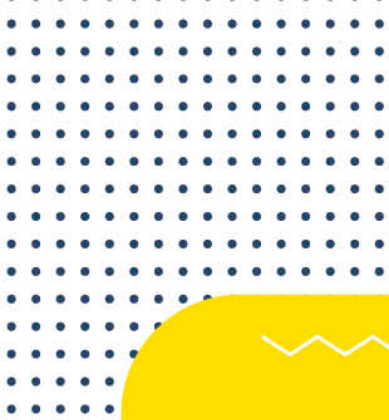




LE DROIT **DU TRAVAIL**

2^e édition



***EN CARTES
MENTALES***

Frédérique Chopin



ellipses

Les sources du droit du travail

Section 1. Les sources internes du droit du travail

Parmi les sources internes du droit du travail, on distingue d'une part, les sources d'origine étatique (§ 1) et d'autre part, les sources d'origine professionnelle (§ 2).

§ 1. Les sources d'origine étatique

Le droit du travail a d'abord, des **bases constitutionnelles** importantes. Ainsi, le **Préambule de la Constitution de 1946** affirme notamment un droit au travail, le droit syndical, le droit de grève, le droit des salariés à participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises. Ensuite, la **Constitution** de 1958 détermine en droit du travail les domaines respectifs de la loi et du règlement. Ainsi, au titre de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail (articles en L du Code du travail). Ces **dispositions légales**, sont complétées par celles relevant du **pouvoir réglementaire** (art. 37 de la Constitution), soit par la voie de décrets pris après avis du Conseil d'État (articles en R dans le Code du travail), soit par la voie de décret simple (articles en D dans le Code du travail).

Au fil du temps, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont eu tendance à étendre les principes fondamentaux du droit du travail et donc à élargir ainsi le domaine d'action du législateur. Si le droit du travail est un **droit codifié**, l'inflation législative constante rend ce droit relativement complexe.

§ 2. Les sources d'origine professionnelle

Elles sont importantes et constituent une originalité du droit du travail. Ces sources d'origine professionnelle sont, soit issues de la négociation collective, tel est le cas pour les accords et les conventions collectives, soit des pouvoirs de l'employeur (usage professionnel, engagement unilatéral, contrat de travail).

Quant aux **conventions collectives et accords collectifs**, ce sont des sources négociées entre l'employeur et les partenaires sociaux (en principe les syndicats) et qui ensuite produisent leurs effets à l'égard de tous ceux qui sont compris dans leurs champs d'application géographique et professionnel. Ces normes conventionnelles conclues à différents niveaux (établissement, entreprise, groupe, branche) constituent aujourd'hui une source majeure du droit du travail et permettent en principe – mais pas toujours – d'améliorer la protection et les garanties du salarié.

Quant aux **pouvoirs de l'employeur**, ils se manifestent notamment dans l'exercice du pouvoir réglementaire de l'employeur. Tout d'abord, dans le cadre de son **pouvoir réglementaire**, l'employeur peut de **façon unilatérale** créer des obligations à la charge des salariés, par exemple, lors de la rédaction du **règlement intérieur**, obligatoire dès 50 salariés. Il peut aussi, toujours **de façon unilatérale**, prendre un engagement qui est qualifié **d'usage d'entreprise** s'il présente trois caractères : général, constant et fixe. Un usage général signifie qu'il doit bénéficier à l'ensemble du personnel ou une catégorie, même si elle est minoritaire dans l'entreprise, identifiée sur la base de critères objectifs. Constant ensuite, l'usage doit être régulier, périodique, c'est la répétition qui crée cette constance. Enfin, un usage est fixe dès lors que les règles d'octroi de l'avantage accordé sont les mêmes (ex : mode de calcul d'une prime). L'employeur peut enfin, prendre **des engagements unilatéraux**, par lesquels il décide de prendre seul des mesures à l'égard de la collectivité du personnel. C'est un moyen pour l'employeur de s'engager à l'égard des salariés, peu importe que l'avantage accordé soit variable. Ces usages et engagements unilatéraux peuvent être dénoncés par l'employeur. À cette fin, l'employeur doit respecter un délai de préavis suffisant, en informer les institutions représentatives du personnel (IRP*) et individuellement les salariés concernés. Ces sources d'origine professionnelle sont donc essentielles en droit du travail, il convient en cas de litige de les confronter et de les combiner avec les sources étatiques tout en tenant compte des positions jurisprudentielles. L'exercice devient plus délicat quand il faut y ajouter les normes internationales.

Section 2. Les sources internationales du droit du travail

Les sources internationales du droit du travail sont importantes au niveau mondial (§ 2) alors que les droits sociaux se sont considérablement développés au niveau européen (§ 1).

§ 1. Droit interne, droit de l'union européenne et droit européen

L'Europe sociale peut être appréciée au niveau de l'Union européenne et au niveau du Conseil de l'Europe.

Au niveau de l'Union européenne d'abord, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** de décembre 2000, est entrée en application, elle a rang de traité. Elle s'applique d'abord aux institutions et organes de l'UE* dans le respect du principe de subsidiarité, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (art. 51 de la Charte). Elle concerne de nombreux aspects du droit du travail notamment la liberté syndicale, ou encore le droit à la négociation collective, la liberté d'entreprise, la non-discrimination, ou encore l'égalité hommes-femmes. Elle peut donc être invoquée, dans les conditions prévues par l'article 53 de la Charte, devant le juge français. La **Cour de Justice de l'Union Européenne** a fait par exemple, une application combinée de la charte et des directives européennes sur la protection de la femme enceinte en rappelant qu'il est interdit de rompre un contrat de travail en raison de l'état de grossesse (CJUE*, 2^e chambre, 11 nov. 2010, aff. C-232/09, JCP S 2010, 1537, note E. Jeansen). Le droit de l'Union européenne qui se manifeste essentiellement en droit du travail, par la voie de **directives** contribue à l'évolution du droit français du travail. Tel est le cas par exemple, en matière de discrimination indirecte définie par les directives 2000/43 et 2000/78, la loi du 27 mai 2008 ajoute cette discrimination dans notre droit ainsi que le harcèlement discriminatoire. En outre, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne contribue elle aussi à la construction d'une **Europe sociale** en tenant compte de la mobilité des travailleurs (ex : travailleurs détachés) et des nouvelles formes de travail (ex : travailleurs des plateformes). Enfin, depuis que, par le Traité de Lisbonne, l'Union Européenne est devenue une organisation interétatique dotée de la **personnalité juridique**, elle est à même de signer des conventions et traités (ex : traité international sur les droits des handicapés le 23 décembre 2010).

Au niveau du **Conseil de l'Europe** ensuite, c'est essentiellement la **Charte sociale européenne** conclue en 1961 et révisée en 1996 qui sert de référence. Elle énonce des droits et libertés y compris en matière sociale notamment en interdisant le travail forcé ou en protégeant la liberté syndicale, le droit de grève et le droit de négociation collective. Le respect des engagements de la Charte est soumis au **contrôle du Comité européen des droits sociaux**.

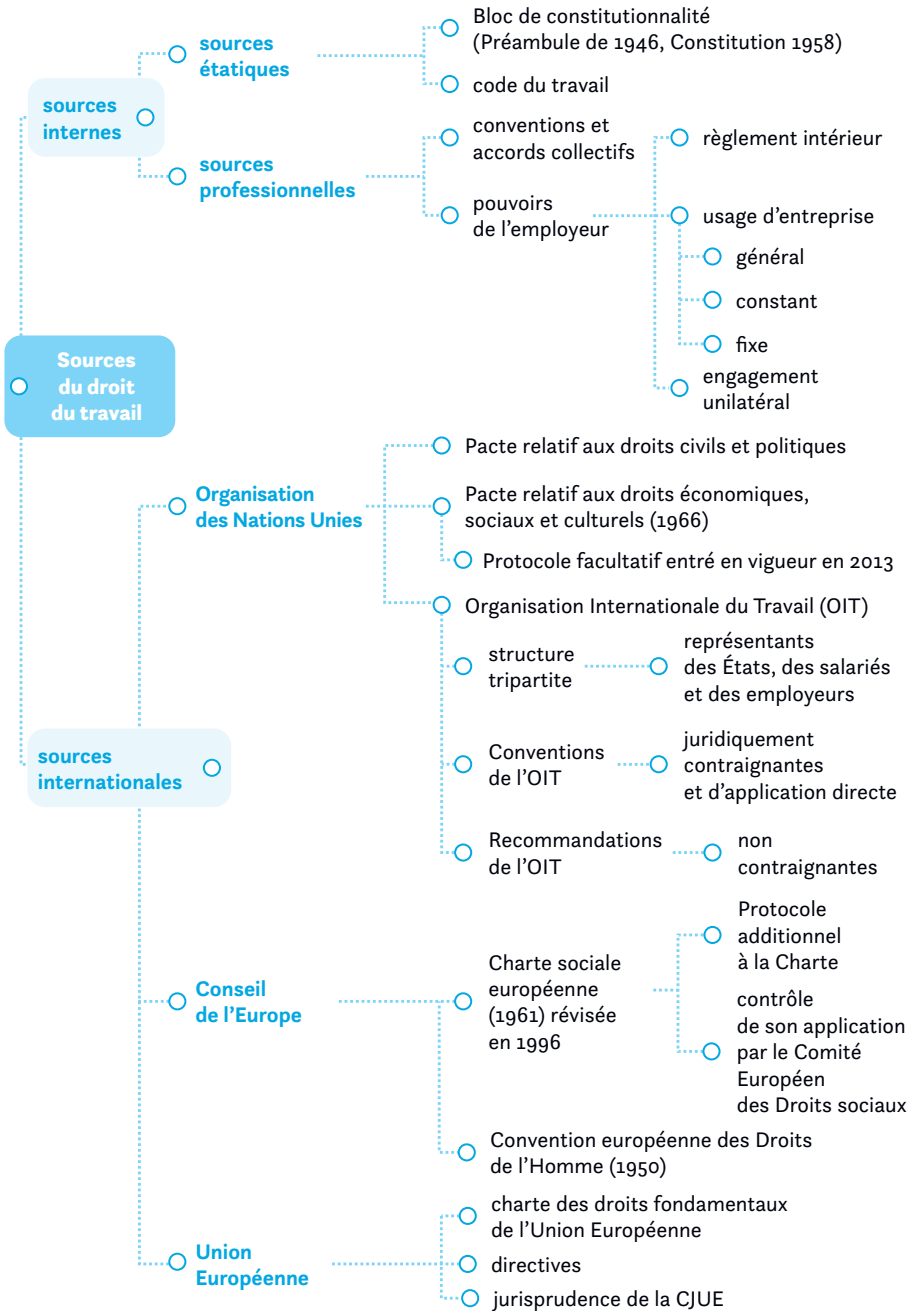
Ce contrôle est fondé sur les rapports nationaux à la suite desquels le Comité rend des conclusions. En outre, un **protocole additionnel à la Charte** a mis en place une procédure de réclamation par laquelle des syndicats et des organisations non gouvernementales peuvent saisir le Comité européen des droits sociaux d'une plainte à l'encontre d'un État membre en raison d'une situation ou d'un état de droit non conforme à la Charte. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs progressivement admis **l'effet direct de la Charte sociale européenne** (V. par exemple, Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-60203) mais la Cour de cassation a récemment écarté l'effet direct horizontal de l'une des dispositions de la charte sociale européenne révisée (art. 24) en considérant qu'elle n'est pas invocable dans le cadre d'un litige entre particuliers – notamment entre salariés et employeurs – devant les juridictions judiciaires nationales (Cass. avis, 17 juil. 2019, n° 15013). De son côté, le Conseil d'État reconnaît l'effet direct vertical de cette disposition (art. 24) autrement dit, dans les litiges opposant un particulier à un État (CE, 10 févr. 2014, req. n° 358992).

§ 2. Droit du travail et sources internationales

Les sources internationales du droit du travail sont constituées pour l'essentiel par des traités dans le cadre de **l'Organisation des Nations Unies (ONU*)**. Ainsi, d'abord, le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adoptés en 1966 et entrés en vigueur en 1976 qui sont d'application directe dans notre droit. En 2008, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entré en vigueur le 5 mai 2013 permet notamment, d'une part, aux individus, ou aux groupes d'individus relevant de la juridiction d'un État partie de présenter des communications pour des violations présumées de tout droit économique, social et culturel et d'autre part, au Comité d'être saisi de communications entre États lorsqu'un État partie considère qu'un autre État partie ne respecte pas les obligations qu'il a contractées en vertu du Pacte.

Ensuite, ce sont les conventions élaborées dans le cadre de **l'Organisation Internationale du Travail (OIT*)**, aujourd'hui intégrée au sein de l'ONU* et qui regroupe notamment la Conférence Internationale du Travail (CIT), le Conseil d'Administration (CA) et le Bureau International du Travail (BIT). Ces différentes structures rassemblent des représentants des gouvernements, des employeurs et des salariés, c'est la seule agence des Nations Unies dotée d'une structure tripartite. L'OIT* a pour principaux objectifs de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans le domaine du travail. L'OIT* adopte soit des **conventions** qui sont juridiquement contraignantes et d'application directe, pour les États qui ont adhéré au traité fondateur de l'OIT* soit, des **recommandations** qui servent de principes directeurs ayant un caractère non contraignant. Malgré le nombre important de conventions et de recommandations, il faut regretter l'absence de pouvoirs coercitifs de l'OIT* qui contribue cependant à l'évolution des législations nationales.

Carte mentale 1. Sources du droit du travail



Les institutions spécifiques du droit du travail

Le droit du travail est soumis, dans son application, comme les autres domaines du droit, au **contrôle du juge** et au pouvoir de sanction de ce dernier. Selon les litiges en cause, le juge compétent diffère. Ainsi, les conflits collectifs de travail relèvent essentiellement de la compétence du Tribunal judiciaire alors que les conflits individuels relèvent en principe des conseils des prud'hommes. Cependant, un certain nombre de ces litiges individuels échappent par exception, à cette compétence de principe du conseil des prud'hommes. Tel est le cas par exemple, des litiges relevant de la compétence du tribunal de police (ex : contravention en droit du travail), ou du tribunal correctionnel (ex : délit de travail dissimulé), ou encore du tribunal administratif (relations individuelles de travail avec un employeur de droit public). Le droit du travail confie également ce pouvoir de contrôle à une **autorité administrative dédiée** : l'inspection du travail (S 1) qui intervient en règle générale, avant le juge prud'homal (S 2).

Section 1. Une autorité administrative dédiée : l'inspection du travail

Créée au XIX^e siècle, l'inspection du travail a pris de l'ampleur dès le XX^e siècle, notamment en raison de la ratification par la France, en 1950, de la convention internationale de l'OIT* n° 81 du 11 juillet 1947 qui oblige tous les pays l'ayant ratifiée à « organiser un système d'inspection du travail chargé d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession ». Jusqu'en 2009, les inspecteurs du travail appartenaient à un corps interministériel (Travail, Agriculture, Transports) et ce, en raison essentiellement des divergences des règles de droit du travail dans ces différents domaines. Dans le cadre

de la réforme de l'organisation territoriale de l'État, les directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS*) sont créées au 1^{er} avril 2021 pour regrouper les missions auparavant exercées au niveau régional par les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE*) et les services déconcentrés chargés de la cohésion sociale. En Île-de-France, cette nouvelle entité est dénommée Direction Régionale et Interdépartementale de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DRIEETS***) comprenant un siège et, à Paris et dans chacun des départements de la petite couronne, une unité départementale. De même, en outre-mer, elle est dénommée Direction de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DEETS***). Enfin, depuis le 1^{er} avril 2021, les « **unités départementales** » des DIRECCTE* sont intégrées aux directions départementales interministérielles que sont les Directions Départementales de la Cohésion sociale (DDCS) et les Directions Départementales de la Cohésion Sociale et de la Protection des Populations (DDCS-PP) afin de former selon le département, de nouvelles Directions Départementales de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (**DDETS***) et Directions Départementales de l'Emploi, du Travail, des solidarités et de la Protection des Populations (**DDETS-PP***).

Dotés de pouvoirs importants, les agents de contrôle de l'inspection du travail sont désormais rattachés aux DREETS* qui sont placées sous l'autorité du préfet de Région mais les missions d'inspection du travail continuent, elles, d'être placées sous l'autorité de la Direction Générale du Travail (DGT*). Ces agents des services d'inspection du travail disposent d'une garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs missions et sont tenus au **secret professionnel** (L. 8113-10 et L. 8113-11). Ils prêtent, en effet, serment de ne pas révéler les secrets de fabrication et les procédés d'exploitation dont ils pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ils disposent, pour l'exercice de leurs missions, d'une part, d'un pouvoir de contrôle (§ 1) et d'autre part, d'un pouvoir de décision (§ 2).

§ 1. Un pouvoir de contrôle

En vertu de l'article L. 8112-1 c. trav., les agents de contrôle sont chargés de **veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail étendus ou non**. Ils peuvent par exemple, contrôler le respect de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, le respect de la durée du travail ou des repos des salariés, ou encore veiller à l'application effective des dispositions conventionnelles. Ils disposent, dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle, de différents droits. D'abord, ils ont un **droit d'entrée dans tout établissement** où sont employés des travailleurs salariés ou apprentis afin d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés. Ils ont également un droit d'entrée dans

les locaux où les travailleurs à domicile réalisent des travaux présentant des risques pour la santé ou la sécurité. Cependant, lorsque les travaux sont exécutés dans des locaux habités, les inspecteurs et contrôleurs du travail ne peuvent y pénétrer qu'après avoir reçu l'autorisation des personnes qui les occupent. Les inspecteurs du travail n'ont pas à prévenir de leur visite, ils peuvent **accéder à tous les locaux de l'entreprise y compris la cantine**. Ensuite, les inspecteurs du travail ont qualité, concurremment notamment avec les officiers de police judiciaire, pour procéder, aux fins d'analyse, à **tous les prélèvements** portant sur les matières mises en œuvre et les produits distribués ou utilisés. Par ailleurs, ils peuvent **se faire présenter, au cours de leurs visites, des livres, registres et documents**, quel que soit le support, rendus obligatoires par la loi tels que le registre unique du personnel, le double des bulletins de paie ou encore le document unique d'évaluation des risques professionnels dans l'entreprise. Ils peuvent aussi **se faire communiquer tout document ou tout élément d'information**, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions légales relatives aux discriminations, à l'égalité professionnelle et à l'exercice du droit syndical, aux harcèlements moral et sexuel ainsi qu'à la santé et à la sécurité au travail (art. L. 8113-5).

Outre ces prérogatives, ils peuvent, concurremment avec les officiers de police judiciaire, **constater les infractions** aux différentes dispositions applicables aux relations de travail, prévues par le Code du travail ou d'autres codes. Ainsi, ils constatent notamment les infractions commises en matière de discriminations (art. 225-2, 3° et 6° C. pén.), les délits de harcèlement sexuel ou moral dans le cadre des relations de travail (art. 222-33 et 222-33-2 C. pén.), les infractions relatives à la traite des êtres humains, au travail forcé et à la réduction en esclavage (art. 225-4-1, 225-14-1, 225-14-2 C. pén.). Ils constatent les infractions par des **procès-verbaux** qui font foi jusqu'à preuve contraire et sont transmis au Procureur de la République et un exemplaire est également adressé au représentant de l'État dans le département. Lorsque l'inspecteur du travail fait des constatations dans un établissement public, il doit les consigner dans un registre spécial fourni par l'administration concernée et une copie des observations est adressée au directeur régional de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités. En cas de désaccord entre le directeur de l'établissement et le directeur régional, ce dernier informe le ministre chargé du travail qui saisit le ministre intéressé (art. R. 8113-8). Enfin, le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs de l'inspecteur ou du contrôleur du travail est constitutif du **délit d'obstacle** puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 37 500 € (L. 8114-1). Tel est le cas par exemple, en cas de refus du chef d'entreprise de communiquer à l'inspecteur du travail, les renseignements demandés. Sont également applicables en vue de la protection des inspecteurs du travail, les dispositions du Code pénal qui répriment les actes de violence, d'outrage et de résistance contre les officiers de police judiciaire (art. 433-3 à 433-6 du Code pénal).

§ 2. Un pouvoir de décision

Le Code du travail confie à l'inspecteur du travail le soin d'intervenir dans des situations bien identifiées, en vue de protéger les salariés. Ainsi, il est, d'abord, habilité à **demandeur la modification ou le retrait de dispositions du règlement intérieur**. Il peut aussi, accorder des dérogations quant à la durée maximale du travail des jeunes travailleurs ou quant à l'interdiction du travail de nuit des jeunes (art. L. 3163-2) Ensuite, il peut **mettre en demeure l'employeur** de prendre toute mesure utile s'il constate par exemple, un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention ou encore une infraction à l'obligation générale de santé et de sécurité (L. 4721-1). Enfin, il joue un **rôle essentiel dans la procédure disciplinaire à l'égard des salariés protégés** puisqu'il doit donner une autorisation préalable.

En dehors de ces pouvoirs de contrôle et de décision, l'inspecteur du travail joue un **rôle de conciliation et de conseil** notamment en vue de prévenir les conflits individuels et collectifs de travail et d'accompagner les représentants du personnel dans l'exercice de leurs missions.

Section 2. Une juridiction spécialisée : le Conseil de prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est une juridiction spécialisée composée de manière **paritaire**, d'employeurs et de salariés. Le premier conseil de prud'hommes a été créé à Lyon en 1806. Il faudra attendre une loi du 18 janvier 1979 pour que le conseil de prud'hommes soit étendu à l'ensemble du territoire, pour qu'il connaisse des litiges individuels nés du contrat de travail quelle que soit la catégorie professionnelle du salarié. Les dernières réformes de la justice (notamment la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice) et celles encore en cours ont peu à peu changé l'institution.

Chaque conseil de prud'hommes est actuellement divisé en **cinq sections autonomes** : industrie, commerce et services commerciaux, agriculture, activités diverses, encadrement. Chaque section comprend une ou plusieurs chambres. Chaque section comprend deux formations : un **bureau de conciliation et d'orientation** (BCO*) composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié et un **bureau de jugement** qui comprend selon les cas, une **formation de droit commun (2 conseillers employeur et 2 conseillers salariés)**, une **formation restreinte (un conseiller employeur et un conseiller salarié)** et une **formation de départage**. Cette dernière intervient lorsqu'il est nécessaire de faire appel à un juge professionnel du tribunal judiciaire appelé dans ces circonstances, juge départiteur, saisi suite à un procès-verbal de partage des

voix entre les conseillers. Chaque conseil de prud'hommes comprend également une **formation de référé** composée d'un employeur et d'un salarié.

Les **conseillers prud'hommes** sont des **juges non professionnels** qui siègent dans cette juridiction et sont soumis à des règles de discipline (L. 1442-11 et s.) et de protection. Ils sont depuis 2016, **nommés** pour une durée de quatre ans, par arrêté conjoint des ministres de la Justice et du Travail, sur proposition des organisations syndicales de salariés et professionnelles d'employeurs, sur la base de la mesure de leur représentativité respective. Ils bénéficient du statut de **salarié protégé**. Cette protection dure tout le temps du mandat et pour les six mois qui suivent (art. L. 2411-22). L'employeur doit laisser au conseiller salarié tout le temps nécessaire pour se rendre et participer aux activités prud'homales. L'employeur doit également lui laisser du temps en vue de sa **formation** de conseiller si celui-ci le souhaite (art. L. 1442-2). Ces conseillers prud'homaux vont donc être les acteurs du fonctionnement des conseils de prud'hommes, dans le champ de compétence (§ 1) et selon une procédure (§ 2) définie par la loi.

§ 1. La compétence des conseils de prud'hommes

En vertu de l'article L. 1411-1, « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail entre les employeurs et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* ».

La **compétence d'attribution** des conseils de prud'hommes est limitée aux **litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail** dont ils sont saisis par **requête**. Le conseil des prud'hommes règle également les différends et litiges des personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé (art. L. 1411-2). Le conseil de prud'hommes n'a donc pas compétence pour les litiges collectifs de travail qui relèvent des juridictions de droit commun. Toutefois, il est parfois difficile de faire la distinction. Ainsi, la simple juxtaposition d'intérêts individuels n'est pas créatrice d'un intérêt collectif qui empêcherait la compétence du conseil de prud'hommes (Cass. soc., 21 juin 1951, Gaz. Pal. 1951.2, 261). De même, l'intervention d'un syndicat à l'occasion d'un licenciement ne confère pas au litige un caractère collectif (Cass. soc., 9 décembre 1960, Bull. IV, n° 1108).

Le conseil de prud'hommes est compétent pour **tous les litiges nés entre un salarié et un employeur ainsi que pour les litiges entre salariés nés à l'occasion du contrat de travail**. La compétence du conseil de prud'hommes est **d'ordre public** : toute convention écartant la compétence du conseil de prud'hommes est réputée non écrite. Un litige entre un salarié et un tiers à l'entreprise ne relève pas du conseil de prud'hommes (Cass. soc., 5 décembre 2006, JCP S 2007, 1359, note T. Lahalle), ni même un litige entre deux employeurs (Cass. soc., 15 mai 1974, D. 1974, 703, note Y. Serra).

Territorialement, le conseil de prud'hommes est compétent dans le ressort du tribunal judiciaire auquel il appartient. Le conseil de prud'hommes territorialement compétent est **celui dans lequel est situé l'établissement où est effectué le travail** (art. R. 1412-1). Lorsque le travail est effectué en dehors de tout établissement (ex : travailleur à domicile, VRP), le conseil de prud'hommes compétent est **celui du domicile du salarié**. Par **exception**, le salarié bénéficie d'une option : il peut choisir le conseil de prud'hommes du lieu où a été signé l'engagement ou du lieu où l'employeur est établi. Ces règles de compétence sont **d'ordre public**, il ne peut donc y être dérogé (art. R. 1412-4).

Selon l'article R. 1462-1, le conseil de prud'hommes **statue en dernier ressort** d'une part, lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune partie ne dépasse **5000 € (taux du ressort)** et d'autre part, lorsque la demande tend à la remise, même sous astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie ou de toutes pièces que l'employeur est tenu de délivrer, à moins que le jugement ne soit en premier ressort en raison du montant des autres demandes. Pour l'appréciation du taux du ressort, la demande est caractérisée par son objet et non par son fondement (Cass. soc., 9 juin 1993, Dr. trav. 1993, n° 8-9, p. 15).

§ 2. La procédure devant les conseils de prud'hommes

Par principe, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du Code de procédure civile, sous réserve de règles dérogatoires posées par le Code du travail (R. 1451-1 et s.). Sont donc notamment respectées les règles relatives à la preuve, au **principe du contradictoire** ou encore à l'autorité de la chose jugée. Il en découle par exemple, que la **preuve est libre en matière prud'homale**. La Cour de cassation exigeait toutefois que la preuve soit licite et loyale. Mais, plusieurs décisions récentes (Cass. Ass. Plén. 23 déc. 2023, n° 20-20.648 ; Cass. soc., 14 févr. 2024, n° 22-23.073) ont opéré un revirement de jurisprudence. En effet, cette preuve obtenue de manière illicite ou déloyale est admise si elle est indispensable au soutien des demandes de la partie (principe de nécessité) et ne porte pas atteinte à un droit de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi (principe de proportionnalité).

Le conseil de prud'hommes est saisi par **requête motivée** respectant les dispositions de l'article 58 du Code de procédure civile. La saisine du conseil de prud'hommes, même incompétent, interrompt la prescription. Par la suite, le greffe informe le demandeur des lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation et d'orientation à laquelle l'affaire sera appelée, ou dans certains cas, de l'audience devant le bureau de jugement. Il est invité à se munir de toutes les pièces utiles. Le greffe convoque ensuite, par lettre recommandée avec avis de réception valant citation en justice (R. 1452-5), le défendeur.

Si pendant longtemps, devant le conseil de prud'hommes était posée la **règle de l'unicité de l'instance**, imposant que toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties fassent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance, le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 a **abrogé cette règle** dont les effets dans le temps sont encore visibles dans le contentieux judiciaire (Cass. soc., 1^{er} juil. 2020, n° 18-24180).

Devant le conseil de prud'hommes les **parties comparaissent en personne**, mais elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par les personnes habilitées à cette fin :

- un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité ;
- les **défenseurs syndicaux** (L. 1423-4 et s.) qui sont des salariés inscrits sur une liste de défenseurs syndicaux établie par la DREETS*, sur proposition des organisations syndicales représentatives des salariés et des employeurs. Ils sont chargés d'assister ou de représenter un autre salarié.
- le conjoint (marié, pacsé ou concubin).
- les avocats.

L'affaire est en principe d'abord soumise au **bureau de conciliation et d'orientation** et éventuellement ensuite, au bureau de jugement. Le bureau de conciliation et d'orientation est chargé de concilier les parties, soit lui-même, soit en enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur ou un conciliateur voire en désignant un médiateur (R. 1471-2). Ce **préliminaire de conciliation** en matière prud'homale est obligatoire – sauf exceptions prévues par la loi – à défaut la procédure est nulle. Le bureau de conciliation dispose de nombreux pouvoirs afin de remplir sa mission. Il peut par exemple, ordonner à l'employeur le versement de provisions sur les sommes réclamées par le salarié ou encore toute mesure nécessaire à la conservation des preuves ou des objets litigieux (art. R. 1454-14). Le bureau de conciliation entend les parties et dresse un procès-verbal du résultat de sa tentative de conciliation. En cas de conciliation, même partielle, le procès-verbal constate la teneur de l'accord intervenu. En revanche, en cas d'échec de la conciliation, les parties seront renvoyées devant le bureau de jugement. Le bureau de conciliation et d'orientation est alors chargé « *d'assurer la mise en état de l'affaire jusqu'à la date qu'il fixe pour l'audience de jugement* » (R. 1454-1). À cette fin, il doit adopter un calendrier de procédure et définir les conditions de communication des prétentions, moyens et pièces. Il peut aussi, par une décision non susceptible de recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au conseil de prud'hommes pour statuer. Le **conseiller rapporteur** est un conseiller prud'hommes. Il peut faire partie de la formation de jugement. Dans le cadre de sa mission, il peut entendre les parties, les inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige, les mettre en demeure de produire tout document pouvant éclairer la juridiction, auditionner toute personne et

procéder et faire procéder à toute mesure d'instruction ou encore sanctionner le défaut de diligence des parties (R. 1454-4).

Suite à la décision d'orientation vers le bureau de jugement, les parties sont convoquées devant le **bureau de jugement**, soit verbalement avec émargement au dossier de la procédure, soit par lettre recommandée avec avis de réception. Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le bureau de jugement, celui-ci peut assurer sa **mise en état** (L. 1454-1-2). L'affaire peut être orientée soit devant le bureau de jugement dans sa formation de droit commun, soit par exceptions, devant la formation restreinte ou la formation présidée par le juge départiteur. Les parties sont donc renvoyées par principe devant la **formation de droit commun** composée de deux conseillers salariés et deux conseillers employeurs (L. 1423-12) qui statue dans un délai ne pouvant excéder six mois à compter de la date à laquelle l'affaire lui est renvoyée (R. 1456-4). L'orientation vers la **formation restreinte du bureau de jugement** composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur est possible à **deux conditions cumulatives** : le litige porte sur un licenciement – quel que soit le motif – ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et les parties en sont d'accord. Dans ce cas, le bureau doit statuer dans les trois mois de la décision d'orientation. Enfin, le renvoi devant la **formation de jugement présidée par le juge départiteur** et composée des quatre conseillers employeurs et salariés (L. 1454-1, 2°) est possible dans deux cas : soit à la demande des parties, soit si la nature du litige le justifie – affaire technique ou question nouvelle par exemple.

Quelle que soit la formation qui a eu à connaître de l'affaire, « à l'issue des débats et si la décision n'est pas immédiatement rendue, le président indique aux parties la date à laquelle le jugement sera prononcé [...] » (R. 1454-25). L'affaire est alors **mise en délibéré**. Les décisions du bureau de jugement sont prises à la **majorité des voix** ; aussi, si cette majorité ne peut se former ou s'il y a un partage des voix, les débats doivent être repris, sous la présidence du juge départiteur (R. 1454-29).

Par la suite, le jugement est notifié aux parties par le greffe. La notification doit indiquer de façon apparente, les délais de recours. En effet, l'**appel** est ouvert contre les **jugements rendus en premier ressort** par le conseil de prud'hommes. La partie qui souhaite interjeter **appel** doit obligatoirement mandater soit un avocat, soit un défenseur syndical car la procédure devant la cour d'appel est une **procédure avec représentation obligatoire**. L'appel doit être formé, en principe, dans le délai d'un mois, à compter de la notification du jugement (art. R. 1461-1).

Lorsque le conseil de prud'hommes statue **en premier et dernier ressort**, autrement dit pour toute demande inférieure ou égale à 5 000 € – **taux de compétence en dernier ressort** – seul un **pourvoi en cassation** est possible (art. R. 1462-1). Ce pourvoi est instruit et jugé suivant la procédure avec

représentation obligatoire par un avocat au Conseil d'État ou à la Cour de Cassation. Le pourvoi n'est pas suspensif et doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la signification du jugement du conseil de prud'hommes ou de l'arrêt de la cour d'appel.

Ces règles relatives à l'appel et au pourvoi en cassation sont également applicables à la suite d'une procédure de **référé prud'homal**, mais en matière de référé, le délai d'appel est de quinze jours seulement (R. 1455-11). Chaque conseil de prud'hommes comporte une **formation de référé** composée d'un conseiller prud'homme salarié et d'un conseiller prud'homme employeur, commune à l'ensemble des sections de cette juridiction.

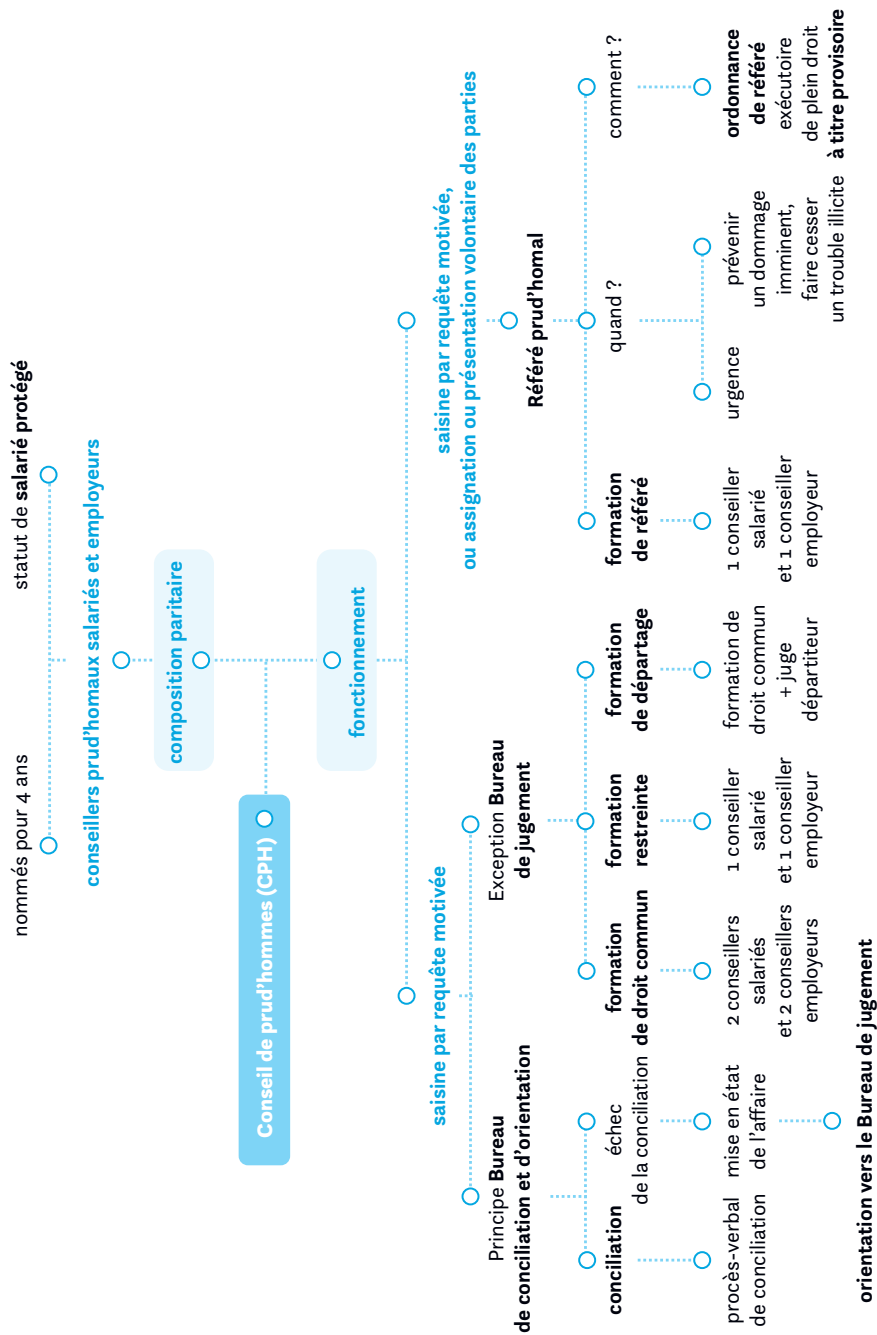
« Dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (art. R. 1455-5). Tel est le cas par exemple, de l'obligation de l'employeur de payer la part d'indemnité correspondant à une partie du préavis dont il avait dispensé le salarié (Cass. soc., 7 décembre 2005, JCP S 2006, 1167, note R. Geoffroy). La formation de référé peut aussi, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent afin de **prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite**. Enfin, dans le cas où **l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable**, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation.

La **demande en référé** est formée par le demandeur soit par acte de commissaire de justice dans les conditions posées par les articles 648, 653 à 664 du Code de procédure civile, soit par voie de requête (R. 1452-2).

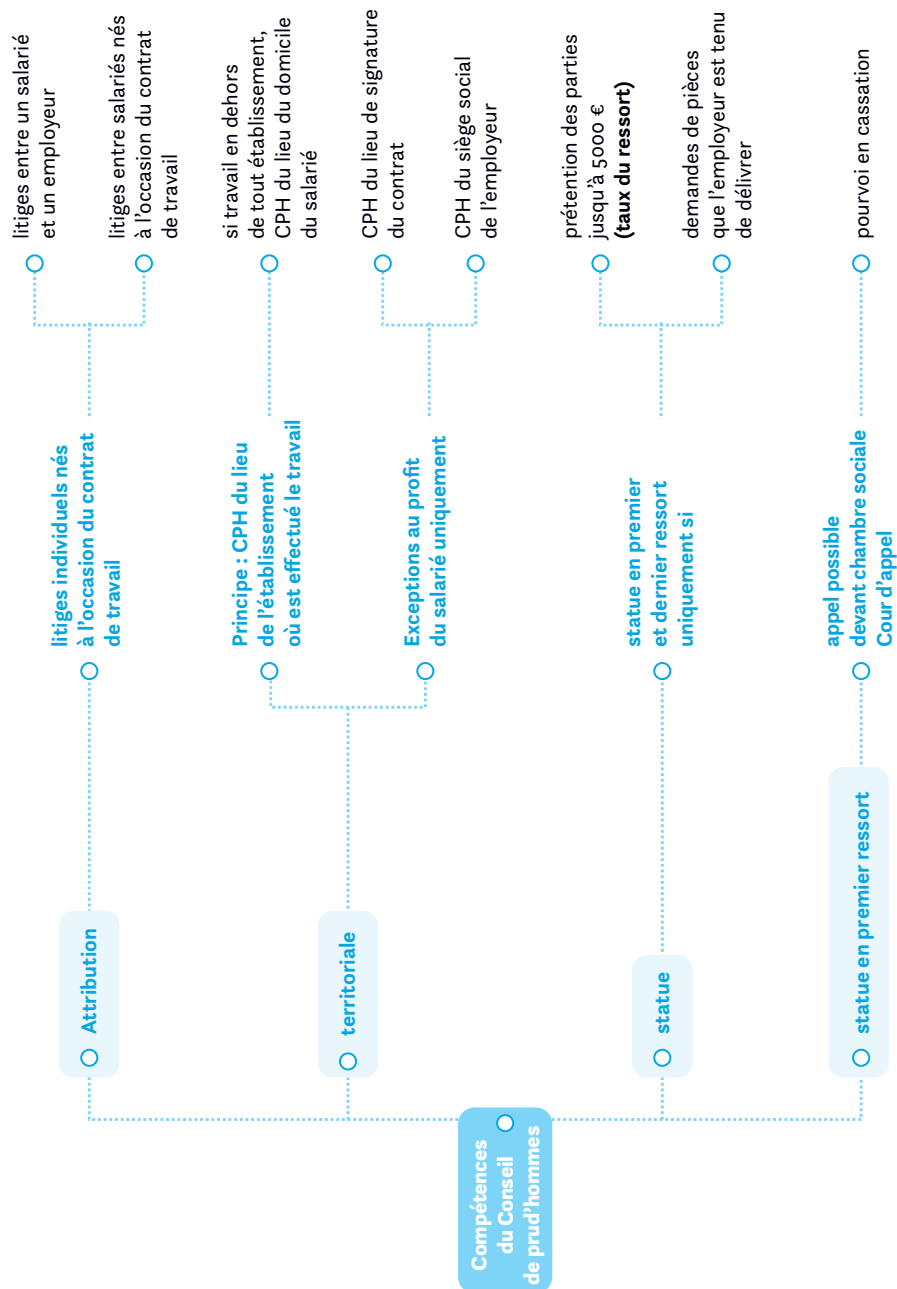
L'**ordonnance de référé** obéit aux règles du jugement mais elle présente un caractère **exécutoire de plein droit à titre provisoire**.

Enfin, il faut ajouter que pour certains litiges tels que les licenciements économiques, le Code du travail prévoit une procédure spécifique dans des délais posés les articles R. 1456-1 à R. 1456-5 du Code du travail.

Carte mentale 2. (1) Conseil de prud'hommes (CPH)



(2) Compétences du Conseil de prud'hommes



Les relations individuelles de travail

Les relations individuelles de travail se matérialisent par l'existence d'un contrat de travail entre l'employeur et le salarié. Cette relation débute lors de la formation du contrat de travail, à l'occasion du processus de recrutement. À l'issue de celui-ci, la relation individuelle de travail va prendre forme à travers la conclusion d'un contrat de travail. Si par principe, le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée, aujourd'hui de nombreuses autres formes de contrat de travail existent et obéissent à des règles spécifiques. Les modalités de conclusion de l'ensemble de ces contrats sont strictement encadrées par le Code du travail (Titre 1).

Le contrat de travail à durée indéterminée obéit dans son exécution à un subtil équilibre entre d'une part, les droits de l'employeur, notamment quant au temps de travail, aux conditions de travail, à l'exercice du pouvoir disciplinaire ou encore à la rémunération et d'autre part, la protection du salarié en particulier, dans sa santé physique et mentale, sa sécurité et l'exercice de ses droits (Titre 2).

Enfin, ce contrat à durée indéterminée peut être rompu, tant par l'employeur que par le salarié, grâce à des procédures distinctes prévues par le Code du travail (Titre 3).

La formation et la conclusion du contrat de travail

L'employeur est en principe libre de choisir le mode de recrutement qui lui semble le plus approprié, dès lors que celui-ci n'est pas discriminatoire ou attentatoire aux libertés individuelles. Ce processus de recrutement va ainsi donner naissance à la relation contractuelle de travail (ch. 1) permettant de conclure, un contrat de travail à durée indéterminée ou bien l'un des contrats de travail dérogatoires (ch. 2).

La naissance de la relation contractuelle de travail

La loi propose aux employeurs plusieurs modes de recrutement (§ 1) mais il apparaît aujourd'hui que l'utilisation des réseaux sociaux à caractère professionnel et de l'intelligence artificielle deviennent des outils de sourcing incontournables dans bien des secteurs d'activité. Lorsque le processus de recrutement permet d'identifier le candidat adéquat, il convient alors de conclure un contrat de travail dont les conditions de fond et de forme sont posées par le Code du travail (§ 2).

Section 1. Le recrutement des salariés

Lors de la phase de recrutement des salariés, la liberté d'entreprendre, liberté à valeur constitutionnelle, permet à l'employeur de choisir librement ses salariés (§ 1), en s'appuyant, si nécessaire, sur les organismes qui concourent au service public de l'emploi. Cette liberté d'embauche n'est cependant pas absolue puisque le Code du travail pose un certain nombre de limites (§ 2).

§ 1. Le principe de la liberté d'embauche

Le Code du travail propose aux employeurs plusieurs filières de recrutement possibles et encadre le processus de recrutement (A). Sur la forme, des informations doivent être communiquées aux salariés lors de l'embauche et des formalités sont nécessaires (B).

A. Filières et processus de recrutement

Le Code du travail envisage non seulement le placement par le service public de l'emploi mais aussi le recours à des organismes qui concourent à ce service public, aux agences de travail temporaire ou encore aux agences de placement privé. Ainsi, depuis 2008, c'est Pôle emploi devenu **France Travail** au 1^{er} janvier 2024 qui met au service des usagers un certain nombre d'offres. Il lui appartient (art. L. 5312-1) d'abord, de **prospecter le marché du travail**, de développer une expertise sur l'évolution des emplois, des parcours professionnels et des compétences, de procéder à la collecte des offres de recrutement, d'évaluer les résultats des actions d'accompagnement, d'**aider et conseiller les entreprises** dans leur recrutement, d'assurer la mise en relation entre les offres et les demandes d'emploi et de participer activement à la **lutte contre les discriminations** à l'embauche et pour l'égalité professionnelle. Ensuite, France Travail accueille, informe, **et accompagne les personnes** qu'elles disposent ou non d'un emploi, prescrit toutes actions utiles pour développer leurs compétences professionnelles et améliorer leur employabilité, favoriser leur reclassement et leur promotion professionnelle, participer à leur information sur les dispositifs de transition entre l'emploi et la retraite, faciliter leur mobilité géographique et professionnelle et participer aux parcours d'insertion sociale et professionnelle. France Travail est également chargé de réaliser les inscriptions et leur mise à jour sur la liste des demandeurs d'emploi en mettant en œuvre un contrôle de la recherche d'emploi et si nécessaire en décidant de procéder à des radiations. Enfin, il verse, pour le compte du régime d'assurance chômage et du fonds de solidarité, les **allocations-chômage dont le montant, compter du 1^{er} avril 2025, est mensualisé sur la base de trente jours calendaires**. France Travail peut compter sur ses nombreux partenaires que sont l'APEC*, l'AFPA*, les missions locales, les réseaux Cap emploi, les maisons de l'emploi et les collectivités territoriales. Quant aux **entreprises de travail temporaire**, elles font l'interface entre les besoins d'une entreprise cliente et des demandeurs d'emplois, pour des missions d'une durée variable. Elles permettent notamment de répondre à des besoins ponctuels ou très spécifiques. Enfin, le **cabinet de recrutement** est essentiellement dédié au recrutement des cadres pour le compte d'une entreprise cliente. Il réalise tout le processus de recrutement et propose ensuite à l'entreprise cliente, une liste de candidats potentiels. C'est cette dernière qui fera les entretiens finaux pour sélectionner le candidat correspondant le mieux au poste.

Lors de la sélection des candidats à un emploi, les informations demandées « **ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles** » (L. 1221-6). Elles doivent présenter un **lien direct et nécessaire** avec l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles, conditions protectrices d'atteintes à la vie privée du candidat et visant aussi à lutter contre les informations à caractère discriminatoire

(ex : âge, état de santé, etc.). Le candidat à un emploi est également expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Les résultats obtenus doivent rester confidentiels.

Une fois le processus de recrutement achevé, l'employeur peut faire une promesse unilatérale de contrat de travail ou une offre de contrat de travail. La **promesse unilatérale de contrat de travail** d'abord, est un acte par lequel l'employeur promet l'engagement au candidat et cette promesse vaut contrat de travail. Aussi, si l'employeur révoque sa promesse pendant le délai de réflexion laissé au candidat, le contrat de travail est valablement formé et la révocation produit alors les effets d'un licenciement injustifié permettant au salarié d'obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive et une indemnité compensatrice de préavis. Inversement, **l'offre de contrat de travail** est l'acte par lequel l'employeur propose un engagement à un candidat et exprime sa volonté d'être lié par un contrat de travail, sous réserve que le candidat accepte. Il s'agit d'une simple offre de contrat qui peut être rétractée tant que le candidat ne l'a pas acceptée. Dans les deux cas, le salarié qui se rétracte après avoir accepté la promesse unilatérale ou l'offre de contrat de travail, peut être condamné à verser des dommages et intérêts à l'employeur.

B. Informations et formalités lors de l'embauche

L'embauche du salarié, quelles que soient la nature et la durée du contrat, donne lieu à différentes formalités obligatoires, notamment la **déclaration préalable à l'embauche** (DPAE*) auprès des organismes de protection sociale. Cette déclaration principalement réalisée par voie électronique permet à l'entreprise de déclarer son intention d'embaucher un salarié à l'URSSAF* pour le régime général, ou à la MSA* pour le régime agricole. Elle doit obligatoirement être effectuée **dans les 8 jours précédant le recrutement du salarié** et obligatoirement avant l'embauche officielle. Une fois cette déclaration réalisée, l'employeur en remet une copie au salarié ou l'accusé de réception envoyé par l'organisme de recouvrement des cotisations sociales. Cependant, cette dernière formalité est considérée comme accomplie si le salarié dispose d'un contrat de travail écrit qui mentionne le nom de l'organisme destinataire de la DPAE*. S'il s'agit du premier salarié embauché par l'entreprise, cette DPAE* permet aussi notamment l'immatriculation de l'entreprise au régime de la sécurité sociale et de l'assurance chômage, l'adhésion de l'employeur à un service de prévention et de santé au travail.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} novembre 2023, les entreprises doivent communiquer, lors de l'embauche, une **liste de quinze informations sur les éléments clés de la relation de travail** (L. 1221-5-1). Ces informations concernent par exemple, la rémunération, la période d'essai et doivent être portées à la connaissance du salarié, sous format papier ou électronique, dans les sept jours de

la date d'embauche tandis que celles relatives à la durée du congé payé ou au droit à la formation doivent l'être dans un délai d'un mois. Il convient également d'informer les salariés de leur droit à un entretien professionnel tous les deux ans en vue d'envisager leurs perspectives d'évolution professionnelle (L. 6315-1). À défaut, en l'absence de respect des délais de communication des informations ou en cas de communication incomplète, le salarié peut mettre en demeure son employeur de les lui communiquer. En l'absence de réponse dans les sept jours, il peut saisir le Conseil de prud'hommes pour en obtenir communication (R. 1221-41).

§ 2. Une liberté encadrée

Si l'employeur est assez libre dans la mise en œuvre du processus de recrutement, il se doit tout de même de respecter les règles protectrices au profit de certains salariés (A) mais aussi le principe de non-discrimination (B).

A. Des règles protectrices au profit de certains salariés

Ces règles protectrices concernent d'une part, les priorités d'emplois et de réembauche (1) au profit des salariés souffrant d'un handicap ou de ceux licenciés pour motif économique, et d'autre part, le recrutement des jeunes et des étrangers (2).

1. Les priorités d'emplois et de réembauche

Les **salariés souffrant d'un handicap** bénéficient d'une priorité d'emplois fondée sur une obligation pesant sur les employeurs. En vertu de l'article L. 5212-2 « *tout employeur emploie des bénéficiaires de l'obligation d'emploi mentionnés à l'article L. 5212-13 dans la proportion minimale de 6 % de l'effectif total de ses salariés* ». Afin de s'acquitter totalement ou partiellement de leur obligation, les employeurs peuvent au choix employer directement des salariés en situation de handicap, quel que soit le type de contrat (CDI*, CDD*, alternance, intérim, stage, période de mise en situation professionnelle), appliquer un accord collectif prévoyant la mise en œuvre d'un programme d'action en faveur des handicapés, ou enfin verser une contribution annuelle recouvrée par l'URSSAF* (art. L. 5212-9). En revanche, le recours à la sous-traitance par des entreprises accueillant des personnes en situation de handicap, dites entreprise de service d'aide par le travail (ESAT*), ne suffit plus pour satisfaire pleinement à l'obligation d'emploi.

Les salariés licenciés pour motif économique quant à eux, bénéficient en vertu de l'article L. 1233-45, d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de leur contrat s'ils en font la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles.

2. Des mesures spécifiques pour les jeunes et les étrangers

Les mesures spécifiques au recrutement des jeunes visent le **mineur non émancipé** qui ne peut contracter en tant que salarié que s'il y a été autorisé par son représentant légal et s'il a atteint l'âge de 16 ans (art. L. 4153-1), sauf situations particulières prévues par la loi (alternance, stages, etc.). Il est en revanche en principe interdit d'employer des mineurs dans un débit de boissons (art. L. 4153-6) ou de leur confier des travaux les exposant à des risques pour leur santé, leur sécurité, leur moralité ou excédant leurs forces.

Concernant **l'embauche d'un ressortissant étranger**, l'employeur doit au préalable s'assurer qu'il possède une autorisation de travail sauf s'il s'agit d'un ressortissant de l'Union Européenne, de l'Espace Économique Européen ou de la Suisse. L'employeur doit également vérifier auprès des administrations territorialement compétentes (préfectures) la validité du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France, sauf si cet étranger est inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi tenue par France Travail. Enfin, l'embauche d'un salarié étranger titulaire de la carte de séjour temporaire ne peut intervenir qu'après déclaration nominative effectuée par l'employeur auprès de l'autorité administrative (art. L. 5221-9).

B. Le principe de non-discrimination

Dans la phase de recrutement, l'employeur ne peut écarter un candidat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte. Ce principe de non-discrimination s'applique particulièrement – mais pas uniquement – dans la phase de recrutement par la voie des offres d'emploi. Celles-ci ne doivent en aucun cas faire référence à l'un des motifs visés par l'article L. 1132-1.

Le Code du travail prévoit ainsi un dispositif très complet en vue de garantir la transparence dans le recrutement et de protéger les salariés dans cette phase préalable à l'embauche.

Section 2. Les caractères généraux du contrat de travail

Le contrat de travail à durée indéterminée est « *la forme normale et générale de la relation de travail* » (art. L. 1221-2) ce qui signifie que les autres formes de contrat de travail sont dérogatoires et strictement encadrées par la loi. Dans tous les cas, ce contrat de travail obéit à des règles quant à sa formation (§ 1) et impose aux parties de se soumettre à leurs obligations contractuelles (§ 2).

§ 1. La formation du contrat de travail

Soumis au droit commun des contrats quant aux conditions de fond et de forme (B), le contrat de travail présente des caractéristiques (A) qui permettent, soit de le distinguer d'autres modes d'exercice d'une activité, soit de requalifier une situation de travail en contrat de travail (ex : jurisprudence Uber, Take Eat Easy, à propos des faux auto-entrepreneurs).

A. Les caractéristiques du contrat de travail

Le contrat de travail n'est pas défini par la loi, c'est donc la jurisprudence qui a posé les critères du contrat de travail en précisant « *qu'il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération* » (Cass. soc., 22 juil. 1954, Bull. IV, n° 576, p. 426). Il découle de cette définition, l'exigence de **trois critères cumulatifs** à savoir :

- une **prestation de travail** : tous les travaux manuels, intellectuels, artistiques sont inclus, quel que soit le secteur d'activité. Ainsi, selon la Cour de Cassation, « *l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-42207) ;
- une **subordination hiérarchique** : selon la jurisprudence, « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (Cass. soc., 12 juil. 2005, RJS 10/05, n° 941) ;
- une **rémunération** : elle constitue la contrepartie nécessaire à la prestation de travail. Le mode de rémunération peut prendre différentes formes : en argent, en nature (ex : mise à disposition d'un logement), au temps, à la pièce ou encore sous forme de commission.

Dès lors que le contrat répond à ces trois critères, il peut être qualifié de contrat de travail et le travailleur appelé salarié bénéficie de la protection offerte par les lois sociales.

B. Les conditions de validité du contrat de travail

Le contrat de travail étant soumis au droit commun des contrats, l'employeur et le salarié doivent donc d'abord exprimer leur **consentement** réciproque au contrat. Le consentement au contrat n'est pas valable s'il a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Ainsi, la fourniture de renseignements inexacts ou mensongers par le salarié n'entraîne la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Par exemple, un employeur ne saurait reprocher à une femme d'avoir dissimulé au moment de l'embauche qu'elle était fiancée. En revanche, le contrat de travail conclu avec un salarié, sur la base d'un faux diplôme fourni par le salarié est nul, dès lors que ce diplôme est déterminant dans son recrutement (ex : pour un médecin, un avocat). Si l'employeur peut se prévaloir d'une nullité du contrat de travail en cas de présentation d'un faux diplôme, il lui appartient tout de même de vérifier en amont que le candidat dispose bien du diplôme requis. La présentation de faux diplômes laisse la possibilité à l'employeur de procéder au licenciement du salarié que « *si le salarié n'a pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* » (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42912). De même, le licenciement pour faute grave d'un directeur des ventes est fondé dès lors que celui-ci a menti dans son CV sur son expérience chez un concurrent et que celle-ci a été un élément déterminant dans son recrutement (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21521).

Quant à la **capacité de contracter**, l'employeur personne physique ou personne morale doit contracter avec un salarié, personne physique obligatoirement, déclarée capable par la loi. Concernant le mineur, il ne peut en principe contracter que s'il a 16 ans et qu'il y est autorisé par son représentant légal, sauf formes particulières de contrat (ex : apprentissage dès 15 ans).

Enfin, sur la **forme**, le contrat de travail peut ne pas être rédigé par écrit, c'est le cas par exemple du CDI*, même si, en pratique, pour des raisons probatoires, un écrit est souvent rédigé. En revanche, **l'écrit** est une condition de formation du contrat pour d'autres formes de contrat que le CDI* et son absence produit des effets propres. Ainsi, l'absence d'écrit pour un CDD* ou un contrat de travail temporaire a pour effet d'entraîner la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. De même, un contrat d'apprentissage non matérialisé par un écrit est nul.

§ 2. Les obligations contractuelles des parties au contrat de travail

Outre les obligations réciproques du fait de la **nature synallagmatique** du contrat de travail, d'une part, de fournir un travail au salarié et de lui verser un salaire et d'autre part, d'exécuter une prestation de travail subordonnée, le contrat de travail repose sur un principe de loyauté et de respect des droits et libertés du salarié (A) et doit clairement définir les modalités de la période d'essai éventuellement prévue (B).

A. Principe de loyauté et respect des droits et libertés des salariés

D'un côté, **l'employeur** dispose du **pouvoir de décision, de direction et d'organisation** de l'entreprise et de l'autre, le salarié, sous la subordination juridique de l'employeur doit obéir aux ordres donnés par celui-ci. Cependant, chacune des parties est tenue de respecter des obligations inhérentes à la bonne exécution du contrat à savoir d'une part, une obligation de loyauté, et d'autre part, une obligation de respect des droits et liberté des parties. L'article L. 1222-1 rappelle ainsi que « **le contrat de travail est exécuté de bonne foi** ». Cette **obligation de loyauté** signifie d'abord, l'obligation pour le salarié de respecter le contrat et les instructions de l'employeur qui lui sont données directement – sous réserve qu'elles ne soient pas illicites – ou par la voie du règlement intérieur (ex : charte internet) ou encore dans le cadre de l'organisation générale de l'entreprise (ex : horaires, hygiène). Cette obligation de loyauté n'interdit cependant pas au salarié de relater ou de témoigner – en tant que **lanceur d'alerte** –, notamment dans le cadre d'une procédure pour corruption ou harcèlement moral, y compris contre son employeur (art. L. 1152-2 et L. 1161-1). En revanche, le salarié s'interdit de révéler des secrets de fabrication ou des informations confidentielles dont il a connaissance lors de l'exercice de sa fonction. Comme le salarié, l'employeur est également tenu d'exécuter le contrat de travail **de bonne foi**, de respecter **l'obligation de sécurité en matière d'hygiène, santé et sécurité dans l'entreprise**. L'employeur est ainsi garant du respect de la **dignité du salarié** au sein de l'entreprise, il doit prendre toutes les mesures nécessaires par exemple, pour prévenir le harcèlement moral.

Dans le Code du travail, les restrictions aux libertés des salariés dans l'entreprise doivent être justifiées et proportionnées. Les libertés individuelles et collectives des salariés sont garanties par les articles L. 1121-1 et L. 1321-3. L'employeur est ainsi tenu de **respecter les droits et libertés du salarié** ce qui signifie notamment que toute atteinte à l'égalité de traitement, à la **vie privée**, à la **liberté d'expression** ou à la **liberté d'opinion** ou religieuse ou encore toute pratique discriminatoire peut être sanctionnée. Aussi, l'arrêt Nikon a posé le principe selon lequel le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail,

au respect de l'intimité de sa vie privée (Cass. soc., 2 octobre 2001, RJS 12/01, n° 1394). En revanche, si le salarié jouit dans l'entreprise et hors de l'entreprise de sa liberté d'expression, il doit toutefois veiller à ne pas abuser de cette liberté, par exemple en dénigrant son employeur sur Facebook. Par ailleurs, l'employeur ne peut pas interdire au salarié d'avoir une conviction religieuse. Le **droit de manifester sa religion** ne peut pas être interdit de façon générale et absolue mais le règlement intérieur de l'entreprise peut apporter des restrictions à la liberté de manifester ses convictions, notamment religieuses, sous certaines conditions encadrées. Toute restriction doit être à la fois justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Ces conditions s'apprécient au cas par cas et ont donné lieu à une jurisprudence abondante. L'article L. 1321-2-1 donne ainsi la faculté à l'employeur d'introduire dans son règlement intérieur des dispositions instaurant une neutralité au sein de l'entreprise, qui conduit à limiter l'expression des convictions personnelles, notamment religieuses, des salariés. Cette possibilité n'est toutefois pas absolue dans le secteur privé, car la neutralité ne s'impose pas comme dans les services ou entreprises exerçant une mission de service public et la liberté reste la règle. Enfin, pour lutter notamment contre les comportements qui remettent en cause l'égalité entre les femmes et les hommes, l'employeur et les représentants du personnel pourront se fonder sur la notion d'agissement sexiste définie par l'article L. 1142-2-1 comme « *tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Tel est le cas par exemple, en présence d'une conduite verbale ou d'une posture corporelle qui montre de l'hostilité envers une personne en raison de son sexe.

B. Conditions et modalités de la période d'essai

La période d'essai 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 (art. L. 1221-20). La **période d'essai** doit être distinguée de la **période probatoire** même si ces deux périodes ont pour objet d'apprécier les aptitudes professionnelles du salarié. La période d'essai se situe au commencement de l'exécution de la relation de travail alors que la **période probatoire** intervient ultérieurement, lorsque le contrat est définitivement formé. Il peut y avoir période probatoire lorsque le salarié change d'emploi à l'intérieur de l'entreprise. Par ailleurs, si la période probatoire ne se révèle pas concluante, l'employeur ne peut rompre le contrat comme dans le cadre d'une période d'essai, mais il doit procéder au licenciement du salarié ou replacer l'intéressé dans ses fonctions antérieures. Il convient d'envisager d'abord, les conditions d'existence de la période d'essai (1) avant de voir ensuite, les modalités de fin de la période d'essai (2).

1. Les conditions d'existence de la période d'essai

La période d'essai suppose pour exister d'une part, d'être stipulée dans le contrat et d'autre part, que sa durée soit précisée. En vertu de l'article L. 1221-23, **la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas**. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail qui doit être signé par le salarié, à défaut, la période d'essai lui est inopposable.

Selon le type de contrat de travail, la durée de la période d'essai varie. En outre, des durées spécifiques s'appliquent parfois à certaines catégories de salariés (ex : assistantes maternelles, apprentis). Le **contrat de travail à durée indéterminée** peut comporter une période d'essai dont la **durée maximale** est de deux mois pour les ouvriers et les employés, trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et quatre mois pour les cadres. Ces **durées** ont un **caractère impératif**, à l'exception de durées plus courtes fixées par des accords collectifs ou par la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. L. 1221-22).

Le **contrat de travail à durée déterminée** peut lui aussi comporter une période d'essai (art. L. 1242-10). Sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées moindres, cette période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'**un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois et d'un mois dans les autres cas**. Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

Enfin, en matière de **travail temporaire**, le contrat de mission peut comporter une période d'essai dont la **durée est fixée par accord collectif**. À défaut de convention ou d'accord, cette durée ne peut excéder deux jours si le contrat est conclu pour une durée inférieure ou égale à un mois ; trois jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à un mois et inférieure ou égale à deux mois et cinq jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois (art. L. 1251-14). La rémunération correspondant à la période d'essai ne peut être différente de celle qui est prévue par le contrat de mission (art. L. 1251-15).

Dans tous les cas, la période d'essai se décompte en **jours calendaires** et toute absence du salarié en période d'essai entraîne une prolongation de la période d'essai sauf si cette absence est due à l'employeur.

Le **renouvellement de la période d'essai d'un CDI*** est possible une seule fois si un accord de branche étendu le prévoit. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut alors pas dépasser quatre mois pour les ouvriers et employés, six mois pour les agents de maîtrise et techniciens et huit mois pour les cadres (art. L. 1221-21). Si l'employeur souhaite renouveler la