

Thibault **Lahalle**

Droit du **travail**

2^e édition



1. **Branche droit social.** – Le droit du travail appartient à une branche du droit qui lui est plus large : le droit social. Cette branche est également composée du droit de la sécurité sociale dont l'objet est de garantir un minimum de revenus à des personnes qui ne sont pas ou plus en mesure de pouvoir travailler. Elle est elle-même subdivisée en différentes branches que sont la maladie, la famille, la retraite, l'autonomie et les accidents du travail et maladie professionnelle. Alors que le budget de l'Etat est de 350 milliards d'euros annuels, la sécurité sociale verse chaque année 470 milliards d'euros de prestations à ses 65 millions d'assurés soit un peu plus de 25 % du PIB qui est de 2 000 milliards d'euros. Aussi le vote de la loi de financement de la sécurité sociale est un moment déterminant de la vie parlementaire qui engage lourdement le pays. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de ses prévisions de recettes, fixe ses objectifs de dépenses dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. L'essentiel des recettes de la sécurité sociale provient des cotisations sociales introduit en Alsace Moselle par le chancelier Bismarck à la fin du XIX^e siècle avant d'être étendu à l'ensemble du pays. Le financement par l'impôt, système développé par Lord Beveridge en Angleterre à la fin de la seconde guerre mondiale ne tient qu'une place modeste en France à travers la Contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution du remboursement de la dette sociale (CRDS). Ainsi s'explique l'importante distinction entre le salaire brut et le salaire net, les deux parties au contrat de travail que sont l'employeur et le salarié contribuant lourdement au financement de la solidarité sociale nationale. Illustre cette affirmation l'exemple suivant : pour un salaire brut de 3 000 euros mensuels, l'employeur dépensera 4 075 euros. En net, le salarié ne touchera plus que 2 353 euros et même 2 223 après paiement de l'impôt sur le revenu¹.
2. **Étymologie et périmètre.** – Le verbe « travailler » vient du mot latin « tripaliare » qui signifiait « torturer », lui-même dérivé du nom « tripalium » qui désignait un instrument de torture à trois pals. À l'origine, la notion de souffrance est intrinsèque au mot travail. Elle l'est partiellement restée lorsque l'on dit de la mort d'une personne qu'elle implique un « travail de deuil » et inflige une immense douleur morale ou quand on dit d'une femme qui accouche qu'elle est en « salle de travail » évoquant ainsi ses souffrances physiques. En droit, la condamnation d'un délinquant à une peine de « travail d'intérêt général » fait écho, toute chose égale par ailleurs, aux anciens travaux forcés.

1. Simulation pratiquée sur le site de l'Urssaf.

Aujourd'hui, dans le mot « travail », l'idée de douleurs est secondaire et a laissé place à celle de labeur. Celui-ci permet au travailleur de gagner sa vie, d'être matériellement indépendant et d'être digne et autonome¹. Le travail fait donc référence à l'échange : la contrepartie d'une prestation c'est le paiement d'un salaire en numéraire ou en nature. Cette approche contemporaine du travail fait l'objet d'importants débats. La réduction du temps de travail à 35 h 00 par semaine aurait ainsi accrédité l'idée que le travail est nécessairement une souffrance. Dans cette logique, moins une personne exerce, moins elle souffre... Le travail porterait atteinte aux droits personnels. Allant au bout de cette approche, certains plaident pour l'instauration d'un revenu universel avec le double risque économique de son financement et sociologique en transformant le pays en une société de loisirs et de services. Chacun pourrait librement vaquer à ses plaisirs personnels sans jamais être au labeur. Se pose également la question des contreparties que les bénéficiaires du revenu de solidarité active devraient apporter à la collectivité en échange de l'aide financière que celle-ci accorde. Dans ces conditions le travail, l'emploi et le chômage trouvent naturellement leur place sur la scène politique.

La France compte 68 millions d'habitants. Sur ses 30 millions d'actifs, plus de 3 sont au chômage de catégorie A et n'exercent aucune activité professionnelle déclarée. Les 27 millions de personnes qui travaillent se répartissent en trois catégories : environ 5 millions de fonctionnaires de la fonction publique d'État, territoriale et hospitalière, environ 3 millions de travailleurs indépendants et 19 millions de salariés. De ces chiffres il se déduit que 24 millions de personnes exercent dans le cadre d'un lien de subordination mais 5 relèvent du droit de la fonction publique et 19 d'un rapport de droit privé. Il s'agit des salariés qui exercent dans les entreprises (majoritairement) mais aussi dans le secteur associatif (près de 2 millions de personnes) les organisations syndicales et patronales ou les comités sociaux et économiques. Ce sont ces 19 millions de personnes, et leurs employeurs, que le droit du travail intéresse au premier plan². À titre introductif, ce droit mérite d'être analysé sous l'angle historique (section 1), international (section 2) ainsi qu'à travers ses sources (section 3) et les institutions qui en assurent le respect (section 4).

Section 1 – L'historique

3. **Au-delà du temps.** – Comme toute branche du droit, le droit du travail est le fruit de son histoire. Il évolue au rythme des soubresauts économiques, politiques, sociologiques du pays. Comparé au droit des contrats, au droit de la famille ou au droit pénal qui ont des millénaires d'existence, le droit du travail est un droit jeune, apparu au tout début de la Révolution française (I). Pendant près de cent cinquante ans son essor fut lent avant de connaître un âge d'or dans la seconde moitié du xx^e siècle. Le déclassé international

1. CE, 27 oct. 1995, 136727, Rec. Lebon (affaire du lancer de nain de la commune de Morsang sur Orge).

2. Le périmètre précis du salariat sera ultérieurement abordé.

de la France, que les soubresauts politiques consacrent, impose toutefois aux pouvoirs publics de cesser la course en avant du « progressisme » pour s'attacher davantage aux réalités économiques et financières. Au flux (II) succède depuis une vingtaine d'années un reflux (III).

I. La source

4. **Triptyque.** – En réaction à l'autoritarisme de l'ancien régime, les révolutionnaires ont très vite, le 26 août 1789, adopté la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a aujourd'hui valeur constitutionnelle. L'un des objectifs affichés est de lutter contre les inégalités. À cette époque nul ne songe au droit du travail comme une branche autonome. La relation de travail n'est qu'une modalité particulière du contrat d'entreprise. Le droit intermédiaire est construit autour de trois axes principaux :
 - La laïcité, aujourd'hui fortement remise en cause par des pratiques religieuses de plus en plus prégnantes en entreprise ;
 - L'égalité, aujourd'hui déclinée, parfois jusqu'à l'obsession¹, en droit du travail ;
 - La liberté à laquelle un contenu a rapidement été donné mais uniquement sous son aspect individuel à l'exclusion de toute reconnaissance des libertés collectives.
5. **Liberté individuelle.** – La loi d'Allarde de mars 1791 abroge les corporations et proclame la liberté du travail. Désormais, chacun est libre d'exercer la profession de son choix sans devoir être « adoubé » par ladite corporation. Trois mois plus tard la loi Le Chapelier de juin 1791 interdit tout groupement et toute action collective aux travailleurs. Il ne s'agit pas tant d'abandonner ces derniers à la volonté unilatérale de leur employeur que de limiter les risques d'atteinte à l'ordre public à une époque où règnent l'instabilité politique et la chasse aux contre-révolutionnaires.
6. **L'empire.** – Enfant de la révolution, Napoléon reprend à son compte l'esprit du droit révolutionnaire. Confirmant la loi d'Allarde, le Code criminel de 1810 dispose que toute participation d'ouvriers ou de paysans à un conflit collectif est pénalement sanctionnée par le délit de coalition tandis que restent interdites les libertés d'association, de syndicalisme ou de manifestation. Sur le plan individuel, la relation de travail est soumise aux règles du droit commun des contrats, notamment le principe de bonne foi. L'article 1781 du Code civil précisait ainsi que « Le maître est cru sur son affirmation [...] pour le paiement du salaire de l'année échue ». À la même époque est créée à Lyon en 1806 la première juridiction prud'homale. Par ailleurs, est institué en 1803 le Livret ouvrier qui, telle une sorte de carte d'identité, permettait d'identifier le travailleur.

1. Issu d'une ordonnance du 31 mars 2016, l'article L. 1441-19 du Code du travail exige que la liste des candidats aux fonctions de conseiller prud'hommes soit composée alternativement d'un candidat de chaque sexe alors que : 1/ tous les syndicats ont des difficultés à recruter des candidates ; 2/ cette parité n'est nullement imposée chez les magistrats professionnels.

De cette époque libérale il ressort que les conditions de travail sont difficiles, ce dont atteste le rapport du Docteur Louis-René Villermé dans ses rapports des années 1840. Une prise de conscience des pouvoirs publics éclot autour de la moitié du XIX^e siècle. À l'initiative du prêtre et député Henri Lacordaire, créateur du catholicisme social, sont votées les premières lois sociales. Pour lui, seule la puissance publique permet de rétablir un équilibre contractuel que l'autonomie de la volonté récuse. Il affirmait ainsi qu'entre « le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». À ces considérations morales s'ajoutait des considérations hygiénistes, les gouvernements se préoccupant de l'état physique des conscrits. Le droit du travail pouvait prendre son envol.

II. Le flux

7. **Avant 1870.** – Votée sous la monarchie de Juillet, la loi du 22 mars 1841 est traditionnellement considérée comme le premier texte spécifique au droit du travail. Il fixe à huit ans l'âge à partir duquel un enfant peut exercer une activité professionnelle et interdit aux mineurs de travailler la nuit. Les révolutionnaires de 1848 prolongeront cette dynamique en limitant à 10 h 00 la journée de travail et en interdisant le marchandage. À la veille de la défaite de Sedan en 1870, une loi du 25 mai 1864 abroge le délit de coalition. Dès lors que chacun est libre de se mettre en grève ou pas, celle-ci, à défaut d'être autorisée, cesse d'être une faute pénale.
8. **1870/1940.** – Les révolutions industrielles de la III^e République vont entraîner un salariat de masse. La naissance de l'industrie automobile, de l'aviation ou des chemins de fer ainsi que l'exploitation des mines de charbons suscitent un important exode rural. Dans *Germinal*, Zola décrit les terribles conditions de travail de l'époque. D'une prise de conscience collective et d'importants mouvements sociaux émerge l'idée d'une indispensable amélioration des conditions de travail. En trente ans le droit du travail connaît d'importants bouleversements : création de l'inspection du travail en 1874, proclamation de la liberté syndicale en 1884, adoption de la loi de 1898 sur la protection des travailleurs en cas d'accident du travail. Ce texte renverse la charge de la preuve et fait peser une présomption de responsabilité sur l'employeur en cas d'accident du travailleur sur le lieu et pendant le temps de travail. Le droit du travail devient autonome du droit commun des obligations. En 1906 est créé le ministère du travail. La même année, les syndicats proclament leur indépendance des partis politiques à l'occasion de la Charte d'Amiens. Le 28 décembre 1910 est publié le premier Code du travail. Juste après la première guerre mondiale les conventions et accords collectifs sont dotés d'un régime spécifique avec notamment la notion de représentativité syndicale.

Sous le Front populaire, les grèves et massives manifestations de 1936 s'achèvent par la conclusion des accords de Matignon d'où ressortent notamment l'extension des conventions collectives, la semaine de 40 h 00 de travail, les premiers congés payés et la création des délégués du personnel.

9. **1945/1982.** – Après la seconde guerre mondiale sont adoptées d'importantes réformes inspirées par le Conseil national de la résistance. Le Préambule de la constitution de 1946 proclame des droits sociaux tels que le droit à l'emploi ou le droit de grève, sont institués les comités d'entreprise et la sécurité sociale est mise sur pied. Du Préambule précité le législateur tire les conséquences en 1950 en décidant que la grève n'est plus une cause de rupture mais simplement de suspension du contrat de travail, sauf faute lourde du travailleur. Attaché à réduire le clivage entre le capital et le travail, le Général de Gaulle développe l'intéressement et la participation dans les années soixante.

Alors qu'elle ne connaît pas le chômage et qu'elle n'a pas connu la guerre, la jeune génération du baby-boom se révolte en mai 1968 et entraîne, dans son sillage, la classe ouvrière. Des accords de Grenelle conclus en décembre de la même année naissent les délégués syndicaux qui vont profondément modifier le rapport de force en entreprise. Extérieurs aux entreprises depuis 1884, les syndicats sont désormais implantés en son sein.

Le choc pétrolier de 1973 va pousser les pouvoirs publics à intervenir en adoptant l'importante réforme du droit du licenciement. Dans le fond, l'employeur doit justifier du motif de la rupture par la notion de cause réelle et sérieuse ; dans la forme, il doit respecter une procédure d'ordre public.

10. **1982/2000.** – Malgré l'explosion du chômage et le creusement des déficits publics, le législateur multiplie les droits sociaux. La période 1982/2000 a joué un rôle majeur dans le déclassement économique actuel de la France : réduction du temps de travail à 39 h 00 par semaine en 1982 puis à 35 h 00 en 1998 et 2000 ; cinquième semaine de congés payés, abaissement de l'âge légal de départ à la retraite de 65 à 60 ans, multiplication des droits personnels dont certains, tels le droit de retrait ou la protection contre les harcèlements, méritaient d'être adoptés tandis que d'autres, tels le droit d'expression rarement mis en œuvre, laissent dubitatifs. L'Union européenne, par ses normes relatives à la mise à disposition fort coûteuses en emplois nationaux notamment dans les secteurs du transport routier et du bâtiment et des travaux publics et l'introduction de l'euro, monnaie notoirement surévaluée pour l'économie française, ont accéléré ce mouvement de décomposition économique.

III. Le reflux

11. **Constat.** – Tel un effet boomerang, les réalités économiques ont fini par s'imposer à la Nation. Le droit du travail n'est pas une fin en soi. Il n'est qu'un outil, parmi d'autres, au service du collectif et d'un intérêt commun qui s'appelle l'entreprise. Depuis les 35 h 00 de

l'année 2000, un constat s'impose : le droit du travail n'est plus « progressiste » par essence. Il n'est plus analysé comme une discipline impliquant par nature la multiplication des droits subjectifs au profit des salariés. Le temps des « droits à » systématiques est révolu. Le curseur fait marche arrière dans le souci de trouver un équilibre plus satisfaisant entre les droits des travailleurs et ceux des employeurs. Régression pour les uns ; nécessité salvatrice pour les autres...

12. **Illustrations.** – Les exemples d'assouplissements apportés au droit du travail se multiplient :

- En matière de temps de travail une loi du 2 août 2005 a étendu le forfait-jours à des non-cadres, un décret du 18 novembre 2016 a confirmé le doublement du contingent possible des heures supplémentaires en le faisant passer de 110 à 220 heures par an, des lois du 21 août 2007 et 2018 encouragent à la réalisation d'heures supplémentaires par un régime de défiscalisation, une loi du 10 août 2009 a assoupli les dérogations au repos dominical... ;
- Prolongeant cette thématique du temps de travail les pouvoirs publics ont partiellement corrigé « l'erreur » de 1982 en relevant l'âge légal de départ à la retraite de 60 à 62 ans par une loi du 9 novembre 2010 puis de 62 à 64 ans par la loi du 14 avril 2023 tandis qu'étaient assouplies les modalités du cumul emploi/retraite ;
- Par le jeu conventionnel, le droit du travail se décentralise au niveau des entreprises. Plusieurs textes ont, à partir de la loi du 4 mai 2004, accentué la possibilité de renverser le principe de faveur en dérogeant, en moins bien, à la fois aux normes collectives de niveau supérieur mais aussi à la loi ;
- Le législateur intervient également sur les seuils à partir desquels les obligations sociales doivent être mises en place. Ainsi de la loi du 22 mai 2019 qui fait passer de 20 à 50 salariés en équivalent temps plein, l'obligation pour l'employeur d'élaborer un règlement intérieur. Une ordonnance du 2 août 2005, avait prévu de ne pas compter dans les effectifs les travailleurs âgés de moins de 26 ans. Là où le gouvernement voulait lutter contre le chômage des jeunes, le Conseil d'État y a vu une mesure discriminatoire par l'âge¹ ;
- Sur la rupture du contrat de travail le législateur a redonné de l'oxygène aux entreprises. Si le gouvernement a finalement reculé en 2006 sur la mise en place du contrat première embauche dont l'objectif était d'encourager les employeurs à recruter en leur permettant de ne pas avoir à justifier du motif de la rupture éventuelle dans les deux premières années d'emploi, il a fini par imposer le plafonnement des indemnités prud'homales en septembre 2017. Par ailleurs, le seul refus d'un accord de performance collective justifie à lui seul le licenciement du salarié ;
- Les conditions de saisine du conseil de prud'hommes ont également été durcies : raccourcissement des délais de prescription, saisine par requête, représentation obligatoire en appel, relèvement du taux de ressort... ;

1. CE, 23 nov. 2005 : JCP S 2005, 1403, note B. Gauriau.

- Rappelant qu'aux termes du Préambule de la constitution de 1946, les salariés ont le « devoir de travailler », les pouvoirs publics sont aussi intervenus sur le statut des chômeurs. Depuis une loi du 1^{er} août 2008, celui qui refuse une « offre raisonnable » d'emploi peut être radié du Pôle emploi. Dans le même esprit, le législateur durcit les conditions d'indemnisation en augmentant la durée nécessaire de travail tout en réduisant le montant des prestations.
- 13. **Avenir.** – Si la France veut redevenir une puissance économique importante outre la question de la monnaie et de la réindustrialisation se pose, notamment, celle du droit du travail. Sur le plan des relations individuelles les assouplissements constatés devraient se poursuivre. La création du statut d'autoentrepreneur en 2009, conjuguée au développement de l'économie collaborative crée une frange importante de travailleurs non soumis au droit du travail mais pour lesquels il faudra bien finir par imposer un statut protecteur minimal. Le mouvement des gilets jaunes auquel s'était également associée la France « des oubliés » a révélé l'ampleur de la réflexion à mener. Celle-ci ne doit pas être réservée aux pouvoirs publics. La crise du syndicalisme imposera aux corps intermédiaires, dans lesquels ces mêmes gilets jaunes ne se reconnaissent pas, de s'adapter. Pour eux la reconquête des travailleurs perdus passe par une présence visible dans les très petites entreprises, et par le développement d'un syndicalisme de service susceptible de susciter des adhésions : accès à une centrale d'achat, protection sociale supplémentaire, conseils juridiques personnalisés... Le droit du travail est intimement lié à son environnement économique. Sans l'activité partielle mise en place pendant la pandémie, le nombre de liquidations judiciaires aurait explosé. Parallèlement, la création monétaire mise en place par les principales banques centrales du monde, outre les inégalités sociales qu'elle accentue, fait craindre un retour de l'inflation dont nul ne maîtrisera l'ampleur et dont les années 2022/2023 ont donné un aperçu. Employeurs, salariés et partenaires sociaux devront bien s'adapter...

Section 2 – Le droit comparé et international

- 14. **Au-delà des frontières.** – Si la compréhension du droit du travail Français passe par l'étude de son histoire elle passe aussi par l'examen des droits étrangers (I) et de la place qu'il occupe au regard des normes internationales (II).

I. Le droit comparé

- 15. **Convergence.** – La crise financière de 2008 et la pandémie de 2020 ont considérablement affecté les pays occidentaux dans lesquels le taux de croissance s'est effondré pendant que celui du chômage explosait. Des mesures sociales régressives ont dû être prises. Dans

le même temps, des États comme la Chine entraînent de plain-pied dans l'économie de marché tout en sortant plus fort de la pandémie. Pour éviter des tensions sociales ces États ont fait bénéficier leurs travailleurs d'une amélioration de leurs conditions de travail. De la régression chez les uns et de la progression chez les autres se dessine une convergence des droits sociaux susceptible d'aboutir à une harmonisation, sans doute relative, des normes sociales à travers le monde. Là où l'Organisation internationale du travail peine depuis un siècle à imposer un socle commun minimal, les exigences économiques poussent vers un rapprochement des législations promettant des temps difficiles en occident et des temps plus radieux ailleurs.

16. **Régression dans les pays occidentaux.** – Allemagne, Grande-Bretagne, Portugal, Espagne, Italie, Danemark ont tous pris au cours de la dernière décennie une série de dispositions peu favorables aux intérêts des travailleurs : recul de l'âge légal de départ à la retraite, parfois jusqu'à 67 ans, assouplissement du droit du licenciement, augmentation du temps de travail, baisse des traitements des fonctionnaires et des pensions de retraite, réforme de l'assurance chômage, adaptation du dialogue social devenu un outil de gestion des contraintes économiques... À travers ces mesures un constat s'impose : chaque État agit individuellement, sans concertation avec les autres, en fonction de ses seules contraintes politiques et économiques. L'Union européenne, qui, depuis l'origine, n'a jamais réussi à imposer une fiscalité commune entre les États membres, participe de ce dumping social. Soucieux de préserver leur indépendance, les Britanniques, qui n'ont jamais pleinement adhéré à l'Europe sociale, en ont tiré les conséquences en quittant le navire le 1^{er} janvier 2021.
17. **Progression dans les pays dits émergents.** – L'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce a modifié en profondeur le droit social de cet État. Une loi du 27 juin 2007 relative au contrat de travail a ainsi encadré le recours aux contrats précaires ou au droit du licenciement, l'usage de la période d'essai, l'expression du droit disciplinaire, tout en améliorant les normes de sécurité en entreprise ainsi que les conditions de travail en termes de durée et de rémunération. En revanche, le droit des relations collectives reste en deçà des canons occidentaux. Pékin n'accepte qu'un seul syndicat, émanation directe du Parti communiste, et récuse la reconnaissance des conflits collectifs ceux-ci n'étant qu'une addition de contentieux individuels. En Inde, le droit de grève a valeur constitutionnelle mais ses conditions de mise en œuvre sont strictement encadrées¹.

1. T. Lahalle, Mondialisation et convergence des droits sociaux, JCP S 2011, 1180. – Consulter le site <http://www.metiseurope.-eu>.

II. Le droit international

18. **Article 55 de la Constitution.** – Aux termes de l'article 55 de la Constitution de 1958, « Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... » même si celles-ci leur sont contraires et postérieures¹. Le principe vaut aussi bien pour les conventions de l'Organisation internationale du travail (A) que pour les normes européennes (B). L'ensemble de ces sources permet également de fixer les règles applicables au contrat de travail international (C).

A. L'Organisation internationale du travail

19. **Normes.** – Créée en 1919 dans le cadre de la Société des Nations, l'Organisation internationale du travail est aujourd'hui rattachée à l'Organisation des Nations unies. Son objectif est de donner des garanties sociales minimales à tous les travailleurs du monde dans le but à la fois humain de donner du contenu à l'exigence de « dignité » et économique pour limiter les distorsions de concurrence entre les États. L'organisation est notamment composée d'un « Parlement » appelé Conférence internationale du travail qui regroupe des délégués de chaque État membre. Cette conférence, à la majorité des deux tiers, adopte des conventions, près de 200, relatives, par exemple, aux relations professionnelles, à la sécurité sociale, à l'inspection du travail, à la santé et à la sécurité en entreprise, à l'emploi ou aux libertés fondamentales.
20. **Force obligatoire.** – Alors qu'elle a un impact direct en droit interne, l'OIT reste paradoxalement le parent pauvre des normes sociales. Pourtant, dès lors que ses conventions sont ratifiées par les États, ceux-ci sont tenus de les respecter. Pour contourner la stratégie de certains membres visant à ne pas donner suite aux conventions votées, l'OIT déclare obligatoire, depuis 1998, huit conventions devenues impératives pour tous portant, entre autres, sur l'interdiction du travail forcé, la liberté syndicale ou le droit à la négociation collective.

Ces conventions inspirent le législateur. Ainsi le droit de retrait des salariés a été intégré en droit interne en 1982 dans la foulée de son adoption par l'OIT. Elles sont aussi utilisées par le juge qui, comme en droit européen, doit écarter les règles nationales contraires aux stipulations des conventions. Ainsi la Cour de cassation a estimé contraire à la convention n° 158 le Contrat nouvelle embauche adopté en 2005 et qui permettait à l'employeur de rompre celui-ci dans les deux années de sa formation sans avoir de justifications à donner². Plus récemment, certains juges du fond ont refusé d'appliquer, sur le même fondement, le plafonnement des indemnités prud'homales³.

1. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975-J. Vabres) : D. 1975, 497, concl. A. Touffait. – CE, 20 oct. 1989 (Nicolo) : D. 1990, 135, note P. Sabourin. – Cass. soc., 29 mars 2006 : JCP S 2006, 1427, note R. Vatinet.
2. Cass. soc., 1^{er} juil. 2008 : JCP E 2008, 2071 : JCP S 2008, 1548, note F. Dumont.
3. Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018 : JCP S 2018, act. 416.

B. Les normes européennes

21. **Liens.** – Si le Conseil de l'Europe (1) et l'Union européenne (2) ont chacun leur passé et leurs objectifs, ils ne sont pas pour autant hermétiques l'un à l'autre. L'article 6 § 2 du Traité de Maastricht signé en 1992 précise que « l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention » de 1950 « en tant que principes généraux du droit communautaire ». Chacun tient une place essentielle dans les droits du travail nationaux.

1. Le Conseil de l'Europe

22. **Traités.** – Au sein du Conseil de l'Europe qui regroupe 46 États membres¹, deux Traités méritent une attention particulière : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974 (a) et la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1996 (b).

a) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

23. **Impact direct.** – Deux articles de la Convention intéressent directement le droit du travail. L'article 4 en premier lieu qui, sauf exceptions telles que le travail pénitentiaire, le service militaire ou les réquisitions, interdit le travail forcé. Cette disposition ne peut pas être invoquée à la légère. Ainsi le juge considère qu'elle est respectée lorsque l'État met en place une « journée de solidarité » en faveur des personnes âgées² ou lorsqu'il sanctionne, par une pénalité financière ou une exclusion du système de protection, les chômeurs qui n'ont aucune démarche active de recherche d'emploi³.

L'article 11 en second lieu qui proclame la liberté syndicale, le juge européen rappelant notamment que cette liberté permet d'adhérer à l'organisation de son choix mais aussi de ne pas adhérer ou de quitter un syndicat⁴.

24. **Impact indirect.** – Plusieurs dispositions ne concernent pas directement le droit du travail. Le juge social y a cependant fréquemment recours pour trancher les litiges qui lui sont soumis.

Peut ainsi être invoqué l'article 2 relatif au droit à la vie qui interdit, en cas d'accident du travail mortel, que l'affaire soit classée sans qu'ait été préalablement menée une enquête « effective »⁵.

Ainsi également de l'article 6 relatif au droit à un procès équitable. Parmi une jurisprudence abondante il a par exemple été jugé que la composition du conseil de prud'hommes répondait à l'exigence d'impartialité dès lors qu'elle est paritaire, que le mandat impératif

1. Outre les États de l'Union européenne on peut citer la Turquie, la Suisse, l'Ukraine...

2. CE, 3 mai 2005 : RJS 8-9/05, n° 858.

3. CE, 9 avril 2010 : RJS 7/10, n° 615.

4. CEDH, 11 janv. 2006 : JCP 2006, 1118, note J. Cavallini.

5. CEDH, 19 mai 2006 : JCP S 2006, 1480, note J. Cavallini.

est interdit, qu'un juge professionnel indépendant intervient en cas de départage et qu'il est toujours possible par la voie de l'appel ou du pourvoi de contester ses jugements¹. En revanche, ne peut siéger un conseiller qui a été le supérieur hiérarchique d'une partie et sous le lien de subordination de l'autre². C'est aussi sur le fondement de l'article 6 que le juge européen impose de statuer dans un délai raisonnable³.

L'article 8 qui garantit le droit à la vie privée mérite également une attention particulière. S'il exige que les États préservent la santé des salariés⁴, le juge de Strasbourg autorise les employeurs, si la nature de l'emploi le justifie, à faire procéder à des tests d'urine, d'alcoolémie ou de stupéfiants⁵. Le droit à la vie privée requiert en outre, sauf nécessité, le libre choix par le salarié de son domicile⁶ et la protection des correspondances. À ce titre, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers présentés comme « personnels » sur le disque dur de l'ordinateur professionnel mis à disposition qu'en présence du salarié ou, en son absence mais après avoir demandé qu'il soit là, ou, à défaut, que s'il est identifié un « risque ou évènement particulier »⁷ qui justifie une telle intrusion.

De plus en plus importantes, les pratiques et revendications religieuses en entreprise suscitent un important contentieux faisant appel à l'article 9 de la Convention de 1950. Qu'il s'agisse du port de tenues vestimentaires, de repas ou de dates de congés et repos, la ligne directrice est la même : l'État doit garantir la liberté religieuse mais les croyances ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁸. En pratique, l'équilibre est délicat. Par exemple, le chef d'entreprise d'une boutique de prêt-à-porter ne peut pas interdire à une salariée le port du voile islamique au motif que l'affichage religieux heurte la clientèle⁹. En revanche un agent de l'état civil ne peut pas refuser d'enregistrer un pacte civil de solidarité conclu par deux personnes homosexuelles en invoquant la contrariété entre la loi civile et sa foi¹⁰.

Relatif à la liberté d'expression l'article 10 impose la protection effective de cette liberté fondamentale qui n'est toutefois pas sans limite. Est ainsi justifié le licenciement de syndicalistes qui ont publié, dans une revue syndicale, un article satirique contenant des propos désagréables et vulgaires sur l'employeur¹¹.

1. Cass. civ. 2^e, 20 oct. 2005 : JCP S 2005, 1382, note B. Boubli. — Cass. soc., 19 déc. 2003 : RJS 3/04, n° 338.

2. Cass. soc., 27 janv. 2009 : RJS 4/09, n° 393.

3. CEDH, 28 mars 2006 : JCP S 2006, 1431, note J. Cavallini.

4. CEDH, 5 déc. 2013 : JCP S 2013, act. 512.

5. CEDH 9 mars 2004 : D. 2005, 36, 2^e esp. note J. Mouly et J.P. Marguénaud.

6. Cass. soc., 12 janv. 1999 : JCP G 1999, I, 181, note T. Lahalle.

7. Cass. soc., 17 mai 2005 : JCP S 2005, 1031, note F. Favennec-Héry.

8. CEDH, 29 juin 2004 : D. 2005, 204, note G. Yildirim.

9. Cass. soc., 14 avril 2021 : JCP S 2021, Actu. 207.

10. CEDH, 15 janv. 2013 : JCP S 2013, act. 37.

11. CEDH, 12 sept. 2011 : RJS 2/12, n° 205.

Enfin, illustre cet impact indirect de la convention de 1950 sur le droit du travail, l'article 14 qui interdit toute discrimination. À ce titre, les pouvoirs publics ne peuvent pas prévoir une différence de traitement entre hommes et femmes en matière de retraite¹ et un employeur ne peut pas licencier un salarié sous la pression de ses collègues qui craignent la maladie du VIH dont il est atteint².

b) La Charte sociale européenne

25. **Contenu.** – Signée le 18 octobre 1961, la Charte sociale européenne a été révisée le 3 mai 1996. L'État français a ratifié cette révision le 10 mars 1999³. Son contenu est large. Il porte sur les relations individuelles du travail : droit à un emploi, à la formation à la santé et à la sécurité, à une rémunération équitable ; il garantit les droits des mineurs, des salariées enceintes, des travailleurs au moment de la rupture de leur contrat... Il porte également sur les relations collectives : droit syndical, droit à la négociation collective, droit à l'information et à la consultation des représentants du personnel... La Charte contient aussi des dispositions en matière de protection sociale à travers la proclamation du droit à la sécurité sociale notamment.
26. **Portée.** – Considérée comme un Traité international, la Charte peut être invoquée devant le juge national, du moins pour ses clauses qui, d'application directe, « ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »⁴. Ainsi certains juges du fond ont, sur la base de la charte, décidé de s'affranchir du plafonnement des indemnités prud'homales posées à l'article L. 1235-3 du Code du travail⁵.

2. L'Union européenne

27. **Traités.** – L'Union européenne se construit d'abord sur la base de Traités. Dès 1957 à l'occasion du Traité de Rome, le principe fondamental de la circulation des biens, des capitaux des marchandises et des personnes était posé. La circulation des personnes intéresse directement le droit du travail en ce qu'elle permet de fixer les règles relatives aux déplacements des travailleurs et de ceux qui sont à la recherche d'un emploi d'un pays membre de l'Union à un autre. En abandonnant la règle de l'unanimité pour celle de la majorité qualifiée pour l'adoption des directives en matière sociale, l'Acte unique a relancé l'Europe sociale. Le Traité de Maastricht de 1992 prolonge cette évolution par la signature d'un accord sur la politique sociale dont seul le Royaume-Uni n'était pas adhérent. Cet accord a notamment initié le dialogue social européen. Dans le même esprit, Le Traité

1. CEDH, 12 avril 2006 : JCP S 2006, 1408, note J. Cavallini.

2. CEDH, 3 oct. 2013 : JCP S 2013, act. 429, obs. B. Pastre-Belda.

3. L. n° 99-174 du 10 mars 1999 ; D. n° 2000-110 du 4 fév. 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée, JO 12 fév. 2000, p. 2230.

4. CE, 10 fév. 2014 : Dr. soc. 2014, 474, obs. J. Mouly.

5. Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018 : JCP S 2018, act. 416.

de Lisbonne de 2007 a intégré la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000. Par cette charte, qui a pleine valeur juridique, « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ».

28. **Directives.** – La construction d'un marché commun, puis d'une Union, nécessite d'harmoniser les règles économiques et sociales entre États membres. Au fil des décennies, nombreuses sont les directives à avoir été adoptées. En matière de relations individuelles on peut citer la directive de 2005 sur la reconnaissance des diplômes, celle de 1991 relative au formalisme du contrat de travail modifiée par celle du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles, de 1989 relative à la santé et à la sécurité au travail ainsi que les directives de 1993, 2000 et 2003 sur le temps de travail, celle de 1980 révisée en 2002 relative à la garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur ou encore celle du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. En matière de relations collectives, on peut notamment mentionner la directive de 1994 révisée en 2009 sur la mise en place du comité d'entreprise européen. Aux directives, s'ajoutent parfois des règlements dont celui du 13 juin 2024 relatif à l'intelligence artificielle entré en application le 2 février 2025.
29. **Jurisprudence.** – Le premier juge européen est d'abord le juge de chaque État membre chargé d'interpréter le droit national à la lumière de la norme européenne¹, de modifier « une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive »² voire d'écarter son droit national éventuellement contraire à celui de l'Union³. Qu'elle soit saisie dans le cadre d'un recours en manquement, d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle, la Cour de justice joue un rôle essentiel avec des décisions parfois audacieuses en matière d'égalité professionnelle, de preuve d'une discrimination ou de l'équilibre qu'elle recherche entre le respect des libertés économiques et celui des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

C. Le contrat de travail international

30. **Nature.** – Le contrat de travail a un caractère transnational lorsqu'il contient un élément d'extranéité : employeur ou salarié de nationalité non française, exécution partielle ou totale du contrat ailleurs qu'en France... Comme pour tout contrat international, deux questions se posent : la détermination du droit applicable (1) et celle du juge compétent (2), celui-ci étant parfois amené à appliquer un autre droit que le sien. Le juge l'affirme : la compétence internationale du juge français ne dépend pas de la loi applicable au litige⁴.

1. CJUE, 17 avril 2018, aff. C-414/16 : JCP S 2018, act. 129.

2. CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-684/16 : JCP S 2018, 1388, 2^e esp. note P. Coursier.

3. CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-81/05 : JCP S 2006, 1816, note J. Cavallini. – Cass. ch. mixte, 7 juil. 2017 : RJS 11/17, n° 765.

4. Cass. soc., 30 avril 1997 : TPS 1997, comm. 272, 1^{re} esp. obs. B. Boubli.

1. Le droit applicable

31. **Loi d'autonomie.** – Au sein de l'Union européenne, la détermination du droit applicable relève du Règlement dit « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹. Ce règlement n'est applicable qu'aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Pour les contrats antérieurs, la Convention de Rome du 19 juin 1980 reste applicable. Le contenu des deux textes reste toutefois identique, le premier n'ayant fait que reprendre le contenu de la seconde. Le principe est celui de la loi d'autonomie : aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Ce choix, qui peut être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de la cause, peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie seulement et intervenir ou être modifié à tout moment de la vie du contrat².

Toutefois, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix. Ces dispositions impératives, particulièrement nombreuses en droit du travail, sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat. Ainsi de l'obligation d'organiser un entretien préalable en cas de licenciement³, de percevoir des indemnités en cas de rupture injustifiée⁴ ou de l'obligation de respecter les dispositions légales relatives à la rupture du contrat à durée déterminée⁵. Corrélativement, tout employeur étranger implanté en France doit respecter, pour les entreprises ou établissements qu'il dirige dans l'hexagone, les conventions collectives⁶ ainsi que les lois relatives à la représentation du personnel⁷, notamment le statut protecteur des élus⁸. En revanche, un usage ne constitue pas une disposition légale impérative⁹.

32. **Le défaut de choix.** – À défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat de travail est régi par la loi du pays où le salarié accomplit habituellement sa prestation¹⁰ même si elle est plus défavorable au salarié que la loi française¹¹. Ainsi, l'activité d'un salarié s'exécutant en France au sein d'une société de droit français, et les parties n'en ayant pas disposé autrement, le contrat est soumis à la loi du lieu d'exécution du travail, donc à la loi française¹². Ainsi également, un salarié qui travaille depuis dix-sept ans en France, après avoir exercé quatre ans au Maroc, bénéficie des dispositions impératives de la loi française en matière de licenciement lors de la rupture de son contrat¹³. Pareillement, les juges du fond ayant constaté que le contrat de travail avait été souscrit en Californie où

1. Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 : JOUE du 4 juil. 2008.

2. Cass. soc., 19 janv. 2017 : RJS 4/17, n° 248, 1^{re} esp.

3. Cass. soc., 12 nov. 2002 : RJS 2/03, n° 164.

4. Ibid.

5. CA Grenoble, 24 mars 2003 : RJS 11/03, n° 1258.

6. Cass. soc., 29 sept. 2010 : RJS 12/10, n° 910.

7. Cass. soc., 14 fév. 2001 : RJS 5/01, n° 617.

8. Cass. ass. plén. 10 juil. 1992 : Dr. trav. 1992, n° 8-9, p. 15, § 422.

9. Cass. soc., 12 nov. 2002, préc.

10. Cass. soc., 3 mars 2015 : JCP S 2015, 1178, note J. Hartermann.

11. Cass. soc., 6 nov. 1985 : Rec. crit. dr. int. privé, 1986, 501, 1^{re} esp., obs. P. Lagarde.

12. Cass. soc., 19 janv. 2017 : RJS 4/17, n° 248, 2^e esp.

13. Cass. soc., 8 déc. 2021 : JCP S 2022, 1019, note J. Icard.

résidait le journaliste et où il avait exercé ses fonctions de journaliste correspondant de presse pendant neuf ans, ils ont pu en déduire que la loi californienne était applicable¹. De même, la loi ivoirienne est applicable à un pilote de ligne français embauché par Air Afrique pour des prestations fournies exclusivement avec des avions ivoiriens dans le cadre d'un contrat signé à Abidjan, contrat qui n'a pas prévu d'appliquer la loi française². Si le salarié exerce dans plusieurs États, faute de choix, la loi applicable est celle du pays dans lequel le travailleur acquitte l'essentiel de ses obligations³.

Il appartient au juge du fond de rechercher le contenu de la loi étrangère déclarée applicable au contrat de travail⁴. Cette recherche relève du pouvoir souverain des juges du fond⁵.

2. Le juge compétent

33. **Union européenne.** – Au sein de l'Union européenne, la compétence territoriale des juridictions du travail est déterminée par un règlement du 12 décembre 2012 dit « Bruxelles I Bis » applicable depuis le 10 janvier 2015. L'une de nouveautés majeures de ce texte est de permettre à un travailleur d'intenter une action devant une juridiction d'un État membre y compris contre un employeur implanté en dehors de cette Union⁶. Alors que l'employeur est tenu de saisir le juge du pays dans lequel vit le salarié, celui-ci bénéficie d'une option lorsqu'il engage une procédure contre son employeur en saisissant soit la juridiction du domicile de ce dernier soit la juridiction du lieu d'exécution habituelle⁷ de la prestation de travail ou, à défaut, du lieu où se trouvait la structure dans laquelle le recrutement a été effectué. Quant à la clause attributive de juridiction elle n'est autorisée que si elle est stipulée après l'apparition du litige.
34. **Hors Union européenne.** – Du choix d'une loi étrangère, il n'est pas possible de déduire que le salarié a renoncé à la compétence éventuelle des juridictions françaises⁸. Il convient en revanche d'envisager l'hypothèse selon laquelle les parties ont stipulé une clause attributive de juridiction dans le contrat de travail international. En effet, l'article 14 du Code civil n'édicte pas au profit du demandeur une compétence impérative du juge national dès lors que le choix d'un juge étranger n'est pas frauduleux⁹. Ainsi de la convention conclue en France entre un Français et une société colombienne pour être exécutée en Colombie et par laquelle les cocontractants ont décidé de se soumettre aux règles en

1. Cass. soc., 7 mai 2002 : RJS 7/02, n° 910.

2. Cass. ch. mixte, 28 fév. 1986 : D. 1987, 173, 3° esp., concl. P. Franck.

3. Cass. soc., 11 avril 2012 : JCP S 2012, 1353, note J.P. Tricoit.

4. Cass. soc., 11 janv. 2007 : JCP S 2007, 1238, note N. Nord.

5. Cass. soc., 27 janv. 2010 : JCP S 2010, 1362, note J.P. Tricoit.

6. Rég. Bruxelles I bis UE 1215/2012 du 2 déc. 2012, art. 21-2.

7. Cass. soc., 31 mars 2009 : RJS 6/09, n° 568 : « Le lieu de travail habituel est l'endroit où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail pour le compte de son employeur en tenant de l'intégralité de la période d'activité du travailleur ».

8. Cass. soc., juil. 16 fév. 1987 : D. 1988, somm. 95, 2° esp., obs. P. Fieschi-Vivet.

9. Cass. soc., 5 déc. 2018 : JCP S 2019, 1016, note S. Brissy.

vigueur dans ce pays¹. Ainsi également d'une affaire dans laquelle le juge français s'est déclaré à raison incompetent au motif que le contrat avait été signé en Guinée pour une prestation de travail à exécuter dans ce pays². Encore faut-il que la clause attributive de juridiction soit claire. À défaut, le juge considère que le salarié n'a pas eu la volonté de renoncer au bénéfice du privilège de juridiction institué à l'article 15 du Code civil et les juridictions françaises restent compétentes. Ainsi de la clause qui ne mentionne pas la juridiction prétendument choisie par les parties³.

Encore convient-il de réserver l'hypothèse de l'immunité de juridiction qui permet à un État étranger et à ses émanations de ne pas être poursuivi devant le juge du pays d'accueil pour les décisions qui relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'État⁴ à l'exclusion des actes de gestion tels que le paiement des salaires⁵ ou des indemnités de licenciement d'un employé de bureau d'un consulat⁶ ou l'affiliation d'un travailleur au régime français de protection sociale⁷.

Section 3 – Les sources légales et professionnelles nationales

35. **Diversité.** – Employeurs, travailleurs, organisations syndicales, comités sociaux et économiques, personnes morales sont tous tenus de respecter les normes applicables permettant de trouver un équilibre le plus juste possible entre les droits des uns et des autres. Ces sources sont divisées en deux catégories : les sources légales (I) et professionnelles (II) dont le rôle, en droit du travail, plus que dans toute autre branche du droit, est déterminant.

I. Les sources légales

36. **Sources classiques.** – Parmi les sources légales, le mot « loi » étant ici entendu au sens matériel et non formel du terme, s'appliquent en droit du travail les normes habituelles de droit civil. Présentées de la plus « importante » à la plus « modeste » au regard du principe de la hiérarchie des normes, ces normes sont constitutionnelles (A), légales (B) et réglementaires (C).

1. Cass. soc., 8 juil. 1985 : Rev. crit. dr. int. privé, 1986, 113, obs. H. Gaudemet-Tallon.

2. Cass. ch. mixte, 28 juin 1974 : Dr. soc. 1975, 458, 1^{re} esp. obs. H.J. Lucas.

3. Cass. soc., 20 janv. 1983 : Juri-social 1983, F29.

4. Cass. soc., 13 oct. 2010 : RJS 12/10, n° 973.

5. Cass. soc., 23 mars 2017 : JCP S 2017, 1284, note A. Bugada.

6. Cass. soc., 19 avril 2023 : JCP S 2023, 1151, note J.P. Lhernould.

7. Cass. soc., 28 fév. 2012 : RJS 5/12, n° 495.

A. Les normes constitutionnelles

37. **Sources.** – Parmi l'ensemble des normes qui relèvent du bloc de constitutionnalité, le préambule de la constitution de 1946 tient une place fondamentale en droit du travail. Y sont en effet énumérés des droits subjectifs fondamentaux indispensables à la compréhension de la discipline : le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la négociation collective ou le droit à la santé. Outre ces normes, le juge ordinaire vise également des principes à valeur constitutionnelle mentionnés dans d'autres textes tels que le droit de propriété, le droit à la sécurité ou la liberté d'entreprendre. La jurisprudence du Conseil constitutionnel joue également un rôle essentiel surtout depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1^{er} mars 2010.
38. **Applications.** – Chargés de vérifier la conformité de la loi par rapport aux normes à valeur constitutionnelle, les sages de la rue de Montpensier tentent de trouver un équilibre entre des droits parfois difficilement conciliables en entreprise. Pour ce faire, ils utilisent le principe de proportionnalité. Scrutées, ses décisions sont, selon leur contenu, jugées trop favorables aux employeurs ou au contraire trop protectrices des droits des salariés. Parmi une jurisprudence abondante on peut citer « en faveur » des travailleurs : la censure du texte interdisant aux salariés licenciés pour faute lourde de bénéficier des indemnités de congés payés en raison de la violation du principe d'égalité¹ ; la censure de l'article posant un plafond à l'indemnisation des salariés en cas de licenciement injustifié² ou la décision qui déclare conforme aux principes constitutionnels un encadrement plus strict du travail de nuit³.

Inversement, certaines décisions sont plutôt favorables aux employeurs. A ainsi été invalidée, au visa de la liberté d'entreprendre, l'obligation faite aux employeurs qui ferment un établissement d'accepter une offre de reprise sérieuse⁴ ou celle de mettre en place des mécanismes de dialogue social dans les réseaux de franchise⁵ affaiblissant ainsi le principe de participation.

Enfin, il est des décisions politiquement neutres dans la mesure où elles concrétisent des principes fondamentaux sans pour autant déplacer le curseur en faveur ou en défaveur d'une partie au contrat de travail. Ainsi de l'abrogation du délit de harcèlement sexuel dont le texte incriminateur, imprécis, a été jugé contraire au principe de la légalité des délits et des peines⁶.

1. Cons. const. 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC : Dr. soc. 2016, 475, obs. J. Mouly.

2. Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

3. Cons. const., 4 avril 2014, n° 2014-373 QPC.

4. Cons. const. 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

5. Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.

6. Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC : JCP S 2012, 1258, note V. Roulet.

B. Les normes légales

39. **Initiative parlementaire.** – Aux termes de l'article 34 de la Constitution de 1958 le législateur, par une proposition ou, en pratique le plus souvent, un projet de loi, fixe les « principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Il suffit toutefois d'ouvrir le Code du travail pour se rendre compte que ses plus de 3 600 articles répartis en 8 parties ne se contentent pas de poser des « principes » mais « au mieux » entrent souvent dans des détails qui devraient relever de la compétence du pouvoir réglementaire et « au pire », parce qu'ils sont inutiles, devraient être abrogés. Cette inflation législative est d'autant plus vraie que de nombreuses normes ne sont pas mentionnées dans le Code du travail mais sont dispatchées dans d'autres recueils tels que le Code de la propriété intellectuelle, le Code de commerce, le Code de la santé publique, le Code rural, le Code du travail maritime, le Code pénal ou le Code civil sans oublier le Code de la sécurité sociale.
40. **Initiative conventionnelle.** – Par une position commune du 16 juillet 2001¹, les principaux syndicats salariés et patronaux, à l'exclusion notable de la CGT, ont demandé qu'aucune loi ne soit votée en matière sociale sans que le projet ou la proposition de loi ne leur ait été préalablement présenté. Sur le modèle du droit européen, l'objectif était que les partenaires sociaux reprennent à leur compte l'idée législative pour la transformer en accord collectif que le Parlement aurait ensuite été tenu de reprendre fidèlement. Cette ambition part du constat que le droit du travail est d'autant mieux respecté en entreprise qu'il est le fruit d'une négociation au lieu d'être imposé par les élus du Peuple ou le Gouvernement accusés l'un et l'autre d'être déconnectés des réalités quotidiennes des entreprises. Cet appel a été partiellement entendu à l'occasion d'une loi du 31 janvier 2007 aux termes de laquelle, si les partenaires sociaux le demandent expressément, ils peuvent, sauf urgence et dans « le délai qu'ils estiment nécessaire »², transformer le projet de loi en un accord national interprofessionnel. Libre ensuite aux pouvoirs publics de transformer cet accord en loi. L'idée n'était pas nouvelle et l'articulation accords nationaux interprofessionnels/loi a parfois donné des résultats. Ainsi de la loi du :
- 12 novembre 1996 qui reprend l'accord du 31 octobre 1995 sur la possibilité de négocier une convention avec des élus faute de délégués syndicaux ;
 - 20 août 2008 qui reprend la position commune du 9 avril 2008 sur la réforme de la représentativité syndicale ;
 - 14 juin 2013 qui s'inspire de l'accord du 11 janvier 2013 sur la sécurisation de l'emploi ;
 - 2 août 2021 qui reprend l'accord du 10 décembre 2020 relatif à la réforme de la santé au travail.

1. Droit soc. 2003, 92.

2. C. trav. art. L. 1.

41. **Lacunes.** — La profusion des normes législatives est d'autant plus insatisfaisante qu'outre leur complexité et leurs contradictions, ces lois sont paradoxalement silencieuses sur de nombreuses notions fondamentales. Appliquant l'article 4 du Code civil qui lui intime l'ordre de se substituer aux carences, volontaires ou non, des parlementaires, le juge a été contraint de définir des termes clefs tels que « contrat de travail », « lien de subordination », « fautes grave et lourde », « unité économique et sociale », « établissement »... Parfois, ce ne sont pas seulement les définitions que le législateur néglige ; ce sont des pans entiers du droit du travail tels que les principales clauses du contrat de travail ou, malgré l'appel du constituant, le droit de grève.
42. **Application dans le temps.** — S'applique également au droit du travail l'article 2 du Code civil relatif à l'application de la loi dans le temps. À ce titre, et sous réserve d'une loi interprétative, la validité du contrat de travail comme d'une convention ou d'un accord collectif ne peut être remise en cause par une loi nouvelle¹. Celle-ci n'est pas que non rétroactive ; elle est aussi d'application immédiate. Pour respecter la volonté des parties, en principe, une loi nouvelle ne régit pas un contrat conclu avant son entrée en vigueur. Il en va différemment toutefois pour les lois d'ordre public. Nombreuses en droit du travail, ces dernières vont régir immédiatement les contrats individuels et collectifs sur, par exemple, le temps de travail et la durée des repos², le droit disciplinaire³, les délais de prescription⁴ ou l'application du salaire minimum.

C. Les normes réglementaires

43. **Volume.** — Environ la moitié des textes du Code du travail sont de nature législative (L) et l'autre moitié de nature réglementaire. Les articles « R » sont les décrets pris en Conseil d'État ; les articles « D » sont les autres décrets. Les règlements sont une source importante du droit du travail. De l'article 37 de la Constitution de 1958, le gouvernement tient le pouvoir d'intervenir pour l'application des lois. Ces dernières années, il a également multiplié le recours aux ordonnances dont celles du 22 septembre 2017 dites « Macron » sont les plus emblématiques. Aux décrets, il convient d'ajouter les arrêtés qui peuvent être pris par un ministre, un maire ou un préfet. Nombreux sont les domaines du droit du travail pour lesquels le pouvoir exécutif central, déconcentré ou décentralisé intervient : l'organisation des conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale ; la santé et la sécurité au travail ; l'extension et l'élargissement des conventions collectives ; les fermetures ou ouvertures dominicales ; le montant du SMIC, la fixation du taux de ressort... Aux décrets et aux arrêtés, il convient d'ajouter les circulaires. À défaut d'être créatrices de droit, elles sont régulièrement prises pour expliquer aux agents d'une administration ou d'un service les nouvelles règles applicables.

1. Cass. soc., 17 oct. 1974 : Bull. civ., V, n° 482.

2. Cass. soc., 20 nov. 1996 : RJS 2/97, n° 148.

3. Cass. soc., 19 juin 1991 : Bull. civ., V, n° 307.

4. Cass. soc., 10 janv. 2024 : JCP S 2024, 1062, note S. Brissy.

II. Les sources professionnelles

44. **Diversité.** – L'une des particularités du droit du travail tient à la diversité des sources professionnelles applicables en entreprise. Toutes sont l'expression du pouvoir de gestion et de direction de l'employeur qui s'exprime à travers un pouvoir normatif. Les premières sont négociées et font naturellement l'objet de longs développements dans le présent ouvrage. Il s'agit du contrat de travail et des conventions et accords collectifs. Les secondes, bien que les élus du personnel puissent être consultés lors de leur adoption, sont unilatérales. Il s'agit du règlement intérieur (A), des engagements unilatéraux (B), des usages (C) et, beaucoup plus récent, du référendum (D).

A. Le règlement intérieur

45. **Pouvoir normatif.** – Prévu par une loi du 4 août 1982, le règlement intérieur permet à l'employeur d'apporter d'utiles précisions sur les conditions de travail des salariés. Il convient d'examiner les règles relatives à son élaboration (1), son contenu (2) et les contrôles (3) dont il peut être l'objet.

1. Élaboration

46. **Champ d'application.** – Le règlement intérieur doit être mis en place dans toute structure de droit privé ainsi que dans les établissements publics industriels et commerciaux¹. Une entreprise comportant plusieurs établissements peut établir un règlement intérieur unique pour l'ensemble de ces établissements dès lors que ceux-ci ne présentent pas de particularités exigeant l'édiction de dispositions propres à l'un ou plusieurs d'entre eux². Depuis une loi du 22 mai 2019, son élaboration est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant, non plus vingt salariés, mais au moins cinquante. Cette obligation s'applique au terme d'un délai de douze mois à compter de la date à laquelle ledit seuil a été atteint³.

Acte réglementaire de droit privé⁴, ce document s'impose à tous les membres du personnel, quelle que soit sa date de recrutement⁵, comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement adopté.

47. **Adoption.** – Si le règlement intérieur est élaboré par le seul employeur, le législateur, par souci de protection des salariés, impose un certain formalisme. Obligatoirement écrit⁶ et en langue française⁷, il ne peut entrer en application qu'après avis du comité social

1. C. trav. art. L. 1311-1.

2. CE, 5 juin 1987 : Dr. soc. 1987, 653, obs. J. Savatier.

3. C. trav. art. L. 1311-2.

4. Cass. soc., 25 sept. 1991 : Dr. soc. 1992, 27, obs. J. Savatier.

5. Cass. soc., 24 fév. 1971 : Dr. soc. 1971, 401, obs. J. Savatier.

6. C. trav. art. L. 1321-1.

7. C. trav. art. L. 1321-6, al. 1, qui précise que le règlement peut être traduit en une ou plusieurs langues (Cass. soc., 21 sept. 2017 : JCP S 2017, 1357, note J. Martinez).

et économique¹. À défaut, et dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente, un syndicat peut saisir le tribunal judiciaire en référés pour solliciter non pas la nullité ou l'inopposabilité du règlement mais sa suspension². Il doit être diffusé « par tout moyen », à la connaissance des personnes « ayant accès aux lieux de travail ou aux locaux où se fait l'embauche »³ et être déposé au greffe de la juridiction prud'homale territorialement compétente⁴. L'employeur ne doit pas oublier de le communiquer à l'inspecteur du travail avec l'avis des élus du personnel⁵. Le règlement ne peut pas entrer en application avant l'expiration du délai d'un mois qui suit l'accomplissement de ces formalités⁶. La règle s'impose aussi en cas de modifications apportées par l'inspecteur du travail⁷.

Il n'est pas rare qu'au document d'origine, l'employeur soit amené, au fil du temps, à ajouter des adjonctions qui, sauf urgence⁸, doivent être soumises au même formalisme. Tel peut être le cas de lettres⁹, notes de service¹⁰ ou « code » déontologique¹¹.

2. Le contenu

48. **Dualité.** – Si le législateur prescrit l'adoption de certaines clauses (a) il en interdit d'autres (b).

a) Le contenu prescrit

49. **Contenu imposé.** – Outre un rappel obligatoire portant sur les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, aux harcèlements moral et sexuel et, depuis une loi de transposition du 21 mars 2022, à l'existence du dispositif de protection des lanceurs d'alerte¹², le règlement intérieur doit porter sur le respect des règles en matière de santé et sécurité au travail ainsi que sur les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur¹³. De cette obligation le juge déclare licite la clause qui, notamment :
- Impose à chaque salarié de prendre garde à sa sécurité personnelle en portant les appareils ou dispositifs de protection individuelle mis à sa disposition¹⁴ ;
 - Précise que le salarié s'expose à une sanction disciplinaire en cas de non-respect des horaires¹⁵ ;

1. C. trav. art. L. 1321-4, al. 1. – CE, 20 mars 2017 : JCP S 2017, 1172, note J.Y. Kerbourc'h.

2. Cass. soc., 21 sept. 2022 : JCP S 2022, 1293, note B. Gauriau.

3. C. trav. art. R. 1321-1.

4. C. trav. art. R. 1321-2.

5. C. trav. art. L. 1321-4, al. 3.

6. C. trav. art. L. 1321-4, al. 2.

7. Cass. soc., 23 juin 2021 : JCP S 2021, 1210, note V. Cohen-Donsimoni.

8. C. trav. art. L. 1321-5.

9. CE, 27 juil. 2005 : JCP S 2005, 1266, note X. Prétot.

10. Cass. crim., 26 juin 1990 : cah. soc. 1990, A50.

11. Cass. soc., 28 mai 2008 : RJS 8-9/08, n° 894 (code d'une banque).

12. C. trav. art. L. 1321-2.

13. C. trav. art. L. 1321-1.

14. CE, 9 déc. 1994 : Dr. trav. 1995, n° 3, 10, § 104, 1.

15. CE, 8 juin 1988 : JCP E 1988, II, 15271, 585, n° 14.

- Exige des travailleurs que le temps d'habillage et de nettoyage ne s'impute pas sur le temps de travail effectif¹ ;
- Oblige à respecter le Code de la route dans l'enceinte de l'établissement² ;
- Interdit la consommation d'alcool dans l'entreprise même en l'absence de risques déjà réalisés³ ;
- Rappelle l'échelle des sanctions encourues⁴.

En revanche, parce qu'elle est soit rédigée de manière trop générale soit parce qu'elle est hors champ d'application, est illicite la clause qui, notamment :

- Contraint chaque travailleur à « préserver la sécurité des autres »⁵ ;
- Prévoit que la consommation de boissons alcoolisées est interdite dans l'entreprise « y compris dans les cafétérias au moment des repas et pendant toute autre manifestation organisée en dehors des repas »⁶ ;
- Exonère l'entreprise de toute responsabilité en cas de « perte, vol, détérioration des effets, espèces ou objets de toute nature, déposés dans les vestiaires et armoires individuelles »⁷.

50. **Contenu suggéré.** – Le règlement intérieur peut également contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions, notamment religieuses, des salariés. Encore faut-il que ces limitations soient proportionnées au but recherché et justifiées par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise⁸.

b) Le contenu interdit

51. **Contenu prohibé.** – Le règlement intérieur ne peut contenir de dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail⁹. Le mot « loi » doit être entendu au sens large comme englobant non seulement le texte voté par le Parlement mais aussi les normes communautaires directement applicables en droit interne ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi posée, la règle suscite un contentieux d'où il ressort, notamment, que le règlement intérieur peut :

- Limiter l'accès aux locaux de l'entreprise par une personne étrangère à celle-ci sans porter atteinte à la liberté d'aller et venir¹⁰ ;

1. TA Amiens, 19 mai 1987 : Dr. ouv. 1987, 418, obs. G. Alexandre.

2. CE, 9 oct. 1987 : JCP E 1988, II, 15123, 132, n° 11 et 12.

3. CE, 14 mars 2022 : JCP S 2022, 1130, note V. Cohen-Donsimoni.

4. Cass. soc., 26 oct. 2010 : RJS 2011, 91, note F. Duquesne.

5. CE, 11 juil. 1990 : JCP E 1991, II, 123, note O. Godard.

6. CE, 12 nov. 2012 : JCP S 2013, 1099, note P. Rozec et V. Manigot.

7. CE, 4 mai 1988 : JCP E 1988, II, 15271, 584, n° 5.

8. C. trav. art. L. 1321-2-1. – Cass. soc., 22 nov. 2017 : JCP S 2017, 1399 et 1400, avis C. Courcol-Bouchard, notes B. Bossu et F. Pinatel (un employeur ne peut interdire à une salariée de porter son voile en invoquant seulement les souhaits de la clientèle).

9. C. trav. art. L. 1321-3-1°. – Cass. soc., 7 nov. 2006 : JCP S 2007, 1102, note B. Bossu (violation par le règlement intérieur d'une convention collective).

10. CE, 4 mai 1988 : JCP E 1988, II, 15271, 586, n° 24.

- Interdire au personnel de la banque de divulguer des informations confidentielles sans porter atteinte à la liberté d'expression¹;
- Subordonner une pétition, un affichage ou une prise de parole à une autorisation de l'employeur dès lors que les travailleurs ou leurs représentants veulent s'exprimer en dehors des cas prévus par la loi².

En revanche, parce qu'elle viole les normes applicables, est par exemple illégale la clause qui :

- Requiert une autorisation patronale pour « toute sortie » de l'entreprise alors que le législateur n'exige pas une telle condition pour exercer le droit de retrait³;
- Précise que les absences répétées seront sanctionnées sans distinguer selon que ces absences sont justifiées ou pas⁴.

Par ailleurs, le législateur⁵ interdit la stipulation de clauses discriminantes relatives notamment à l'origine, le sexe, les mœurs, l'âge ou la situation de famille des travailleurs.

52. **Contenu surveillé.** – Reprenant mot pour mot les termes de l'article L. 1121-1 du Code du travail, l'article L. 1321-3-2° précise que le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Au juge, lorsqu'il est saisi, de veiller à ce que nulle atteinte ne soit portée aux droits fondamentaux. Des nombreux contentieux tranchés, il ressort que ne porte pas atteinte :

- Au droit à la vie privée, la clause qui interdit au personnel d'un établissement accueillant des mineurs en difficulté de les recevoir à leur domicile⁶;
- Au droit de choisir sa tenue vestimentaire, la clause qui impose le port d'une tenue de chantier comportant des vêtements de travail, un casque et des gants de manutention⁷;
- À la liberté corporelle, la clause qui, eu égard aux fonctions exercées, interdit ou limite la consommation d'alcool sur le lieu de travail⁸;
- À la dignité et à l'honneur la clause qui autorise la fouille des salariés en cas de nécessité et de contestation possible⁹.

En revanche, porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux, la clause qui :

- Interdit le mariage entre salariés de l'entreprise en ce qu'elle viole la liberté matrimoniale¹⁰;

1. CE, 3 juin 1988 : JCP E 1988, II, 15271, 587, n° 21.

2. CE, 11 juil. 1990 : JCP E 1990, II, 15884, 609, n° 2, obs. O. Dugrip.

3. TA Paris, 2 fév. 1987 : Dr. soc. 1987, 649, obs. J. Savatier.

4. CE, 4 mai 1988 : JCP E 1988, II, 15271, 585, n° 16.

5. C. trav. art. L. 1321-3-3°.

6. Cass. soc., 13 janv. 2009 : RJS 3/09, n° 225.

7. CE, 16 déc. 1994 : Dr. trav. 1995, n° 3, p. 10, § 104, 1.

8. CE, 8 juil. 2019 : JCP S 2019, 1278, note P. Rozec.

9. CE, 11 juil. 1990 : JCP E 1990, II, 15884, p. 609, n° 2, obs. O. Dugrip.

10. Cass. soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230, note S. Hennion-Moreau.

- Interdit aux travailleurs « les discussions politiques ou religieuses et, d'une manière générale, toute conversation étrangère au service » en ce qu'elle récuse la liberté d'expression¹;
- Ne prévoit pas l'information préalable des salariés de ce que la direction se réserve le droit d'ouvrir les vestiaires et les armoires individuelles, ce manquement portant une atteinte excessive aux libertés individuelles²;
- Interdit aux caissières d'accepter le passage à leur caisse de clients membres de leur famille, une telle clause portant, elle aussi, une atteinte excessive aux libertés individuelles³.

3. Les contrôles

53. **Contrôle administratif.** – L'inspecteur du travail doit non seulement vérifier que le règlement intérieur a été rédigé mais aussi, lorsque tel est le cas, qu'il est conforme aux dispositions légales. À défaut il peut exiger son élaboration ou des modifications sans jamais pouvoir procéder par lui-même. Ce contrôle, qui doit être motivé⁴, peut être exercé « à tout moment »⁵. La décision de l'inspecteur peut faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail et de l'emploi dans les deux mois qui suivent sa notification⁶. Ce directeur dispose de quatre mois pour statuer. Son silence vaut rejet. Sa décision peut être contestée devant le juge administratif.
54. **Contrôle judiciaire.** – À l'occasion d'un litige individuel, telle une contestation de licenciement ou de sanction disciplinaire, la juridiction prud'homale peut être amenée à écarter l'application d'un article du règlement intérieur contraire aux dispositions légales⁷. Seul le salarié requérant bénéficiera de l'inopposabilité de la clause litigieuse. En revanche, un comité social et économique ou une organisation syndicale⁸ peut saisir le Tribunal judiciaire pour demander l'annulation d'une ou plusieurs dispositions. Cette annulation profite à tous les travailleurs.

B. Les engagements unilatéraux

55. **Naissance.** – De sa propre initiative, l'employeur a le droit d'accorder des avantages à tout ou partie des salariés. Tel est le cas de la mise en place d'un régime de retraite aux seuls cadres dirigeants⁹. L'engagement unilatéral peut aussi bénéficier aux représentants du

1. CE, 25 janv. 1989 : Dr. soc. 1990, 786, concl. J. de Clausade.

2. CE, 12 juin 1987 : Dr. soc. 1987, 654, obs. J. Savatier.

3. CE, 9 déc. 1994 : Dr. trav. 1995, n° 3, p. 10, § 104, 2.

4. C. trav. art. L. 1322-1-1, al. 4.

5. C. trav. art. L. 1322-1.

6. C. trav. art. L. 1322-1-1, al. 5. – C. trav. art. R. 1322-1.

7. C. trav. art. L. 1322-4.

8. Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744.

9. Cass. soc., 6 juin 2007 : RJS 11/07, n° 1210.

personnel qu'il s'agisse des syndicats ou de leurs représentants comme des élus du comité social et économique. Ainsi l'employeur peut accorder un nombre d'heures de délégations ou des moyens financiers plus importants que ce que prévoit le minimum légal.

Les pouvoirs publics n'imposent aucun formalisme. En pratique, pour des raisons de preuve, l'engagement unilatéral est écrit. Il peut être mentionné dans le règlement intérieur¹, un courriel, un procès-verbal de réunion du comité social et économique ou un règlement de copropriété². De cet écrit, doit se manifester une volonté claire et non-équivoque de l'employeur d'être lié par la décision qu'il prend. Tel n'est pas le cas lorsqu'il se contente, avec les élus du personnel, d'analyser la portée d'un arrêt de la Cour de cassation susceptible d'impacter la politique sociale de l'entreprise en matière de rémunération³.

56. **Vie.** – Créateur de droits, l'engagement unilatéral doit améliorer la situation des travailleurs. Il peut ajouter ou compléter un droit ou un avantage mais non soustraire par rapport à toute autre norme⁴. La remarque s'impose d'autant plus que « le salarié ne peut renoncer, dans son contrat de travail, à une disposition du statut collectif qui lui est favorable »⁵. Ainsi de l'employeur qui s'engage à limiter le nombre de licenciements à intervenir, jusqu'à une certaine date prévue, dans un projet de réorganisation⁶.

Sauf à engager sa responsabilité civile par le paiement de dommages intérêts⁷, voire pénale, en cas de transfert d'entreprise, le repreneur est tenu de respecter les engagements unilatéraux du prédécesseur⁸.

57. **Mort.** – Tant qu'il n'a pas régulièrement dénoncé l'engagement pris, l'employeur est tenu de l'appliquer⁹. Pris pour une durée déterminée, l'engagement cesse de produire effet au terme fixé sans que l'employeur soit tenu de procéder à quelque mesure que ce soit¹⁰. S'il est à durée indéterminée, l'employeur peut revenir dessus à tout moment¹¹. Toutefois, à la différence des règles mises en œuvre pour la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif, la dénonciation d'un engagement unilatéral, précisément parce qu'il n'est pas négocié, est peu contraignante. La jurisprudence impose deux conditions cumulatives : le respect d'un délai de prévenance suffisant¹² et la double information individuelle et collective des salariés concernés et des représentants du personnel¹³. Cette information est limitée à la décision elle-même à l'exclusion de ses conséquences¹⁴. Libre à l'employeur

1. Cass. soc., 26 mai 1999 : RJS 7/99, n° 916.

2. Cass. soc., 27 mars 2001 : RJS 6/01, n° 801 (engagement des copropriétaires de loger gratuitement le concierge).

3. Cass. soc., 16 déc. 2005 : JCP S 2006, 1268, note R. Vatinet.

4. Cass. soc., 24 sept. 2008 : RJS 12/08, n° 1194.

5. Cass. soc., 18 oct. 2006 : RJS 12/06, n° 1339.

6. Cass. soc., 25 nov. 2003 : RJS 2/04, n° 196.

7. Cass. soc., 5 juin 2019 : RJS 8-9/19, n° 544.

8. Cass. soc., 25 sept. 2007 : RJS 12/07, n° 1248.

9. Cass. soc., 27 janv. 2015 : JCP S 2015, 1181, note F. Dumont.

10. Cass. soc., 3 avril 2024 : JCP S 2024, 1181, note L. Dauxerre. – Cass. soc., 18 mai 2011 : RJS 10/11, n° 851.

11. Cass. soc., 4 avril 1990 : Dr. soc. 1990, 806, obs. J. Savatier.

12. Cass. soc., 4 déc. 2019 : RJS 2/20, n° 116.

13. Cass. soc., 21 sept. 2005 : JCP S 2005, 1371, note P. Morvan.

14. Cass. soc., 14 mai 2008 : JCP S 2008, 1556, note A. Martinon.

ensuite, dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction, de remplacer l'engagement dénoncé par une autre norme ou de se contenter d'appliquer la règle légale. Il peut aussi accepter son intégration dans le contrat de travail ou dans une convention collective¹.

C. Les usages

58. **Naissance.** – Un usage est du droit non-écrit. Il est le résultat d'une pratique répétée qui repose sur deux éléments cumulatifs : un élément objectif que caractérise une pratique constante pour laquelle deux années suffisent, fixe dans le mode de calcul d'une prime par exemple et générale en ce que tous les salariés d'une catégorie ciblée en bénéficient ; un élément subjectif ensuite dans la mesure où chacun se sent tenu par ledit usage. De ces éléments, il ressort que la pratique d'une augmentation de salaire sur la base des salaires réels depuis quinze ans constitue un usage². En revanche, lorsque l'employeur prend soin de préciser, à chaque fois qu'il la prend, que sa mesure est « exceptionnelle » elle ne vaut pas usage³.

Faute d'être écrit, la preuve d'un usage peut s'avérer délicate. Le juge applique les principes du droit commun : à celui qui l'invoque de supporter la charge de la preuve⁴ ; comme pour un fait juridique, la preuve est libre : tous les moyens, telles que les déclarations de l'employeur⁵ ou des témoignages⁶, sont recevables.

59. **Vie.** – Le contenu potentiel d'un usage est large. Il peut porter aussi bien sur les relations individuelles – rémunération, congés, repos, primes... – que collectives du travail – nombre d'heures de délégation, budget du comité social et économique, financement des experts... –. Comme un engagement unilatéral, il doit être favorable au travailleur dont le contrat ne peut faire obstacle à son application⁷. Dans le même esprit, l'employeur ne peut invoquer le coût qu'il représente au regard de ses contraintes financières pour ne pas le respecter⁸. À défaut, il s'expose à devoir indemniser les salariés qui auraient dû en bénéficier⁹. Ces règles s'imposent aussi au repreneur dans le cadre d'une restructuration¹⁰.
60. **Mort.** – Indépendamment de toute dénonciation, l'usage peut d'abord disparaître par le jeu du contrat. Il peut être intégré ou remplacé par une convention collective dont une clause aurait le même objet ou qui déciderait que les usages ne sont plus applicables en entreprise¹¹. Par la volonté commune des parties, il peut également être intégré au contrat

1. Cass. soc., 10 juil. 2001 : RJS 11/01, n° 1318.

2. Cass. soc., 13 nov. 1986 : D. 1987, somm. 210, obs. P. Langlois.

3. Cass. soc., 7 mars 1990 : cah. soc. 1990, A25 (pour des congés exceptionnels).

4. Cass. soc., 28 mai 2003 : RJS 10/03, n° 1166.

5. Cass. soc., 9 juil. 1986 : Dr. soc. 1986, 903, obs. J. Savatier.

6. Cass. soc., 27 mars 1996 : RJS 5/96, n° 581.

7. Cass. soc., 27 mars 2001 : RJS 6/01, n° 801.

8. Cass. soc., 27 mars 1996 : RJS 5/96, n° 581.

9. Cass. soc., 16 mai 2000 : RJS 7-8/00, n° 817.

10. Cass. soc., 18 oct. 1995 : JCP E 1996, II, 796, note P. Coursier.

11. Cass. soc., 10 déc. 1996 : RJS 2/97, n° 217.

de travail. L'enjeu est de taille : l'employeur ne peut plus le supprimer unilatéralement¹. Encore faut-il que cette volonté ne soit pas équivoque. Ainsi, la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits².

Créateur de l'usage, l'employeur peut également le dénoncer de manière unilatérale, sans justification, mais à condition toutefois que la décision de l'employeur ne soit pas illicite³. Tant qu'il n'est pas régulièrement dénoncé, il reste en vigueur et les salariés peuvent réclamer l'avantage en résultant jusqu'à une dénonciation régulière⁴. Celle-ci repose sur deux conditions cumulatives⁵ : une double information individuelle et collective des salariés concernés et des représentants du personnel et le respect d'un délai de prévenance suffisant pour permettre des négociations⁶. Appréciée souverainement par les juges du fond⁷, la durée de ce délai, en pratique quelques mois, doit être examinée par rapport à la situation des travailleurs⁸. À l'employeur de prouver qu'il a respecté un préavis suffisant⁹. Ces règles valent aussi lorsque l'employeur souhaite non pas dénoncer mais modifier l'usage¹⁰.

La dénonciation régulière d'un usage ou d'un engagement unilatéral n'emporte aucune modification du contrat de travail¹¹. Dans le même esprit, l'usage ne pouvant être assimilé à une convention collective, les dispositions légales assurant la survie des accords dénoncés sont inapplicables à la dénonciation d'un usage¹².

D. Le référendum

61. **Référendum décisionnel.** – Expression d'une démocratie directe en entreprise, le recours au référendum reste symbolique en droit du travail. Il fait légalement ses premières armes depuis la loi du 8 août 2016 et l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui envisage son utilisation pour valider des conventions ou accords collectifs, soit parce que l'effectif de l'entreprise est inférieur à 20 salariés soit parce qu'il s'agit de donner une majorité d'adhésion à un projet qui n'a été signé que par une minorité syndicale¹³.

1. Cass. soc., 1^{er} fév. 2012 : JCP S 2012, 1151, note D. Asquinazi-Bailieux.

2. Cass. soc., 11 janv. 2000 : Dr. soc. 2000, 837, obs. M. Vercier.

3. Cass. soc., 13 fév. 1996 : Drouv. 1996, 217, concl. Y. Chauvy (nullité de la dénonciation intervenue pour faire échec à l'exercice normal du droit de grève).

4. Cass. soc., 16 déc. 1998 : TPS 1999, comm. 77.

5. Cass. soc., 23 sept. 1992 : JCP E 1993, II, 466, note P. Pochet.

6. Cass. soc., 13 oct. 2010 : JCP S 2011, 1143, note L. Drai.

7. Cass. soc., 2 juil. 1997 : TPS 1997, comm. 266.

8. Cass. soc., 13 mars 2001 : RJS 5/01, n° 698.

9. Cass. soc., 22 oct. 1996 : TPS 1996, comm. 498.

10. Cass. soc., 25 fév. 2009 : RJS 5/09, n° 443.

11. Cass. soc., 13 fév. 1996 : JCP E 1996, II, 898, 2^e esp., note G. Vachet.

12. Cass. soc., 12 juin 1986 : Dr. soc. 1986, 904, obs. J. Savatier.

13. Ce point est examiné plus loin dans le chapitre relatif aux conventions collectives.

Au-delà de l'approbation d'un accord collectif le référendum est également envisagé pour approuver un projet soit qu'il s'agisse d'élaborer un régime de protection sociale complémentaire¹ soit qu'il s'agisse d'élaborer un accord d'intéressement ou de participation². Dans la première hypothèse le projet doit être approuvé à la majorité des électeurs inscrits ; dans les deux suivantes, il faut une majorité des deux tiers.

62. **Référendum consultatif.** – Dans le secteur des transports, à partir de huit jours de grève, l'employeur, de sa propre initiative ou à la demande d'une organisation syndicale ou du médiateur s'il en a été désigné un, peut ou doit organiser une consultation ouverte aux travailleurs concernés par le mouvement. « Son résultat n'affecte pas l'exercice du droit de grève »³. Il s'agit en revanche de mesurer si les travailleurs adhèrent plus ou moins massivement au mouvement.

En dehors de la grève dans le secteur des transports, l'employeur, un syndicat ou le comité social et économique a le droit d'organiser un référendum sur un projet qu'il souhaiterait voir aboutir. À nouveau, le résultat n'est pas contraignant mais il peut inverser un rapport de force dans le cadre d'éventuelles négociations entre les partenaires sociaux.

Section 4 – Les organismes de contrôle

63. **Tiers protecteur.** – Partant du postulat que la relation de travail est inégalitaire, les pouvoirs publics sont progressivement intervenus pour établir un certain équilibre entre les parties au contrat. Que le salarié demande à l'employeur le respect des normes et il s'exposerait potentiellement à des mesures de rétorsion pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat de travail. Sont ainsi chargés de veiller au respect du droit applicable des tiers à l'entreprise dont la neutralité exclut toute prise de position partisane. Il s'agit de l'inspection du travail (I) et du juge (II).

I. L'inspection du travail

64. **1892.** – Institué par une loi du 2 novembre 1892, le corps des inspecteurs du travail doit être présenté à travers ses missions (A), ses moyens (B) et son statut (C).

1. CSS, art. L. 911-1. – Cass. soc., 15 nov. 2011 : JCP S 2012, 1091, note B. Dorin et V. Roulet.

2. C. trav. art. L. 3312-5, 4° (intéressement) et L. 3322-6, 4° (participation).

3. C. transp., art. L. 1324-10.

A. Les missions

65. **Généralités.** – Les inspecteurs du travail ont légalement¹ plusieurs missions :
- Contrôler le respect des dispositions légales applicables en entreprises issues notamment du Code du travail, du Code pénal, du Code de la sécurité sociale et contrôler la mise en œuvre des normes collectives ;
 - Constater les infractions : discriminations, harcèlements, atteintes à la dignité, violation des règles en matière de santé et sécurité, durée du travail... ;
 - Informer et conseiller les employeurs mais aussi les salariés.
66. **Mise en œuvre.** – Le constat d'une infraction peut justifier la rédaction d'un procès-verbal qui fait foi jusqu'à preuve contraire. Ce PV doit être transmis au Parquet² qui, par application du principe de l'opportunité des poursuites, décide de saisir ou pas la formation de jugement compétente. Avant sa transmission au Procureur, le PV doit être notifié, pour information, à la personne visée³. À défaut, en ce que les droits de la défense ne sont pas respectés, la procédure pénale est nulle⁴. Cette obligation n'est prévue que dans les cas déterminés par la loi à l'exclusion, par exemple, des infractions commises en matière de travail dissimulé⁵ ou de repos hebdomadaire⁶. La rédaction d'un procès-verbal est parfois précédée d'une mise en demeure visant à permettre au chef d'entreprise de se conformer, dans un délai imparti, aux dispositions légales⁷. Toutefois, si l'infraction constatée présente un danger grave et imminent pour l'intégrité corporelle des salariés, un PV peut être directement dressé⁸.
67. **Pouvoirs.** – Outre la possibilité de saisir l'autorité de poursuite lorsqu'elle constate une infraction, l'inspection du travail est dotée, depuis une ordonnance du 7 avril 2016, de nouveaux outils de répression.
- Ainsi peut-elle, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques ou morales sur la poursuite d'une infraction constituant une contravention ou un délit pour lequel la peine maximale d'emprisonnement est d'un an⁹. Le montant envisagé de l'amende doit tenir compte des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur ainsi que de ses ressources et de ses charges¹⁰. Si elle est acceptée, la proposition de transaction doit être homologuée par le Parquet¹¹.

1. C. trav. art. L. 8112-1 et L. 8112-2.

2. C. trav. art. L. 8113-7, al. 2.

3. C. trav. art. L. 8113-7, al. 3.

4. Cass. crim., 28 nov. 1995 : Dr. trav. 1996, n° 5, 11, § 211.

5. Cass. crim., 22 nov. 2005 : JCP S 2006, 1270, note A. Martinon.

6. Cass. crim., 29 mai 1985 : Juri-social 1985, F67.

7. C. trav. art. L. 8113-9.

8. C. trav. art. L. 4721-5.

9. C. trav. art. L. 8114-4.

10. C. trav. art. L. 8114-5.

11. C. trav. art. L. 8114-6.

Dans les seuls cas déterminés par la loi telle que la violation des dispositions relatives au recrutement d'un salarié étranger dépourvu de titre de séjour¹, aux durées maximales du travail ou au salaire minimum, et en l'absence de poursuites pénales, l'inspection du travail peut également prononcer soit un avertissement soit une amende administrative² dont le montant est plafonné à 4 000 euros multiplié par le nombre de salariés concernés³. L'employeur ne peut contester le principe ou le montant de l'amende que par un recours contentieux porté devant le juge administratif, à l'exclusion de tout recours hiérarchique⁴.

B. Les moyens

68. **Droit d'entrée.** – Les agents de contrôle de l'inspection du travail ont le droit d'entrer dans toute structure où s'applique le droit du travail y compris, mais avec leur accord, les locaux des travailleurs à domicile⁵. Ce droit de visite, qui peut se pratiquer de jour comme de nuit dès lors que des travaux nocturnes sont accomplis⁶, peut également être exercé dans des entreprises chargées de traiter des marchés classés intéressant la défense nationale⁷. Une fois dans les lieux, ils sont habilités à demander à toute personne présente de justifier de son identité et de son adresse⁸.
69. **Droit de prélèvement.** – Dans le cadre de leurs missions, les agents, éventuellement accompagnés d'officiers de police judiciaire ou d'agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ont le droit de saisir toute matière ou produit utilisé à fins d'analyses⁹. Il s'agit, pour l'administration, de veiller à la bonne santé des travailleurs.
70. **Accès aux documents.** – Au cours de leurs visites, les agents peuvent se faire présenter l'ensemble des livres, registres et documents que l'employeur doit remplir et conserver¹⁰ à l'exclusion de tous ceux qui, telles des fiches d'appréciation de salariés¹¹, n'ont aucun caractère obligatoire. L'objectif est de lutter notamment contre les discriminations, les harcèlements, le travail illégal et de garantir l'effectivité du droit à la santé ou de l'exercice syndical. L'employeur ne peut opposer le secret professionnel.

1. CE 12 avril 2022 : JCP S 2022, 1181, note F. Duquesne.

2. C. trav. art. L. 8115-1.

3. C. trav. art. L. 8115-3.

4. C. trav. art. L. 8115-6. – CE, 11 fév. 2022 : JCP S 2022, 1166, note F. Duquesne.

5. C. trav. art. L. 8113-1.

6. Cass. crim., 18 nov. 1909 : DP 1912, 1, 393, note L. Lacour.

7. Cass. crim., 16 sept. 2003 : RJS 1/04, n° 72.

8. C. trav. art. L. 8113-2.

9. C. trav. art. L. 8113-3.

10. C. trav. art. L. 8113-4 et s.

11. Cass. crim., 17 mars 1992 : JCP E 1993, II, 385, note O. Godard.

C. Le statut

71. **Obligations des agents.** – Pour le bon accomplissement de leurs missions, les agents jouissent d'une grande indépendance et sont libres d'organiser leurs contrôles comme ils l'entendent¹. Cette liberté n'exclut pas un engagement de la responsabilité de l'État en cas de dysfonctionnement des services à l'origine de préjudices². Soumis à un code de déontologie³, ils sont notamment tenus au secret professionnel dont la violation est punie par un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende⁴.
72. **Protection des agents.** – Les agents de l'inspection du travail sont doublement protégés. En premier lieu, le législateur sanctionne pénalement le fait, par toute personne⁵, de faire obstacle à l'accomplissement de leurs devoirs. Ainsi de l'employeur qui refuse de communiquer les documents demandés⁶ ou produit délibérément des informations inexacts en vue, par exemple, de dissimuler l'absence de versement de la subvention de fonctionnement au comité social et économique⁷. Doit également être condamné celui ou ceux qui empêchent physiquement l'inspecteur d'entrer dans les locaux⁸ ou, une fois entré, le séquestrent pendant plusieurs heures⁹. En second lieu, l'article L. 8114-2 du Code du travail étend aux agents de contrôle, les infractions de violences, d'outrages et de résistance applicables aux officiers de police judiciaire. Ainsi de l'employeur qui insulte l'inspecteur du travail et lui arrache la feuille sur laquelle il notait ses constatations avant de la jeter¹⁰.

II. Le juge

73. **Contentieux volumineux.** – Le droit social, dans sa double dimension « droit du travail » et « droit de la sécurité sociale », suscite un abondant contentieux. Ainsi, en 2022, le nombre de dossiers relevant de cette discipline était de 125 000 devant les Tribunaux judiciaires soit 13 % des affaires et 115 000 devant les juridictions prud'homales. Un taux d'appel très élevé, proche de 60 %, porté contre les jugements des 210 conseils, explique notamment que les 36 cours d'appel du pays aient eu à juger 60 000 dossiers en droit social soit 27 % de leur activité totale. Que la chambre sociale de la Cour de cassation hérite ainsi de 6 000 dossiers sur un volume global de 17 000, soit près d'un tiers des pourvois, ne doit pas surprendre. Impressionnants, ces chiffres sont cependant en constante baisse depuis

1. C. trav. art. L. 8112-1, al. 6.

2. TA Lyon, 3 déc. 2013 : JCP S 2014, 1089, concl. H. Habchi.

3. C. trav. art. L. 8124-1.

4. C. trav. art. L. 8113-10.

5. Cass. crim., 10 janv. 1986 : Juri-social 1986, F27, condamnation de l'épouse de l'employeur.

6. Cass. crim., 25 avril 2017 : JCP S 2017, 1193, note N. Pottier.

7. Cass. crim. 15 mars 2016 : JCP S 2016, 1164, note Y. Pagnerre.

8. Cass. crim., 8 juil. 1980 : Dr. ouv. 1981, 28.

9. Cass. crim., 18 fév. 1986 : JCP E 1987, I, 16746, 370, n° 9, obs. O. Godard.

10. Trib. corr. Montbrison : 28 fév. 1985 : Dr soc. 1986, 404.

quelques années. Plusieurs éléments expliquent ce phénomène tenant notamment à un raccourcissement des délais de prescription, à un formalisme plus marqué pour saisir le conseil de prud'hommes, au développement des ruptures négociées ou à l'essor des modes alternatifs de règlement des litiges à travers la médiation.

74. **Liberté fondamentale.** – Le droit de saisir le juge est une liberté fondamentale de l'employeur comme du salarié, constitutionnellement reconnue. À ce titre, est nul le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur¹. Dans le même esprit, en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur².
75. **Contentieux éclaté.** – La complexité et l'importance du contentieux social sont anciennes. Après la seconde guerre mondiale, le juriste et haut fonctionnaire Pierre Laroque, connu pour avoir forgé la sécurité sociale telle qu'elle existe aujourd'hui, avait songé à la création d'un troisième ordre de juridiction spécialement compétent sur les questions de droit du travail et droit de la sécurité sociale. Parce que le projet n'aboutit pas, s'explique le fait que le contentieux social soit éclaté entre les deux ordres de juridiction, judiciaire principalement (A) et administratif plus accessoirement (B).

A. Le juge judiciaire

76. **Dualité.** – Au sein de l'ordre judiciaire une distinction doit être faite entre les juridictions civiles (1) et les juridictions pénales (2) toutes étant compétentes sur des aspects du droit du travail.

1. Le juge civil

77. **Simplification.** – Pendant longtemps le contentieux de la sécurité sociale a été réparti entre le Tribunal des affaires de sécurité sociale compétent pour le volet général et le Tribunal des incapacités pour le contentieux technique lié au taux d'incapacité. Depuis la suppression de ces deux juridictions le 1^{er} janvier 2019, ce contentieux relève désormais de la compétence du Tribunal judiciaire (a) lui-même entré en fonction le 1^{er} janvier 2020 et né de la fusion des anciens Tribunaux de grande instance et Tribunaux d'instance. Ces réformes importantes ont eu un impact sur le contentieux du droit du travail même si elles n'ont pas affecté le Tribunal de commerce (b) et le conseil de prud'hommes (c). Devant ces trois juridictions existe un juge des référés.

1. Cass. soc., 21 nov. 2018 : RJS 2/19, n° 91, 2^e esp. (référence dans la lettre de licenciement à une procédure contentieuse envisagée par le salarié).

2. Cass. soc., 29 oct. 2013 : JCP S 2014, 1061, note B. Bossu.

a) Le tribunal judiciaire

78. **Étendue.** – Devenue la juridiction de droit commun de première instance, le tribunal judiciaire est compétent pour tous les litiges qui ne sont pas confiés à une juridiction d'exception. Ainsi ne peut-il pas traiter de tous les contentieux nés à l'occasion du contrat de travail. En revanche, il est compétent pour les contentieux qui ne sont rattachés spécialement à aucune juridiction. Ainsi, doit-il trancher les contentieux relatifs aux inventions des salariés¹ ou le litige opposant un ancien salarié à l'organisme gestionnaire du régime de retraite complémentaire².

Par ailleurs, il a hérité des dossiers que traitaient les anciens tribunaux de grande instance et tribunaux d'instance, quel que soit le montant du litige. À ce titre, lui sont attribuées d'importantes questions touchant aux relations collectives de travail. Ainsi en est-il des questions relatives aux élections professionnelles, à la contestation de la désignation des représentants de proximité³, à certaines thématiques du droit de la négociation collective telle que l'interprétation⁴ ou la nullité d'une convention ou à la qualification de la grève par rapport à un mouvement illicite.

Par ailleurs, en cas de départage devant le conseil de prud'hommes, l'affaire est renvoyée devant le même bureau de jugement ou de conciliation mais présidé « par un juge du tribunal judiciaire »⁵.

b) Le tribunal de commerce

79. **Procédure collective.** – Lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure collective elle peut être placée, selon sa situation économique, soit en procédure de sauvegarde, soit en redressement judiciaire soit en liquidation judiciaire. Dans chacune de ces trois hypothèses, le tribunal de commerce joue un rôle essentiel en droit du travail.

Lorsque la société fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, le tribunal peut arrêter un plan éponyme prévoyant, le cas échéant, la cession d'une ou plusieurs activités ainsi que des licenciements pour motif économique⁶.

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'employeur doit obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour licencier des salariés pendant la période d'observation s'il justifie que ces licenciements sont urgents, inévitables et indispensables⁷. La période d'observation passée, il appartient au tribunal de commerce d'arrêter un plan de redressement ou de cession qui précise le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé⁸.

1. Cass. soc. 23 oct. 2024 : JCP S 2024, 1398, note J.C. Galloux.

2. Cass. soc., 5 déc. 2006 : JCP S 2007, 1359, note T. Lahalle.

3. Cass. soc., 1^{er} fév. 2023 : JCP S 2023, 1075, note J.Y. Kerbourc'h.

4. Cass. soc., 21 nov. 2012 : JCP S 2013, 1094, note T. Lahalle (litige opposant l'employeur et des syndicats).

5. C. trav art. L. 1454-2.

6. C. com. art. L. 626-1 et L. 626-2.

7. C. com. art. L. 631-17.

8. C. com. art. L. 631-19, III, al. 2 et L. 642-5, al. 5.

Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, lorsque le tribunal a autorisé le maintien provisoire de l'activité, le liquidateur peut licencier des travailleurs pour motif économique mais après autorisation du juge-commissaire¹.

80. **Clause de non-concurrence.** – Outre le droit des procédures collectives, le tribunal de commerce est également compétent pour trancher le litige opposant l'ancienne société à la nouvelle lorsque celle-ci embauche, en connaissance de cause, un salarié qu'elle savait lié par une clause de non-concurrence².

c) Le conseil de prud'hommes

81. **Plan.** – Outre les compétences du conseil de prud'hommes (c-1), il convient d'examiner son organisation (c-2) et la procédure applicable (c-3).

c-1) Les compétences

82. **Compétence matérielle.** – Sur le plan matériel, le conseil de prud'hommes est compétent pour traiter les contentieux nés « à l'occasion de tout contrat de travail »³. Si l'existence d'un tel contrat fait défaut, la juridiction prud'homale n'a pas à être saisie⁴ sauf pour les litiges nés entre salariés « à l'occasion du travail »⁵. Ainsi d'une action en responsabilité exercée par des non-grévistes contre les grévistes⁶. Au contraire, si le contrat est établi, le conseil est compétent⁷ pour statuer sur tous les litiges apparus lors de sa formation, de son exécution ou de sa rupture.

L'expression « à l'occasion de » permet d'interpréter largement la compétence prud'homale dès lors que le litige a « un lien » avec le contrat de travail. Ainsi le conseil est compétent au sujet des stagiaires⁸, de la participation aux résultats de l'entreprise⁹, de l'attribution d'actions aux travailleurs¹⁰, des droits de propriété intellectuelle développés dans le cadre de l'entreprise¹¹ ou encore du préjudice subi par un salarié au titre de la mise en œuvre d'un pacte d'actionnaires prévoyant en cas de licenciement la cession immédiate de ses actions¹². Il est également compétent pour les litiges survenus après la rupture du contrat de travail mais en lien avec celui-ci. Ainsi de la violation d'une clause non-concurrence¹³ ou de l'exécution d'un contrat d'assurance¹⁴. En revanche, parce qu'il n'y a pas le « lien » évoqué, la juridiction prud'homale est incompétente pour statuer sur un pacte d'actionnaires¹⁵.

1. C. com. art. L. 631-17.
 2. Cass. com., 27 mars 2001 : D. 2001, 1617, note E. Chevrier.
 3. C. trav. art. L. 1411-1.
 4. Cass. soc., 22 janv. 2020 : RJS 4/20, n° 204.
 5. C. trav. art. L. 1411-3.
 6. Cass. soc., 3 mars 1983 : D. 1984, inf. rap. 169, obs. J. Frossard.
 7. Cass. soc., 9 avril 2002 : RJS 6/02, n° 710.
 8. Cass. soc., 5 avril 2005 : JCP S 2005, 1041, note B. Boubli.
 9. Cass. soc., 28 fév. 2018 : JCP S 2018, 1131, note S. Brissy.
 10. Cass. soc., 11 sept. 2012 : JCP S 2012, 1517, note T. Lahalle.
 11. Cass. soc., 21 mai 2008 : RJS 7/08, n° 816.
 12. Cass. soc., 7 juin 2023 : JCP S 2023, 1193, note S. Brissy.
 13. Cass. com., 26 oct. 2010 : JCP S 2010, 1561, note S. Brissy.
 14. Cass. soc., 19 janv. 1999 : RJS 3/99, n° 411.
 15. Cass. soc., 18 oct. 2007 : RJS 12/07, n° 1328.

Par ailleurs, la juxtaposition d'intérêts individuels n'est pas créatrice d'un intérêt collectif qui mettrait obstacle à la reconnaissance de la compétence du conseil de prud'hommes¹.

83. **Compétence géographique.** — Si la compétence *ratione materiae* est importante, la compétence *ratione loci* l'est tout autant. Parmi les 210 juridictions prud'homales de France, laquelle convient-il de saisir ? Les pouvoirs publics offrent plusieurs possibilités² entre le conseil :

- Dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ;
- Dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement ;
- Du lieu où l'engagement a été contracté ;
- Du lieu où l'employeur est établi.

Pour l'application de ces règles les juges du fond doivent se référer « aux modalités réelles d'exécution du travail »³. Dès lors, s'ils constatent que l'engagement a été contracté au téléphone et que c'est à son domicile, à Cherbourg, que le salarié a accepté l'offre d'emploi qui lui avait été faite, le conseil de prud'hommes de Cherbourg, lieu où l'engagement a été contracté, est compétent⁴. Ces règles sont d'ordre public. Toute clause d'un contrat qui dérogerait aux dispositions mentionnées doit être réputée non écrite⁵. Par ailleurs, les parties ne peuvent écarter les règles de compétence territoriale au motif que la surcharge alléguée de la juridiction au moment de la saisine les priverait de la possibilité d'obtenir une décision dans un délai raisonnable⁶.

c-2) L'organisation

84. **Fonctionnement.** — Divisé en cinq sections autonomes⁷, le conseil de prud'hommes est une juridiction paritaire. Il est composé, ainsi que ses différentes formations, d'un nombre égal de salariés et d'employeurs⁸. Concrétise cette exigence de parité le fait que le président de la juridiction, élu pour un an, est alternativement un conseiller employeur et un conseiller salarié. Le bureau de jugement est composé de quatre conseillers, deux employeurs et deux salariés et le bureau de conciliation et d'orientation ainsi que la formation de référé et le bureau de jugement restreint sont composés de deux conseillers, un par collège⁹.

1. Cass. soc., 21 juin 1951 : Gaz. Pal. 1951, 2, 261 (demandes simultanées d'indemnités de rupture).

2. C. trav. art. R. 1412-1.

3. Cass. soc., 19 mai 1988 : JCP E 1988, II, 15270, 579, n° 1, obs. P.H. Antonmattei.

4. Cass. soc., 11 juil. 2002 : RJS 11/02, n° 1275.

5. C. trav. art. R. 1412-4.

6. Cass. civ. 2^e, 3 oct. 2024 : JCP S 2024, 1367, note J. Vidal.

7. C. trav. art. R. 1423-1 : encadrement, industrie, commerce, agriculture, activités diverses. Toute contestation de compétence entre sections doit être tranchée par le président de la juridiction « avant toute défense au fond » : C. trav. art. R. 1423-7.

8. C. trav. art. L. 1421-1.

9. C. trav. art. L. 1423-12 et L. 1423-13.

85. **Conseillers prud'hommes.** – Depuis une ordonnance du 31 mars 2016, les conseillers ne sont plus élus par leurs pairs mais nommés par le ministre de la Justice, pour une durée de quatre ans¹, sur proposition des syndicats représentatifs au niveau départemental en fonction de leur audience électorale². Juges non professionnels, les conseillers doivent être de nationalité française, avoir au moins 21 ans et être en activité depuis deux ans au moins³.

Indépendants et impartiaux, les conseillers sont tenus au secret des délibérations⁴. Les employeurs doivent leur laisser le temps nécessaire pour se rendre et participer aux activités de la juridiction⁵ sans perte de salaire⁶ : audience, délibérés, rédaction des jugements, assemblées générales, prestation de serment... Soumis à des obligations de formation initiale et continue⁷, les conseillers peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires⁸. Salariés protégés, ils ne peuvent être licenciés qu'après autorisation de l'inspecteur du travail⁹.

c-3) La procédure

86. **Saisine.** – Depuis un décret du 20 mai 2016, applicable au 1^{er} août de la même année, la demande en justice est formée par requête. Celle-ci doit présenter un exposé sommaire des motifs de la demande et être accompagnée des pièces que le demandeur souhaite invoquer à l'appui de ses prétentions¹⁰. Cette requête ne fige pas le litige : son auteur peut ajouter des demandes en cours d'instance¹¹.

Si « les parties se défendent elles-mêmes »¹², elles ont la possibilité de se faire assister ou représenter par le conjoint, un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, un avocat ou un défenseur syndical doté par ailleurs d'un véritable statut¹³. Tous, sauf l'avocat, doivent justifier d'un mandat.

87. **Conciliation et jugement.** – La procédure prud'homale est orale¹⁴. Le juge doit se prononcer sur les demandes formulées contradictoirement devant lui à l'audience des débats¹⁵. Dérégatoire du droit commun, cette procédure commence par la saisine du bureau de conciliation et d'orientation chargé, comme son nom l'indique, de « concilier les parties »¹⁶. Ce préliminaire, qui rend sans intérêt une éventuelle clause de médiation insérée dans le

1. C. trav. art. L. 1442-3.

2. C. trav. art. L. 1441-1 et s.

3. C. trav. art. L. 1441-7 et R. 1441-1 et s.

4. C. trav. art. L. 1421-2 (le conseiller ne doit notamment pas accepter le mandat impératif du syndicat qui a proposé sa nomination : C. trav. art. L. 1442-11).

5. C. trav. art. L. 1442-5 et R. 1423-55.

6. C. trav. art. D. 1423-59 et s.

7. C. trav. art. D. 1442-1 et s.

8. C. trav. D. 1442-20 et s.

9. C. trav. art. L. 1442-19.

10. C. trav. art. R. 1452-1 et s.

11. Cass. soc., 19 oct. 2022 : JCP S 2022, 1297, note S. Brissy.

12. C. trav. art. R. 1453-1.

13. C. trav. art. L. 1453-1 et R. 1453-2 et s.

14. C. trav. art. R. 1453-3.

15. Cass. soc., 10 juil. 1990 : Dr. trav. 1990, n° 8-9, p. 27.

16. C. trav. art. L. 1454-1.

contrat de travail¹, est d'ordre public. Son non-respect entraîne la nullité de la procédure². En cas de conciliation un procès-verbal, qui vaut titre exécutoire doit être délivré³. Faute de conciliation, pour accélérer le traitement des procédures, le bureau doit organiser une mise en état en fixant les délais et les conditions de communication des prétentions, moyens et pièces⁴. Par ailleurs, le bureau de conciliation peut ordonner la délivrance des documents sociaux, le versement de provisions ou toutes mesures d'instruction⁵.

Lorsque la conciliation a totalement ou partiellement échoué, « l'audience du bureau de jugement peut avoir lieu sur-le-champ » si l'organisation des audiences le permet et si l'affaire peut être jugée immédiatement⁶. Plus classiquement cependant, l'« orientation » voulue par la loi du 6 août 2015 autorise le bureau de conciliation à confier l'affaire soit à un bureau de jugement classique composé de quatre conseillers, soit à un bureau de jugement restreint composé de deux conseillers chargés de statuer dans un délai de trois mois, soit à un bureau de départage composé de quatre conseillers et d'un magistrat du tribunal judiciaire⁷. Désormais, cette formation peut être saisie directement à la demande des parties et non plus seulement lorsque les autres formations n'arrivent pas à s'entendre « à la majorité absolue des voix »⁸.

88. **Référé.** – Chaque conseil de prud'hommes comprend une formation de référé commune à l'ensemble des sections⁹. Composée d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié, elle peut, en cas d'urgence, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Ainsi peut-elle ordonner le paiement du préavis dont l'employeur avait dispensé le salarié¹⁰ mais ne peut-elle pas se prononcer sur l'imputabilité de la rupture d'un contrat de travail¹¹. En cas de contestation sérieuse elle peut toutefois prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite telle qu'une divulgation d'informations confidentielles par un salarié¹².
89. **Recours.** – Par application du droit commun, le délai pour interjeter appel est d'un mois¹³ à compter de la notification ou de la signification du jugement et de quinze jours pour la procédure de référé¹⁴. Obligatoire, la représentation ne peut être assurée que par un

1. Cass. soc., avis, 14 juin 2022 : JCP S 2022, 1204, note A. Bugada ; JCP S 2022, 1258, note A. Lucchini et M. Vernez.

2. Cass. soc., 16 mars 1959 : Bull. IV, n° 414, p. 340.

3. C. trav. art. R. 1454-11.

4. C. trav. art. R. 1454-1 et s.

5. C. trav. art. R. 1454-14.

6. C. trav. art. R. 1454-18, al. 3.

7. C. trav. art. R. 1423-35.

8. C. trav. art. R. 1454-23. – C. trav. art. R. 1454-29 et s. (départage).

9. C. trav. art. R. 1455-1 et s.

10. Cass. soc., 7 déc. 2005 : JCP S 2006, 1167, note R. Geoffroy.

11. Cass. soc., 11 mai 2005 : JCP S 2005, 1021, note B. Boubli.

12. Cass. soc., 12 fév. 2014 : RJS 4/14, n° 345.

13. C. trav. art. R. 1461-1.

14. C. trav. art. R. 1455-11.

avocat ou un défenseur syndical qui doit justifier d'un pouvoir de représentation¹. Faute de pouvoir accéder au réseau privé virtuel des avocats (RPVA) ce dernier peut établir ses actes de procédure sur support papier remis au greffe ou posté en recommandée avec accusé de réception à la cour d'appel².

L'appel n'est possible que si le montant du litige est supérieur à une somme, appelée taux de ressort, fixé à 5 000 euros³. En dessous, le jugement rendu en premier et dernier ressort, ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation. Sont toutefois toujours susceptibles d'appel les demandes dites indéterminées telle qu'une rectification de bulletin de salaire, l'annulation d'un avertissement ou d'une mise à pied⁴ ou une demande de congés supplémentaires⁵. En principe l'appel est suspensif. Le pourvoi en cassation doit être porté devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Le ministère d'avocat est obligatoire.

2. Le juge pénal

90. **Diversité des infractions.** – Il existe un contentieux pénal du travail qui repose à la fois sur des infractions de droit commun et des infractions spécifiques. Parmi les premières peuvent être citées notamment le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance ou les violences aux personnes ou aux biens. Parmi les secondes on peut citer le délit d'entrave, le travail dissimulé, l'atteinte à la liberté du travail ainsi que les harcèlements et l'important contentieux relatif au droit de la santé et de la sécurité au travail. De cette liste, Non exhaustive, il ressort que le salarié ou les organisations syndicales, au même titre que l'employeur ou son délégataire, sont passibles de poursuites devant les juridictions répressives. Selon que l'infraction est une contravention ou un délit, devra être saisi le tribunal de police ou le tribunal correctionnel.
91. **Conditions de la responsabilité.** – Le droit pénal du travail ne déroge pas aux principes généraux. Toute poursuite doit reposer sur une infraction constituée d'un élément légal, d'un élément matériel de commission ou d'omission et, pour les délits, d'un élément intentionnel souvent déduit de la seule qualité de chef d'entreprise, ou de l'élément matériel lui-même. Par application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, n'est ainsi pas constitutif de délit d'entrave le fait de ne pas payer les heures de délégations conventionnelles⁶.

1. C. trav. art. R. 1461-1. – Cass. civ. 2^e, 8 fév. 2024 : JCP S 2024, 1100, note S. Brissy.

2. C. pr. civ. art. 930-2 et 930-1.

3. C. trav. art. D. 1462-3.

4. Cass. soc., 1^{er} oct. 1996 : TPS 1997, comm. 34, 2^e esp., obs. B. Boubli.

5. Cass. soc., 13 oct. 2021 : JCP S 2021, 1301, note S. Brissy.

6. Cass. crim., 4 avril 1991 : JCP E 1991, II, 213, note Godard.

Par ailleurs, la responsabilité de l'employeur, en tant que personne morale, nécessite que l'infraction soit commise par son représentant légal et dans son intérêt¹. Ainsi de celui qui, par souci d'économies financières n'engage pas les dépenses nécessaires au respect des règles de sécurité ou qui par volonté de maintenir sa compétitivité ne déclare pas tout ou partie de ses travailleurs.

La victime de l'infraction pénale peut être tentée, lorsque le Parquet agit, de saisir non pas la juridiction répressive mais la juridiction civile. Depuis une loi du 5 mars 2007 qui modifie l'article 4 du Code de procédure pénale le sursis à statuer du juge civil n'est plus impératif². En revanche, lorsque le juge pénal a rendu sa décision sur l'action publique, le juge civil invité à trancher plus tard les mêmes faits doit tenir compte du jugement précédemment rendu.

92. **Sanctions.** – Aux dommages intérêts du droit civil dont il appartient au juge d'apprécier le montant dans la limite des demandes, s'ajoute un large panel possible de sanctions pénales. Outre les classiques amendes, multipliées par le nombre de salariés victimes de l'infraction, et l'emprisonnement s'ajoute le travail d'intérêt général, l'interdiction professionnelle, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée ou la condamnation à un plan de sécurité.

B. Le juge administratif

93. **Complexité.** – L'existence de deux ordres de juridiction suscite depuis l'origine des difficultés pratiques occasionnelles tenant à la détermination de l'ordre compétent. Ces difficultés, il appartient à la Cour de cassation et au Conseil d'État de les trancher avec, parfois, l'intervention inévitable du tribunal des conflits. Aussi convient-il de déterminer la nature des contentieux pour lesquels le juge administratif est compétent (1) avant d'examiner l'articulation des deux ordres (2).

1. La nature des contentieux

94. **Relations individuelles.** – Si le conseil de prud'hommes règle les différends des personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions de droit privé³, le juge administratif est compétent pour trancher les litiges nés d'un contrat de droit public. Ainsi doit-il statuer sur les litiges individuels concernant les agents fonctionnaires de la Poste⁴, de certains agents de l'APHP⁵ ou des maîtres contractuels des établissements privés sous

1. C. pén. art. 121-2.

2. Cass. soc., 17 sept. 2008 : Bull. civ. V, n° 164.

3. C. trav. art. L. 1411-2. – Cass. soc., 8 janv. 2025 : JCP S 2025, 1060, note S. Brissy (employés de Pompes funèbres gérés comme un épïc par une commune).

4. Cass. soc., 27 nov. 2013 : JCP S 2014, 1273, 2^e esp. note L. Draï.

5. Cass. soc., 18 fév. 2014 : JCP S 2014, 1298, note M. Morand.

contrat avec l'État¹. Dans le même esprit, le tribunal des conflits a jugé que relève de la compétence du juge administratif le litige opposant un détenu à l'État et à l'entreprise concessionnaire pour laquelle il travaille en raison du régime pénitentiaire applicable².

Compétent pour la délivrance des permis de séjour et de travail des ressortissants extra-européens³, le juge administratif est également compétent pour certaines ruptures du contrat de travail. Tel est le cas lorsque l'administration autorise ou refuse le licenciement d'un salarié protégé ou lorsqu'elle prend position sur le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Toutefois, cette corrélation entre la nature de l'acte et la compétence du juge n'a rien d'automatique. Ainsi, le conseil de prud'hommes est compétent pour le contentieux de la rupture conventionnelle alors même que l'administration du travail intervient⁴.

95. **Relations collectives.** – L'administration prend également des décisions en matière de relations collectives du travail. Illustre cette remarque son intervention lors des élections professionnelles qu'il s'agisse de la reconnaissance d'établissements distincts, de la formation des collèges électoraux ou de la répartition du personnel entre ces derniers. Le juge administratif peut également trancher des contentieux en matière de conflits collectifs lorsque le préfet engage la responsabilité de l'État en refusant d'exécuter une ordonnance d'expulsion rendue par le tribunal judiciaire.

Par ailleurs, outre les recours en annulation portés contre une ordonnance ou un décret, le juge administratif est régulièrement saisi de recours contre des arrêtés ministériels relatifs à la représentativité syndicale ou à l'extension d'une convention collective⁵.

2. L'articulation des ordres de juridiction

96. **Fondement.** – L'articulation des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif suscite un important contentieux que le juge doit résoudre en recourant au principe de la séparation des pouvoirs. Institué par une disposition de la loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire et confirmé par une loi du 16 fructidor an III (1794), ce principe signifie que l'action de l'administration ne doit pas être jugée par les tribunaux judiciaires. Aux termes de la loi précitée de 1790, « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ». La loi de l'an III confirme : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ». En droit du travail, le principe de la séparation des pouvoirs est régulièrement mobilisé.
97. **Illustrations.** – L'application chronologique du principe de la séparation des pouvoirs conduit la Cour de cassation à considérer que ce principe ne fait pas obstacle à ce que le juge judiciaire apprécie la régularité de la procédure de licenciement postérieure à la

1. Cass. soc., 28 mai 2018 : JCP S 2018, 1214, note S. Brissy.

2. T. confl., 14 oct. 2013 : RJS 12/13, n° 845.

3. CE, 23 oct. 2009 : JCP S 2009, 1593, note C. Willmann.

4. C. trav. art. L. 1237-14, al. 4.

5. CE, 2 mars 1962 : AJDA 2003, 1150, note F. Donnat et D. Casas.

notification, par l'administration, de son autorisation¹ ou qu'il se prononce sur la cause réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié protégé après annulation de l'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi². En revanche, le juge judiciaire n'est pas compétent pour examiner l'existence de la faute ou du motif économique justifiant la rupture du contrat. Il ne l'est pas davantage pour apprécier le respect de la procédure antérieure à la saisine de l'inspecteur du travail telle que la consultation des élus du personnel ou l'obligation de reclassement³.

Dans le même esprit, le conseil de prud'hommes doit, à l'occasion d'un litige relevant de sa compétence, déclarer illégale une clause du règlement intérieur qu'il estime contraire à l'ordonnancement juridique⁴. Le silence de l'inspecteur du travail sur la légalité ou non dudit règlement ne couvre pas celui-ci de ses éventuelles irrégularités. Le juge judiciaire reste donc compétent lors d'un litige individuel⁵ pendant que le juge administratif l'est dès lors qu'est contestée une décision de l'inspecteur du travail sur la régularité du règlement.

98. **Plan.** – La relation de travail se noue par un contrat dont le rôle, dans le cadre des normes légales et professionnelles applicables, est de déterminer les droits et obligations des parties. Il existe autant de relations individuelles que de salariés. Toutefois, ceux-ci constituent également un groupe avec lequel l'employeur doit composer en tant que tel. Ce groupe a des représentants. Il cherche, par la négociation, à améliorer ses conditions de travail. Il peut aussi, par la grève, exprimer son mécontentement sur son statut. Cette distinction entre les relations individuelles et collectives de travail n'est pas totalement hermétique. Les liens entre les deux concepts sont naturels : la négociation collective permet d'améliorer les droits de chaque travailleur ; dans l'intérêt général les représentants du personnel sont soumis à un régime protecteur individuel notamment en cas de licenciement ; une restructuration intéresse autant les salariés concernés que leurs représentants... Malgré ces rapprochements, la dichotomie entre relations individuelles (première partie) et collectives (seconde partie) présente l'indéniable avantage de la clarté.

QCM DE RÉVISION

1. En supprimant les corporations, les révolutionnaires proclament la liberté du travail :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
2. Le premier Code du travail date de 1920 :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux

1. Cass. soc., 4 juil. 2012 : JCP S 2012, 1423, note T. Lahalle.
2. Cass. soc., 1^{er} juin 2023 : JCP S 2023, 1183, note J.Y. Kerbourc'h.
3. Cass. soc., 10 nov. 2009 : JCP S 2010, 1031, note P.Y. Verkindt.
4. Cass. soc., 7 nov. 2006 : Dr. soc. 2007, 364, obs. J. Savatier.
5. Cass. soc., 10 juin 1982 : Bull. civ., V, n° 392 (clause contraire à la liberté matrimoniale).

3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contient des dispositions qui intéressent directement le droit du travail :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
4. Le contrat de travail international est, par principe, soumis à la loi d'autonomie :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
5. Le règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises dont l'effectif est au moins égal à vingt salariés :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
6. Le législateur détermine les règles applicables à la dénonciation d'un usage :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
7. Le corps des inspecteurs du travail a été créé en 1892 :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
8. Le contentieux social est en diminution depuis plusieurs années :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
9. Le conseil de prud'hommes est composé de juges professionnels :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux
10. Le juge administratif connaît de contentieux relatifs au droit du travail :
☐ A: Vrai ☐ B: Faux

Réponses : 1A ; 2B ; 3A ; 4A ; 5B ; 6B ; 7A ; 8A ; 9B ; 10A.

PREMIÈRE PARTIE

Les relations individuelles de travail

99. **Plan.** – La relation de travail d'aujourd'hui n'est plus celle du XIX^e ni même du XX^e siècle. L'image du salarié et des conditions de travail tels qu'ils ont pu être dépeints dans la littérature classique notamment sous la plume d'Émile Zola, ne correspond plus à la réalité contemporaine. La France a eu l'une des plus belles industries au monde ; elle est devenue un pays de services. Elle a été un État indépendant ; elle ne peut plus désormais exprimer sa liberté que dans le carcan européen. Le salarié n'est plus rivé à la chaîne 12 h 00 par jour. Le développement de l'outil informatique, de l'intelligence artificielle et du télétravail impose de plus en plus une importante prise d'initiative. Si le contrat de travail reste un modèle, celui-ci est en constante mutation au point qu'il n'existe pas un mais des contrats de travail dont il faut se demander si, par exemple, les travailleurs des plateformes numériques, peuvent y prétendre avec les droits et avantages qui y sont attachés. Aussi convient-il de présenter la formation du contrat de travail (titre I) avant d'envisager son exécution (titre II) puis sa disparition (titre III).

TITRE 1 – *La naissance du contrat de travail*

100. **Accès à l'emploi.** – La naissance du contrat de travail peut intervenir aussi bien au titre d'un premier emploi qu'au titre d'une reprise d'activité professionnelle. Elle vise potentiellement toute personne en âge de travailler. Aussi convient-il de préciser les modalités du recrutement (Chapitre 1) avant d'envisager la définition du contrat de travail (chapitre 2), ses différentes formes (chapitre 3) et les principales clauses qu'il peut mentionner (chapitre 4).

CHAPITRE 1

Le recrutement

101. **Cadre.** – L'opération de recrutement permet à l'employeur de sélectionner le personnel dont il a besoin. Pour limiter les abus, les pouvoirs publics ont imposé des règles de fond (section 1) et de forme (section 2).

Section 1 – Les obligations de fond

102. **Libre choix.** – Dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction et pour rendre effectif le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, les pouvoirs publics donnent à l'employeur le droit de recruter ou non et, dans l'affirmative, de choisir ses collaborateurs. Pour fluidifier le choix du candidat, le législateur a créé des « sas » facilitant les prises de contact entre les parties au contrat (I). À ce principe de liberté, il a cependant posé des limites en orientant de manière impérative certains choix (II).

I. Le recrutement facilité

103. **Mise en pratique.** – La formation est la clef de l'emploi. Pour faciliter l'entrée dans la vie active le législateur a mis en place différents mécanismes intermédiaires entre l'acquisition théorique des compétences et leur mise en œuvre pratique en entreprise. Tel est l'objet

du stage (A) et des contrats en alternance (B) qui sont souvent suivis de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée après que, pendant plusieurs mois ou années, les parties aient eu le temps de se connaître.

A. Le stage

104. **Notion.** – Défini à l'article L. 124-1 du Code de l'éducation¹, le stage est une période temporaire de mise en situation en milieu professionnel au cours de laquelle l'élève ou l'étudiant acquiert des compétences professionnelles et met en œuvre les acquis de sa formation en vue d'obtenir un diplôme ou une certification et de favoriser son insertion professionnelle. Les missions confiées doivent être conformes au projet pédagogique. D'une durée maximale de six mois par année d'enseignement, le stage fait l'objet d'une convention tripartite. Son éventuel détournement par l'employeur permet de saisir directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes pour solliciter sa requalification en contrat de travail².
105. **Régime.** – Le stagiaire perçoit une gratification mensuelle qui n'est pas un salaire et dont les partenaires sociaux fixent le montant. Dans la limite du montant annuel du SMIC, elle est exonérée d'impôt sur le revenu. Le stagiaire bénéficie de la législation contre les harcèlements. Il a accès, dans les conditions de droit commun, aux activités sociales et culturelles de l'entreprise ainsi qu'aux titres-restaurants. En cas d'embauche dans les trois mois qui suivent la fin de la formation, la durée du stage s'impute sur celle de la période d'essai dans la limite de 50 % voire intégralement si les fonctions occupées sont identiques³.

B. Les contrats en alternance

106. **Apprentissage.** – L'apprentissage associe, à travers une alternance, une formation pratique en entreprise et des enseignements dispensés pendant le temps de travail dans un centre de formation d'apprentis⁴. En échange, l'apprenti, qui a la qualité de salarié, travaille pour ladite entreprise. La durée du contrat correspond souvent à la durée de la formation et varie entre six mois et trois ans. Le salarié doit être âgé de 16 à 29 ans. Son âge détermine le montant de sa rémunération calculée selon un pourcentage du SMIC allant de 27 à 100 %. Pour le reste, la législation sociale est, en principe, pleinement applicable. Écrit, le contrat d'apprentissage peut être librement résilié par l'une ou l'autre des parties dans les quarante-cinq premiers jours de sa conclusion. Passé ce délai, il faut justifier d'une faute grave, d'une inaptitude physique ou d'un cas de force majeure.

1. L. n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

2. C. trav. art. L. 1454-5. – Cass. crim., 28 sept. 2010 : JCP S 2010, 1534, note C. Puigelier.

3. C. trav. art. L. 1221-24.

4. C. trav. art. L. 6211-2 et s.

107. **Professionnalisation.** – Issu d'une loi du 4 mai 2004, le contrat de professionnalisation doit permettre l'acquisition d'un savoir-faire¹. Il est ouvert aux jeunes de 16 à 25 ans mais aussi aux chômeurs. Comme pour l'apprentissage, la rémunération minimale varie avec l'âge et l'ancienneté de l'employé qui, par cette seule qualité, bénéficie en principe des dispositions sociales applicables. L'employeur s'engage à assurer une formation au salarié qui, en retour, exécute une prestation de travail.
108. **Promesse d'embauche.** – Le stagiaire ou l'alternant qui donne pleine satisfaction peut se voir proposer une offre d'embauche valable dès la fin de la formation. Du non-respect de cet avant-contrat, la jurisprudence a longtemps décidé qu'il fallait en déduire, outre un droit aux indemnités chômage, l'existence d'un licenciement injustifié basé sur une perte de chance d'obtenir un travail². Depuis 2017, le juge social distingue scrupuleusement « l'offre » de la « promesse ». Si l'une et l'autre doivent mentionner la nature de l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction, le juge considère que seule la promesse engage de manière irrémédiable l'employeur. En revanche, tant que l'offre n'a pas expiré, il peut se rétracter. Le juge l'affirme : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis »³.

II. Le recrutement orienté

109. **Ordre public.** – Si l'employeur est libre de recruter la personne de son choix, le législateur lui impose cependant des interdictions (A) mais aussi parfois des obligations (B) quant au choix de la personne ou de catégories de personnes. Ces règles sont d'ordre public.

A. Les recrutements interdits

110. **Double limite.** – Ces interdictions visent certaines personnes de nationalité étrangère (1) et celles dont l'état de santé est incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle (2).

1. Les étrangers

111. **Ressortissants de l'Union européenne.** – Depuis le Traité de Rome de 1957, les ressortissants des pays membres de l'Union européenne ont, sur la base du principe de libre circulation posé à l'article 45 dudit Traité, un accès automatique au marché du travail national. Dès lors aucun État ne peut exiger d'un travailleur qu'il produise un titre de séjour en cours de validité⁴.

1. C. trav. art. L. 6325-1 et s.

2. Cass. soc., 18 déc. 2013 : RJS 3/14, n° 187.

3. Cass. soc., 21 sept. 2017 : JCP S 2017, 1356, note G. Loiseau.

4. Cass. soc., 12 juin 2007 : JCP S 2007, 1879, note A. Martinon.

112. **Ressortissants hors Union européenne.** – Posé à l'article L. 8251-1 du Code du travail, le principe est clair : « Nul ne peut [...] embaucher [...] un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ». Pour les ressortissants d'un pays non-membre de l'Union, l'article L. 5221-2 du Code du travail exige ainsi la production d'un passeport, éventuellement d'un visa, et d'un contrat de travail visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail qui peut être limitée à certaines activités professionnelles ou zones géographiques dans lesquelles il y a pénurie d'emplois. Cette autorisation est de droit pour l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation. Le non-renouvellement du titre de travail justifie le licenciement¹ et l'absence de protection sociale au titre du congé de maternité². Il appartient à l'employeur, lors de la phase de recrutement, de s'assurer auprès des administrations territorialement compétentes de l'existence du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France. Faute de pouvoir présenter ces documents, la personne ne peut être embauchée³ sauf pour l'employeur à engager sa responsabilité pénale.

2. Les personnes fragiles

113. **Femmes enceintes.** – Pour des raisons de santé et sécurité, l'article L. 4152-1 du Code du travail interdit l'emploi de femmes enceintes ou venant d'accoucher ou allaitantes à certaines catégories de travaux susceptibles de présenter des risques pour leur santé lorsqu'elles sont, par exemple, exposées à des agents biologiques ou chimiques, des rayonnements ionisants ou lorsqu'elles sont amenées à utiliser certains équipements tels que le marteau-piqueur.
114. **Mineurs.** – Aux termes de l'article L. 4153-1 du code précité, un mineur de moins de seize ans – quinze s'il est apprenti – ne peut conclure un contrat de travail. Les articles L. 7124-1 et suivants réservent cependant des exceptions dans le secteur du spectacle, du cinéma, de la publicité ou de la mode. Par ailleurs les mineurs de moins de dix-huit ans sont soumis à des règles particulières dans le but de garantir la protection de leur moralité et de leur intégrité physique⁴.
115. **Certains majeurs.** – « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit »⁵. Dans ces conditions un majeur protégé ne peut conclure un contrat de travail qu'avec l'accord de son représentant légal et sous réserve d'occuper un emploi compatible avec son état de santé.

Par ailleurs, une différence de traitement fondée sur l'âge peut ne pas être discriminatoire lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, l'objectif est légitime et proportionné. Ainsi, constatant que, statistiquement,

1. Cass. soc., 14 oct. 1997 : TPS 1997, comm. 314.

2. Cass. soc., 15 mars 2017 : RJS 5/17, n° 382.

3. C. trav. art. L. 5221-5.

4. C. trav. art. D. 4153-15 et s.

5. C. civ., art. 414-1.

après 40 ou 50 ans les hommes voient leurs capacités physiques décroître, un État membre de l'Union peut imposer une limite d'âge pour exercer la profession de pompier¹. En revanche, une limite d'âge de 30 ans pour le recrutement des commissaires de police constitue une discrimination qui ne peut être justifiée, ni par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, ni par un motif légitime de nature sociale au sens de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail².

B. Les recrutements imposés

116. **Priorités de réembauchage.** – La priorité de réembauchage permet à un salarié qui a perdu son emploi dans les douze derniers mois de le retrouver si les conditions légales sont réunies. Applicable en matière de licenciement pour motif économique³, cette règle vaut aussi lorsque l'employé a démissionné pour élever un enfant⁴. Elle lui permet de solliciter sa réembauche dans les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre en retrouvant le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis au moment de son départ. Le refus de l'employeur l'expose au paiement de dommages intérêts. En revanche, lorsque plusieurs personnes invoquent leur droit à réembauche, l'employeur choisit librement celle qui profitera d'un nouveau recrutement sans être lié par les dates des demandes⁵.
117. **Temps partiel/temps plein.** – Les salariés qui occupent un emploi à temps plein mais qui souhaiteraient passer à temps partiel et inversement ont priorité pour l'attribution d'un poste relevant de leur catégorie professionnelle⁶. L'employeur doit porter à leur connaissance la liste des emplois disponibles correspondants. Cette information doit être précise. L'employeur ne peut se contenter de diffuser les postes disponibles sur le réseau intranet de l'entreprise. L'information collective est pertinente mais insuffisante ; elle doit aussi être individuelle⁷. La règle vaut aussi bien pour les salariés en contrat à durée indéterminée que pour ceux qui sont à durée déterminée⁸. Elle profite aussi aux employés qui sont déjà à temps partiel mais aspirent à un autre temps partiel⁹. Si plusieurs salariés sont en lice sur le même poste, il appartient à l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction, d'opérer un choix et de fournir au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter sa décision¹⁰. Sous cette réserve, le salarié qui

1. CJUE, gde ch., 12 janv. 2010, aff. C-229/08, Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main : JCP S 2010, 1080, note J. Cavallini.

2. CJUE, 17 nov. 2022 : JCP S 2022, 1318, note J. Cavallini.

3. Voir l'étude relative au licenciement pour motif économique.

4. C. trav. art. L. 1225-66 et s.

5. Cass. soc., 22 nov. 1961 : Bull. IV, n° 956.

6. C. trav. art. L. 3123-3.

7. Cass. soc., 20 avril 2005 : JCP S 2005, 1007, note P.Y. Verkindt.

8. Cass. soc., 24 sept. 2008 : JCP S 2008, 1669, note A. Barège.

9. Cass. soc., 29 oct. 1999 : TPS 2000, comm. 6.

10. Cass. soc., 7 juil. 1998 : TPS 1998, comm. 324.

n'obtient pas satisfaction peut prétendre à des dommages-intérêts¹. Avant de recruter un salarié extérieur à l'entreprise, il doit en effet proposer le poste à ceux qui exercent déjà dans la structure.

118. **Personnes handicapées.** – Tout employeur d'au moins vingt salariés est tenu de recruter, dans la proportion de 6 % de l'effectif total, des travailleurs handicapés ou mutilés de guerre et assimilés². Le législateur laisse au débiteur une marge de manœuvre importante pour se conformer à son obligation. Ainsi peut-il lui substituer le paiement, au profit du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés, d'une contribution annuelle pour chaque personne qu'il aurait dû employer, contribution dont le montant ne peut excéder 600 fois le salaire horaire minimum de croissance. Les personnes ciblées sont les travailleurs reconnus handicapés atteints d'une incapacité permanente d'au moins 10 % et les titulaires d'une pension d'invalidité. Chacun doit pouvoir occuper un poste qui tient compte de son état.
119. **Interdiction des discriminations.** – L'employeur qui retient un candidat à la place d'un autre pour un motif discriminatoire peut engager sa responsabilité civile et pénale. Le texte général est l'article L. 1132-1 du Code du travail selon lequel « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, ou de nomination, ou de l'accès à un stage [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs [...] de son état de santé ou de son handicap ». Toute décision contraire est nulle de plein droit sans que pour autant la conclusion du contrat de travail ne s'impose. La réparation du préjudice ne peut qu'être indemnitaire. Doit ainsi être condamnée une directrice de cafétéria qui refuse d'engager une personne en raison de ses réticences à l'égard des candidats maghrébins³ ou en raison de leurs origines et de leurs noms de famille⁴. Engage également sa responsabilité l'employeur qui, dans un climat général d'homophobie au sein de l'entreprise, rejette à quatorze reprises les candidatures d'un salarié à un poste de sous-directeur alors qu'il fait partie des plus diplômés et est le seul de sa promotion à ne pas avoir pu accéder à ce niveau de responsabilité⁵. Pas davantage l'employeur n'a le droit de tenir manuellement un cahier sur lequel sont consignés des renseignements sur les appartenances politiques et syndicales des candidats à l'embauche⁶ ou de tenir compte de l'âge – 57 ans – d'une candidate à un emploi d'animateur au sein de la RATP⁷. En revanche, pour faciliter son intégration dans l'entreprise, un salarié handicapé a subjectivement le droit de vouloir recruter un collaborateur relevant d'une tranche d'âge précise pour l'assister dans ses missions⁸.

1. Cass. soc., 29 mars 1995 : JCP 1996, éd. G, I, 3899, n° 5, obs. B. Teyssié.

2. C. trav. art. L. 5212-1 et s.

3. Cass. soc., 18 janv. 2012 : JCP S 2012, 1119, note C. Puigelier.

4. Cass. soc., 15 déc. 2011 : JCP S 2012, 1118, note P. Rozec et V. Manigot.

5. Cass. soc., 24 avril 2013 : JCP S 2013, 1311, note D. Boulmier.

6. Trib. corr. Créteil, 10 juil. 1987 : D. 1988, 319, note J. Frayssinet.

7. Cass. soc., 6 sept. 2023 : JCP S 2023, 1285, note T. Lahalle.

8. CJUE, 7 déc. 2023 : JCP S 2023, 1014, J. Cavallini.