



ACTUALISÉE DANS LAMYLINE

LAMY
EXPERT

LE LAMY SOCIAL

ÉDITION 2023

LE LAMY SOCIAL

- . **Droit du travail**
- . **Charges sociales**


Sous la direction de : Alain DUPAYS

*En coordination avec : Dominique JULLIEN, membre du comité de rédaction,
responsable du droit des relations collectives*

*Emmanuelle COUPRIE, membre du comité de rédaction, responsable du titre II relatif aux
charges sociales*

*Avec Marie HAUTEFORT, membre du comité de rédaction
Et Catherine PHÉRIVONG*

Édité par Lamy Liaisons SAS – 7, rue Emmy Noether – 93400 Saint-Ouen

 **N° Cristal 09 69 39 58 58** – Internet : www.lamy-liaisons.fr
APPEL NON SURTAXE

© Lamy Liaisons, 2023

Ont collaboré à cette édition

Cécilia ARANDEL

Avocate associée, Cabinet Fromont Briens

Jacques BARTHÉLÉMY

Cabinet Jacques Barthélémy et associés

Jérôme BÉNÉTEAU

Avocat associé, Cabinet Fromont Briens

Dominique CHAPELLON-LIEDHART

Avocate associée, Cabinet Fromont Briens

Nicolas CHAVRIER

Avocat associé, Cabinet Fromont Briens

Joël COLONNA

Maître de conférences, Aix-Marseille Université

Jean-Benoît COTTIN

Docteur en droit, Avocat, Cabinet Capstan

Cédric GUILLON

Avocat associé, Cabinet Fromont Briens

Marie HAUTEFORT

Membre du comité de rédaction du Lamy social

Audrey LANCON

Avocate associée, Cabinet Fromont Briens

Florence LEFRANÇOIS

Avocate au Barreau de Tours

Pierre POMERANTZ

Avocat, Cabinet Fromont Briens

Virginie RENAUX-PERSONNIC

Maître de conférences, Aix-Marseille Université

Pierre SANDRES

Avocat, Cabinet Fromont Briens

Agnès VIOTTOLO

Avocate associée, Cabinet Teitgen & Viottolo
Maître de Conférences à l'IEP de Paris

Emmanuelle COUPRIE

Lamy Liaisons

Alain DUPAYS

Lamy Liaisons

Véronika FROLOVA

Lamy Liaisons

Natacha GÖTZ

Lamy Liaisons

Dominique JULLIEN

Lamy Liaisons

Laurent MOINS

Lamy Liaisons

Vanessa NIVELLES

Lamy Liaisons

Catherine PHÉRIVONG

Lamy Liaisons

Candice PIETRALUNGA

Lamy Liaisons

Mame Diarra SEYE

Lamy Liaisons

Sommaire analytique

Une table alphabétique figure à la fin de l'ouvrage

Numéros d'articles de l'ouvrage



PARTIE 1

Ouvrage de base

TITRE 1

Droit du travail

DIVISION 1

Sources du droit du travail

Textes légaux et réglementaires — Traités internationaux	1 - 22
Accords collectifs	23 - 107
Usages, accords atypiques, engagements unilatéraux et recommandations patronales	108 - 139
Contrat de travail	140 - 157

DIVISION 2

Droits et principes fondamentaux

Respect des libertés et des droits individuels des salariés	158 - 198
Non-discrimination	199 - 256
Égalité de traitement	257 - 318
Responsabilités et obligations de l'employeur	319 - 382

DIVISION 3

Employeur, salariat et règles de cumul

L'entreprise	383 - 399
Identification, incarnation et statut de l'employeur	400 - 422
Définition du salariat	423 - 488
Cumul d'emplois dans le secteur privé	489 - 529

DIVISION 4

Recrutement et décompte des effectifs

Décompte des effectifs	530 - 552
Interdiction du travail dissimulé	553 - 575
Emploi de travailleurs étrangers	576 - 609

DIVISION 5

Recours à une main-d'œuvre extérieure

Contrat de travail temporaire	610 - 648
Sous-traitance et prêt de main-d'œuvre	649 - 724

DIVISION 6

Conclusion du contrat de travail

Période d'essai	725 - 762
Clauses pouvant figurer dans le contrat de travail	763 - 893
Contrat de chantier ou d'opération	894 - 902
Contrat à durée déterminée	903 - 1010
Contrat de travail à temps partiel	1011 - 1046
Contrat d'apprentissage	1047 - 1091
Contrats de professionnalisation et périodes de reconversion ou de promotion par alternance	1092 - 1125

Contrats d'insertion et de réinsertion	1126 - 1190
Exécution du contrat de travail international	1191 - 1253
 DIVISION 7	
Salaire	
Fixation du salaire	1254 - 1310
Paiement et protection du salaire	1311 - 1370
 DIVISION 8	
Manifestations du pouvoir de direction de l'employeur	
Obligations et responsabilité du salarié	1371 - 1382
Règlement intérieur, chartes et codes de conduite	1383 - 1445
Contrôles et pouvoir disciplinaire de l'employeur	1446 - 1484
 DIVISION 9	
Accords d'entreprise	
Négociation, conclusion et application des conventions d'entreprise	1485 - 1584
Grands thèmes de négociation	1585 - 1632
 DIVISION 10	
Gestion de l'emploi, des carrières et des compétences	
Principes généraux régissant la formation professionnelle continue	1633 - 1654
L'accès à la formation dans l'entreprise	1655 - 1679
Le salarié et son compte personnel de formation	1680 - 1713
Le projet de transition professionnelle	1714 - 1738
Financement de la formation professionnelle	1739 - 1756
L'entretien professionnel	1757 - 1776
Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences	1777 - 1813
Accord de performance collective	1814 - 1823
Plans d'action contre les inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes	1824 - 1869
 DIVISION 11	
Événements ayant une incidence sur l'exécution du contrat de travail	
Accident du travail, accident de trajet et maladie professionnelle	1870 - 1955
Maladie et accident : incidences sur le contrat de travail	1956 - 1999
Inaptitude médicale du salarié	2000 - 2051
Maternité, paternité et adoption	2052 - 2100
Absences autorisées et congés divers	2101 - 2188
Activité partielle — APLD — Chômage-intempéries	2189 - 2259
Modification du contrat de travail	2260 - 2325
Modification dans la situation juridique de l'employeur	2326 - 2405
 DIVISION 12	
Rupture du contrat de travail	
Démission	2406 - 2439
Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat	2440 - 2498
Licenciement pour cause personnelle — Motifs	2499 - 2543
Licenciement pour cause personnelle — Procédure	2544 - 2579
Licenciement économique — Champ d'application et motifs	2580 - 2620
Licenciement économique — Reclassements	2621 - 2660
Licenciement économique — Ordre des licenciements	2661 - 2680
Les modes alternatifs de rupture pour motif économique	2681 - 2692
Licenciement économique — Procédures	2693 - 2764
Licenciement économique — Mesures d'accompagnement et priorité de réembauchage	2765 - 2869

Sommaire analytique

Licenciement économique — Actions en justice.....	2870 - 2892
Mise à la retraite et départ volontaire en retraite	2893 - 2951
Rupture du contrat des salariés protégés.....	2952 - 3046
Préavis : exécution ou dispense.....	3047 - 3092
Indemnité de licenciement.....	3093 - 3117
Force majeure et fait du prince	3118 - 3134
Transaction	3135 - 3156
Rupture conventionnelle individuelle	3157 - 3181
Rupture conventionnelle collective.....	3182 - 3195
Nullité du licenciement : régime et conséquences	3196 - 3226
DIVISION 13	
Durée et organisation du travail, repos et congés payés	
Durée du travail	3227 - 3358
Aménagements du temps de travail	3359 - 3511
Télétravail	3512 - 3535
Compte épargne-temps	3536 - 3579
Durée du travail : règles applicables aux jeunes travailleurs	3580 - 3592
Conséquences d'une modification de la durée collective de travail	3593 - 3619
Repos obligatoires	3620 - 3664
Jours fériés et ponts.....	3665 - 3704
Congés payés.....	3705 - 3825
Journée de solidarité et dons de jours de repos	3826 - 3860
DIVISION 14	
Hygiène, sécurité et santé au travail	
Obligation de sécurité et devoir de prévention.....	3861 - 3909
Environnement de travail et protection des salariés	3910 - 3964
Entreprises extérieures.....	3965 - 3979
Santé physique et mentale des salariés.....	3980 - 4042
Prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels.....	4043 - 4056
Services de prévention et de santé au travail : organisation et fonctionnement.....	4057 - 4114
DIVISION 15	
Représentation salariale	
Représentativité syndicale.....	4115 - 4153
Syndicats dans l'entreprise	4154 - 4235
Cadre de la mise en place du CSE	4236 - 4260
Composition et organisation du CSE	4261 - 4284
Fonctionnement du CSE	4285 - 4343
CSE central et CSE d'établissement.....	4344 - 4358
Attributions d'ordre économique et professionnel du comité social et économique.....	4359 - 4416
Attributions et ressources du comité social et économique en matière d'activités sociales et culturelles.....	4417 - 4462
Les commissions du comité social et économique.....	4463 - 4480
Les experts du CSE	4481 - 4502
Représentants de proximité	4503 - 4513
Le conseil d'entreprise	4514 - 4522
Comité de groupe	4523 - 4560
Comité d'entreprise européen.....	4561 - 4603
Comité de la société européenne et de la société coopérative européenne	4604 - 4665
Droits et obligations des représentants du personnel.....	4666 - 4717
Délit d'entrave	4718 - 4743
Participation des salariés aux organes de gestion.....	4744 - 4748
Services sociaux du travail.....	4749 - 4752

DIVISION 16

Élections professionnelles

Préparation des élections	4753 - 4835
Opérations électorales et déroulement du scrutin	4836 - 4873
Contestations électorales.....	4874 - 4888

DIVISION 17

Expression collective des salariés

Exercice du droit d'expression des salariés dans l'entreprise.....	4889 - 4895
Le droit de grève	4896 - 4964

DIVISION 18

Dispositifs d'« épargne salariale » et prévoyance

Les dispositifs d'« épargne salariale » — Dispositions communes — Articulation	4965 - 4972
Participation	4973 - 5024
Intéressement.....	5025 - 5076
Plans d'épargne salariale et attributions d'actions gratuites	5077 - 5133
Garanties complémentaires de prévoyance ou santé dans l'entreprise	5134 - 5199

DIVISION 19

Statuts particuliers

Travailleurs handicapés	5200 - 5233
Stagiaires en entreprise	5234 - 5264

DIVISION 20

Contrôle et contentieux

Inspection du travail : rôle et pouvoirs.....	5265 - 5312
Contentieux prud'homal	5313 - 5384
Délais de prescription en droit du travail.....	5385 - 5432

TITRE 2

Charges sociales obligatoires

DIVISION 1

Taux et calcul des charges sociales

Les différentes charges sociales obligatoires.....	5433 - 5524
Assiette minimale, plafonds et cotisations forfaitaires.....	5525 - 5589
Tarification des accidents du travail	5590 - 5627
Réduction générale de cotisations, allègement de la cotisation d'allocations familiales, réduction de la cotisation d'assurance maladie	5628 - 5658

DIVISION 2

Assiette des charges sociales

Rémunérations en espèces.....	5659 - 5724
Avantages en nature	5725 - 5755
Frais professionnels.....	5756 - 5781
Sommes et avantages attribués par des tiers.....	5782 - 5810
Sommes attribuées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou postérieurement	5811 - 5847
Épargne salariale.....	5848 - 5869
Prise en charge de cotisations salariales — Contributions patronales de retraite et de prévoyance complémentaires	5870 - 5895

Sommaire analytique

DIVISION 3

Païement des charges sociales

Principales déclarations obligatoires et paiement des charges sociales.....	5896 - 5968
Sanctions du non-paiement des charges sociales et du défaut de déclarations.....	5969 - 5999
Contrôle, redressement et garanties des cotisants	6000 - 6081
Contentieux du recouvrement	6082 - 6118

Abréviations

Accre	Aide aux chômeurs créateurs d'entreprise
Acoss	Agence centrale des organismes de sécurité sociale
AELE	Association européenne de libre échange
Agefiph	Association nationale pour la gestion du fonds d'insertion professionnelle des handicapés
AGS	Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés
Agirc	Association générale des institutions de retraite des cadres
ANI	Accord national interprofessionnel
Apec	Association pour l'emploi des cadres
ARE	Aide au retour à l'emploi
Arrco	Association des régimes de retraite complémentaire
Arr. min.	Arrêté ministériel
ARTT	Aménagement et réduction du temps de travail
AS-FNE	Allocation spéciale du Fonds national de l'emploi
ASP	Agence de services et de paiement (ex-Cnasea)
Biaf	Bordereau d'accès à la formation
BO Séc. Soc.	Bulletin officiel du ministère des affaires sociales
BO Trav.	Bulletin officiel du ministère du travail et de l'emploi
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. jur. Ucanss	Bulletin juridique de l'Union des Caisses nationales de sécurité sociale
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CA Paris	Arrêts de la cour d'appel de Paris
Cah. DRH	Cahiers des DRH
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cah. soc. barreau	Cahiers sociaux du barreau de Paris
Carsat	Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail
Cass. ass. plén.	Arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. réunies	Arrêts de la Cour de cassation, chambres réunies
Cass. civ.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale
CC	Convention collective
CCE	Comité central d'entreprise
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
CCN	Convention collective nationale
C. com.	Code de commerce
CCVRP	Caisse nationale de compensation de cotisations de sécurité sociale des voyageurs, représentants et placiers à cartes multiples
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CE	Conseil d'État
CEJ	Contrat d'engagement jeune
Ceseda	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CET	Compte épargne-temps
CFA	Centre de formation des apprentis
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Circ. min.	Circulaire ministérielle
C. just. adm.	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cleiss	Centre des liaisons européennes et internationales de la sécurité sociale
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
CPA	Compte personnel d'activité

Le Lamy social

CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CPF	Compte personnel de formation
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CRDS	Contribution pour le remboursement de la dette sociale
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSE	Comité social et économique
CSEC	Comité social et économique central
CSG	Contribution sociale généralisée
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSP	Contrat de sécurisation professionnelle
CSP art.	Code de la santé publique article
CSS	Code de la sécurité sociale
CSSCT	Commission santé, sécurité et conditions de travail
C. trav.	Code du travail
D.	Décret ou Dalloz
D. 1990, chr.	Dalloz, année 1990, chroniques
D. 1990, IR.	Dalloz, année 1990, informations rapides
D. 1990, somm.	Dalloz, année 1990, sommaires
DADS	Déclaration annuelle des données sociales
DDTEFP	Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
DGT	Direction générale du travail, ministère du Travail
Direccte	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
Dreets	Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
DS	Délégué syndical
EEE	Espace économique européen
Esat.	Etablissement ou service d'aide par le travail
Fnal.	Fonds national d'aide au logement
FNE	Fonds national de l'emploi
Fongecif.	Fonds de gestion du congé individuel de formation
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPEC	Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences
GEPP	Gestion des emplois et des parcours professionnels
INPR	Institution nationale de prévoyance des représentants
Ircem	Institution de retraite complémentaire des employés de maison
IRP	Institutions représentatives du personnel
IRPVRP	Institution de retraite et de prévoyance des représentants
IRREP	Institution de retraite par répartition des représentants
JCP 1999-5103	Juris-classeur périodique 1999, n° 5103 (édition Commerce et Industrie)
JRTT	Jours de réduction du temps de travail
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
JO	Journal Officiel (édition Lois et décrets)
JOANQ.	Journal officiel Assemblée nationale, questions-réponses
JOAN CR	Journal officiel, débats parlementaires, Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JO Sénat CR	Journal officiel, débats parlementaires, Sénat
JO Sénat Q.	Journal officiel, Sénat, questions-réponses
L.	Loi
Liaisons soc.	Liaisons sociales Quotidien
OFII	Office français de l'immigration et de l'intégration
Ofpra	Office français pour la protection des réfugiés et apatrides
OIT	Organisation internationale du travail
OPACIF	Organismes paritaires collecteurs agréés au titre du congé individuel de formation
OPCA	Organisme paritaire collecteur agréé
Ord.	Ordonnance
P	Arrêt publié dans le bulletin mensuel de la Cour de cassation

Abréviations

P+B.....	Arrêt publié également dans le bulletin civil et social de la Cour de cassation
PDV	Plan de départs volontaires
PPAE.....	Projet personnalisé d'accès à l'emploi
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
RCC.....	Rupture conventionnelle collective
Rec. CE	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rép. min.....	Réponse ministérielle
RGTF	Recueil général des traités de la France
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RP	Représentant du personnel
RPDS	Revue pratique de droit social
RSS	Représentant de la section syndicale
RTT.....	Réduction du temps de travail
S. 1947-1-183	Recueil Sirey 1947, première partie, page 183
SPST	Service de prévention et de santé du travail
SPSTI.....	Service de prévention et de santé au travail interentreprises
SSL	Semaine sociale Lamy
TA Paris.....	Tribunal administratif de Paris
Tass.....	Tribunal des affaires de sécurité sociale
Tepa	Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat
T. civ. ou com. ou corr.....	Tribunal civil ou tribunal de commerce ou tribunal correctionnel
<i>TFUE</i>	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</i>
TGI	Tribunal de grande instance
TIC	Technologie de l'information et de la communication
TI.....	Tribunal d'instance
TJ.....	Tribunal judiciaire
TPS.....	Travail et protection sociale
TUE.....	Traité de l'Union européenne
UE	Union européenne
UES.....	Unité économique et sociale
Unédic.....	Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
Urssaf.....	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales
UT	Unité territoriale (Directe)

DIVISION 9

ACCORDS D'ENTREPRISE

CHAPITRE 2.

Grands thèmes de négociation

SOUS-SECTION 3

Dispositions supplétives

DIVISION 9

ACCORDS D'ENTREPRISE

CHAPITRE 1.

Négociation, conclusion et application des conventions d'entreprise

SECTION 3

Problèmes spécifiques posés par les accords d'entreprise portant sur la durée du travail

prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord ».

Les négociateurs de l'accord peuvent donc organiser sa primauté sur les accords des entreprises qui la composent, sans que les salariés puissent invoquer le principe de faveur.

— Voir n° 1488.

SECTION 3

Problèmes spécifiques posés par les accords d'entreprise portant sur la durée du travail

1576

Règle particulière applicable aux accords de durée du travail conclus avec des élus du personnel non mandatés

— Voir n° 1506.

1577

Révision des accords de durée du travail conclus avec des salariés mandatés selon le dispositif simplifié de la loi Aubry

En ce qui concerne la révision des accords signés, avec des salariés mandatés, dans le cadre du dispositif simplifié organisé par l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, l'article 15 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 précisait qu'un tel accord pouvait être révisé dans les mêmes conditions.

Remarques

Ces dispositions n'ont été abrogées ni par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant réforme du dialogue social, ni par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (Loi Rebsamen), ni par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (Loi Travail), ni par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

Un autre salarié mandaté par la même organisation syndicale semble être habilité à signer l'avenant de révision de ces accords.

La circulaire DRT n° 2003-06 du 14 avril 2003 précisait sur ce point que « l'organisation syndicale signataire de l'accord doit désigner un salarié, avec toutes les précisions assignées au mandat : modalités de désignation, fixation des termes de la négociation, obligations d'information du mandataire vis-à-vis du syndicat mandant, conditions de conclusion et de signature, conditions de résiliation du mandat, conditions du suivi de l'accord de révision ou de renouvellement. L'avenant de révision ou de renouvellement de l'accord conclu avec le salarié mandaté doit être approuvé par la majorité des salariés à la majorité de suffrages exprimés ».

Dans son ancienne rédaction, l'article L. 2232-29 précisait par ailleurs que les accords d'entreprise ou d'établissement conclus avec des élus ou un salarié mandaté pouvaient être renouvelés, révisés ou dénoncés selon les modalités de négociation fixées respectivement par l'employeur signataire, les représentants élus du personnel ou le salarié mandaté.

La loi du 17 août 2015 a modifié les dispositions de l'article L. 2232-29 du Code du travail. Elle prévoit désormais que les modalités de renouvellement, révision et dénonciation des accords ainsi conclus seront définies par un décret en Conseil d'État. Cette réforme a été justifiée par le rapporteur de l'Assemblée nationale par ce que, « concrètement, les accords conclus avec les représentants élus du personnel soulèvent une difficulté particulière dans la mesure où le renouvellement régulier des instances représentatives peut conduire à ce qu'ils ne soient pas renouvelés par les salariés dans leur mandat ». « C'est pourquoi le décret en question a vocation à assurer à la fois la sécurité juridique des accords conclus, mais également à permettre leur évolution lorsque les signataires ne seront soit plus élus, soit plus mandatés » (*Rapport AN n° 2792, 21 mai 2015, Sirugue, p. 307*).

Un doute subsiste s'agissant des règles applicables à la révision des accords signés sous l'empire des lois Aubry et Fillon, compte tenu notamment du maintien en vigueur des dispositions de l'article 15 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003.

1578

Dénonciation des accords de durée du travail — Maintien de la rémunération annuelle des 12 derniers mois

Doivent être pris en compte tous les éléments conventionnels et contractuels de rémunération assujettis à charges sociales, tels que les contreparties financières relatives aux astreintes, aux temps d'habillage, au temps excédentaire de trajet, la rémunération des temps de pauses, l'indemnité différentielle de passage à 35 heures, etc. Un doute subsiste en ce qui concerne les indemnités versées en contrepartie de sujétions ayant entre temps disparues.

Si, à la lettre de l'article L. 2261-13 du Code du travail, ces éléments ne sont pas expressément exclus de la garantie de rémunération, cette incorporation ne semble pas conforme à l'esprit du texte. Il s'agit en effet de garantir au salarié un niveau de rémunération « acquis » et non pas de faire perdre des éléments par nature ponctuels ou subordonnés à des conditions qui ne sont plus remplies.

En ce qui concerne la rémunération des heures supplémentaires effectuées au cours des 12 derniers mois, celle-ci ne doit être prise en compte, sauf si ces heures sont incluses dans la durée contractuelle de travail. L'article L. 2261-13 fait en effet référence aux éléments salariaux versés « pour une durée équivalente à celle prévue par le contrat de travail ».

— Sur le mécanisme de la garantie de rémunération, voir n° 1544.

1579

Mise en cause des accords de durée du travail

L'accord de durée du travail appliqué dans l'entreprise peut, par exemple, être mis en cause dans les situations suivantes :

— un changement d'activité peut conduire l'entreprise à relever d'une autre convention de branche prévoyant des dispositions différentes en matière de durée du travail ;

- il en va de même en cas de délocalisation, lorsque l'entreprise n'est plus implantée dans le champ d'application géographique de cet accord professionnel ;
- mais le cas le plus fréquent est celui où l'entreprise est absorbée par une autre, sans conserver une quelconque autonomie. Les accords d'entreprise de durée du travail qui y avaient été négociés ne sont dès lors plus applicables, à brève échéance.

La principale difficulté réside dans la coexistence éventuelle des dispositions conventionnelles de l'entreprise d'accueil et de celles appliquées dans l'entreprise absorbée (lorsque leurs effets sont provisoirement maintenus) pendant le délai de survie ou lorsque le nouvel employeur continue à appliquer volontairement tout ou partie des dispositions de l'ancien accord mis en cause. Ce sont alors les dispositions ayant le même objet ou la même cause, et qui sont les plus favorables, qui s'appliquent, celles-ci s'appréciant globalement, tous salariés concernés confondus, et non pas individu par individu et avantage par avantage. S'agissant, par exemple, d'accords d'aménagement et de réduction du temps de travail, la Cour de cassation a approuvé la comparaison, effectuée par la Cour d'appel, sur la base du nombre annuel d'heures travaillées, lequel était moins élevé dans l'accord de l'entreprise absorbante que dans celui de la société absorbée (*Cass. soc.*, 24 mars 2021, n° 19-15.920).

Cette comparaison peut néanmoins s'avérer très délicate en matière de durée du travail, car les accords conclus reposent souvent sur des compromis. Une plus grande flexibilité d'organisation a pu, par exemple, être compensée par des contreparties en argent ou en repos plus généreuses. De nouveaux avantages sociaux ont pu être accordés dans d'autres domaines que celui de la durée du travail (formation, prévoyance, etc.).

La conclusion anticipée d'un accord « d'harmonisation » ou « de transition » permet désormais d'éviter un tel télescopage (voir n° 2382).

1580

Accords de durée du travail — Inopposabilité des dispositions conventionnelles non conformes à la loi

Lorsque les aménagements mis en place sont illicites, les salariés concernés sont fondés à demander l'application des règles de droit commun, notamment en ce qui concerne le régime des heures supplémentaires. Ils peuvent aussi, le cas échéant, prendre acte, pour ce motif, d'une rupture de leur contrat de travail aux torts de leur employeur (sur la prise d'acte de rupture, voir nos 2441 et s.).

— Sur le délai de prescription applicable et son point de départ, voir n° 5396.

— Sur l'action judiciaire des syndicats en nullité, voir n° 4169.

1581

Sécurisation formelle des anciens accords de durée du travail conclus avec des salariés mandatés ou des délégués du personnel (version loi Aubry)

Dès lors que la loi Fillon (*L. n° 2003-47, 17 janv. 2003*) abrogeait les dispositions qui autorisaient la conclusion d'accords relatifs à la durée du travail avec des salariés mandatés ou des délégués du personnel, elle devait régler le sort des accords conclus sous cette forme avant son entrée en vigueur.

Elle légalise donc sous certaines conditions les accords conclus avec des élus du personnel ou, à défaut, un salarié mandaté.

L'article 15 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 prévoit que ces accords continuent de produire effet et qu'ils peuvent être révisés et renouvelés dans les mêmes conditions.

Toutefois, ils cesseront de produire effet dans les cas suivants (*C. trav.*, art. L. 2261-10) :

- s'ils sont dénoncés ou mis en cause, notamment en cas de changement d'activité, de fusion, de scission ou de cession ;
- en cas de conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement s'y substituant (voir n° 2384).

En revanche, la conclusion d'un accord de branche postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ne devrait pas remettre en cause *ipso facto* l'accord antérieur, puisque cette situation n'entre pas dans les prévisions de l'article 15.

1582

Sécurisation des anciens accords de durée du travail conclus par des syndicats « non majoritaires »

L'article 16 de la loi Fillon (*L. n° 2003-47, 17 janv. 2003*) avait validé, au regard du principe « majoritaire » qu'elle a institué, les stipulations des conventions ou accords collectifs de branche ou des accords d'entreprise ou d'établissement conclus en application des lois Aubry.

Une disposition analogue existait dans la loi Aubry II (*L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, art. 28*) avec toutefois une précision complémentaire : la sécurisation jouait au profit des accords conclus dans le cadre de la loi Aubry I, sous réserve que les dispositions en cause soient « conformes aux dispositions de la présente loi ».

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ne contenait, pour sa part, aucune disposition explicite sur ce point. Les règles de validité des accords collectifs s'appréciant, sauf dispositions contraires, à la date de leur conclusion, les accords non frappés d'opposition, conclus avec des syndicats n'ayant pas recueillis plus de 30 % des suffrages sont donc toujours applicables.

Bien que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 soit, elle-même, muette sur ce point, il en va de même pour les accords de durée du travail, conclus avant le 1^{er} janvier 2017, avec des syndicats n'ayant pas recueillis plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisation syndicales représentatives.

1583

Sécurisation des anciens accords d'anticipation de la réduction de la durée du travail

L'article 28 de la loi Aubry II (*L. n° 2000-37, 19 janv. 2000*) a validé les dispositions conventionnelles antérieures, négociées sous l'empire de la loi Aubry I, qui étaient illégales à la date de leur conclusion, mais qui étaient conformes à la deuxième loi Aubry.

Bien que cette condition n'ait pas figuré dans l'article 16 de la loi Fillon (*L. n° 2003-47, 17 janv. 2003*), elle était sous-entendue (voir les observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi devant le Conseil constitutionnel).

Par conséquent, les dispositions antérieures qui étaient illégales au regard des lois Aubry, mais conformes à la loi Fillon, sont validées à compter de l'entrée en vigueur de la loi (21 janvier 2003).

En revanche, les dispositions conventionnelles qui étaient illégales au regard des lois Aubry et non conformes à la loi Fillon demeurent illégales. Il en va ainsi, par exemple, des accords prévoyant un régime conventionnel d'équivalence en dehors de tout décret ou d'un accord qui retiendrait une autre conception du travail effectif que celle de la loi.

Contrairement aux lois du 19 janvier 2000 et du 17 janvier 2003, la *loi n° 2008-789 du 20 août 2008* ne valide pas les dispositions conventionnelles non conformes à la législation en vigueur à la date de leur conclusion, même si celles-ci sont désormais autorisées par la loi. Ces dispositions sont donc toujours illégales.

1584

Accord de durée du travail — Maintien en vigueur des anciennes dispositions conventionnelles conformes aux dispositions légales antérieures

Les accords conclus en conformité et sous l'empire de dispositions du Code du travail qui ont été entre-temps modifiées ou abrogées restent en principe en vigueur pour autant que leurs dispositions ne violent pas la loi en vigueur.

Dans la mesure où les modifications législatives intervenues depuis 2002 ont presque toujours eu pour objectif d'assouplir les dispositions existantes, ce risque est quasi inexistant.

Une des rares exceptions concerne toutefois les dispositions conventionnelles relatives aux forfaits en jours. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail, et quelle que soit leur date de conclusion, celles-ci doivent désormais contenir des garanties que n'imposaient pas les textes antérieurs. C'est pourquoi des mécanismes spécifiques ont été mis en place pour les sécuriser.

À noter également que les *article 19 et 20 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* ont pris soin de sécuriser les anciens accords collectifs aménageant le temps de travail sous forme de cycle, de modulation, d'annualisation avec attribution de JRTT, organisant le temps partiel modulé ou mettant en place des forfaits en heures ou en jours.

Pour bénéficier de cette sécurisation, encore faut-il que le contenu des accords en question soit conforme à ce qu'imposait, à l'époque, le Code du travail (*Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-19.834*).

À défaut, et quand bien même l'accord satisfait aux dispositions légales actuelles, il n'est plus applicable. C'est en effet à la date de sa conclusion que doivent être appréciées ses conditions de validité.

La Cour de cassation avait ainsi jugé qu'à défaut de comporter un programme indicatif de la répartition de la durée du travail et de définir des contreparties, en cas de réduction du délai de prévenance à respecter en cas de modification de la programmation prévisionnelle, les dispositions d'un accord de modulation, conclu en 2001, ne respectaient pas les anciennes dispositions de l'*article L. 3122-9 du Code du travail* alors en vigueur. Conformément à l'*article 20 V de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008*, ces dispositions conventionnelles n'étaient donc pas restées en vigueur (*Cass. soc., 17 déc. 2014, précitée*).

La loi du 8 août 2016 a pris en compte cette jurisprudence. Elle a sécurisé, sur ce point, les accords d'aménagement du temps de travail antérieurs à la *loi n° 2008-789 du 20 août 2008* en précisant que cessent d'être applicables à ces accords collectifs les dispositions relatives à la détermination d'une programme indicatif (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12 IV*). La loi de 2008 avait, pour sa part, supprimé cette exigence pour les accords d'aménagements plurihebdomadaires du temps conclus après son entrée en vigueur.

Sont concernés par cette régularisation :

- l'accord de modulation, version antérieure à la loi du 19 juin 1987 (C. trav., ancien art. L. 212-8-1) ;
- l'accord d'annualisation, version antérieure à la *loi du 20 décembre 1993* (C. trav., ancien art. L. 212-2-1) ;
- l'accord de modulation, version antérieure à la *loi du 19 janvier 2000* (C. trav., ancien art. L. 212-8) ;
- l'accord de modulation, version antérieure à la loi du 20 août 2008 (C. trav., ancien art. L. 3122-11).

A fortiori, si les accords sont conformes à la législation sous l'empire de laquelle ils ont été conclus, ceux-ci continuent en principe à s'appliquer dans les conditions fixées par la législation antérieure (*Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, fiche n° 11*).

Les seules exceptions concernent, d'une part, les accords relatifs aux forfaits en jours et, d'autre part, les accords-cadre qui renvoyaient à des accords locaux la fixation de ses modalités de fonctionnement. S'agissant des seconds, c'est la solution qu'avait adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 17 décembre 2014. Et pour cause, car, la convention de branche était, d'une part, incomplète et renvoyait, d'autre part, aux accords d'entreprise la fixation de ses conditions d'applications. Or, si ces derniers avaient bien été conclus, ils avaient été par la suite dénoncés.

Il en résulte, selon nous, que pour continuer à produire effet, l'accord de modulation, de cycle, de JRTT... peut résulter d'un accord cadre, pour autant qu'il ait été complété par des dispositions conventionnelles locales, toujours en vigueur, conclues avant la loi du 20 août 2008 et conformes à l'ancienne législation.

DIVISION 14

HYGIÈNE, SÉCURITÉ ET SANTÉ AU TRAVAIL

CHAPITRE 4.

Santé physique et mentale des salariés

SECTION 2

Préservation de la santé mentale et de la dignité des salariés

SOUS-SECTION 3

Harcèlement sexuel et moral - Agissements sexistes

§ 3. Harcèlement — Moyens de lutte et sanctions

1602

1602 Dispositions supplétives — Informations devant accompagner la négociation sur les salaires

La loi prend soin de préciser que l'information sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs, laquelle devait accompagner la négociation sur les salaires effectifs, doit aussi être fournie à l'occasion de la négociation regroupée (*C. trav., art. L. 2242-16*).

Dans les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation annuelle de négocier (entreprises ayant négocié une autre périodicité), l'employeur communique aux salariés qui en font la demande une information sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs.

§ 2. Analyse des sous-rubriques de la négociation sur les salaires

1603 Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur les salaires — Salaires effectifs

Le premier thème de la négociation est la rémunération.

Il s'agit des salaires catégoriels et non des salaires individuels. Comme le souligne la circulaire ministérielle de 1983 « la notion de salaires effectifs s'entend comme les salaires bruts par catégories, y compris les primes et avantages en nature... La négociation sur les salaires effectifs ne concerne donc pas les décisions individuelles en matière de rémunération » (*Circ. min., 5 mai 1983, JONC 3 juill., p. 6153*).

L'incidence de la part réservée aux augmentations individuelles devrait être abordée.

La négociation doit concerner l'ensemble des salariés. L'employeur ne peut refuser d'inclure les modifications qu'il se propose d'apporter au calcul de la paie d'une catégorie de personnel (*Cass. crim., 28 mars 1995, n° 92-80.694*).

La Cour de cassation a précisé que cette négociation doit porter sur les modalités des salaires variables des commerciaux. En l'espèce, la mise en place par une compagnie d'assurances d'un nouveau contrat entraînant une modification du taux des commissions n'ayant pas été abordée lors de la négociation annuelle, cette mesure a dû être suspendue jusqu'au respect par l'employeur de ses obligations (*Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594*).

Sans préjudice de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, celle sur les salaires doit donner lieu à l'examen de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes.

1604 Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur les salaires — Durée effective et organisation du temps de travail

En tant qu'elle doit porter sur la durée effective de travail (*C. trav., art. L. 2242-15*), la négociation peut englober, au-delà du temps de travail proprement dit, les congés payés, les jours fériés, les ponts.

La négociation sur les congés payés est prévue par le Code du travail d'une manière qui semble l'imposer, au moins dans les entreprises dotées de délégués syndicaux (voir n° 3757).

Quant à l'organisation du temps de travail, elle vise notamment :

- les modes de répartition de l'horaire collectif de travail (répartition dans la semaine, aménagement pluri-hebdomadaire, etc.) ;
- les formes particulières d'organisation du travail (travail par roulement, travail en continu, travail de nuit, etc.) ;
- les aménagements de nature à faciliter une meilleure conciliation entre vie professionnelle et personnelle, notamment pour les femmes.

L'article L. 2242-15 du Code du travail vise aussi expressément la mise en place du travail à temps partiel et la réduction du temps de travail.

1605 Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur les salaires — Épargne salariale

Selon l'article L. 2242-15 du Code du travail, lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord d'intéressement ou de participation, un plan d'épargne d'entreprise, un plan d'entreprise pour la mise à la retraite collectif (Perco) ou par un accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs, l'employeur appliquant les dispositions supplétives est tenu d'engager, chaque année, une négociation à cette fin et, s'il y a lieu, sur l'affectation d'une partie des sommes collectées dans le cadre du plan d'épargne retraite d'entreprise collectif (Pereco) et à l'acquisition de parts de fonds solidaires mentionnés à l'article L. 3334-13 du Code du travail.

Par ailleurs, lorsque l'entreprise a mis en place un PEE depuis plus de trois ans, elle est tenue d'ouvrir une négociation en vue de la mise en place d'un Perco ou d'un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies (*C. trav., art. L. 3334-3*).

1606 Dispositions supplétives — Négociation sur les salaires — Utilisation de la base de données économiques, sociales et environnementales

Dans les entreprises dotées d'un comité social et économique ou d'un conseil d'entreprise, le contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales, imposé à titre supplétif, à défaut d'accord collectif en disposant autrement, a été enrichi d'une rubrique sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*C. trav., art. L. 2312-36*) :

« 2° Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise : diagnostic et analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise, part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration. »

Cette rubrique, lorsqu'elle existe (*C. trav., art. L. 2312-11*) doit servir d'appui à la négociation.

§ 3. Analyse des sous-rubriques de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur la qualité de vie et des conditions de travail

1607

Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie et des conditions de travail — Articulation entre vie personnelle et professionnelle

C'est un thème qui a été introduit dans la négociation par la *loi n° 2015-994 du 17 août 2015*, donc avant l'obligation de négocier sur le droit à la déconnexion qui l'a été par la *loi n° 2016-1088 du 8 août 2016*. Cette thématique fait d'ailleurs l'objet d'une mention spécifique dans l'article L. 2242-17 du *Code du travail*.

On peut alors légitimement se demander quel est le contenu de cette négociation, sachant que la durée du travail est abordée dans le premier grand thème de négociation, rémunération/durée du travail/partage de la valeur ajoutée. Seule réponse logique, la négociation devra porter sur l'espace de vie personnelle réservé aux salariés sur les lieux du travail, tel par exemple que le droit d'utiliser le téléphone et/ou l'ordinateur à des fins du personnelles et les conditions et encadrement de ce droit.

1608

Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie et des conditions de travail — Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes fait partie des sujets de négociation obligatoire qui sont classés comme étant d'ordre public (voir n° 1591).

Les dispositions supplétives le reprennent en donnant une liste précise des points à traiter :

- suppression des écarts de rémunération ;
- égalité quant à l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, le déroulement de carrière et la promotion professionnelle ;
- égalité des conditions de travail et d'emploi, en particulier pour les travailleurs à temps partiel ;
- mixité des emplois ;
- possibilité pour les travailleurs à temps partiel de cotiser sur un salaire à temps plein et conditions de prise en

charge par l'employeur de tout ou partie des cotisations supplémentaires.

Voir n° 1844.

1609

Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie et des conditions de travail — Lutte contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation

Ce thème de négociation constitue un sujet à part, car il dépasse le seul objectif de lutte contre la discrimination en fonction du sexe.

Il s'agit donc d'envisager toutes les sources possibles de discrimination (voir n° 201) et d'inventer des moyens de les éviter.

1610

Dispositions supplétives — Sous-rubriques de la négociation sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie et des conditions de travail — Travailleurs handicapés

Cette disposition supplétive reprend une obligation remontant à la *loi n° 2005-102 du 11 février 2005*. Elle avait été intégrée dans la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie et des conditions de travail par la *loi n° 2015-994 du 17 août 2015*.

Les dispositions précédentes ont été reprises mot pour mot : la négociation porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi, ainsi que sur les actions de sensibilisation au handicap de l'ensemble du personnel de l'entreprise.

Afin de développer les démarches préventives contre le risque de désinsertion professionnelle des salariés handicapés, un décret rend obligatoire l'inscription d'un plan de maintien dans l'entreprise au sein des accords agréés au titre de l'obligation d'emploi (*C. trav.*, art. R. 5212-14).

Remarques

En vertu de l'article L. 5212-8 du *Code du travail*, les employeurs peuvent s'acquitter de leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés en mettant en œuvre un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement en faveur des travailleurs handicapés. Ces accords sont agréés par l'autorité administrative. Pour être exonérateurs, ces accords doivent prévoir un programme d'actions annuel ou pluriannuel comportant obligatoirement un plan d'embauche en milieu ordinaire.

Cette négociation se déroule sur la base des informations contenues dans la base de données économiques, sociales et environnementales.

— Sur cet accord et les mesures nouvelles intervenues depuis le 1^{er} janvier 2020, voir n° 5211.

1611 Dispositions supplétives —
Sous-rubriques de la négociation
sur l'égalité professionnelle
femmes/hommes et la qualité de vie
et des conditions de travail —
Prévoyance et régime complémentaire
de frais de santé

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a renforcé et planifié l'obligation de négocier sur un régime de couverture complémentaire des frais de santé.

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 avait intégré ce sujet dans le deuxième grand thème de négociation périodique obligatoire pour les entreprises non encore couvertes par un accord de branche ou un accord d'entreprise. L'article L. 2242-17 du Code du travail reprend cette condition.

— Sur la négociation en matière de prévoyance et de frais de santé dans l'entreprise, voir n° 5148 et s.

1612 Dispositions supplétives —
Sous-rubriques de la négociation
sur l'égalité professionnelle
femmes/hommes et la qualité de vie
et des conditions de travail —
Droit d'expression collective des salariés

Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail (*C. trav.*, art. L. 2281-1). Depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, l'accès de chacun au droit d'expression collective peut être assuré par le recours aux outils numériques.

L'intégration du droit d'expression collective dans la négociation portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail est prévue à deux endroits : dans l'article L. 2242-17 du Code du travail relatif aux dispositions supplétives (sujet ici traité), mais également dans l'article L. 2281-5 du Code du travail. Celui-ci est suivi d'un article L. 2281-6 du Code du travail aux termes duquel : « Lorsqu'un accord sur le droit d'expression existe, l'employeur provoque une réunion, au moins une fois tous les trois ans, avec les organisations syndicales représentatives en vue d'examiner les résultats de cet accord et engage sa renégociation à la demande d'une organisation syndicale représentative. »

Remarques

L'articulation de ces textes présente une difficulté, car l'obligation issue de l'article L. 2242-17 est annuelle, alors que celle de l'article L. 2281-6 est triennale. Par ailleurs, lorsque les partenaires sociaux ont négocié un accord relatif à la périodicité des négociations (voir n° 1594), cette dernière peut être d'au moins quatre ans et le sujet de l'expression collective peut ne pas être abordé.

On peut donc penser :

- qu'en l'absence d'accord, à la fois sur la périodicité des négociations et sur le droit d'expression, le sujet doit être abordé tous les ans ;
- qu'en présence d'un accord sur le droit d'expression, nonobstant une convention sur la périodicité des négociations qui fixerait une périodicité plus longue ou qui aurait omis de prévoir le sujet dans son « planning » de négociations, une réunion doit être convoquée tous les trois ans pour

tirer un bilan de l'accord, ce bilan pouvant déboucher sur une renégociation à l'initiative d'une organisation syndicale représentative.

— Sur le contenu de la négociation, voir n° 4892.

1613 Dispositions supplétives —
Sous-rubriques de la négociation
sur l'égalité professionnelle
femmes/hommes et la qualité de vie
et des conditions de travail —
Droit à la déconnexion

En 2017, en application de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail devait comporter un volet sur le droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale.

Cette négociation était complémentaire de celle sur l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés (voir n° 1607).

Depuis le 1^{er} janvier 2018, cette obligation de négocier sur ce thème a été transférée dans les dispositions supplétives, elle ne figure pas dans les règles d'ordre public. En conséquence, elle ne s'impose pas aux entreprises ayant négocié un accord préalable sur la périodicité et les thèmes de négociation (voir n° 1594).

Remarques

Puisqu'il s'agit d'un droit, l'employeur ne peut pas s'abriter derrière le fait que les partenaires sociaux n'ont pas voulu négocier sur cette question pour s'exonérer d'en assurer l'exercice. À défaut d'accord, il doit établir un plan d'action unilatéral.

a) Pour les entreprises soumises aux dispositions supplétives, la négociation n'est pas optionnelle

Cette négociation fait partie de l'énumération des sujets sur lesquels « porte » la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail (*C. trav.*, art. L. 2242-17). Sachant que, dans les textes légaux, l'indicatif vaut impératif, les entreprises assujetties à la négociation annuelle doivent chercher un accord, ce n'est qu'à défaut d'accord qu'elles seront conduites à définir unilatéralement un plan d'action.

Remarques

Les entreprises peuvent-elles s'exonérer de l'obligation sous le prétexte que leur personnel n'utilise aucun outil des technologies de l'information ? La réponse est forcément négative, car aucune entreprise ne peut garantir que les membres de son personnel n'utilisent pas un téléphone.

b) Objet de la négociation

1. Définition du droit à la déconnexion

Le droit à la déconnexion est le droit pour un salarié de ne pas être joignable par les outils de communication, téléphone, tablette, ordinateur, en dehors de son temps de travail, ceci « en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé, ainsi que de la vie personnelle et familiale » (*C. trav.*, art. L. 2242-17).

Dans une interview accordée à la *Semaine sociale Lamy* (Semaine Sociale Lamy n° 1755, 6 févr. 2017), le directeur de l'Anact, *Hervé Lanouzière* va plus loin : derrière la question du droit à la déconnexion, il y a surtout la question plus fondamentale de la charge de travail et de son évaluation. Les modalités classiques de suivi du temps de travail (fiches de pointage, etc.) ne suffisent plus à l'apprécier. De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés.

2. Objectif : permettre au salarié d'exercer pleinement son droit

Il ne s'agit pas de négocier sur l'existence du droit, celui-ci est acquis, mais les mesures permettant d'en assurer l'effectivité.

c) Intérêt de parvenir à un accord

Il n'est rien de plus délicat que de cerner et d'assurer le droit à la déconnexion. S'il est indispensable de traquer les abus, notamment ceux qui pourraient déboucher sur du harcèlement moral, il peut être nécessaire de se réserver des souplesses. Celles-ci ne pourront être obtenues que par la négociation, l'employeur pouvant se faire reprocher, s'il se les réserve dans son plan d'action unilatéral, d'organiser la violation du droit. Le plan d'action est forcément plus radical que l'accord.

d) Contenu de l'accord

Sur le contenu de l'accord et les diverses approches, voir n° 6562.

1614

**Dispositions supplétives —
Sous-rubriques de la négociation
sur l'égalité professionnelle
femmes/hommes et la qualité de vie
et des conditions de travail — Santé
et sécurité au travail et prévention
des risques professionnels**

a) Une simple faculté

Ce sujet de négociation est issu de la *loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 (art. 4)* destinée au renforcement de la prévention en santé au travail. Cette dernière n'institue pas vraiment une obligation, mais une recommandation : la négociation « peut également porter sur la qualité des conditions de travail, notamment sur la santé et la sécurité au travail et la prévention des risques professionnels » (*C. trav., art. L. 2242-19-1*).

Remarques

Il n'y a donc, à première vue, aucun risque à esquiver ce nouveau thème. Pour employer les termes bien connus en matière d'assurance, il n'y aura pas de malus pour les entreprises qui décideront d'ignorer la suggestion. Mais tout laisse à penser qu'il y aura un bonus à passer par la négociation, sinon la loi serait vidée de son sens. À noter toutefois que, pour l'instant, la négociation n'exonère nullement l'employeur de sa responsabilité. La partie patronale doit donc en avoir conscience pendant la négociation, afin de ne pas laisser la décision finale en matière d'action à des instances désresponsabilisées.

b) Niveau de la négociation

Comme tous les accords relevant de la négociation obligatoire, l'accord peut être négocié à tous les niveaux : groupe,

entreprise (ou UES), établissement. Néanmoins, compte tenu du sujet, notamment de l'évaluation des risques qui doit être établie « en fonction de la nature des activités de l'établissement » (*C. trav., art. L. 2242-10*), la négociation d'établissement doit être privilégiée.

c) Sujets non négociables – Sujets négociables

1. Respect d'un ordre public très présent

Le Code du travail ne se contente pas d'énoncer un principe général de prévention des risques et du devoir, pour l'employeur, d'assurer la sécurité et de protéger la santé des salariés. Il entre largement dans le détail de ce qu'il convient de faire pour faire face à ces obligations.

Si la Cour de cassation a, depuis quelques années, abandonné la notion d'obligation de résultat qu'elle avait jadis appliquée au devoir d'assurer la sécurité des salariés (*Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-13.181 ; Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-17.201*), elle considère désormais, de façon plus réaliste, que l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité s'il justifie « avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail » (*Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 ; Cass. soc., 26 mai 2016, n° 14-15.566*).

L'employeur ne saurait donc négocier sur ces obligations, souvent très détaillées, que dans un sens plus favorable aux salariés ou pour combler les lacunes ou les imprécisions de la loi.

2. Sujets propices à la négociation

Il existe de fait un certain nombre de domaines qui n'ont pas été investis par le pouvoir réglementaire :

- la démarche d'évaluation des risques et ses modalités (voir n° 3876, n° 3880 et voir n° 3893) ;
- la prévention des agissements sexistes ;
- la prévention du harcèlement sexuel et moral ;
- la résolution des « problèmes de stress ».

Il y a donc des manques à combler, des outils à inventer, des améliorations du dispositif à prévoir.

§ 4. Analyse des sous-rubriques de la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels et la mixité des métiers

1615

**Dispositions supplétives —
Sous-rubriques de la négociation
sur la gestion des emplois
et des parcours professionnels
et la mixité des métiers —
Thèmes imposés**

a) Gestion prévisionnelle des emplois et compétences

La négociation porte sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés (*C. trav.,*

DIVISION 17

EXPRESSION COLLECTIVE DES SALARIÉS

CHAPITRE 1.

Exercice du droit d'expression des salariés
dans l'entreprise

4021

Harcèlement sexuel — Désignation d'un référent dans les entreprises d'au moins 250 salariés

La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 fait obligation aux entreprises d'au moins 250 salariés de désigner un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (C. trav., art. L. 1153-5-1). Les coordonnées de ce référent doivent figurer sur l'information aux salariés que doit faire l'employeur dans le cadre de l'article L. 1153-5 du Code du travail (C. trav., art. D. 1151-1 ; voir n° 4022).

Depuis le 1^{er} janvier 2020, le seuil de 250 salariés s'apprécie selon les modalités prévues par l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale (L. n° 2019-486, 22 mai 2019).

— Sur les règles de décompte des effectifs fixées par le Code de la sécurité sociale, voir n° 550 et s.

La loi étant plutôt laconique en ce qui concerne ces référents, la négociation d'entreprise (ou la charte unilatérale) peut utilement la compléter et l'améliorer sur les sujets suivants :

- élargissement de leur champ d'intervention : la loi ne prévoyant de référent que dans le domaine du harcèlement sexuel, il semble judicieux d'étendre leur mission au harcèlement moral ;
- modalités de désignation : on peut imaginer de confier la désignation du référent à un comité, sachant que la décision finale devra rester à l'employeur qui porte la responsabilité de la prévention du harcèlement ;
- augmentation de leur nombre : certains partenaires sociaux, persuadés des bienfaits de la parité, souhaitent la nomination de deux référents, une femme et un homme ; on peut également prévoir utilement la désignation de suppléants ;
- définition plus précise de leur rôle ;
- coordination avec le référent du CSE (voir n° 4025), avec la direction ;
- attribution de moyens, formations plus complètes que celle de la loi (voir n° 3885), matériel, crédit d'heures ;
- protection : le référent « harcèlement » ne bénéficie pas d'une protection « dédiée ». Il l'est indirectement par la protection accordée à la personne qui a dénoncé un fait de harcèlement ou en a témoigné (voir n° 4027) ou par celle attribuée aux lanceurs d'alerte (voir n° 3207) mais il gagnera en efficacité s'il sait pouvoir s'exprimer librement en matière de prévention et pas seulement quand il s'agit de régler une situation avérée.

Remarques

Attention, toutefois, la nomination d'un référent ne constitue pas une délégation de pouvoir. L'employeur doit veiller, que ce soit dans le cadre d'une négociation ou de l'élaboration d'une charte, à ne pas se dessaisir du pouvoir de décision car si la procédure mise en place ne débouche pas sur la suppression des situations de harcèlement, c'est lui qui en répondra devant les tribunaux (voir n° 4034).

4022

Harcèlement sexuel et moral — Information des salariés

L'article 222-33 du Code pénal concernant la répression des faits de harcèlement sexuel doit être porté à la connaissance des salariés par tout moyen dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche (C. trav., art. L. 1153-5). Depuis le 1^{er} janvier 2019, doivent être également portées à la connaissance

des salariés les actions contentieuses civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et les coordonnées des autorités et services compétents (C. trav., art. L. 1153-5). La liste de ces services a été fixée par le décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019. Cette information doit ainsi mentionner l'adresse et le numéro d'appel (C. trav., art. D. 1151-1) :

- du médecin du travail ou du service de santé au travail compétent pour l'établissement ;
- de l'inspection du travail compétente avec le nom de l'inspecteur compétent ;
- du défenseur des droits.

Lorsqu'un comité social et économique existe, il faut également faire figurer les coordonnées du référent que doit nommer le comité en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (C. trav., art. L. 2314-1 ; voir n° 4025).

Pour les entreprises d'au moins 250 salariés, l'information doit comprendre les coordonnées du référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes prévu par l'article L. 1153-5-1 du Code du travail.

Par ailleurs, les salariés doivent être informés par tout moyen des dispositions de l'article 222-33-2 du Code pénal réprimant les faits de harcèlement moral (C. trav., art. L. 1152-4).

Remarques

Dans les entreprises où tous les salariés ont accès à l'intranet, l'indication de ces informations sur ce support peut être suffisante.

4023

Harcèlement sexuel et moral et règlement intérieur

- Sur les mentions obligatoires à porter dans le règlement intérieur, voir n° 1398.
- Pour un modèle de règlement intérieur, voir n° 6691.

4024

Détection du harcèlement : création d'une procédure spécifique

L'accord national interprofessionnel étendu du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail recommande aux entreprises de mettre en place une procédure appropriée pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail.

Aux dires des partenaires sociaux, cette procédure « sera fondée sur les éléments suivants, sans pour autant s'y limiter » :

- discrétion : « il est dans l'intérêt de tous d'agir avec la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun » ;
- anonymisation à l'égard des tiers : « aucune information, autre qu'anonymisée, ne doit être divulguée aux parties non impliquées dans l'affaire en cause » ;
- diligence : « les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard » ;
- équité et impartialité : « toutes les parties impliquées doivent bénéficier d'une écoute impartiale et d'un traitement équitable » ;
- approfondissement : « les plaintes doivent être étayées par des informations détaillées » ;

— incitations à la mesure : « les fausses accusations délibérées ne doivent pas être tolérées, et peuvent entraîner des mesures disciplinaires ».

Remarques : Cette recommandation-là sera délicate à mettre en œuvre, car elle ne doit pas entrer en contradiction avec le principe légal qui interdit de sanctionner toute personne qui dénonce des agissements de harcèlement sexuel ou moral ou s'en plaint (voir n° 4027) ;

— assistance : « une assistance extérieure peut être utile. Elle peut notamment s'appuyer sur les services de santé au travail » (Devenus services de prévention et de santé au travail) ;

— médiation : « dans le respect de ces orientations, une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement ou par la personne mise en cause » (sur la médiation, voir n° 4030).

Cette procédure peut faire l'objet de la négociation prévue par la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 (voir n° 1614) ou être établie par une charte unilatérale.

4025

Harcèlement — Prerogatives du CSE et des services de prévention et de santé au travail

a) Le CSE

1. Mission générale de proposition

L'article L. 2312-9, 3° du Code du travail prévoit que le CSE « peut susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes. » Il ajoute que le refus de l'employeur d'y donner suite doit être motivé.

2. Le référent « harcèlement sexuel » du CSE

La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 prévoit que le CSE désigne parmi ses membres un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. Cette désignation fait l'objet d'une résolution du CSE (C. trav., art. L. 2314-1). Les coordonnées de ce référent doivent figurer sur l'information que l'employeur doit faire aux salariés dans le cadre des dispositions de l'article L. 1153-5 du Code du travail (C. trav., art. D. 1151-1 ; voir n° 4022).

Remarques

Rien n'interdit au CSE d'aller au-delà de la loi, d'abord en prévoyant l'extension de la mission du référent au harcèlement moral et en précisant d'ailleurs les tâches à accomplir, ensuite, en augmentant le nombre des référents ou, à tout le moins, en instituant des suppléants. Attention, toutefois à bien réfléchir aux conditions de la suppléance afin qu'un référent déjà engagé dans une enquête délicate ne soit pas brusquement dessaisi par le retour du titulaire.

Autre point de vigilance : certains accords collectifs n'hésitent pas à organiser le rôle du référent du CSE. Le CSE doit savoir qu'il n'est pas lié par ces accords, même si, généralement, les dispositions prises ont pour effet d'élargir l'influence des représentants du personnel.

— Sur la formation à dispenser au référent du CSE, voir n° 3885.

b) Les services de prévention et de santé au travail

La loi prévoit que les services de prévention et de santé au travail « conduisent les actions de santé au travail, dans le

but de préserver la santé physique et mentale des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel » (C. trav., art. L. 4622-2, 1°).

Les services de prévention et de santé au travail sont chargés de conseiller non seulement l'employeur, mais aussi les collaborateurs et les représentants du personnel « sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les risques professionnels, d'améliorer les conditions de travail, de prévenir la consommation d'alcool et de drogue sur le lieu de travail, de prévenir le harcèlement sexuel ou moral, de prévenir ou de réduire les effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 et la désinsertion professionnelle et de contribuer au maintien dans l'emploi des travailleurs... ».

4026

Harcèlement — Droit d'alerte du CSE

L'article L. 2312-59 du Code du travail met en place un dispositif d'alerte confié aux représentants du personnel :

Si un membre de la délégation du personnel au CSE constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte à la santé physique et mentale des personnes, qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral.

L'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

En cas de carence patronale ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le membre du CSE, à condition que le salarié intéressé, averti par écrit, ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la procédure accélérée au fond.

Remarques

Le salarié peut, lui-même, saisir le conseil de prud'hommes sans passer par l'intermédiaire d'un membre du CSE.

4027

Harcèlement — Protection du témoin ou du dénonciateur

a) Le dénonciateur et/ou le témoin sont protégés

Afin de protéger efficacement les témoins des victimes, la législation sur le harcèlement sexuel et moral prohibe tous les actes qui pourraient se révéler être des freins à la liberté de résistance, de plainte ou d'expression des intéressés : sanction, licenciement, mesures discriminatoires :

« Aucun salarié aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés ». (C. trav., art. L. 1153-3).

« Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés » (C. trav., art. L. 1152-2).

Tout acte contraire à ces lois encourt la nullité.

Remarques

Lorsque le salarié est licencié après avoir dénoncé des faits qu'il qualifie de harcèlement moral dans sa lettre de dénonciation, le juge doit se prononcer sur la bonne ou mauvaise foi du salarié afin de déterminer si le licenciement constitue un trouble manifestement illicite (*Cass. soc.*, 21 mars 2018, n° 16-24.350).

Le salarié qui dénonce ou témoigne n'a aucune obligation d'en informer préalablement l'employeur. S'il est licencié pour cette raison, le licenciement est nul (*Cass. soc.*, 2 nov. 2016, n° 15-20.916).

Le délai très court (moins de 15 jours en l'espèce) entre le signalement de faits de harcèlement et le licenciement du salarié qui les a dénoncés peut caractériser le lien de causalité entre la dénonciation et le licenciement, entraînant la nullité de ce dernier (*Cass. soc.*, 16 juin 2016, n° 14-26.965).

Peu importe la forme que prend la dénonciation. Ainsi, doit être annulé le licenciement d'une salariée prononcé parce qu'elle avait fait irruption dans la salle du conseil d'administration, lors de la séance de celui-ci, pour y distribuer une lettre mettant en cause sa supérieure hiérarchique et faisant état d'agissements de harcèlement moral (*Cass. soc.*, 19 oct. 2011, n° 10-16.444). Cependant, pour que la protection du dénonciateur puisse jouer, encore faut-il que le salarié, dans sa démarche de dénonciation, ait expressément qualifié les faits de harcèlement moral (*Cass. soc.*, 13 sept. 2017, n° 15-23.045).

Remarques

Cette position de la Cour de cassation pourrait aboutir à ce qu'un salarié qui dénonce des faits qu'il qualifie de harcèlement, alors qu'ils n'en sont pas, soit protégé, alors qu'un salarié qui dénonce de réels faits de harcèlement mais sans les qualifier comme tel ne sera pas couvert par la protection légale. Voir sur ce paradoxe J-P Lhernould, Semaine sociale Lamy, n° 1802.

Tout laisse à penser que la Cour de cassation n'a pas l'intention de se montrer par trop formaliste. Ainsi, dans une affaire concernant un cadre qui avait écrit un courriel au directeur général de la société, dans lequel il mettait en cause un directeur, elle a isolé un segment de phrase mentionnant que « certaines personnes au siège de l'entreprise se sentaient harcelées par le directeur administratif et financier », ce qui lui a suffi pour faire bénéficier l'intéressé de la protection accordée au dénonciateur de faits de harcèlement (*Cass. soc.*, 15 févr. 2023, n° 21-20.811).

b) Sauf en cas de mauvaise foi

La Cour de cassation réserve toutefois le cas où le salarié a été de mauvaise foi dans son témoignage ou sa dénonciation. Plusieurs arrêts ont cependant été nécessaires pour permettre aux justiciables de cerner cette notion de mauvaise foi. La mauvaise foi n'est caractérisée qu'en cas de mensonge du salarié et non pas en cas d'erreur sur la qualification des faits.

La ligne de démarcation a été tracée par la Cour de cassation dès 2010 : « Attendu cependant que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis » (*Cass. soc.*, 27 oct. 2010, n° 08-44.446), mais cette première formulation n'était pas totalement satisfaisante car elle laissait la place à la condamnation du témoin voire du plaignant, qui croyait, fût-ce naïvement, à la réalité des faits ayant été à la base de ses déclarations.

La Haute Juridiction s'est montrée bien plus claire dans un arrêt de 2012, faisant clairement référence au mensonge : « Mais attendu que constatant que la salariée avait dénoncé

de façon mensongère des faits inexistant de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable, la cour d'appel, caractérisant la mauvaise foi de la salariée au moment de la dénonciation des faits de harcèlement, a pu par ce seul motif décider que ces agissements rendaient impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave » (*Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-28.345).

Autre façon de le dire : « La mauvaise foi « ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce » (*Cass. soc.*, 7 févr. 2012, n° 10-18.035 ; *Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-25.554 ; *Cass. soc.*, 16 sept. 2020, n° 18-26.696).

Remarques

La solution est donc désormais simple pour les conseillers prud'homaux. En présence de cette situation qui se présente souvent, celle où le salarié confond le harcèlement moral avec l'exercice du pouvoir de direction, le dénonciateur est protégé car il n'y a pas de mauvaise foi (*Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-25.554). Pas d'hésitation, en revanche, dès lors que les agissements sont inventés, il y a mauvaise foi, peu important la raison qui a poussé le plaignant ou le témoin à déformer la réalité ; un arrêt a, en effet précisé que la mauvaise foi suffit à écarter la protection sans qu'il y ait lieu d'exiger en plus l'intention de nuire (*Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 18-18.207).

Le juge des référés est compétent pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi. Il n'est pas nécessaire qu'il renvoie l'affaire au juge du fond (*Cass. soc.*, 25 nov. 2015, n° 14-17.551).

c) Quelle est l'importance des termes de la lettre de licenciement ?

Dans beaucoup de cas, le grief du salarié trouve sa source dans les termes de la lettre de licenciement. L'employeur se croit obligé de se défendre des accusations de harcèlement proférées par le salarié et lui ouvre ainsi la porte à une action en nullité du licenciement. Ainsi, l'employeur qui reproche au salarié de continuer « délibérément à rechercher la provocation à mon égard que ce soit par vos propos où vos écrits n'hésitant pas à m'accuser de harcèlement alors que je vous demande tout simplement de faire votre travail correctement et efficacement » est l'irréparable maladresse qui va entraîner la condamnation de l'employeur alors que, s'il s'en était abstenu, il aurait peut-être pu persuader les juges que la mesure de licenciement était liée à de l'indiscipline (*Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-25.554).

Mais l'examen de la jurisprudence, telle que complétée par le présent arrêt, permet de dégager trois principes :

- l'article L. 1152-2 du Code du travail peut être invoqué même si le mot « harcèlement » ne figure pas dans la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-28.345, précité ; *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-19.594) ;
- l'employeur qui, dans la lettre de licenciement, fait état des accusations de harcèlement moral portées par le salarié, sans pouvoir démontrer que les faits sont mensongers, s'expose inévitablement à une condamnation ; au contraire, l'employeur qui, dans la lettre de licenciement, fait état d'accusations mensongères de harcèlement moral et qui peut le prouver, ne saurait être condamné même si les mots « mauvaise foi » ne figurent pas dans la lettre (*Cass. soc.*, 16 sept. 2020, n° 18-26.696, précité).

d) Protection contre la poursuite en diffamation

S'agissant de la dénonciation des faits de harcèlement, la protection accordée par le Code du travail au dénonciateur empêche que ce dernier puisse être poursuivi pour diffamation. En revanche, il peut être accusé de dénonciation calom-

nieuse lorsqu'il est établi qu'il avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués, en d'autres termes, quand la mauvaise foi est caractérisée (*Cass. 1^{re} civ.*, 28 sept. 2016, n° 15-21.823).

Remarques

Attention cependant, la chambre criminelle de la Cour de cassation modère le principe posé par la première chambre civile en considérant que si le dénonciateur peut s'exonérer de sa responsabilité pénale pour diffamation, c'est à la condition d'avoir dénoncé les faits de harcèlement dans les conditions prévues par le Code du travail **auprès de son employeur ou des organes chargés de veiller à l'application de ces dispositions**.

Cela implique donc que la dénonciation soit adressée à des personnes qui peuvent agir directement pour y mettre fin : employeur, DRH ou RRH, représentants du personnel, référents harcèlement du CSE ou désigné par l'employeur si l'entreprise à l'obligation d'en désigner un, inspection du travail. Une dénonciation qui dépasserait ce cercle, notamment en utilisant les réseaux sociaux ne permettrait plus au dénonciateur de bénéficier de l'immunité en matière de diffamation (*Cass. crim.*, 27 nov. 2019, n° 19-80.360).

Harcèlement — Aménagement de la charge de la preuve

Dès 2002, le législateur avait considéré que le harcèlement moral ne pouvait être contré si on lui appliquait les règles ordinaires d'administration de la preuve (*L. n° 2002-73*, 17 janv. 2002). L'article 1154-1 du Code du travail, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 instaure une procédure en trois étapes :

« Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Remarques

La méthodologie que le juge doit appliquer pour vérifier l'existence d'un harcèlement (voir ci-dessous) s'applique aussi bien au harcèlement moral qu'au harcèlement sexuel (*Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 18-24.320 ; *Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 18-23.410).

a) Première phase : le salarié apporte des faits précis, le juge en vérifie la matérialité et la concordance

1. Matérialité

Dans un premier temps, le salarié arrive avec des faits. On peut ajouter au texte l'adjectif « matériels », le Conseil constitutionnel, se prononçant sur la loi de 2002 précitée, ayant estimé que ces règles de preuve « ne sauraient dispenser (la victime) d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente » au soutien de ses allégations (*Cons. constit.*, 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC).

À ce stade, le juge doit donc d'abord vérifier que ces faits sont bien établis. Il s'agit en effet d'écarter non seulement les falsifications mais aussi les affirmations non fondées et les « sentiments » ou impressions.

Ainsi, la Cour de cassation refuse-t-elle de considérer comme des « faits » des attestations relatant des propos ou comportements de la personne mise en cause, qui ne concernaient pas directement la plaignante, ou émanant de collègues qui reprenaient des propos que la salariée leur avait tenus (*Cass. soc.*, 9 oct. 2013, n° 12-22.288). En clair, une rumeur n'est pas un fait.

Cette recherche de faits avérés explique pourquoi certains éléments de preuve doivent être vérifiés avant d'être acceptés, tels les courriels qui sont susceptibles d'être modifiés. Ce soupçon explique pourquoi la Cour de cassation a, par le passé, rejeté du débat des e-mails n'apparaissant pas dans la boîte mail du salarié (*Cass. soc.*, 22 mars 2011, n° 09-43.307).

Toujours dans le même souci de ne prendre en compte que des faits établis, la Cour de cassation n'accepte que les témoignages de personne qui ont entendu elles-mêmes des propos litigieux ou qui ont assisté de visu à des agissements de harcèlement, pas les oui-dire (*Cass. soc.*, 21 juin 2011, n° 09-72.466).

Le fait que certains agissements invoqués se soient produits pendant un arrêt de travail ne suffit pas à les écarter (*Cass. soc.*, 9 juin 2021, n° 19-21.931).

Seule compte la matérialité des faits. Le juge ne saurait exiger du salarié qu'il fasse état du préjudice qui en est résulté (*Cass. soc.*, 15 févr. 2023, n° 21-20.572).

2. Concordance

Les faits apportés par le salarié doivent être concordants. Voilà pourquoi la jurisprudence exige du juge qu'il prenne en compte tous les éléments invoqués sans en écarter aucun (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-46.517 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-45.747 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-45.579 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-43.504).

Remarques

L'arrêt le plus significatif des quatre arrêts du 24 septembre 2008 est l'arrêt n° 1613 (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-45.579). Une sage-femme travaillant dans une clinique privée s'était plainte de plusieurs faits : retrait du statut de cadre, stagnation du salaire, suppression de primes et conditions de travail détériorées. Elle prétendait que ces faits avaient gravement altéré sa santé et ajoutait que ce malaise, collectif, affectait toutes les sages-femmes de la clinique. La cour d'appel, pour se déterminer, n'avait voulu tenir compte que des certificats médicaux et avait complètement délaissé les nombreux autres éléments avancés par la plaignante, ne retenant qu'une vision partielle des choses. Cette manière de procéder fut censurée par la Cour de cassation.

Dans un arrêt plus récent, si la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation des juges du fond pour déterminer si le salarié établit des faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement, elle réaffirme que cette appréciation doit se faire en respectant l'examen de **l'ensemble des faits invoqués** par le salarié (*Cass. soc.*, 8 juin 2016, n° 14-13.418).

Le juge ne doit pas se contenter d'examiner tous les faits, il doit les examiner « dans leur ensemble », ce qui n'est pas la même chose. Un arrêt de la Cour de cassation le fait bien comprendre. Se plaignant de subir un harcèlement moral depuis plusieurs années, une infirmière avait versé, pêle-mêle, aux débats toute une série d'éléments : multiples courriers écrits par elle à divers destinataires pour dénoncer le comportement patronal, attestations de collègues, certificat d'un psychologue et d'un psychiatre, etc. Le juge d'appel les

avait tous considérés mais isolément et, de fait, pris séparément, ils ne laissent pas présumer des agissements de harcèlement moral. L'arrêt fut cassé, la Cour de cassation reprochant au juge de n'avoir pas recherché si tous ces faits mis ensemble ne donnaient pas une impression générale de harcèlement (*Cass. soc.*, 25 janv. 2011, n° 09-42.766 ; *Cass. soc.*, 15 nov. 2011, n° 10-10.687 ; *Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-27.766 ; *Cass. soc.*, 16 juin 2015, n° 13-28.189). Autre exemple, si le retard dans le paiement du salaire ne constitue pas, en soi, un acte de harcèlement, remis en perspective parmi d'autres éléments, il contribue à la présomption d'un harcèlement moral (*Cass. soc.*, 7 avr. 2016, n° 14-28.250).

b) Deuxième phase : le juge décide si les faits présentés font supposer un harcèlement

1. En cas de demandes multiples, celle relative au harcèlement est prioritaire

Dès lors que le harcèlement moral est invoqué, le juge doit examiner les éléments produits (*Cass. soc.*, 16 juin 2011, n° 09-40.922) et doit le faire en priorité, avant d'examiner les autres demandes. Si, en effet, l'employeur se montre incapable de justifier par des éléments objectifs que les faits avancés sont étrangers à tout harcèlement, le licenciement sera nul et il n'y aura pas lieu d'examiner les autres faits énoncés dans la lettre (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-69.444).

2. À ce stade, le juge n'a pas à porter de jugement de valeur sur les faits

Dès lors que le salarié a établi la matérialité de faits précis et concordants, le juge doit apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral. Tant qu'il n'a pas formé sa conviction sur cette présomption, il n'a pas à laisser l'employeur réfuter chacun des éléments, il n'a pas non plus à porter un jugement de valeur sur ces faits (*Cass. soc.*, 4 déc. 2013, n° 12-19.667 ; *Cass. soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-20.688 ; *Cass. soc.*, 9 déc. 2020, n° 19-13.470).

Cette façon de procéder, en effet, reviendrait à faire supporter au salarié la charge de la preuve, alors que celle-ci appartient à l'employeur.

3. Mais il doit dire si, pris dans leur ensemble, ceux-ci laissent présumer un harcèlement

Au vu des faits présentés et vérifiés, le juge doit apprécier si, pris dans leur ensemble, ils permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral. (*Cass. soc.*, 15 nov. 2011, n° 10-10.687). Le juge, pour débouter le salarié, doit expliquer en quoi ces faits ne laissent pas supposer l'existence d'un harcèlement. Il ne peut se contenter de dire que la requête est mal fondée (*Cass. soc.*, 16 mars 2010, n° 08-44.094) ni procéder à une analyse séparée de chaque élément invoqué par le salarié (*Cass. soc.*, 15 févr. 2023, n° 21-12.975).

La relation entre les faits avancés et l'état de santé du salarié n'est pas un critère déterminant : le juge ne peut rejeter la demande d'un salarié « au seul motif de l'absence de relation entre l'état de santé et la dégradation des conditions de travail » (*Cass. soc.*, 30 avr. 2009, n° 07-43.219). À l'inverse, il ne doit pas non plus négliger cet aspect des choses, aussitôt que le salarié l'a soulevé (*Cass. soc.*, 26 mai 2010, n° 08-43.152 ; *Cass. soc.*, 27 juin 2012, n° 11-14.446).

Remarques

La frontière est très délicate entre l'explication des raisons poussant le juge à écarter la présomption de harcèlement et le fait de porter un jugement de valeur prématuré sur les faits.

N'étant pas admis à porter un jugement de valeur à ce stade, **le juge ne peut rejeter la requête qu'en présence de faits non avérés ou non concordants.**

c) Troisième phase : si la présomption est reconnue, c'est à l'employeur de la faire tomber

Si la réponse est négative, autrement dit, si le juge estime qu'il n'y a pas de faits précis et concordants (*Cass. soc.*, 9 oct. 2013, n° 12-22.288 précité), le grief de harcèlement est écarté. Si elle est affirmative, on attend alors de l'employeur qu'il prouve que ces éléments ne constituent pas un harcèlement et non pas qu'il pousse le salarié dans ses retranchements pour reporter sur lui la charge de la preuve (*Cass. soc.*, 15 nov. 2011, n° 10-10.687 ; *Cass. soc.*, 16 mai 2012, n° 10-15.238 ; *Cass. soc.*, 16 mai 2012, n° 10-10.623 ; *Cass. soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-20.688).

Lorsque l'ordre chronologique de la procédure a bien été respecté, le juge peut accepter les explications de l'employeur sans avoir à retenir les jugements de valeur portés sur les faits par le salarié.

Illustration : une salariée relevant de la convention collective de travail des personnels des organismes de Sécurité sociale, se plaint de ne pas avoir fait l'objet d'une promotion à l'issue d'une formation qu'elle a suivie avec succès. Elle relève le « climat interne à l'entreprise particulièrement délétère » et le fait que « son employeur ne faisant absolument rien pour assurer cette promotion au point de provoquer la dégradation de sa santé ». L'employeur ayant apporté des raisons objectives à cette absence de promotion, le harcèlement moral n'est pas reconnu (*Cass. soc.*, 10 avr. 2013, n° 11-22.554).

Lorsque le juge ne retient pas le harcèlement malgré les agissements permettant de présumer de son existence, il doit indiquer précisément en quoi il était établi par l'employeur qu'ils n'en constituaient pas, et que les décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (*Cass. soc.*, 22 oct. 2014, n° 13-18.362).

Quand le conseil de prud'hommes a débouté le salarié après avoir strictement observé la procédure en trois phases exposée ci-dessus, la cour d'appel ne saurait infirmer le jugement sans en examiner les motifs, sous le prétexte que l'employeur s'est abstenu de comparaître en appel (*Cass. soc.*, 18 janv. 2023, n° 21-23.796).

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice et selon le même régime d'aménagement de la charge de la preuve (voir n° 4028), toutes actions qui naissent des *articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4 du Code du travail* relatives au harcèlement moral ou sexuel, en faveur d'un salarié de l'entreprise, sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. C'est ce que l'on appelle l'action en substitution de syndicats (voir n° 4169). Ce dernier peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ou y mettre fin (*C. trav.*, art. L. 1154-2).

Lorsque le conseil de prud'hommes a statué suite à l'action en substitution du syndicat, ce jugement fait-il obstacle à une action directe du salarié ? La Cour de cassation répond par la négative, dans une affaire où un syndicat avait demandé une enquête sur des faits de harcèlement moral, requête qui lui avait été refusée. Suite à ce refus, la salariée avait, à son tour,

DIVISION 17

EXPRESSION COLLECTIVE DES SALARIÉS

CHAPITRE 2.

Le droit de grève

SECTION 2

Abus du droit de grève

SECTION 2

Abus du droit de grève

§ 1. Abus du droit de grève pour cause de désorganisation de l'entreprise

4908 Critères de l'abus du droit de grève

L'abus du droit de grève est caractérisé par la **désorganisation de l'entreprise** : « Ce n'est qu'au cas où la grève entraîne la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus. » (*Cass. soc.*, 4 nov. 1992, n° 90-41.899).

Remarques

Les tribunaux refusent de donner une interprétation extensive à la notion de désorganisation de l'entreprise. Celle-ci doit être entendue comme une véritable **mise en péril de l'existence de l'entreprise**.

Il ne faut pas confondre **désorganisation de l'entreprise et désorganisation de la production**. Des perturbations, ou même une grave désorganisation de la production ne sont pas suffisantes pour que l'abus soit constaté, car la grève ne dégénère en abus que si elle entraîne une véritable désorganisation de l'entreprise (*Cass. soc.*, 18 janv. 1995, n° 91-10.476 ; *Cass. soc.*, 25 janv. 2011, n° 09-69.030, *JSL*, n° 295-8).

Ainsi, relevant qu'aucune entrave à la liberté du travail du personnel non gréviste et des membres de la direction n'avait été commise et que seules l'entrée et la sortie des marchandises avaient été entravées, la Cour de cassation a décidé que la paralysie de l'activité qui en découlait, exempte de désorganisation de l'entreprise, n'avait pas fait dégénérer le mouvement en abus (*Cass. soc.*, 9 mars 2004, n° 02-30.294).

De même, lorsque des arrêts successifs de travail entraînent une désorganisation de la production, mais que l'entreprise conserve sa clientèle, il n'y a pas désorganisation de l'entreprise et abus du droit de grève (*Cass. soc.*, 7 avr. 1993, n° 91-16.834).

Dans la mesure où la perturbation du service dont se plaint l'employeur n'est que la conséquence normale de la limitation de la durée du travail du fait de la grève, et qu'aucune désorganisation de l'entreprise ne s'est manifestée, la société ayant eu la possibilité de réduire les tournées et d'informer sa clientèle des reports de convoyage de fonds, aucun abus de droit n'a été commis (*Cass. soc.*, 16 oct. 2001, n° 99-18.128).

De même, n'a pas commis d'abus dans l'exercice du droit de grève le commandant de bord qui s'est mis en grève lors d'une escale à Pointe-à-Pitre et n'a pas, de ce fait, assuré le vol de retour vers Paris. En effet, dans la mesure où le salarié avait avisé son employeur de son état de gréviste suffisamment tôt pour permettre son remplacement dans le commandement du vol du retour, le risque de désorganisation de l'entreprise n'était pas caractérisé (*Cass. ass. plén.*, 23 juin 2006, n° 04-40.289, *JSL*, n° 193-5).

Le fait que l'exploitation de l'entreprise soit devenue plus onéreuse ne suffit pas non plus à caractériser un abus de droit, à moins que les difficultés financières auxquelles se trouve confrontée l'entreprise du fait de la grève soient de nature à compromettre son existence (*Cass. soc.*, 5 juill. 1995, n° 93-20.402).

Pour caractériser la notion de désorganisation de l'entreprise, encore faut-il que cette désorganisation soit **manifeste et anormale** (*Cass. soc.*, 10 juill. 1991, n° 89-43.147).

4909 Forme de la grève et abus

En l'absence de tout texte légal ou réglementaire précisant les formes que doivent revêtir les arrêts de travail pour constituer une grève, rien ne permet d'affirmer que telle ou telle modalité particulière d'interruption de travail caractérise par nature l'abus du droit de grève.

La preuve de l'abus (nécessairement faite par l'employeur) résultera des données de fait.

a) Grève « bouchon »

La grève « *bouchon* », résultant de l'arrêt de travail des salariés d'un atelier ou d'un service, se situe en général à un point névralgique de l'entreprise et a pour conséquence d'en bloquer tout ou partie du fonctionnement. Dans son principe, la grève « bouchon » est licite, à moins qu'elle ne se traduise par une complète désorganisation de l'entreprise lui infligeant un préjudice excessif.

b) Grève tournante

La grève tournante prenant la forme d'arrêts de travail de durée variable affectant successivement les différents secteurs de l'entreprise, constitue l'exercice normal du droit de grève (voir n° 4900).

L'abus ne peut donc résulter que de la constatation d'une désorganisation totale de l'entreprise, et non pas simplement d'une simple désorganisation de la production, encore moins d'une diminution globale de production préjudiciable à l'entreprise (voir n° 4908).

c) Débrayages répétés de courte durée

Les débrayages répétés ne constituent pas un abus du droit de grève dès lors qu'ils n'ont pas pour objet la désorganisation concertée de l'entreprise (*Cass. soc.*, 10 juill. 1991, n° 89-43.147).

Remarques

L'abus pourrait néanmoins résulter d'un mouvement ayant consisté en 101 arrêts de travail, allant d'un quart d'heure à une heure, voire une heure quarante-cinq à n'importe quel moment, et certains jusqu'à douze fois dans la même journée (*Cass. soc.*, 26 févr. 1975, n° 73-40.841).

La succession de débrayages peut être de nature à justifier l'application de la théorie de l'abus de droit lorsque les conséquences sont **particulièrement dommageables pour l'entreprise** : « Attendu que les juges du fond ont relevé qu'en procédant à des débrayages inopinés et intermittents au lieu de cesser franchement le travail, les souffleurs dont le travail devait être continu avaient paralysé la fabrication, les opérations de fusion commencées ne pouvant être menées à leur terme, et qu'en organisant leurs arrêts de travail dans des conditions permettant à une minorité d'ouvriers d'empêcher toute production et au reste du personnel d'être payé sans rien faire, ces salariés avaient exécuté leur contrat dans des conditions autres que celles convenues, et commis un abus du droit de grève (...) » (*Cass. soc.*, 11 juin 1981, n° 79-42.013).

— Sur le caractère en principe licite des arrêts de travail courts et répétés, voir n° 4897.

d) Grève surprise et abus de droit

La grève surprise, en principe régulière, peut revêtir un caractère abusif si elle aboutit à une désorganisation totale de l'entreprise.

Ainsi, la grève surprise observée dans un établissement médico-pédagogique peut dégénérer en abus lorsque le climat de désordre, peu compatible avec l'état psychique des enfants confiés à l'établissement, et l'absence de tout programme rééducatif et thérapeutique sérieux, ont inéluctablement conduit, après le départ des enfants, à la suspension de l'agrément administratif dont bénéficiait l'institut et, partant, à la désorganisation totale de l'entreprise (*TI Pau*, 22 févr. 1972, *JCP Ci* 1973, II, p. 10941).

Le fait que l'employeur soit averti prend une importance particulière lorsqu'on est en présence d'arrêts de travail répétés qui nécessitent que l'employeur dispose de délais suffisants pour prendre les mesures provisoires de réorganisation des services défaillants, pour ne pas aboutir à une paralysie totale (*Cass. soc.*, 26 oct. 1977, n° 76-40.603).

Cependant, le fait pour les salariés d'avoir choisi un moment particulièrement gênant pour déclencher leur mouvement, ne caractérise pas un abus du droit de grève.

Est licite l'arrêt inopiné du travail des caissières d'un magasin à grande surface à un moment où l'affluence atteignait 3 000 personnes, ce qui avait entraîné de nombreux vols par les clients, dès lors que les caissières avaient complètement cessé le travail. Il aurait appartenu à l'employeur pour qui la grève était prévisible, puisqu'il avait fait venir un huissier pour la constater, de prendre les mesures nécessaires pour en pallier les conséquences dommageables (*Cass. soc.*, 13 mars 1980, n° 78-41.613).

À l'occasion d'un mouvement de grève licite, le durcissement de la grève peut entraîner des actes illicites commis par les salariés qui, par leur généralisation, leur violence et leurs conséquences, peuvent caractériser l'abus du droit de grève (*Cass. soc.*, 18 janv. 1995, n° 91-10.476).

§ 2. Abus du droit de grève et comportement fautif des grévistes

4910

Occupation des lieux de travail

Le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des lieux de travail.

À ce titre, l'occupation des lieux de travail constitue un trouble manifestement illicite lorsqu'elle entrave gravement la liberté du travail (*Cass. soc.*, 21 juin 1984, n° 82-16.596 : il s'agissait en l'espèce d'interdire l'accès de l'usine à quiconque, notamment au directeur et au personnel non gréviste).

La prolongation de l'occupation, malgré les injonctions du juge à évacuer les locaux, constitue une voie de fait, et peut caractériser la faute lourde.

Néanmoins, la jurisprudence a évolué dans ce domaine. Elle a déjà admis que lorsque l'occupation des lieux de travail est à la fois symbolique, bénigne et très momentanée, elle ne constitue pas un acte abusif :

- occupation purement symbolique, alors qu'aucune entrave n'a été apportée par les grévistes à la liberté du travail (*Cass. soc.*, 26 févr. 1992, n° 90-40.760) ;
- occupation momentanée et limitée à la partie centrale de l'atelier et aux couloirs menant au bureau du directeur

pour accompagner à travers l'usine les délégués se rendant à la direction (*Cass. soc.*, 11 févr. 1960, n° 57-40.560).

La Cour de cassation précise qu'en cas de manquement de l'employeur à ses obligations, une occupation des locaux, sans aucun fait de dégradation du matériel, de violence, de séquestration ou autre comportement dangereux à l'égard des personnels se trouvant sur le site, ne constituait pas un trouble manifestement illicite (*Cass. soc.*, 9 mars 2011, n° 10-11.588). En l'espèce, l'employeur avait fermé une unité de production sans avoir consulté le comité d'entreprise et avait affecté les salariés sur un autre site. Cette solution reste, à notre sens, valable en cas de défaut de consultation du CSE.

Remarques

L'occupation des locaux ne peut donc être considérée en elle-même comme un trouble illicite, il est nécessaire qu'elle soit accompagnée de comportements fautifs ou de dégradation du matériel.

4911

Piquet de grève

Le piquet de grève consiste en un regroupement des salariés grévistes devant l'entrée de l'entreprise. Cette forme de protestation en vue d'inciter les non-grévistes à cesser le travail, et à gêner le fonctionnement de l'entreprise est licite pour autant qu'elle n'entraîne pas la désorganisation de l'entreprise et n'entrave pas la liberté du travail. Lorsque le piquet de grève aboutit au blocage des portes de l'établissement, et par conséquent à l'interdiction de l'accès de l'usine aux autres salariés, l'exercice anormal du droit de grève est caractérisé (*Cass. soc.*, 8 déc. 1983, n° 81-14.238). De même, le blocage des accès de l'usine et l'obstacle caractérisé à l'entrée et à la sortie des véhicules constituent une forme de désorganisation de l'entreprise (*Cass. soc.*, 30 juin 1993, n° 91-44.824).

Comme en matière d'occupation des lieux de travail, l'employeur doit faire la preuve du blocage par tout moyen, mais essentiellement en pratique par des constats d'huissier qui revêtent une importance majeure (les faits doivent être établis avec précision pour éviter toute contestation).

Ainsi, le fait que n'ait pas été constaté par huissier que toutes les entrées de l'entreprise étaient bloquées ne permet pas d'établir un blocage illicite : blocage par un piquet de grève situé à l'entrée principale de l'entreprise, alors que le personnel gardait la possibilité de pénétrer par d'autres voies d'accès (*CE*, 2 févr. 1996, n° 152406).

Remarques

En revanche, le Conseil d'État a considéré que les témoignages produits par un salarié, ainsi qu'une photographie des abords de l'établissement prise durant la grève n'étaient pas d'une force probante telle qu'ils permettaient de tenir pour matériellement inexacts les faits (participation active du salarié au blocage de l'établissement) ressortant notamment de deux constats d'huissier effectués au cours du conflit (*CE*, 10 janv. 2000, n° 157269).

Le rôle d'huissier doit toutefois se cantonner à l'établissement de la preuve des faits reprochés. Ainsi, il a été jugé qu'en demandant à des salariés grévistes de décliner leur identité et d'enlever des véhicules gênant la livraison de matériel, l'huissier commis par l'employeur avait excédé ses pouvoirs, ce qui a eu pour effet de retirer toute valeur à son procès-verbal. Conséquence en l'espèce : faute de preuve, le licenciement pour faute lourde des salariés en raison de leur comportement abusif pendant la grève a été annulé par les juges (*Cass. soc.*, 2 mars 2004, n° 01-44.644). En effet, les huissiers de justice peuvent procéder à la requête des particuliers à des constatations purement matérielles, exclusives

de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Ils ne peuvent donc procéder à des audiences, si ce n'est à seule fin d'éclairer leurs constatations. À défaut, leurs procès-verbaux sont écartés de la procédure (*Cass. soc.*, 28 avr. 2006, n° 04-13.932).

Certaines formes d'occupation peuvent conduire le personnel gréviste à détourner du matériel ou des véhicules. Cette forme de blocage constitue un abus du droit de grève pour autant que le blocage et le détournement soient clairement établis.

Le fait pour les salariés d'une entreprise de transport d'avoir garé les camions devant l'entrée de l'entreprise, et d'être restés sans violence à côté de ceux-ci n'est pas répréhensible dès lors que les camions ne comportaient aucun chargement et que les grévistes avaient remis les clés du véhicule à l'employeur (*Cass. soc.*, 7 juin 1995, n° 93-46.448).

4912 Autres comportements individuels et collectifs

Le durcissement de la grève peut entraîner certains comportements individuels ou collectifs qui seront sanctionnés selon les règles de droit commun, en raison d'atteintes aux personnes ou aux biens. Ces débordements, s'ils conservent un caractère individuel, n'entraînent pas pour autant l'abus du droit de grève, à moins que, par leur fréquence ou leur généralisation, l'abus soit caractérisé.

En application de l'article L. 2511-1 du Code du travail, seule une faute lourde peut justifier le licenciement d'un salarié gréviste.

Remarques

Si aucune faute lourde ne peut lui être reprochée, le licenciement est nul de plein droit et le salarié peut obtenir en justice sa réintégration dans l'entreprise et le paiement des salaires indûment retenus depuis la date du licenciement déclaré nul.

La faute lourde peut notamment résulter de l'entrave à la liberté du travail, d'actes de violence sur les biens ou les personnes ou d'une violation des règles de sécurité au cours d'une grève.

Ainsi, le salarié qui participe à la séquestration du DRH pendant le mouvement de grève commet une faute lourde justifiant son licenciement (*Cass. soc.*, 2 juill. 2014, n° 13-12.562, JSL, n° 372-4).

En revanche, si le salarié commet une faute dans le cadre de sa participation à un mouvement collectif (c'est-à-dire ne correspondant pas à la définition de la grève, voir n° 4907), il n'est pas protégé par l'article L. 2511-1 du Code du travail : l'employeur peut donc envisager toute sanction, de quelque nature qu'elle soit, sans qu'il soit fait nécessairement référence à la notion de faute lourde.

Mais le comportement des grévistes peut faire l'objet d'une action autre que disciplinaire. Ainsi, lors d'un conflit social, le directeur d'un centre pénitentiaire de Guyane a intenté une action contre des salariés pour injures raciales. En l'espèce les salariés ont été relaxés, les propos outranciers se rapportant au passé colonialiste de la France avaient pour objet de dénoncer les méthodes de gestion du directeur et ne le visaient pas à raison de son origine ou de son appartenance à une race, et ne constituaient donc pas une injure raciale (*Cass. crim.*, 19 oct. 2021, n° 20-86.559).

SECTION 3

Sanctions disciplinaires contre les grévistes

4913 Exigence d'une faute lourde

Selon l'article L. 1132-2 du Code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit.

Ainsi, constituent un trouble manifestement illicite les sanctions prises à l'encontre d'un commandant de bord qui, alors qu'il effectuait la rotation Paris/Pointe-à-Pitre/Paris, s'était mis en grève lors de l'escale à Pointe-à-Pitre et n'avait pas, de ce fait, assuré le vol retour vers Paris. L'abus de droit dans l'exercice du droit de grève n'était pas établi, le salarié ayant avisé son employeur suffisamment tôt pour permettre son remplacement, le juge n'a donc méconnu ni les dispositions du Code du travail, ni la mission spécifique du commandant de bord, et la nécessité d'assurer la continuité des vols résultant du Code de l'aviation civile (*Cass. ass. plén.*, 23 juin 2006, n° 04-40.289, JSL, n° 193-5).

Conformément à l'article L. 2511-1 du Code du travail, seule une faute lourde peut justifier le licenciement d'un salarié gréviste.

La seule faute grave ne saurait être retenue. Ainsi, doit être annulé le licenciement d'un salarié gréviste dont la lettre de licenciement ne fait état que d'une faute grave (*Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 11-27.413, JSL, n° 350-12). Doivent également être annulés les licenciements de deux salariés pour faute grave prononcés en raison de faits commis lors de l'exercice du droit de grève (en l'espèce, agissements de harcèlement à l'égard d'autres salariés). C'est donc à tort que la cour d'appel avait validé les licenciements en considérant qu'ils étaient motivés par des faits qui, détachés de la situation de grève, constituaient des motifs valables de licenciement. La Cour de cassation s'en tient au principe qui veut que tout licenciement tiré de la participation à une grève est illicite, sauf s'il est prononcé pour faute lourde (*Cass. soc.*, 8 juill. 2009, n° 08-40.139, JSL, n° 263-9).

De même, la distribution par un salarié, de tracts à la clientèle d'une entreprise, dénonçant les conditions de travail et de sécurité lors d'un mouvement de grève, ne peut pas entraîner un licenciement pour faute grave. En effet, la nullité du licenciement ne s'applique pas seulement à la participation au mouvement mais s'étend également à tout licenciement prononcé en raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde (*Cass. soc.*, 9 mai 2012, n° 10-24.307, JSL, n° 319-3). De même, la Cour de cassation considère que le licenciement d'un salarié fondé sur le fait d'avoir inciter les membres de son équipe à mener une action de grève en réponse au refus de la direction d'engager du personnel supplémentaire, visait des faits commis à l'occasion de l'exercice du droit de grève, relevant de la nullité de l'article L. 2511-1 du Code du travail (*Cass. soc.*, 23 nov. 2022, n° 21-19.722).

Remarques

Il n'appartient pas au juge d'aggraver la qualification retenue par l'employeur dans la lettre de licenciement pour valider le licenciement d'un salarié gréviste (*Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 11-27.413, précité).