

# LIENS ENTRE LE MANDAT REPRÉSENTATIF ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

---

## MANDAT ET RÉMUNÉRATION

### HEURES PAYÉES À ÉCHÉANCE NORMALE

Dès lors qu'elles sont utilisées dans les limites du quota légal ou conventionnel autorisé, les heures de délégation des représentants du personnel et des délégués syndicaux sont assimilées à du temps de travail effectif et payées à échéance normale. Ainsi, l'exercice d'un mandat représentatif ne doit entraîner aucune réduction de rémunération pour son titulaire et celui-ci n'a pas à réclamer le paiement de ses heures de délégation, dans la limite du crédit d'heures légal.

*Articles L. 236-7, L. 412-20, L. 424-1 et L. 434-1 du Code du travail*

### Dépassement du crédit d'heures

En cas de dépassement exceptionnel du crédit d'heures alloué au représentant, celui-ci doit justifier l'utilisation d'heures de délégation pour en obtenir paiement par l'employeur.

## PRIMES ET ACCESSOIRES DE SALAIRE

Le salarié bénéficie notamment de toutes les primes et accessoires de salaires qu'il devrait percevoir s'il restait à son poste de travail.

### Exemples

*Une prime d'assiduité ne peut être refusée à un salarié du fait de l'exercice d'un mandat représentatif.*

*Cass. soc. 11 juin 1997 - Ouali c/ Société Isolacier - RJS 8-9/97, n° 988*

*Une prime de grand déplacement et une prime d'éloignement ne peuvent être refusées à un représentant du personnel, dès lors que la convention collective en prévoit le paiement pour tous les salariés ne pouvant rejoindre leur domicile en fin de journée. Le représentant du personnel n'a pas à justifier d'une demande de l'employeur, n'a pas à fournir de bons de délégation ; il doit seulement rapporter la matérialité de ses déplacements.*

*Cass. Soc. 17 janvier 2013 – n° 11-17.745*

## BULLETIN DE PAIE

Aucune mention du bulletin de paie ne doit permettre une distinction entre les heures travaillées et celles de délégation. Si de telles mentions permettent d'identifier les heures de délégation, elles sont illicites et peuvent conduire à la condamnation de l'employeur.

*Cass. soc. 18 février 2004 - Société Distribution Casino France c/ Théron*

Les heures de délégation n'ont pas à apparaître sur le bulletin de paie du salarié. Elles figurent sur une fiche annexée au bulletin de paie qui a le même régime juridique que celui-ci.

*Article R. 143-2 du Code du travail*

## FRAIS DE DÉPLACEMENT DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

Les frais de déplacement des représentants du personnel sont à la charge de l'employeur lorsqu'ils se rendent à des réunions organisées à son initiative ou imposées par la loi.

*Cass. soc. 28 mai 1996 - Bull. civ. V, n° 211*

*Cass. soc. 30 septembre 1997 - Bull. civ. V, n° 299*

## MANDAT ET TEMPS DE TRAVAIL

### TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF

Les heures de délégation d'un représentant du personnel ne doivent pas être déduites de son temps de travail, dès lors qu'elles n'excèdent pas le contingent légal. En conséquence, en principe :

- les heures de délégation utilisées en dehors du temps de travail sont des heures supplémentaires ;
- les représentants du personnel ne doivent pas dépasser les durées maximales de travail, en utilisant leur crédit d'heures ;
- les heures de délégation sont prises en compte dans la détermination du droit et de la durée des congés payés ;
- elles ne doivent pas être soustraites dans le calcul des droits que le salarié tient de son ancienneté au sein de l'entreprise.

De même, l'employeur ne doit pas tenir compte du mandat de représentant du personnel dans l'appréciation de la qualité de la prestation de travail du salarié, sous peine :

- d'être poursuivi pour délit d'entrave ;

ou

- d'être condamné au titre de son attitude discriminatoire prohibée par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

### ANCIENNETÉ DU SALARIÉ ET CONGÉS PAYÉS

Assimilées à du temps de travail effectif, les heures de délégation des représentants du personnel doivent être prises en compte dans le décompte de l'ancienneté du salarié pour l'acquisition des droits qu'il tient de son contrat de travail.

De même, elles ne doivent pas être imputées sur les congés annuels payés et sont prises en compte dans l'ouverture du droit à congés et dans le calcul de la durée de ceux-ci.

### ACCIDENTS DU TRAVAIL

L'accident qui se produit pendant l'exercice du mandat est un accident du travail, dans la mesure où les heures de délégation sont considérées comme temps de travail effectif.

#### *Exemple*

*Est un accident du travail et non un accident de trajet, le fait pour un délégué syndical d'être renversé par une voiture alors qu'il se rend de l'entreprise à une réunion syndicale à laquelle il a été convié par le syndicat qu'il représente.*

*Cass. soc. 12 juillet 1995 - Fuchs c/ CPAM de Thionville - RJS 11/95, n° 1145*



## POUVOIR DISCIPLINAIRE DE L'EMPLOYEUR

### PRINCIPE : RESPECT DES RÈGLES DE DISCIPLINE

Le représentant du personnel doit pouvoir exercer son mandat en toute liberté. Néanmoins, il reste soumis à la discipline de l'entreprise et, notamment, au règlement intérieur.

L'employeur peut donc prononcer à son égard une sanction disciplinaire, notamment lorsque le représentant du personnel dérange ostensiblement les autres salariés à leurs postes de travail ou viole les règles élémentaires de discipline appliquées dans l'entreprise.

#### *Exemple jurisprudentiel*

*La qualité de délégué syndical ne confère pas au salarié une immunité lui permettant d'échapper au pouvoir disciplinaire de l'employeur.*

*Cass. Crim. 25 mai 1982 – Bull. crim. n° 135*

Lorsque les faits reprochés sont liés à l'exercice du mandat, l'employeur doit faire attention de ne pas porter une atteinte injustifiée à l'exercice de celui-ci, sous peine de délit d'entrave.

### APPLICATION DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise :

- les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;
- les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

*Article L1321-1 du Code du travail*

Le règlement intérieur rappelle :

- les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés dans le cadre d'une procédure disciplinaire légale ou conventionnelle ;
- les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel prévues par le Code du travail.

*Article L. 1321-2 du Code du travail*

La rédaction du règlement intérieur est « sous contrôle » des représentants du personnel de l'entreprise ou de l'établissement, puisque le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ainsi que le CHSCT sont consultés avant l'entrée en vigueur, la modification ou le retrait du texte. En outre, son contenu est obligatoirement communiqué à l'inspection du travail.

*Article L. 1321-4 du Code du travail*

Dès lors que le règlement intérieur est régulièrement mis en application, les procédures relatives à la sécurité et à la discipline qu'il contient s'imposent autant au salarié qu'à l'employeur.

### Exemple

*Dès lors que le règlement intérieur régulièrement adopté prévoit que la rupture du contrat de travail doit être précédée de l'avis d'une commission paritaire de discipline, l'inobservation par l'employeur de cette exigence qui constitue une garantie de fond, rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

*Cass. Soc. 22 octobre 2008 – n° 06-46215*

Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les mêmes matières que celles du règlement intérieur sont, lorsque celui-ci existe, considérées comme des adjonctions et suivent donc le même régime.

*Article L. 1321-5 du Code du travail*

### Clauses interdites dans un règlement intérieur

Le règlement intérieur ne peut contenir :

- des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;
- des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;
- des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

*Article L. 1321-3 du Code du travail*

Une clause du règlement intérieur qui édicterait une règle générale impliquant une inégalité de traitement envers une certaine catégorie de salariés peut engager la responsabilité civile et pénale de l'employeur. Ce dernier doit justifier une mesure prise de façon individuelle et particulière envers un salarié, il ne peut se contenter de répéter une clause du règlement intérieur, qui par sa généralité, risque d'être annulée par le juge.

L'employeur ne peut se prévaloir d'une clause illégale du règlement intérieur à l'encontre des salariés. Pour faire valoir cette inopposabilité du règlement intérieur illégal, le salarié ou une organisation syndicale représentative peut d'abord saisir l'inspecteur du travail. Celui-ci peut exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires à la loi.

*Article L. 1322-1 du Code du travail*

Les syndicats peuvent aussi soulever cette illégalité dans le cadre d'une action collective visant la défense des intérêts collectifs de la profession.

## **SANCTION DISCIPLINAIRE PRONONCÉE À L'ENCONTRE D'UN REPRÉSENTANT DU PERSONNEL**

### **Sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées**

Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

*Article L. 1331-1 du Code du travail*

Les sanctions les plus couramment observées sont l'avertissement ou le blâme, la mise à pied entraînant suspension du contrat de travail, la mutation disciplinaire et le licenciement pour motif disciplinaire.

☞ *Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites, sous peine de nullité, au civil, et d'une peine d'amende de 3750 €, au pénal. Ensuite, le licenciement disciplinaire obéit à deux régimes différents en même temps : celui de la procédure disciplinaire et celui de la procédure de licenciement pour motif personnel*

*Articles L. 1331-2 et L. 1333-3 du Code du travail*

### **Procédure disciplinaire « ordinaire »**

Il est nécessaire d'observer une procédure strictement encadrée par la loi, qui constitue une garantie de fonds pour le salarié. Ainsi, sauf s'il s'agit d'une sanction n'ayant pas d'incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise, ou sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, il y a lieu de convoquer le salarié en lui précisant l'objet de la convocation.

Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé.

*Article L. 1332-2 du Code du travail*

Toute sanction disciplinaire, même sans incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise, ou sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, doit être écrite et ainsi notifiée au salarié, par lettre recommandée avec accusé de réception, ou par lettre remise en main propre au salarié, contre décharge. Le Code du travail dit : « Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui ».

*Article L. 1332-1 du Code du travail*

Cette procédure légale est un minimum à respecter. Le règlement intérieur ou la convention collective applicable dans l'établissement peuvent prévoir d'avantage de garanties pour salarié. Ils peuvent notamment prévoir une échelle proportionnelle de sanctions par rapport aux faits fautifs du salarié. Il convient de respecter à la lettre ces prescriptions unilatérales ou conventionnelles plus favorables au salarié. Le juge en tiendra compte en cas de litige individuel.

☞ *Hormis le cas du licenciement disciplinaire, le prononcé d'une sanction disciplinaire, y compris la mise à pied disciplinaire, n'est pas subordonné à l'autorisation de l'inspecteur du travail.*

*Cass. Soc. 23 juin 1999 – Bull. civ. V, n° 301*

### Recours juridictionnel pour sanction injustifiée

Si le salarié conteste en justice la régularité de la sanction disciplinaire prononcée à son encontre, le régime de la preuve est en sa faveur : le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

C'est à l'employeur de fournir au juge les éléments retenus pour prendre la sanction. Le conseil de prud'hommes forme alors sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

*Article L. 1333-1 du Code du travail*

Si le juge considère que la procédure n'a pas été respectée ou que la sanction est injustifiée, voire disproportionnée, la sanction peut être considérée comme abusive, et donner lieu à réintégration dans les droits antérieurs, assortie de dommages-intérêts.

*Article L. 1333-2 du Code du travail*

Lorsque la sanction contestée est un licenciement, les principes juridictionnels précédents ne sont pas applicables. Dans ce cas, le conseil de prud'hommes applique les dispositions légales relatives à la contestation des irrégularités de licenciement pour motif personnel.

*Article L. 1333-3 du Code du travail*

### Mise à pied conservatoire

Lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure disciplinaire précitée ait été respectée.

*Article L. 1332-3 du Code du travail*

Cette disposition légale n'implique pas un entretien préalable au prononcé de la mise à pied conservatoire. La mesure conservatoire peut être décidée sans convocation du salarié. La sanction disciplinaire finalement prononcée doit, quant à elle, être précédée d'un entretien disciplinaire.

La mise à pied conservatoire consiste à écarter en fait le salarié pendant la procédure disciplinaire et suppose l'existence d'une faute grave voire lourde.

La mise à pied conservatoire est distincte de la mise à pied disciplinaire : ce n'est pas une sanction disciplinaire mais une mesure prise en attendant le prononcé de la sanction disciplinaire.

Quand la mise à pied conservatoire est prononcée dans le cadre d'une procédure de licenciement pour faute, c'est la décision de l'inspecteur du travail, relative à la rupture du contrat de travail du représentant du personnel ou syndical, qui met un terme à la mesure de mise à pied.

La mise à pied conservatoire doit être notifiée à l'inspecteur du travail dans les 48 heures de sa prise d'effet, accompagnée de la demande d'autorisation de licencier, pour les représentants suivants :

- délégué syndical ;
- représentant de la section syndicale ;
- salarié mandaté par un syndicat dans le cadre d'une négociation d'accords ;
- conseiller prud'homal ;
- conseiller du salarié dans le cadre des licenciements.

*Article L. 2421-1 du Code du travail*

Pour les autres représentants du personnel, la procédure est la suivante :

- convocation du comité d'entreprise pour qu'il donne son avis sur le licenciement envisagé, dans un délai de 10 jours suivant la mise à pied ;
- demande d'autorisation de licencier adressée à l'inspecteur du travail, dans les 48 heures suivant la délibération du comité d'entreprise.

En l'absence de comité d'entreprise, la demande d'autorisation de licencier est adressée à l'inspecteur du travail dans un délai de 8 jours suivant le prononcé de la mise à pied.

*Article R. 2412-6 du Code du travail*

En cas de cumul de mandat syndicat et représentatif du personnel, il y a lieu de respecter les 2 procédures précédentes : notification à l'inspection du travail dans les 48 heures de la mise à pied, convocation du comité d'entreprise dans un délai de 10 jours, demande d'autorisation de licencier à l'inspection du travail dans les 48 heures suivantes.

*Conseil d'État – 6 mai 1996 – RJS 1996, n° 812, p. 522*

Dans tous les cas, si l'autorisation de licencier est refusée par l'inspection du travail, la mise à pied conservatoire est annulée et privée de tout effet.

Le représentant du personnel doit notamment être rémunéré pendant la suspension du contrat de travail qui en a résulté.

Il doit être réintégré dans son poste de travail, sous peine de sanction pour inexécution des obligations contractuelles par l'employeur et de licenciement nul.

*Cass. Soc. 24 octobre 1997 – Bull. civ. V, n° 334*

*Cass. Soc. 4 février 2004 – Bull. civ. V, n° 34*

### **Incidences sur le mandat représentatif**

Qu'il s'agisse d'une mise à pied conservatoire ou d'une mise à pied disciplinaire, la suspension du contrat de travail du représentant du personnel ou syndical ne lui interdit pas d'exercer ses fonctions représentatives.

Ses heures de délégation accomplies pendant la mise à pied sont donc payées à échéance normale, dans les conditions ordinairement applicables.

*Cass. Soc. 23 juin 1999 – Bull. civ. V, n° 301*

*Cass. Soc. 2 mars 2004 – n° 02-16.554 – Bull. civ. V, n° 71*

*Cass. Crim. 11 septembre 2007 – n° 06-82.410*



## SUSPENSIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL

### POSSIBILITÉ D'EXERCER LE MANDAT PENDANT UNE ABSENCE

Il n'est pas interdit au salarié représentant du personnel d'exercer son mandat pendant une période de suspension du contrat de travail.

Ainsi, ce salarié peut utiliser son crédit d'heures pendant un arrêt-maladie, au cours des heures de sorties autorisées.

#### *Exemple*

*Le salarié qui exerce son mandat représentatif un jour de repos compensateur a le droit de le récupérer ultérieurement.*

*Cass. soc. 20 mai 1992 - Bull. civ. V, n° 329*

#### **Exceptions**

Par exception, le salarié ne peut utiliser ses heures de délégation pendant les congés annuels payés.

*Cass. soc. 19 octobre 1994 - Sujol c/ SA Clinique des Cèdres - RJS 12/94, n° 1419 (non-cumul entre indemnité de congés payés et paiement des heures de délégation)*

☞ *L'employeur ne doit pas omettre de convoquer un salarié absent à une réunion de l'instance à laquelle il participe, sous peine d'être poursuivi pour délit d'entrave.*

#### *Exemple*

*A été condamné par les juridictions répressives au titre d'un délit d'entrave l'employeur qui n'a pas convoqué un salarié hospitalisé à une réunion du comité d'entreprise dont il est membre titulaire.*

*Cass. crim. 16 juin 1970 - Bull. civ. V, n° 207*

## CONSÉQUENCES SUR L'ÉLIGIBILITÉ DU REPRÉSENTANT

Les délégués du personnel et membres élus du comité d'entreprise, peuvent perdre leur mandat s'ils ne remplissent plus les conditions d'éligibilité. Parmi ces conditions d'éligibilité, il existe celle relative à l'ancienneté ou au fait de « travailler » dans l'entreprise.

*Articles L. 2314-26, L. 2324-24 du Code du travail*

Or, une absence de longue durée peut remettre en cause cette condition d'éligibilité, si le représentant du personnel n'est plus en mesure d'assumer ses fonctions représentatives.

#### *Exemple*

*Un délégué du personnel en arrêt de travail de longue durée pour maladie, et dont l'état de santé l'immobilise, ne peut rapporter mensuellement à l'employeur les réclamations individuelles des salariés de son lieu de travail.*

*Toutefois, il n'appartient pas à l'employeur de remettre en cause l'éligibilité du représentant du personnel. La solution est donc le remplacement par un suppléant et éventuellement la révocation du représentant par le syndicat qui l'a proposé aux élections professionnelles.*

*Dans le même sens, un salarié dont le contrat est suspendu peut rester délégué syndical, tant qu'il reste sous la subordination juridique de son employeur et que le syndicat ne le révoque pas.*

*Cass. Soc. 11 février 2004 – n° 02-60.558*

Par contre, une suspension du contrat de travail n'emporte aucune conséquence particulière sur le mandat de membre du CHSCT, puisqu'aucune perte du mandat n'est légalement envisagée. Et même le collègue désignatif ne peut révoquer un membre du CHSCT, avant l'expiration normale de son mandat.

*Cass. Soc. 14 janvier 2004 – n° 01-60.783*

## REPLACEMENT DU REPRÉSENTANT ABSENT

Le remplacement d'un représentant du personnel dont le contrat est suspendu est légalement prévu pour :

- les délégués du personnel ;

*Article L. 2314-30 du Code du travail*

- les membres élus au comité d'entreprise.

*Article L. 2324-28 du Code du travail*

Par contre, le Code du travail ne prévoit pas de remplacement possible pour les membres du CHSCT et les représentants syndicaux.

D'une part, le remplacement d'un membre du CHSCT n'est prévu que lorsque celui-ci cesse définitivement ses fonctions.

*Article R. 4613-5 du Code du travail*

D'autre part, il appartient au syndicat désignatif de décider du remplacement ou de la révocation d'un délégué syndical absent.

## Délégués du personnel

Lorsqu'un délégué du personnel titulaire est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par :

- un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire ; priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie professionnelle ;
- s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation ; le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant ;
- à défaut, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution.

*Article L. 2314-30 du Code du travail*

Le remplacement d'un délégué suppléant n'est pas prévu par le Code du travail. Un accord collectif peut toutefois le rendre possible.

☞ *Le refus d'un délégué suppléant de remplacer un titulaire dans les conditions légales susmentionnées équivaut à une démission.*

*Cass. Soc. 5 mai 1983 – Bull. civ. V, n° 237*

### **Membres élus au comité d'entreprise**

Lorsqu'un membre élu et titulaire du comité d'entreprise est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par :

- un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire ; priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie professionnelle ;
- s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un suppléant élu de la même catégorie professionnelle, qui a obtenu le plus grand nombre de voix.

Le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution.

*Article L. 2324-28 du Code du travail*

Le remplacement d'un délégué suppléant n'est pas prévu par le Code du travail. Un accord collectif peut toutefois le rendre possible.



## MODIFICATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL

### DÉFINITIONS

Il existe deux sortes de modifications du contrat de travail :

- celles qui se caractérisent par un changement des conditions de travail ne nécessitant pas l'accord du salarié et qui s'imposent donc à celui-ci ;
- celles, à l'inverse, pour lequel l'employeur doit au préalable recueillir l'accord du salarié.

☞ *Auparavant, la jurisprudence distinguait la modification d'un élément non substantiel du contrat et celle d'un élément substantiel ou essentiel du contrat de travail.*

À l'heure actuelle, la jurisprudence parle d'adaptation des conditions de travail par opposition à la modification d'un élément essentiel du contrat nécessitant un nouvel accord de volonté de la part du salarié.

Elle va même jusqu'à opposer «changement des conditions de travail» et «modification du contrat», seule la seconde nécessitant l'accord du salarié, pour quelque cause que ce soit.

*Cass. soc. 31 octobre 2000 - Société Ronéo Établissements de Bressuire c/ Goktas - RJS 1/01 n° 11*

Il est donc nécessaire de définir dans quelle sphère se situe l'élément que l'employeur souhaite modifier, dans la mesure où chaque type de modification obéit à un régime juridique distinct :

- l'adaptation des conditions de travail peut être appliquée sans l'accord du salarié : lorsque celui-ci conteste la modification, il peut être licencié pour inexécution de ses obligations contractuelles, voire pour faute grave ;
- la modification d'un élément essentiel du contrat doit au contraire être notifiée au salarié et motivée ; celui-ci dispose d'un délai de réflexion au terme duquel il doit faire connaître son acceptation ou son refus de la modification. En cas de refus, l'employeur peut décider le licenciement ; c'est le motif de la modification qui induit alors le motif (personnel ou économique) de la rupture du contrat et la procédure à suivre.

### CAS PARTICULIER DES SALARIÉS PROTÉGÉS

#### Obligation de recueillir l'accord du salarié

Quels que soient l'élément du contrat modifié et l'ampleur de la modification, aucune modification du contrat ne peut être imposée à un salarié protégé.

L'accord du salarié est requis qu'il s'agisse d'une simple adaptation des conditions de travail ou de la modification d'un élément essentiel du contrat. Même une modification envisagée par le contrat lui-même ne peut être mise en œuvre sans l'accord du salarié : mise en œuvre d'une clause de mobilité, d'une clause de variation d'horaire, ...

#### Exemples jurisprudentiels

La mise en œuvre d'une clause de mobilité prévue au contrat de travail peut être refusée par un salarié protégé, alors qu'il est censé avoir accepté l'évolution de son contrat dès sa signature. Pour les salariés non protégés, il s'agit d'une inexécution fautive du contrat de travail. Pour les salariés protégés, il appartient à l'inspecteur du travail d'en décider.

*Cass. soc. 23 septembre 1992 - Bull. civ. V, n° 477*

Dans le même sens, la mise en disponibilité d'un salarié précédant son départ à la retraite, bien que prévue dans le contrat initial de travail, ne peut lui être imposée, dans la mesure où il s'agit d'une modification du contrat de travail.

*Cass. soc. 14 novembre 2000 - Leclercq c/ Nestlé France*

Constitue un trouble manifestement illicite, auquel il appartient au juge des référés judiciaire de mettre fin, un changement des conditions de travail imposé, sans son accord, à un représentant du personnel qui a pour effet de mettre fin à ses mandats, nonobstant la contestation de la régularité de la mutation que celui-ci, en sa qualité de fonctionnaire, avait engagée devant le juge administratif.

*Cass. Soc. - 5 mars 2008. n° 07-11.123.*

Aucun changement de ses conditions de travail ne pouvant être imposé à un salarié protégé et en cas de refus par celui-ci de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement. Viole dès lors le code du travail et l'article 1184 du code civil la cour d'appel qui rejette la demande de résiliation du contrat de travail formée par un salarié au motif qu'aucune modification de son contrat de travail n'est intervenue, tout en constatant que, pendant la période de protection, l'employeur lui a imposé un changement de ses conditions de travail.

*Cass. Soc., 21 novembre 2006, n° 04-47.068*

### **Salariés protégés = définition**

Par salarié protégé, il faut entendre principalement les représentants du personnel et autres personnes titulaires d'un mandat représentatif des salariés ou syndical.

*Articles L. 2411-1 et suivants du Code du travail*

## **MISE EN ŒUVRE DE LA MODIFICATION PAR L'EMPLOYEUR**

### **Formalisme de la proposition**

L'employeur doit donc adresser une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou la remettre en main propre contre décharge, au représentant du personnel ou syndical.

Qu'il s'agisse d'une simple adaptation des conditions de travail ou la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, la proposition de modification doit être motivée.

À ce stade, il faut éviter que la modification du contrat de travail soit ensuite considérée par le salarié protégé concerné et le juge judiciaire comme une mesure discriminatoire.

Ensuite, de cette motivation, liée à des difficultés économiques ou à la personne même du salarié, vont découler différents éléments importants : délais de réflexion, modalités d'acceptation ou de refus de la part du salarié, légitimité du licenciement consécutif à un refus...

### **Exemple jurisprudentiel**

Le licenciement consécutif au refus par le salarié d'une modification non justifiée pourrait être considéré comme sans cause réelle et sérieuse. En effet, la légitimité du licenciement dépend de la légitimité de la modification du contrat.

*Cass. soc. 9 mai 1990 - Bull. civ. V, n° 210*

L'employeur est tenu de respecter les différentes procédures qui en découlent, en particulier si le motif de la proposition de modification est économique ou disciplinaire.

Des dispositions conventionnelles, ou issues du règlement intérieur ou des usages, peuvent comporter des précisions sur la façon de rédiger la proposition de modification du contrat de travail adressée à un salarié protégé.

### **Modification reposant sur un motif économique**

Est considéré comme un motif économique tout motif non inhérent à la personne du salarié, consécutif notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

*Article L. 1233-3 du Code du travail*

Les difficultés économiques ou les mutations technologiques doivent être appréciées dans le cadre du secteur d'activité du groupe auquel appartient la société. En outre, la modification doit avoir été proposée dans l'intérêt de l'entreprise.

La modification du contrat de travail peut avoir été proposée dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, l'employeur respectant alors son obligation de reclassement ou appliquant un plan de reclassement.

À l'inverse, la modification du contrat de travail pour motif économique peut avoir été proposée en dehors de tout projet de licenciement pour motif économique. Le salarié doit être informé de la modification envisagée par lettre recommandée avec avis de réception.

*Article L. 1222-6 du Code du travail*

Cette lettre mentionne :

- le délai d'un mois dont dispose le salarié pour faire connaître son refus ;
- à titre seulement facultatif, que le refus du salarié peut entraîner l'engagement d'une procédure de licenciement à son encontre ;
- le motif de la modification ;
- le détail de la modification envisagée : élément modifié, dans quelle proportion, date de prise d'effet ;
- les modalités pratiques de mise en œuvre de la modification, si celle-ci est acceptée : proposition d'un avenant au contrat de travail, convocation à un entretien pour éclaircir le salarié sur ses nouvelles conditions de travail, ...

Le licenciement consécutif au refus d'une modification dont la lettre de proposition est imprécise peut être considéré comme sans cause réelle et sérieuse et l'employeur peut être poursuivi pour légèreté blâmable.

*Cass. soc. 20 janvier 1998 - Bull. civ. V, n° 18*

☞ *Pour les salariés autres que protégés, leur silence au-delà du délai de réflexion d'un mois vaut acceptation de la modification du contrat de travail. Cette règle posée à l'article L. 1222-6 du Code du travail n'est pas applicable aux salariés protégés puisque leur accord écrit est nécessaire pour la mise en œuvre de la modification de leur contrat de travail.*

Le salarié peut également choisir d'adresser à l'employeur une acceptation expresse, par lettre recommandée avec avis de réception, ou de renvoyer la lettre de proposition, avec la mention "lu et approuvé" suivie de sa signature.

### Modification reposant sur un motif personnel

Tout motif inhérent à la personne du salarié est un motif personnel. La modification d'un élément essentiel du contrat de travail peut être alors motivée par :

- l'inaptitude physique du salarié, l'employeur respectant une obligation de reclassement imposée par la décision de l'inspecteur du travail ;
- l'insuffisance professionnelle du salarié ;
- une mésentente entre salariés au sein d'un même service, etc.

Le Code du travail ne prévoit pas de procédure particulière pour la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, pour motif personnel.

Des dispositions de la convention collective peuvent toutefois apporter quelques précisions, qu'il convient alors d'appliquer. Ces dispositions peuvent notamment intéresser le formalisme de la proposition par l'employeur et celui de la réponse du salarié, ou imposer un délai de réflexion. Elles peuvent aussi concerner le formalisme de l'acceptation de la modification. Une acceptation de la part du salarié, même claire et non équivoque est sans effet si la procédure conventionnelle n'a pas été respectée.

*Cass. soc. 18 juin 1996 - Bull. civ. V, n° 250*

☞ *F Certaines conventions collectives organisent un droit de repentir au profit des salariés, leur permettant de se rétracter, donc de refuser la proposition de modification dans un certain délai, même après une acceptation formelle, claire et non équivoque. La rupture du contrat qui s'ensuit ne peut être considérée comme une démission. Ces dispositions s'imposent à l'employeur.*

En outre, lorsque la modification du contrat constitue une sanction disciplinaire, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire, notamment de convoquer le salarié à un entretien préalable à la sanction pour lui exposer les griefs retenus à son encontre et écouter ses explications. La proposition de modification ne peut intervenir plus d'un mois après cet entretien.

Enfin, comme pour la modification d'origine économique, la lettre informant le salarié de la modification disciplinaire envisagée doit mentionner le motif de celle-ci ainsi que son détail : élément modifié, dans quelle proportion, date de prise d'effet, ...

Malgré le silence de la loi concernant la modification du contrat de travail pour motif personnel, l'employeur doit laisser au salarié un délai de réflexion suffisant ou raisonnable. Le caractère raisonnable ou suffisant du délai s'apprécie au regard de l'ampleur de la modification envisagée et de la situation personnelle du salarié.

En aucun cas l'employeur ne doit exiger une réponse du salarié le jour même de la proposition. La directive européenne du 14 octobre 1991 recommande un délai d'un mois.

Les juges peuvent considérer que l'employeur manque à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, en demandant à un salarié de signer un contrat modifiant sa durée de travail et sa rémunération, sans lui donner un délai de réflexion qui lui permette d'évaluer la portée de la modification proposée et de décider en connaissance de cause.

Comme pour les salariés non protégés, il ne peut y avoir d'acceptation tacite d'une modification du contrat pour motif personnel.

Ainsi, l'acceptation de la modification ne peut être déduite de la seule poursuite du contrat de travail aux conditions nouvelles. Le salarié qui poursuit la relation de travail aux conditions modifiées pendant un an par exemple, peut encore contester la modification de son contrat au terme de cette période, en demandant en justice l'exécution du contrat aux conditions initiales, ou un rappel de salaire.

*Cass. soc. 25 mai 1989 - Bull. civ. V, n° 398*

*Cass. soc. 18 avril 2000 - Binggeli c/ Société Keller Fermetures - RJS 6/00 n° 633*

Ce principe est également applicable en cas de modification du contrat pour motif disciplinaire.

L'indication dans la proposition de modification, qu'à défaut de réponse dans un certain délai, la mesure est réputée acceptée, n'est pas opposable au salarié.

### Refus du salarié

Le refus expressément exprimé de la modification de son contrat par le salarié ne doit pas être considéré comme une volonté claire et non équivoque de démissionner. Il appartient à l'employeur soit de renoncer à la mesure, soit de prendre l'initiative de rompre le contrat.

Il est alors nécessaire de suivre la procédure de licenciement particulière aux salariés protégés prévue par les articles L. 2421-1 et suivants du Code du travail.

Le refus de la modification du contrat par le salarié protégé implique nécessairement la saisine de l'Inspection du travail pour obtenir l'autorisation de licenciement.

C'est à l'inspecteur du travail, voire au juge administratif de décider si la modification du contrat est légitime et si le refus du salarié constitue une inexécution fautive de ses obligations contractuelles ou non.

*Cass. soc. 10 mai 1999 - Bull. civ. V, n° 200*

Lorsque la modification du contrat constitue une sanction disciplinaire, l'employeur peut prononcer une autre sanction que celle qui a été refusée.

Le montant des indemnités de rupture et la durée du préavis doivent être appréciés en fonction des éléments du contrat avant modification.

*Cass. Ass. plén. 18 novembre 1994 - Chevalier c/ Clinique St Joseph*

*Cass. soc. 16 février 1999 - Société Resto Ferme c/ Guinet*

## TRANSFERT DES CONTRATS DE TRAVAIL

### Définitions et régimes de transfert

Il existe plusieurs hypothèses de transfert des contrats de travail, qu'il s'agisse de salariés protégés ou non protégés, obéissant à des procédures de mise en œuvre distinctes.

Dans le cas d'un transfert d'activité ou d'entreprise, consécutif à une cession, une vente ou une fusion, et à la condition que ce transfert porte sur une entité économique autonome conservant son identité, et dont l'activité se poursuit, c'est en principe l'article L. 1224-1 du Code du travail (ex. L. 122-12) qui s'applique. Lorsque cette disposition légale est applicable, le transfert des contrats de travail est en principe automatique. Autrement dit, l'accord des salariés dont le contrat de travail est transféré à un nouvel employeur n'a pas à être recueilli.

Lorsque les conditions posées par l'article L.1224-1 du Code du travail ne sont pas remplies, le transfert des contrats n'est pas automatique. Il y a alors possibilité de transfert des contrats de travail dans plusieurs situations différentes :

- soit le repreneur de l'activité passe convention avec le cédant pour que les salariés passent à son service, procédant ainsi à une application volontaire de l'article L. 1224-1, dans le cadre de stipulations expressément mentionnées dans la convention ;
- soit l'entreprise relève d'une branche professionnelle dans le cadre de laquelle il existe un accord de branche prévoyant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et le transfert des contrats de travail, même si les conditions d'application de cette disposition légale ne sont pas réunies. Il s'agit alors d'un « transfert conventionnel des contrats de travail », que l'on rencontre fréquemment en cas de transfert de marché, dans la restauration collective, le secteur de la propreté, du traitement des déchets, dans les domaines de la prévention et de la sécurité.

Dans ces deux hypothèses, le transfert des contrats de travail ne peut être valide sans l'accord exprès des salariés concernés, qu'ils soient protégés ou non. Et lorsqu'un salarié manifeste sa volonté de ne pas passer au service du nouvel employeur, son licenciement motivé par le refus de transférer son contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse.

*Cass. Soc. 9 novembre 2005, n° 03-45.483*

*Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.379*

### **Transfert du contrat de travail d'un salarié protégé**

Lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail (ex. L. 122-12) s'applique, le transfert du contrat de travail du salarié protégé est automatique, sans qu'il y ait possibilité pour lui de manifester son accord ou son désaccord. L'employeur n'a même pas à solliciter l'autorisation de l'inspection du travail.

Lorsqu'il s'agit d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, même en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'autorisation préalable de l'inspection du travail est en revanche nécessaire. L'accord du salarié n'est lui pas requis.

*Article L. 2414-1 du Code du travail*

### **Exemple jurisprudentiel**

Le transfert de la totalité des salariés employés dans une entité économique doit être regardé comme un transfert partiel d'établissement, au sens de l'article L. 2414-1 du Code du travail, imposant l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour le transfert d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, dès lors que l'entité économique transférée ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité d'établissement. Dès lors, un membre de la délégation du personnel d'un CHSCT peut invoquer l'article L. 2414-1 du Code du travail pour faire annuler son licenciement, dans une hypothèse où l'intégralité des contrats de travail ayant été transférée dans le cadre d'une cession, l'employeur avait considéré qu'il s'agissait d'un transfert total d'établissement, n'avait pas demandé à l'inspection du travail l'autorisation administrative de licencier, sans rechercher si la nouvelle entité de travail constituait un établissement au sens de l'article L. 2414-1 du Code du travail.

*Cass. Soc. 15 novembre 2011 – n° 10-15.294*

En cas de transfert conventionnel du contrat de travail, ou lorsque le repreneur de l'activité fait une application volontaire de l'article L. 1224-1, par accord avec l'ancien employeur, l'accord du salarié protégé est requis et l'autorisation préalable de l'inspection du travail aussi.

S'est alors posée la question de l'incidence de l'autorisation administrative sur le refus du salarié protégé de voir son contrat de travail transféré. Allant plus loin, cette question met en jeu le principe de séparation des pouvoirs entre l'administration et le juge judiciaire. En effet, l'autorisation administrative ne peut être contestée que devant le ministre chargé du travail ou le tribunal administratif, tandis que la volonté du salarié protégé peut être vérifiée devant le juge judiciaire. Or, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs (entre ordre administratif et ordre judiciaire) implique l'impossibilité pour le juge judiciaire de remettre en cause une décision de l'administration et pourrait être interprété comme rendant impossible la contestation devant le juge civil du transfert du contrat de travail du salarié protégé, dès lors que celui-ci a été autorisé par l'inspection du travail.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est donc prononcée sur cette problématique, en cas de transfert conventionnel du contrat de travail d'un salarié protégé. En l'espèce, il s'agissait d'un délégué du personnel, travaillant dans le secteur professionnel de la collecte des déchets. A la suite d'un changement de titulaire du marché, son employeur obtient l'autorisation administrative de transférer conventionnellement son contrat de travail au nouveau titulaire du marché. Le délégué du personnel forme un recours administratif contre la décision administrative, recours rejeté au motif que le transfert intervient en application de la convention collective nationale des activités du déchet qui fixe (annexe V) les conditions de reprise des personnels ouvriers en cas de changement de titulaire d'un marché. Le salarié protégé se tourne alors vers le Conseil de Prud'hommes pour contester le changement d'employeur au motif qu'il n'y a pas consenti et demander la résolution judiciaire de son contrat de travail. Pour faire droit à sa demande, sans heurter le principe de séparation des pouvoirs, les juges se sont attachés à la portée du contrôle opéré par l'inspecteur du travail. Il a été jugé que celui-ci n'avait pas à vérifier si le salarié protégé a ou non donné son accord au transfert conventionnel de son contrat de travail. En conséquence, le contrôle de la volonté du salarié échappant au pouvoir de l'administration, il pouvait relever de la compétence de l'ordre judiciaire, sans que soit bafoué le principe de séparation des pouvoirs.

*Cass. Soc. 3 mars 2010 – n° 08-41.600*

### **Recours possible en cas de refus du transfert par un salarié protégé**

En cas de transfert légal du contrat de travail, dans le cadre de la stricte application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le caractère automatique de l'opération implique que le salarié n'a pas la faculté de refuser la novation de son contrat de travail auprès d'un nouvel employeur. L'autorisation administrative n'étant pas non plus requise, le salarié protégé n'a plus qu'une seule possibilité de recours : saisir le Conseil de Prud'hommes pour vérifier que les conditions légales d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont bien réunies. Si tel n'est pas le cas, le juge peut faire annuler la procédure de transfert et enjoindre l'employeur de demander l'autorisation à l'inspecteur du travail, et de recueillir l'accord exprès du salarié. Si celui-ci ne souhaite pas passer au service du nouvel employeur, il peut également demander la résolution judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

En cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, en cas de transfert conventionnel des contrats de travail, et d'application volontaire par le repreneur de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'accord du salarié protégé est nécessaire et l'employeur doit demander l'autorisation à l'inspection du travail. La décision de l'inspecteur du travail peut alors être contestée dans le cadre d'un recours administratif hiérarchique, devant le Ministre chargé du Travail, ou contentieux devant le Tribunal administratif, sur la base du non-respect de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou des dispositions conventionnelles relatives au transfert des contrats de travail. Mais le juge judiciaire ne saurait remettre en cause la décision administrative, conformément au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

*Cass. Soc. 3 mars 2010, n° 08-40.895*

Dès lors que l'accord du salarié est requis, en application de la loi ou de la convention collective ou de l'accord de branche professionnelle applicable, le juge judiciaire peut être saisi sur la validité de ce consentement ou sur l'absence de consentement, le contrôle de l'inspection du travail ne s'étendant pas jusqu'à une telle vérification.

Et le salarié protégé peut également demander la résolution judiciaire de son contrat de travail.

*Cass. Soc. 3 mars 2010 – n° 08-41.600*

