociaux, la jurisprudence, les textes internationaux et des évolutions légales ont rapidement mis en cause leur existence juridique.

Le CNE a été mis en place par l'ordonnance du 2 août 2005. Il constituait une sorte de rupture avec la forme traditionnelle du CDI et avait pour but de faciliter l'embauche en garantissant à l'employeur le fait qu'il pouvait ne pas conserver le salarié s'il ne convenait pas à l'entreprise. Suite à des arrêts restrictifs et à un avis négatif de l'Organisation internationale du travail (OIT), la loi du 27 juin 2008 dite « *de modernisation du marché du travail* » a abrogé définitivement le CNE.

L'article 8 de la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006 a créé le contrat « Première embauche ». Cette tentative de mise en place d'un contrat destiné à favoriser l'embauche des jeunes se situait dans une logique juridique proche de celle du CNE. Destiné aux jeunes de moins de 26 ans, il était assorti d'une période de consolidation de 2 ans au cours de laquelle l'employeur pouvait licencier sans motivation. La loi du 21 avril 2006 sur « l'accès des jeunes à la vie active en entreprise » l'a, dans son article unique, remis en cause et a renforcé le contrat jeune en entreprise (CJ), le contrat de professionnalisation et le contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS).

### *Les contrats d'exception*

Les contrats d'exception les plus utilisés sont les contrats à durée déterminée (CDD) et les contrats de travail temporaire (CTT). On note, depuis le début des années 1980, la mise en place plus ou moins durable de contrats précaires destinés à lutter contre le chômage.

#### LE CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE (CDD)

#### ET LE CONTRAT DE TRAVAIL TEMPORAIRE (CTT)

La loi du 12 juillet 1990 constitue le texte de référence organisant la mise en place de ces contrats destinés à l'exercice « d'une tâche

précise et non durable». Ils ne peuvent être utilisés que dans des cas de recours limités (art. L. 1242-2) comme l'absence d'un salarié (congrés, formation, maladie...), l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise et pour des travaux saisonniers.

- ▮ D'autres catégories de contrats à durée déterminée complètent ces possibilités comme les contrats d'usage, les contrats séniors et les contrats à objet défini.

En dehors de ces cas de recours, les CDD ou CTT ne peuvent être utilisés. Les conseils de prud'hommes peuvent requalifier en CDI les contrats ne respectant pas ces règles.

- ▮ Le code du travail insiste sur l'interdiction de ces contrats pour remplacer des salariés grévistes ou dans le cadre d'emplois dangereux.

Ces contrats sont soumis à des conditions de forme et de fonds strictes. Ils doivent indiquer leur objet et leur durée. Ils ne peuvent être rompus avant terme que dans des cas particuliers (faute grave du salarié, obtention d'un contrat plus stable, force majeure...). Ils peuvent être à durée fixée (18 mois maximum le plus souvent) ou à terme incertain.

Lorsque le contrat comporte un terme précis, il cesse de plein droit à l'arrivée de ce terme (art. L. 1243-5). Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, il cesse au jour où la mission pour laquelle le salarié a été engagé est réalisée. L'employeur doit cependant respecter la durée minimale prévue.

Il peut y avoir aussi requalification du CDD en CDI lorsque la relation de travail se poursuit après l'échéance du terme (art. L. 1243). Lorsqu'existe une clause de renouvellement, cette règle ne s'applique qu'à l'échéance du terme final et non lors de l'unique renouvellement prévu. En application du code du travail (art. L. 1242-8), le contrat ne peut être renouvelé qu'une fois et pour une durée qui, ajoutée à la durée du contrat initial, ne peut excéder la durée maximale prévue par la loi.

- ▮ On retrouve pour le contrat de travail temporaire les principales caractéristiques du contrat à durée déterminée. On note cependant quelques différences.

Le CTT est un contrat à trois partenaires. En plus du salarié et de l'employeur, on trouve l'entreprise de travail temporaire. La rémunération est versée par l'entrepreneur de travail

temporaire qui perçoit de son côté une redevance de l'employeur utilisateur.

#### LES AUTRES CONTRATS D'EXCEPTION

On peut classer ces contrats en trois grandes catégories : les contrats « stables », les contrats organisant une formation en alternance et les contrats de lutte contre le chômage.

Les *contrats « stables »* sont généralement assez anciens. On peut y classer les contrats à temps partiel (moins de 35 h par semaine), les contrats de mise à disposition ou contrats avec un groupement d'employeur (activité d'un salarié partagé entre plusieurs employeurs), les contrats de travail internationaux permettant de déterminer le droit applicable...

Les *contrats d'insertion* en alternance permettent de former le salarié tout en le plaçant dans une situation professionnelle. C'est le cas, par exemple, des contrats d'apprentissage ou de professionnalisation.

Les *contrats de lutte contre le chômage* ont bien souvent une durée d'application limitée. Ils correspondent aux politiques gouvernementales en faveur de l'emploi. C'est le cas de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2008 sur le RSA et l'insertion professionnelle prévoyant la mise en place d'un contrat unique d'insertion à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010. Certains de ces contrats sont réservés à des structures publiques ou associatives.

## Les clauses du contrat de travail

On retrouve ici la liberté civiliste des cocontractants. Sous réserve des clauses réglementées voire interdites, le contrat de travail peut comporter les clauses les plus variées. En vertu de l'article 1134 du code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois pour ceux qui les ont faites », le salarié et l'employeur organiseront leur relation de travail et seront ensuite tenus d'exécuter le contrat « de bonne foi ».

Certaines clauses générales se retrouvent dans la quasi-totalité des contrats de travail. Il s'agit principalement de celles relatives à la nature du contrat et des fonctions à exercer, la date d'embauche, la qualification et la rémunération de base du salarié.

D'autres clauses visent à influencer sur l'exécution ou sur la rupture de la relation de travail.

Autrefois peu fréquentes, elles connaissent aujourd'hui un succès grandissant du fait des nouvelles contraintes de la vie économique moderne. Il s'agit, essentiellement, de la clause de non-concurrence, de la clause de dédit-formation, de la clause de mobilité, de la clause d'exclusivité ou de fidélité.

Certaines clauses n'interviennent que dans le cadre de certaines professions comme la clause dite « de conscience » pour les journalistes et les clauses « de quotas » ou « de survente » pour les VRP et commerciaux.

Enfin, la liberté conventionnelle reconnue aux cocontractants leur permet d'introduire des clauses extrêmement variées et relatives à l'octroi au salarié « d'avantages en nature » (véhicule, logement...).

Cette liberté de négocier est cependant limitée par l'illicéité de certaines clauses contraires à l'ordre public général, à l'ordre public social ou portant atteinte à la vie privée ou aux libertés des personnes.

### *Les clauses autorisées*

#### LES CLAUSES PRINCIPALES

Les *clauses organisant une période d'essai* sont aujourd'hui quasi systématiques. La loi du 27 juin 2008, dite « loi de modernisation du marché du travail », introduit pour la première fois une limite codifiée de la durée de l'essai pour le CDI. On définit la période d'essai comme la période qui précède l'embauche définitive du salarié et pendant laquelle le contrat de travail peut être rompu par l'une des deux parties, sans préavis ni formalité, sans motif et sans indemnité. L'article L. 1221-19 précise que le CDI peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est de 2 mois pour les ouvriers et employés, de 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et de 4 mois pour les cadres. Un renouvellement est possible sous condition.

La *clause de non-concurrence* a pour enjeu majeur d'éviter que les salariés d'une entreprise n'utilisent les connaissances et informations auxquelles ils accèdent par leur emploi pour leur propre compte, voire même pour détourner une clientèle au profit d'une autre entreprise. En l'absence de prescriptions légales, c'est la jurisprudence qui en a organisé l'appli-

cation en imposant cinq conditions de validité. La clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Elle doit permettre d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle (prise en compte des spécificités de l'emploi du salarié...). Elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et donner lieu à une compensation financière.

La *clause de dédit-formation* est organisée par la loi du 31 décembre 1991 dans le but de protéger l'investissement-formation. Cette clause peut être considérée comme une sorte de clause de non-concurrence rachetable. Cette clause a, en effet, pour objet de permettre à l'employeur de s'assurer du bénéfice des formations financées par lui en dissuadant les salariés de quitter l'entreprise avant que les dépenses de formation soient « amorties ». La clause prévoit le remboursement par le salarié des frais de formation dont il a bénéficié en cas de départ de l'entreprise avant un certain délai.

La *clause de mobilité* permet d'imposer au salarié l'acceptation à l'avance de toute modification de son lieu de travail ou tout déplacement ponctuel que pourrait décider son employeur. De fait, lorsque le contrat de travail contient une clause de mobilité et que l'employeur la met en œuvre, le salarié ne peut prétendre qu'il s'agit d'une modification de son contrat de travail. Obligation contractuelle par définition, la clause s'impose et le salarié qui y a consenti doit s'y soumettre (v. l'art. 1134 du code civil).

La *clause de fidélité ou d'exclusivité* permet à l'employeur de se réserver l'activité d'un salarié. Le salarié se voit interdire l'exercice d'une activité professionnelle pour son propre compte ou pour celui d'autres employeurs pendant toute la durée du contrat.

#### LES CLAUSES SPÉCIFIQUES

##### À CERTAINES CATÉGORIES DE SALARIÉS

Certaines catégories de salariés vont bénéficier de protections particulières. Cela correspond le plus souvent aux particularismes de leurs professions.

On peut citer :

– la *clause de conscience* des journalistes leur permettant de quitter un média lorsque son évolution est contraire à leur conscience (art. L. 7112-5) ;

– la *clause dite « de quotas »* pour les commerciaux ayant pour but de fixer au salarié des objectifs ou des quotas à atteindre;

– les *clauses relatives aux inventions* organisant les droits liés aux inventions des salariés (art. L. 611-1 et s. du code de la propriété intellectuelle);

– les *clauses de survente* pour les VRP organisant leurs commissions.

#### LES CLAUSES RELATIVES AUX AVANTAGES EN NATURE

Les parties au contrat – plus particulièrement l'employeur – sont libres d'insérer dans le contrat de travail toute clause organisant l'attribution au profit du salarié d'avantages en nature s'ajoutant à sa rémunération.

On retrouve la définition de ces avantages dans le code de la sécurité sociale (art. L. 242-1 et 242-1) pour qui « constituent des avantages en nature, les prestations (biens ou services) fournies gratuitement par l'employeur ou moyennant une participation du salarié inférieure à leur valeur réelle ».

### Les clauses interdites

#### LES CLAUSES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC GÉNÉRAL

Certaines lois qualifiées « d'impératives » ont prévu, dans leur contenu même, l'impossibilité de remettre en cause leur contenu par des clauses conventionnelles.

Les *clauses d'indexation* sont interdites par l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifiée par l'ordonnance du 4 février 1959, qui précise qu'est « interdite et nulle toute clause indexant les salaires sur l'indice des prix, le SMIC, le niveau général des prix ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ».

De même, toute *clause compromissaire* pour les contestations se rapportant au contrat de travail est nulle, les conseils de prud'hommes étant seuls compétents pour connaître des litiges qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail (art. L. 1411-4).

Les *clauses « couperets »* sont des clauses qui organisent la rupture de plein droit du contrat de travail du salarié en raison de son âge ou du fait qu'il était en droit de bénéficier d'une pension de retraite et cela, sans préavis, ni indemnité. La

loi du 30 juillet 1987 interdit ce type de clause, tant dans la convention collective que dans le contrat de travail (art. L.1237-4). Celles ci seront donc nulles et de nul effet.

#### LES CLAUSES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC SOCIAL

La logique de l'ordre public social suppose que la clause insérée dans un contrat de travail puisse améliorer la situation d'un salarié, mais ne puisse en réduire les droits.

De fait, en dehors des clauses contraires à l'ordre public général, les clauses contenues dans un contrat ne peuvent pas aller à l'encontre d'une loi ou un règlement sauf si elles favorisent le salarié.

#### LES CLAUSES PORTANT ATTEINTE AUX LIBERTÉS FONDAMENTALES DES PERSONNES

L'article L. 1121-1, introduit par la loi du 31 décembre 1992, précise 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 ». La jurisprudence a confirmé ces orientations en écartant les clauses limitant les libertés des personnes, sauf lorsqu'elles sont justifiées par l'intérêt économique de l'entreprise.

Les *clauses de célibat* interdisant au salarié de se marier sont illicites, car bien difficiles à justifier pour l'entreprise.

L'affaire *Air France c. Époux Barbier* (T. conflits du 15 janvier 1968) illustre cette orientation de la jurisprudence sociale. Dans cette affaire, les juges décident que l'insertion d'une clause de célibat tant dans le contrat de travail des salariés d'Air France que dans la convention collective ou dans le règlement intérieur de l'entreprise est illicite, car contraire au droit des personnes et sans justification possible quant au bon fonctionnement de l'entreprise.

Les *clauses contraires à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes* sont interdites par l'article L. 1142-3 qui précise « qu'aucune clause réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération du sexe ne peut, à peine de nullité, être insérée [...] dans un contrat de travail ». Ce principe admet cependant certaines dérogations organisées par l'article L. 1142-4.

Les *clauses relatives à l'aspect du salarié* permettent de tenir compte des besoins de l'entreprise même en limitant les droits des salariés. Dans une affaire où un salarié s'était vu interdire de porter un bermuda, la Cour de cassation se prononce sur la nature de cette liberté. Les juges considèrent ici que la tenue vestimentaire du salarié étant incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail, le licenciement devenait justifié (Cass. soc., 28 mai 2003, *Monbirot c. SA Sagem*). Par suite, l'employeur peut imposer un uniforme lorsqu'il est en contact avec la clientèle et qu'il est nécessaire de l'identifier tout en donnant une certaine image de l'entreprise (circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983).

Les *clauses portant atteinte à la liberté religieuse* sont prises en compte par la HALDE (intégrée dans le Défenseur des droits depuis 2011) qui précise les conditions d'exercice de ce droit dans une délibération du 6 avril 2009. Si la liberté reste le principe, certaines restrictions peuvent être admises. Elles concernent les impératifs liés à la sécurité et la nature des tâches à accomplir. L'employeur doit justifier de la nécessité de la clause par des éléments objectifs et proportionnés.

Les *clauses de « transfert de domicile »* permettent de restreindre la liberté pour le salarié de choisir son domicile personnel et familial. La chambre sociale de la Cour de cassation reprend sa jurisprudence d'équilibre dans une décision du 12 janvier 1999 en considérant que ce type de clause n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché.

## La modification du contrat de travail

Les principes civilistes relatifs à la liberté contractuelle font du contrat de travail la loi des parties. De fait, l'employeur comme le salarié sont tenus de la respecter. Ils peuvent convenir sous certaines conditions de le faire évoluer, mais une telle modification ne peut être imposée à l'une ou à l'autre des parties si elle porte sur des éléments essentiels.

### *La modification des conditions d'emploi*

On parlait, à l'origine, de la distinction entre les modifications substantielles et non substantielles de la relation de travail. Les premières pouvaient être refusées par le salarié du fait de leur ampleur, alors que les autres devaient être acceptées par le salarié. Son refus s'analysait alors comme une faute justifiant la rupture (*licenciement disciplinaire*).

La Cour de cassation retient aujourd'hui une nouvelle distinction entre modification du contrat et changement des conditions d'emplois. De fait, ou la modification concerne un élément du contrat et l'accord des deux parties est nécessaire, ou la modification ne relève pas de l'ordre du contractuel et l'employeur peut imposer ce qui apparaît comme un simple changement des conditions de travail.

### *La modification d'un élément essentiel du contrat de travail*

Il convient de faire la différence entre la modification d'un élément essentiel et le simple exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. On peut dégager ici plusieurs éléments permettant de prendre la mesure de cette notion.

On considère comme essentielles, car portant sur la nature même du contrat de travail, les quatre modifications suivantes :

– Le *mode de rémunération* constitue ainsi un élément du contrat de travail (Cass. soc., 28 janvier 1998), qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. Ainsi, réduire un salaire du fait de l'horaire ramené à sa durée légale, de manière unilatérale par l'employeur, constitue une modification du contrat de travail ne pouvant être décidée sans l'accord du salarié (Cass. soc., 24 mars 2004, n° 659 *FS-PB*).

– Le *secteur géographique d'exercice du travail* apparaît, lui aussi, comme un élément essentiel du contrat de travail. On écarte cependant ce dispositif lorsque le contrat comporte une clause de mobilité ou lorsque la nature même de l'emploi implique une certaine disponibilité géographique (Cass. soc., 4 janvier 2000, *RJS* 1/00 n°45).

– La *durée du travail* apparaît comme un élément de base du dispositif sauf si elle est réduite sur la base d'un accord 35 heures.

– La *qualification du salarié*.

On considère comme non essentielles les modifications suivantes n'entraînant pas de bouleversement dans la situation du salarié :

– Une *simple proposition de l'employeur* ne constitue pas une modification essentielle, car l'employeur garde la possibilité d'y renoncer tant que les salariés ne l'ont pas acceptée (Cass. soc., 5 mars 1997).

– Certaines *modifications temporaires* peuvent être considérées comme secondaires. C'est le cas des modifications des attributions d'un salarié durant l'absence limitée d'un autre salarié (Cass. soc., 16 février 1989).

### *Les autres modifications*

Certaines modifications peuvent être organisées par le contrat lui-même. Ainsi, le salarié ne peut prétendre avoir subi une modification essentielle de son contrat si celui-ci (voire une convention collective) prévoit dans son contenu même cette possibilité de modification.

Le *changement des conditions de travail* peut aussi être imposé à condition de s'inscrire dans le fonctionnement normal d'une entreprise.

Lorsque l'employeur décide de la mise au chômage partiel de tout ou partie du personnel de l'entreprise avec réduction corrélative des salaires, la Cour de cassation analyse l'impact de la mesure. S'il s'agit d'une mesure provisoire et susceptible d'être remise en cause en fonction de la conjoncture, elle ne constitue pas une modification du contrat que le salarié pourrait refuser (Cass. soc., 10 octobre 1995). S'il s'agit d'une mesure qui se prolonge au-delà de la durée légale d'indemnisation (par ex., réduction de l'horaire de travail), le salarié peut obtenir des indemnités de rupture, voire, dans certains cas, des dommages-intérêts pour licenciement abusif.

Le salarié muté dans une autre entreprise d'un groupe peut considérer qu'il en résulte une modification de sa situation antérieure d'activité. Il convient, ici encore, de revoir les conditions de mise en place de la relation de travail et la qualification de la mutation considérée.

### *Le régime juridique des modifications*

La modification du contrat peut avoir des origines bien différentes. On parle parfois de la sanction d'une faute, le salarié étant muté voire rétrogradé. Il peut y avoir aussi des modifications justifiées par des causes économiques ou par l'inaptitude d'un salarié. Dans tous les cas, il faudra obtenir l'accord des deux parties, mais l'acceptation ou le refus du salarié obéissent à des règles différentes selon l'origine de la modification.

#### L'ACCEPTATION PAR LE SALARIÉ DE LA MODIFICATION

L'acceptation par le salarié de la modification du contrat emporte « novation » de celui-ci, voire novation dans les rapports contractuels. La loi du 20 décembre 1995 établit une nette distinction entre les modifications liées à un motif économique et celles tenant à la personne du salarié. Dans ce dernier cas, l'employeur devra apporter la preuve de l'acceptation du salarié. Le fait que le salarié poursuive son travail n'implique pas son acceptation de nouvelles conditions de travail.

#### LE REFUS DU SALARIÉ

Théoriquement, il conviendrait d'appliquer ici l'article 1134 du code civil. Le salarié peut continuer son activité professionnelle en l'état. L'employeur peut cependant prendre l'initiative de la rupture. On parle alors de licenciement personnel ou économique selon les situations.

### 3 Les relations collectives de travail

Si les relations individuelles de travail sont au cœur de la relation salariale liant l'employeur au salarié, le droit du travail a progressivement organisé des relations sociales qualifiées de collectives permettant de mieux garantir les droits des travailleurs.

#### Les conventions collectives

La loi du 25 mars 1919 donne un statut officiel aux conventions collectives. Elle apparaît comme le fruit d'un véritable compromis entre le droit social et le droit civil.

Un pas nouveau est franchi avec la loi du 24 juin 1936 qui permet l'extension par un arrêté ministériel d'une convention à l'ensemble des salariés de la profession ou de la région considérée.

La négociation collective reconnue comme « un droit des travailleurs » en 1971 devient obligatoire avec la loi Auroux du 13 novembre 1982 qui définit la convention collective comme un acte « qui traite de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés concernés et de leurs garanties sociales » (art. L. 2221-1).

#### *Le droit commun de la négociation collective*

Les conventions et accords doivent être obligatoirement écrits. Il s'agit d'une condition dont la non-réalisation emporte la nullité de l'acte juridique.

- ▶ La convention ou l'accord sont déposés au secrétariat greffe du conseil de prud'hommes du lieu de sa conclusion (1 exemplaire) ainsi qu'auprès de la Direction régionale de l'entreprise, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) (5 exemplaires). La convention entre en vigueur le jour qui suit ce dépôt. Elle doit, de plus, être communiquée au comité d'entreprise, aux délégués syndicaux et aux délégués du personnel (art. R. 2262-2 et L. 2262-6). Elle doit enfin être tenue à la disposition des salariés.

Lorsqu'une entreprise a plusieurs activités, la convention applicable sera celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur. Il n'en est autrement que lorsque les salariés

« exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activités autonomes » (Cass. soc., 6 décembre 1995, *Brissy c. SEPA*).

Trois types de dispositions peuvent être insérés dans des conventions ou accords :

- Des clauses contractuelles organisant leur régime juridique. Cela concerne le champ d'application territorial (national, régional ou local) et professionnel (selon les signataires), voire interprofessionnel ainsi que sa durée (indéterminée ou déterminée).

- La réglementation des conditions de travail : la convention permet de fixer des règles qui gouvernent les relations individuelles ou collectives entre les personnes assujetties. Cela concerne l'ensemble des conditions d'emploi et de travail sous réserve de ne pas déroger aux dispositions ayant un caractère d'ordre public.

- Dans le domaine des garanties sociales, la convention peut organiser une protection sociale venant compléter le système légal de la sécurité sociale.

Sauf clause contraire, les conventions s'appliquent à partir du jour qui suit leur dépôt à la DIRECCTE. Elles sont conclues pour une durée déterminée ou indéterminée.

- ▶ Alors qu'en droit civil un contrat ne peut-être modifié sans l'accord de l'ensemble de ceux qui y ont souscrit, en droit du travail ce n'est pas le cas pour les conventions et les accords collectifs souvent modifiés par une partie seulement des signataires..., voire même adoptés par une partie seulement des signataires pourtant minoritaires.

L'inspection du travail est chargée de veiller à l'application des dispositions des conventions collectives et accords collectifs (art. L. 8112-1 et R. 8111-2). De nombreuses sanctions pénales sont organisées par le code du travail pour contraindre l'employeur à respecter ses engagements et obligations.

#### *La négociation collective dans l'entreprise*

L'article L.2221-1 précise que l'objet de la négociation d'entreprise ou d'établissement est « d'aboutir à la conclusion d'un texte conventionnel définissant tout ou partie des condi-

tions d'emploi et de travail et des garanties sociales applicables dans l'entreprise ou l'établissement».

Ce type de conventions ou accords peut être conclu au niveau de l'entreprise, mais aussi au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements (art. L.2232-16, 17 et 18).

Les partenaires à la négociation seront, d'une part, l'employeur et, d'autre part, les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Ainsi une organisation syndicale qui ne serait représentative que pour un établissement ne peut participer à la négociation que dans cet établissement (circ. du 25 octobre 1983).

Un accord doit être proposé entre les partenaires sociaux (employeurs et syndicats) afin de déterminer l'objet, la périodicité des négociations ainsi que les informations préalables nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux.

La loi a institué l'obligation de négocier au niveau de l'entreprise au moins une fois par an, sur « les salaires et le temps de travail » (art L. 2242-1).

Cette négociation porte sur deux points essentiels (art. L.2242-1) : les salaires effectifs et la durée effective du travail et l'organisation du temps de travail. D'autres thèmes ont cependant été progressivement ajoutés. La négociation doit désormais prendre en compte : l'égalité professionnelle et de rémunération entre les hommes et les femmes, l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés et, tous les trois ans, la gestion prévisionnelle des emplois, l'information et la consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise, l'emploi des salariés âgés, la carrière des responsables syndicaux. Dans certains cas, on ajoute l'épargne salariale, la prévoyance maladie, la formation et la réduction du temps de travail.

### *Les conventions de branche et accords professionnels ou interprofessionnels*

Les organisations patronales et salariales liées par une convention de branche doivent se réunir au moins une fois par an pour négocier sur les salaires, examiner la situation économique et l'évolution de l'emploi et, tous les cinq ans,

pour analyser la nécessité de réviser les classifications.

L'assujettissement de l'employeur est déterminé par son appartenance aux organisations signataires ou adhérentes à la convention ou à l'accord. Cela dépend de l'activité effective de l'entreprise qu'il dirige. Lorsqu'un établissement mène plusieurs activités, la jurisprudence va distinguer son activité principale par opposition à ses activités accessoires (Cass. soc., 12 mars 1981).

L'assujettissement des salariés dépend des mêmes règles que celles régissant l'ensemble des conventions et accords. Cependant si l'emploi qu'occupe un salarié est différent de l'activité principale de son entreprise, il est tout de même soumis à la convention collective applicable à l'entreprise.

#### L'EXTENSION

Sous réserve de la réalisation d'un certain nombre d'obligations (contenu de la convention, avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, représentativité des signataires...), le ministre du Travail peut procéder à l'extension d'une convention collective. La convention étendue devient alors obligatoire pour tous les salariés et employeurs sans aucune distinction

#### L'ÉLARGISSEMENT

Cette procédure permet de débloquent des situations où la signature d'une convention n'est pas possible (difficultés géographiques, absence ou refus des organisations représentatives...). Le ministre du Travail (art. L. 2261-17) peut, par arrêté d'élargissement, soit à la demande d'une organisation représentative intéressée, soit de sa propre initiative, rendre obligatoire dans un secteur territorial, professionnel ou interprofessionnel considéré un texte conventionnel déjà étendu dans un autre secteur territorial, professionnel ou interprofessionnel.

### La représentation des salariés

La relation individuelle de travail se révélant déséquilibrée au profit de l'employeur, le droit du travail s'est efforcé de mettre en place des relations collectives destinées à confronter l'employeur au collectif des salariés. Avec les

délégués du personnel, les comités d'entreprise et les délégués syndicaux, les salariés disposent de relais destinés à conforter leurs droits.

Ces représentants disposent de moyens pour exercer leurs mandats (crédit d'heures, local, droit de libre déplacement...) et ils sont qualifiés de salariés protégés car leur licenciement doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'inspection du travail.

▮ Il existe d'autres formes de représentation du personnel. C'est le cas dans l'entreprise avec les représentants salariés au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ou en matière contentieuse avec les conseillers prud'hommes.

### *Les délégués du personnel*

Très ancienne revendication des salariés, la mise en place de délégués ouvriers en 1936 illustre la nécessité de créer une structure chargée de représenter l'ensemble du personnel auprès de la direction. La loi du 16 avril 1946 les transforme en délégués du personnel.

#### MISE EN PLACE

Les dispositions relatives à la mise en place de délégués du personnel sont applicables à tous « les établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les sociétés mutualistes, les organismes de sécurité sociale, à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, et les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet » (art. L. 2311-1). Il résulte de ce texte que l'ensemble des entreprises du secteur privé est concerné.

L'obligation d'élire des délégués du personnel dépend de la taille de l'entreprise. Sont visés « les établissements » occupant au moins 11 salariés (art. L. 2311-1). Si en principe la mise en place de délégués du personnel se fait au niveau de l'entreprise, il existe cependant de multiples exceptions permettant de tenir compte des réalités économiques. Ainsi lorsque l'entreprise comprend des unités économiques géographiquement éclatées, des élections seront organisées dans les différents établissements.

Pour le calcul de l'effectif, on tient compte de l'ensemble des contrats de travail quelle

que soit leur durée (art. L. 2322-1), soit de façon intégrale (contrats à durée indéterminée, handicapés, travailleurs à domicile...) soit partiellement (contrats à durée déterminée ou intermittents, temps partiels...).

Les délégués du personnel sont élus par l'ensemble des salariés de l'entreprise (ou de l'établissement), l'initiative de l'élection incombant à l'employeur (art. L. 2314-2). Celui-ci est tenu d'organiser, tous les 4 ans, ce type d'élections. Au premier tour de scrutin, les organisations syndicales représentatives bénéficient d'un monopole de présentation des candidats alors qu'au second tour les candidatures sont libres (art. L. 2314-24).

#### ATTRIBUTIONS

Il faut distinguer ici les attributions spécifiques des délégués des attributions supplétives qu'ils sont amenés à exercer en cas d'inexistence d'une autre institution.

Les attributions spécifiques comprennent des attributions que l'on peut qualifier de *principales*. La mission la plus classiquement citée concernant les délégués du personnel est celle qui consiste à présenter aux employeurs « toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires et à l'application du code du travail, des lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité, des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise » (art. L. 2313-1).

Les délégués du personnel ont aussi la possibilité « de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des prescriptions législatives et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle » (art. L. 2313-1). Cela permet de suppléer à l'échec d'éventuelles réclamations. Les délégués accompagnent, de plus, l'inspecteur du travail lors de ses visites dans l'entreprise.

Les attributions *complémentaires* des délégués du personnel complètent ces attributions : désignation des membres du CHSCT (art. L. 4613-1), de la consultation sur les périodes de congés payés dans l'entreprise, pour le reclassement d'un salarié ayant eu un accident du travail, pour établir l'ordre des licenciements en cas de licenciement collectif pour motif économique, avant le refus par l'employeur d'une demande de repos compensateur...

- En l'absence de certaines structures, les délégués du personnel se voient confier des attributions supplétives présentant un caractère occasionnel. C'est le cas, en particulier, en l'absence de comité d'entreprise ou de CHSCT.

### *Le comité d'entreprise*

Créé par une ordonnance du 22 février 1945, le comité d'entreprise est mis en place dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins 50 salariés.

#### COMPOSITION

Le comité d'entreprise (CE) comprend des représentants élus du personnel et le chef d'entreprise (art. L. 2324-1). Ce dernier en est le président de droit. Chaque organisation syndicale représentative ayant des élus au CE peut, en outre, désigner un représentant ayant voix consultative. Un règlement intérieur organise le fonctionnement de chaque CE.

#### ATTRIBUTIONS

Le comité d'entreprise a pour fonction d'assurer l'expression collective des salariés afin « de permettre la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production » (art. L. 2323-1).

#### *Attributions sociales et culturelles*

C'est dans ce domaine que le comité d'entreprise exerce pleinement ses fonctions. Il assure ou contrôle, en effet, « la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles ou participe à cette gestion quel qu'en soit le mode de financement » (art. L. 2323-83).

- Les termes « activités sociales et culturelles » ne sont pas définis par la loi. On ne trouve qu'une liste indicative dans la partie réglementaire du code du travail. Cela peut concerner, par exemple, « la prévoyance et l'entraide, le bien-être matériel, les activités sociales et culturelles ayant pour objet l'organisation des loisirs et des sports, l'éducation professionnelle ou culturelle (bibliothèques, enseignement...), les services sociaux ou médicaux » (art. R. 2323-20).

#### *Attributions économiques et financières*

Sans être négligeable, le rôle du comité d'entreprise est beaucoup plus mesuré dans ce domaine. Le chef d'entreprise conserve ses

prérogatives dans la gestion économique et financière de l'entreprise et l'on ne peut parler ici de cogestion. Le comité d'entreprise sera donc ici un instrument d'information et de consultation.

L'obligation d'information est matérialisée par une documentation économique et financière fournie par l'employeur et précisant un certain nombre de données : « forme juridique, perspectives de l'entreprise, position dans le groupe, répartition du capital, position dans la branche d'activité... » (art. L. 2323-7). Une fois par an, un rapport très détaillé sur l'exercice passé doit être établi et mettre notamment en évidence le chiffre d'affaires, les bénéfices ou les pertes, les résultats globaux de la production, les transferts de capitaux importants, la situation de la sous-traitance, l'affectation des bénéfices réalisés, les aides reçues et leur utilisation, les investissements et l'évolution des salaires...

L'obligation de consultation amène l'employeur à demander un avis au CE sans toutefois être tenu à le suivre. Ainsi le comité est consulté sur les questions intéressant « l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise » et sur « les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel » (art. L. 2323-6).

Le CE est aussi consulté dans le cadre de l'introduction de nouvelles technologies (art. L.2323-13) ou, chaque année, sur la politique de la recherche (art. L.2323-12). Enfin, lorsque le comité a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. On parle ici de droit d'alerte.

#### *Attributions en matière de travail et d'emploi*

En matière de licenciement, le comité d'entreprise est obligatoirement consulté dans le cadre de la procédure de licenciement des salariés protégés à l'exception des délégués syndicaux (art. L.2421-3.)

Le comité est informé et consulté sur les « problèmes généraux » relatifs aux conditions de travail (art. L.2323-27), ce qui l'amène à intervenir au niveau de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qua-

fications et des modes de rémunération. Il est aussi informé régulièrement du recours au travail « précaire » dans l'entreprise.

Il intervient également en matière de formation professionnelle sur les orientations générales et sur le plan de formation de l'entreprise. Il rend un avis conforme pour la nomination ou le licenciement du médecin du travail.

#### MOYENS

Le CE est doté de la personnalité juridique (art. L. 2325-1). Il peut ainsi ester en justice, passer des contrats, acquérir des biens, engager du personnel, recevoir des dons et legs, etc. Les comités sont, de plus, responsables de leurs actes et de ceux de leurs préposés. Ils désignent l'un de leurs membres pour les représenter dans tous les actes de gestion courante de leur patrimoine.

Depuis la loi du 28 octobre 1982, le financement des services propres aux comités est assuré par une subvention de fonctionnement versée par l'employeur (art. L. 2325-43 nouveau - L. 434.8 ancien). Le montant annuel de la subvention de fonctionnement est fixé à 0,2 % de la masse salariale brute de l'année en cours. Une contribution patronale est versée pour assurer le financement des activités sociales et culturelles. Celle-ci correspond, en moyenne, à 1 % de la masse salariale brute de l'entreprise.

Le chef d'entreprise doit mettre à la disposition du comité un local aménagé et le matériel nécessaire (ligne téléphonique, photocopieurs...) à l'exercice de ses fonctions (art. L. 2325-12). Le comité d'entreprise est responsable du recrutement de son propre personnel en vue d'assurer « le fonctionnement administratif et la gestion de ses œuvres sociales ».

Du fait de la complexité des tâches dévolues au comité d'entreprise, la loi lui a donné la possibilité de se faire assister, dans certains cas, par des experts (art. L. 2325-35). Ainsi un expert comptable peut être amené à participer à l'examen annuel des comptes et à l'analyse des documents établis dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le comité peut avoir recours à un expert dans le cas de l'introduction de nouvelles technologies. Enfin tout expert peut être désigné (et rémunéré...)

par le comité pour la préparation de ses travaux. Le bilan social de l'entreprise est transmis au CE.

- ▮ Il existe des structures dérivées du CE tenant compte des formes prises par les entreprises. Les CE peuvent être structurés en commission. Ils peuvent prendre la forme de comités d'établissement avec un comité central d'entreprise, de comités de groupe voire désormais être constitués à l'échelle européenne.

### *Les délégués syndicaux*

La loi du 21 mars 1884 a reconnu le droit syndical, ce n'est que beaucoup plus tardivement que ce droit est entré dans l'entreprise elle-même. La loi du 27 décembre 1968 modifie cette situation en reconnaissant aux organisations syndicales le droit de constituer des sections syndicales à l'intérieur des entreprises et de désigner des délégués syndicaux. La loi du 20 août 2008 sur « le temps de travail et la démocratie sociale » modifie considérablement les règles de la représentativité (circulaire DGT du 13 novembre 2008). Par suite, afin de favoriser le dialogue social dans les toutes petites entreprises (TPE), la loi du 15 octobre 2010 organise un dispositif destiné à prendre en compte la représentativité des syndicats dans les entreprises de moins de 11 salariés.

#### LA SECTION SYNDICALE

Chaque syndicat représentatif peut constituer une section syndicale dans toute entreprise quels qu'en soient l'effectif, la forme juridique ou la nature de l'activité (art L. 2141-9). La loi n'impose pas de condition de forme pour constituer une section. On exige cependant que la section dispose de « plusieurs adhérents » pour que cette possibilité soit ouverte.

Le nouvel article L 2121-1 organise les critères de la représentativité : respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de 2 ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de la négociation, audience, influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, effectifs et cotisations.

- ▮ Au niveau de l'entreprise, le seuil de 10 % requis porte sur les suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel et cela

quel que soit le nombre de votants (art. L. 2122-1). L'appréciation de la représentativité se fait donc tous les quatre ans.

*Au niveau de la branche professionnelle*, on retrouve l'usage des critères de représentativité, mais il faut aussi que les organisations syndicales disposent d'une implantation équilibrée au niveau de la branche et que le seuil de 8 % des suffrages exprimés au second tour soit atteint.

La section syndicale a pour rôle de « représenter les intérêts matériels et moraux de ses membres » (art. L. 2142-1) conformément à l'objet des syndicats (art. L. 2131-1). Elle peut effectuer à l'intérieur de l'entreprise, même pendant le temps de travail (avec ici l'accord de l'employeur), la collecte des cotisations (art. L. 2142-2). La section syndicale est libre de diffuser des publications et tracts de nature syndicale aux heures d'entrée et de sortie du travail, sans obligation de transmission à l'employeur, mais dans les mêmes limites que précédemment.

#### LA MISE EN PLACE DES DÉLÉGUÉS SYNDICAUX

On exige que l'entreprise compte au moins 50 salariés pour que soit désigné un délégué syndical par syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale (art. L. 2143-3).

▮ La loi de 2008 impose des conditions nouvelles liées aux résultats obtenus aux élections professionnelles.

La désignation d'un salarié comme délégué syndical est subordonnée à l'existence d'une section syndicale sauf lorsqu'il existe une dérogation conventionnelle (Cass. soc., 19 novembre 1986). Pour être désignés valablement, le ou les délégués syndicaux « doivent être âgés de 18 ans accomplis, travailler dans l'entreprise depuis un an au moins et n'avoir encouru aucune des condamnations prévues dans le code électoral » (art. L. 2143-1).

▮ La loi de 2008 impose désormais que le salarié désigné ait recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au CE ou à la délégation du personnel. On retrouve ici la logique suivie par les nouveaux critères de la représentativité.

La section syndicale fait connaître la désignation du ou des délégués syndicaux à l'employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. L. 2143-7). La désignation

doit, par ailleurs, faire l'objet d'un affichage sur les panneaux réservés aux communications syndicales.

#### LES ATTRIBUTIONS DES DÉLÉGUÉS SYNDICAUX

On ne trouve dans le code du travail qu'une définition très large de la mission des délégués syndicaux : « représenter leurs syndicats auprès du chef d'entreprise » (art. L. 2143-3). Alors que les délégués du personnel exercent une fonction de réclamation, ils participent, pour leur part, à la mission revendicative des syndicats. Ils vont ainsi négocier les accords collectifs, animer la section syndicale et s'occuper de l'activité syndicale dans l'entreprise. Ils peuvent, plus généralement, intervenir dans tous les domaines relevant de l'objet des syndicats professionnels, à savoir « l'étude et la défense des droits et intérêts matériels et moraux collectifs et individuels des salariés ».

### Les conflits collectifs

L'exercice du droit de grève est reconnu par la Constitution de 1958 qui se réfère au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Le droit de grève « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » (al. 7 du préambule de la Constitution de 1946, art. L. 2511-1).

Les articles L. 2511-1 et L. 1132-2 réglementent l'exercice du droit de grève dans le secteur privé en posant les principes suivants :

- la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié,

- tout licenciement prononcé en raison de l'exercice du droit de grève est nul de plein droit,

- l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux,

- aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit.

En l'absence de textes légaux réglementant avec précision l'exercice du droit de grève dans le secteur privé, ce sont les tribunaux qui ont été amenés à déterminer les conditions d'exercice du droit de grève.

### *Les droits et obligations des salariés*

#### LES LIMITES À L'EXERCICE DU DROIT DE GRÈVE

Les grèves courtes et répétées sont licites dès lors qu'elles ne procèdent pas d'une volonté de désorganiser l'entreprise. Certains arrêts de travail de courte durée n'ayant pour conséquence que de désorganiser la production sont licites. Ainsi a été considéré comme licite la répétition d'arrêts de travail de 2 fois 5 minute par heure, ces arrêts de travail étant moins préjudiciables à l'entreprise qu'une cessation totale et continue dès lors que les salariés non grévistes n'avaient pas été empêchés d'accomplir leur tâche (Cass. soc., 25 février 1988, n° 85-43.293).

Le droit de la grève ne comporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise. L'occupation des locaux constitue un trouble manifestement illicite, notamment lorsqu'elle entrave la liberté du travail. L'occupation des locaux constitue donc un acte abusif susceptible de caractériser une faute lourde. Il n'est ainsi pas possible d'interdire l'accès de l'usine à quiconque, notamment au directeur et au personnel non gréviste (Cass. soc., 21 juin 1984, n° 82-16.596).

Le comportement abusif des grévistes pendant une grève n'a pas pour effet de rendre le mouvement de grève illicite. Mais le salarié qui a participé à un abus dans l'exercice du droit de grève peut faire l'objet de sanction et faire l'objet d'un licenciement pour faute lourde. La faute lourde est alors caractérisée par l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise. Elle suppose la participation personnelle du salarié aux faits qui lui sont reprochés.

#### LES DROITS DES SALARIÉS

La grève n'a pas pour effet de rompre le contrat de travail, mais simplement de le *suspendre*. Le salarié continue de faire partie de l'entreprise.

Le contrat de travail étant suspendu pendant la grève, les grévistes ne peuvent, sauf exception, prétendre au paiement de leur salaire pour les périodes de grève. L'employeur peut donc légitimement procéder à des retenues sur salaire correspondant aux périodes non travaillées.

### *Les droits et obligations de l'employeur*

Le remplacement des salariés grévistes par des salariés en contrat à durée déterminée ou de travail temporaire est interdit (art. L.1242-6 et L.1251-10). Il n'est pas interdit à l'employeur, en cas de grève, d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de l'activité : modification des fonctions de salariés non-grévistes, participation de bénévoles sous réserve de leur accord...

Les non-grévistes ont droit au paiement de leur salaire même s'ils n'ont pas été en mesure d'exécuter leur prestation de travail dès lors qu'ils se sont tenus à la disposition de l'employeur. L'employeur est ainsi tenu de verser leur salaire à des salariés non grévistes qui n'ont pu accéder à leur poste de travail en raison de la présence de manifestants bloquant l'accès de l'établissement ou en raison de la présence de piquets de grève.

### *Les restrictions à l'exercice du droit de grève*

Un service minimum est légalement institué dans l'audiovisuel public (art. 57-II, III ; loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) et dans le secteur de la navigation aérienne (loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984). L'employeur peut ici procéder à des réquisitions.

▀ Le pouvoir de réquisition existe dans d'autres secteurs comme celui de la santé.

Dans les autres secteurs publics ou indispensables au public, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève dans les services publics en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public (CE, 14 octobre 1977, n° 98807, *Rec. CE*, p. 383).