

V A D E - M E C U M

Les chefs d'établissements publics locaux d'enseignement et la gestion des contrats aidés (CA – CAE)

ASL 59 - Autonome de Solidarité Laïque du Nord
Jean-François Segard (avocat conseil de l'ASL 59)
SPPS *Avocats*, société d'avocats à Lille

S o m m a i r e

1. le contrat d'avenir
2. le contrat d'accompagnement dans l'emploi
- 3 . le contrat unique d'insertion
- 4 . la rupture du contrat aidé
5. les conséquences d'une rupture injustifiée
- 6 . la procédure disciplinaire
- 7 . la procédure devant le Conseil des prud'hommes
- 8 . les infractions pénales liées
- 9 . annexes

Les chefs d'établissement sont confrontés à la gestion de contrats de travail qui ressortent du droit privé. Ils ne connaissent pas toujours leur régime juridique spécifique. Ils ignorent souvent les subtilités de la procédure devant le Conseil de Prud'hommes.

Les contrats aidés amènent par ailleurs les Chefs d'établissement à entrer en contact avec des populations de salariés qui ne correspondent pas nécessairement au profit habituel des personnels enseignants.

Les codes sociaux et les attitudes à adopter ne sont pas uniformes. Il faut prendre garde aux situations de conflits et aux plaintes éventuelles qui pourraient être portées contre le chef d'établissement employeur au titre des infractions communément relevées dans le monde du travail (discrimination, harcèlement...).

Le but de ce vade-mecum est de présenter le régime de ces contrats aidés (CA et CAE et bientôt CUI) et de fournir aux chefs d'établissements un ensemble d'informations leur permettant de gérer sereinement ces personnels d'un genre nouveau.

Le sujet est d'autant plus d'actualité qu'on peut penser que la conjoncture économique favorisera ce type de relation contractuelle au sein de l'enseignement public.

I. LE CONTRAT D'AVENIR

Les contrats d'avenir (CA) sont destinés à *favoriser le retour à l'emploi des personnes bénéficiant de l'allocation aux adultes handicapés, de l'allocation de solidarité spécifique, du revenu minimum d'insertion (RMI) et de l'allocation de parent isolé (API)*¹.

Le contrat est d'une durée déterminée de 2 ans (avec des possibilités de dérogation), à temps partiel. Durant la durée du contrat, le salarié perçoit un salaire calculé au minimum sur la base du SMIC horaire et peut dans certains cas continuer de percevoir une part de son allocation d'origine, diminuée du montant de l'aide forfaitaire versée à l'employeur. *Il bénéficie par ailleurs obligatoirement d'actions de formation et d'accompagnement.*

Le contrat d'avenir porte sur des emplois visant à répondre à des besoins collectifs non satisfaits (C. trav., art. L. 322-4-10 / recod. C. trav., art. L. 5134-35).

En outre, à compter du 1er juin 2009, date d'entrée en vigueur, en métropole, du revenu de solidarité active (RSA), des conventions individuelles se rapportant aux CA pourront être conclues, pour les bénéficiaires du RSA financé par les départements, les bénéficiaires de l'ASS et les bénéficiaires de l'AAH, jusqu'au 31 décembre 2009.

Le RSA remplacera, à compter du 1er juin 2009, le RMI, l'allocation de parent isolé (API) et les différents mécanismes d'intéressement à la reprise d'activité ; dans les DOM et les collectivités de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, cette date est fixée au 1er janvier 2011, au plus tard.

Le contrat d'avenir s'adresse aux bénéficiaires du RMI, de l'allocation de solidarité spécifique (ASS), de l'allocation de parent isolé (API) ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH). Il n'est pas nécessaire d'être inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi pour pouvoir conclure un tel contrat. À compter du 1er juin 2009, date d'entrée en vigueur, en métropole, du RSA, des conventions individuelles se rapportant aux CA pourront être conclues, pour les bénéficiaires du RSA financé par les départements, les bénéficiaires de l'ASS et les bénéficiaires de l'AAH, jusqu'au 31 décembre 2009.

Le contrat d'avenir peut tenir lieu de contrat d'insertion que tout bénéficiaire du RMI doit conclure dans les 3 mois qui suivent la mise en paiement de l'allocation de RMI. Sont considérés comme « ayant droit » de l'allocataire du RMI, susceptibles à ce titre de conclure un contrat d'avenir, le conjoint ou le concubin de l'allocataire ainsi que ses enfants et autres personnes à charge.

Peuvent conclure des contrats d'avenir (C. trav., art. L. 322-4-11 / recod. C. trav., art. L. 5134-38) :

- les collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public ;
- les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public ;
- les organismes de droit privé à but non lucratif (associations, comités d'entreprise...) ;
- les entreprises d'insertion par l'économique.

Les contrats d'avenir visent à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits

¹ Sur les conséquences de la création du RSA, voir plus loin

A. FORMALITES

La mise en œuvre du contrat d'avenir nécessite :

- *une convention d'objectifs entre le département, la commune ou l'EPCI et l'Etat qui détermine, le nombre de contrats d'avenir pouvant être conclus et éventuellement les organismes délégataires (maisons de l'emploi, missions locales, organismes assurant ou participant au service public de l'emploi,...). habilités à conclure des contrats d'avenir.*
- **Une convention individuelle entre le prescripteur** (le président du conseil général ou le maire ou, le cas échéant, le président de l'EPCI ou l'organisme ayant reçu délégation), **le bénéficiaire**, qui s'engage à prendre part à toutes les actions qui y sont prévues et **l'employeur concerné**.

Cette convention individuelle doit être signée préalablement à la conclusion du contrat de travail.

1. Objet et contenu de la convention individuelle

La convention individuelle de contrat d'avenir **définit le projet professionnel proposé au bénéficiaire du contrat**. Elle fixe notamment les conditions d'accompagnement dans l'emploi du bénéficiaire et les actions de formation ou de validation des acquis de l'expérience qui doivent être mises en œuvre au profit du bénéficiaire (C. trav., art. L. 322-4-11 / recod. C. trav., art. L. 5134-40).

Plus précisément, elle doit comporter les données suivantes (C. trav., art. R. 322-17-5 / recod. C. trav., art. R. 5134-51) :

1. l'identité, l'adresse et le numéro Siret de l'employeur
2. le nom et l'adresse du salarié bénéficiaire
3. son âge, son niveau de formation, sa situation au moment de l'embauche au regard de l'ASS, de l'API, du RMI ou de l'AAH ;
4. son numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques ;
- 5. les caractéristiques de l'emploi proposé ;**
6. la date d'embauche et du terme du contrat ;
- 7. la durée du travail et, le cas échéant, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail sur la période couverte par le contrat ;**
8. la nature et la durée des actions d'accompagnement et de formation ;
9. la personne ou l'organisme chargé du placement ou de l'insertion ;
10. le montant et les modalités de versement de l'aide versée à l'employeur par le débiteur de l'allocation ;
11. l'organisme chargé du versement de l'allocation dont relève le bénéficiaire du contrat d'avenir ;
12. l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales compétent ;
13. le montant et les modalités de versement de l'aide de l'Etat à l'employeur ;
14. les modalités de contrôle et d'évaluation de la convention ;

15. les modalités de reversement des aides, notamment en cas de non-respect par l'employeur de ses obligations contractuelles.

Une annexe à la convention précise les objectifs, le programme et les modalités d'organisation et d'évaluation des actions d'accompagnement et de formation. Elle précise également les modalités d'intervention de la personne ou de l'organisme désigné comme référent pour le suivi du parcours d'insertion professionnelle du bénéficiaire.

Le président du conseil général ou le maire ou, le cas échéant, le président de l'établissement public de coopération intercommunale désigne, dès la conclusion de la convention, une personne physique chargée d'assurer, en tant que référent, le suivi du parcours d'insertion professionnelle du bénéficiaire du contrat. Un bilan est notamment réalisé tous les six mois avec le bénéficiaire, l'employeur et le référent (C. trav., art. L. 322-4-11 / recod. C. trav., art. R. 5134-57)².

2. Durée de la convention

La convention individuelle de contrat d'avenir est conclue pour une durée de 2 ans.

Toutefois, lorsque des circonstances particulières tenant au secteur d'activité professionnelle ou au profil de poste le justifient, *le préfet peut prévoir une durée comprise entre 6 et 24 mois*. Il peut prévoir une durée minimale de 3 mois pour les personnes bénéficiant d'un aménagement de peine.

La convention individuelle peut être renouvelée. La durée totale de la convention ne peut, compte tenu des renouvellements, excéder 3 ans.

Pour les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans et les personnes reconnues travailleurs handicapés, la limite de renouvellement peut être de 36 mois ; **la durée totale ne peut alors excéder 5 ans.**

L'employeur, préalablement au renouvellement d'un contrat d'avenir, adresse une demande de renouvellement de la convention à la collectivité territoriale, ou à l'établissement public de coopération intercommunale signataire de la convention initiale, ou au Pôle emploi, ou au délégataire. *Le renouvellement n'est accordé que si l'employeur a rempli ses obligations, et si ce renouvellement est nécessaire pour l'accès du salarié à un emploi durable.*

Le renouvellement du contrat prend effet à la date de renouvellement de la convention.

Avant chaque renouvellement, le référent ou l'organisme en charge du suivi et de la mise en œuvre du contrat effectue un bilan des actions de formation et d'accompagnement réalisées.

² Cette mission peut également être confiée à un organisme chargé du placement ou de l'insertion, notamment à une maison de l'emploi ou un organisme mentionné aux premier et troisième alinéas de l'article L. 311-1 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 5311-2 et R. 5311-4).

L'employeur doit communiquer chaque trimestre au Cnasea et à l'organisme ou à la collectivité chargé du versement de l'aide afférente au contrat les justificatifs de l'effectivité de l'activité du salarié (C. trav., art. R. 322-17-7, I / recod. C. trav., art. R. 5134-67).

3. Dénonciation de la convention

En cas de non-respect des dispositions de la convention accompagnant le contrat d'avenir par l'employeur, le président du conseil général, le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, l'ANPE ou le délégataire signataire de la convention informe au préalable l'employeur de son intention de dénoncer la convention (C. trav., art. R. 322-17-8, I / recod. C. trav., art. R. 5134-54).

L'employeur dispose alors d'un délai de 7 jours pour faire connaître ses observations. Le CNASEA et l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales compétent sont également informés de la dénonciation de la convention. En cas de dénonciation, l'employeur est tenu de reverser :

1. l'intégralité des sommes déjà perçues ;
2. ainsi que le montant des cotisations et contributions sociales patronales dont il a été exonéré au titre du contrat de travail considéré.

Ces cotisations doivent être versées au plus tard à la première date d'exigibilité des cotisations et contributions sociales qui suit la date de notification à l'employeur de la décision de dénonciation.

En cas de rupture du contrat d'avenir avant le terme initialement fixé dans la convention individuelle, cette dernière est résiliée de plein droit.

B. NATURE ET DUREE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat d'avenir est un contrat de travail de droit privé à durée déterminée, conclu en application de l'article L. 122-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 1242-3).

Ce contrat est donc exonéré de certaines règles applicables aux autres CDD (limitation de durée, délai de carence, droit à une indemnité de fin de contrat, dite de précarité). Mais la limitation à un seul renouvellement du contrat est écartée. En outre, les dispositions de l'article L. 1244-3 du nouveau code du travail relatives au **délai de carence entre deux contrats ne s'appliquent pas pour le contrat d'avenir**, de même qu'il n'y a pas lieu de verser l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du nouveau code du travail, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle plus favorable

Comme tous les contrats aidés à durée déterminée, le contrat doit être établi par écrit ; à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée (Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-42.863, Bull. civ. V, n° 77, solution rendue en matière de CES : peu importait que l'employeur ait remis des bulletins de salaire portant la mention « CES » pendant ces six mois, peu importait qu'il puisse fournir une convention avec l'Etat ou que les organismes sociaux et la direction départementale du travail déclarent avoir enregistré l'intéressé comme bénéficiant d'un CES).

La durée du contrat est identique à la durée de la convention. Il ne peut être renouvelé que si la convention est elle-même renouvelée.

Ainsi, en principe, le contrat est conclu pour une durée de 2 ans. Il peut être renouvelé dans la limite de 12 mois (C. trav., art. L. 322-4-11 / recod. C. trav., art. L. 5134-42)³.

Pour les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans et les personnes reconnues travailleurs handicapés, la limite de renouvellement peut être de 36 mois.

Par exception, lorsque, pour des raisons liées à des circonstances particulières tenant au secteur d'activité professionnelle ou au profil de poste, le préfet a prévu que la convention aurait une durée comprise entre 6 et 24 mois, le contrat est conclu pour la même durée.

Il en est de même lorsque la durée minimale est fixée à 3 mois pour les personnes condamnées bénéficiant d'un aménagement de peine.

Dans ces deux cas, le contrat est renouvelable autant de fois que nécessaire, dans la limite d'une durée totale de 36 mois (ou de 5 ans pour les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans et les personnes reconnues travailleurs handicapés).

Période d'essai : Sauf clauses conventionnelles prévoyant une période d'essai d'une durée moindre, *la période d'essai du contrat d'avenir est fixée à un mois.*

C. DUREE HEBDOMADAIRE DU TRAVAIL

La durée hebdomadaire du travail des personnes embauchées dans le cadre d'un contrat d'avenir est fixée à 26 heures.

Exceptionnellement, la durée hebdomadaire des salariés embauchés sous contrat d'avenir peut être comprise entre 20 et 26 heures lorsque le contrat est conclu par un chantier ou un atelier d'insertion (C. trav., art. R. 322-17-6 / recod. C. trav., art. L. 5134-45).

Cette durée peut varier, dans la limite d'un tiers de sa durée, sur tout ou partie de l'année, sans dépasser la durée légale du travail et à condition que, sur un an (ou sur la période d'exécution du contrat lorsqu'elle est inférieure à un an), elle n'excède pas en moyenne 26 heures. Dans ce cas, pour le calcul de la rémunération, le nombre d'heures hebdomadaires de travail effectuées est réputé égal à 26.

Le programme indicatif de la répartition de la durée du travail sur l'année (ou sur la période d'exécution du contrat lorsqu'elle est inférieure à un an) est communiqué par écrit au salarié au moins 15 jours ouvrés avant la période annuelle de référence. La modification éventuelle de cette programmation doit également respecter un délai de prévenance de 15 jours (C. trav., art. R. 322-17-6 / recod. C. trav., art. R. 5134-63).

Le contrat peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail varie sur tout ou partie de l'année, dans les conditions suivantes :

³ En cas de renouvellement du contrat d'avenir, l'employeur en informe, dans un délai de 7 jours francs, l'organisme chargé du service de l'allocation au titre de laquelle le contrat a été conclu, l'organisme ou la collectivité chargé du versement de l'aide afférente au contrat et le Cnasea auxquels il transmet la copie de l'avenant à la convention de contrat d'avenir (C. trav., art. R. 322-17-7, II / recod. C. trav., art. R. 5134-64).

- la durée du travail peut varier dans la limite du tiers de sa durée (en plus ou en moins) ; elle peut donc varier entre 17,33 heures et 34,67 heures sur la semaine, et entre 75,10 heures et 150,22 heures sur le mois.
- la durée du travail hebdomadaire ne peut pas dépasser la durée légale, soit 35 heures ;
- sur un an, la durée hebdomadaire du travail est égale en moyenne à 26 heures ;
- pour le calcul de la rémunération, le nombre d'heures hebdomadaires de travail effectuées est réputé égal à 26. la rémunération est donc lissée sur le mois et calculée sur la base de 112,67 heures.

E. FORMATION

a) Actions de formation et d'accompagnement

Le contrat prévoit obligatoirement des actions de formation et d'accompagnement au profit de son titulaire (C. trav., art. L. 322-4-12 / recod. C. trav., art. L. 5134-47). Les conventions de contrat d'avenir doivent notamment préciser les engagements pris en matière de formation et d'accompagnement par l'employeur. Cependant, dans de nombreux cas, le contenu des formations ou des actions ne pourra être précisé que dans les premières semaines de travail, au vu des besoins du salarié⁴.

Ces actions de formation peuvent être menées pendant le temps de travail et en dehors de celui-ci. A ce titre, l'administration rappelle que les salariés en contrat aidé ont accès aux dispositifs de formation et d'accompagnement de droit commun et qu'il appartient aux employeurs de favoriser et de faciliter l'accès de ces salariés à ces dispositifs (Circ. DGEFP n° 2005-24, 30 juin 2005).

Le droit à DIF leur est également ouvert dans les conditions définies à l'article L. 931-20-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 6323-3).

En complément des actions mises en œuvre par l'employeur, l'offre de services déjà existante du service public de l'emploi (SPE) et des organismes associés peut être mobilisée (Circ. DGEFP n° 2005-24, 30 juin 2005).

b) Attestation de compétence

Le contrat ouvre obligatoirement droit à une attestation de compétences délivrée par l'employeur et il est pris en compte au titre de l'expérience requise pour la validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. L. 322-4-12 / recod. C. trav., art. L. 5134-47).

Cette attestation constitue un outil méthodologique et pédagogique visant à engager un dialogue entre l'employeur et le salarié sur les activités exercées par le salarié, les évolutions de son poste

⁴ En pratique, il n'est pas demandé d'arrêter précisément le programme de formation du salarié dès la signature de la convention individuelle. La conclusion formelle d'un avenant au contrat d'avenir n'est pas non plus nécessaire : l'administration invite à reprendre un imprimé de convention individuelle, d'y reporter le numéro de convention individuelle déjà signée et de compléter l'encadré intitulé « les actions d'accompagnement et de formation prévues par l'employeur » (Circulaire DGEFP n° 2005-24, 30 juin 2005).

et les compétences à acquérir. Elle constitue également un support permettant d'élaborer le projet professionnel du salarié dans le cadre d'une démarche de professionnalisation.

Elle peut être utilisée lors de l'accueil ou à différents points d'étapes. Seule l'attestation délivrée au terme du contrat d'avenir est obligatoire.

L'attestation de compétences permet au salarié de faire valoir ses savoir-faire professionnels auprès des autres employeurs et institutions, et elle constitue un élément pour accéder aux dispositifs de validation des acquis de l'expérience.

F. STATUT DU SALARIE

a) Rémunération

Sous réserve de clauses contractuelles ou conventionnelles plus favorables, la rémunération des bénéficiaires de contrat ***d'avenir est au moins égale au Smic horaire***

b) Congés payés

Sous réserve de dispositions conventionnelles plus favorables, le salarié en contrat d'avenir a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison de 2,5 jours par mois de travail. Les dispositions de l'article L. 122-3-3 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 1242-16) qui prévoient, par dérogation à l'article L. 223-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 3141-3), l'acquisition de droits à congés payés dès la première heure de travail s'appliquent pour le contrat d'avenir (Circ. DGEFP n° 2005-13, 21 mars 2005).

En application de l'article L. 212-4-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 3123-11) posant le principe de l'égalité des droits des salariés à temps partiel avec les autres salariés, le salarié en contrat d'avenir bénéficie d'un congé de même durée que les salariés qui travaillent selon l'horaire applicable dans l'établissement.

L'indemnité compensatrice de congés payés ne faisant l'objet d'aucune prise en charge par l'Etat ni au titre de la rémunération, ni en matière d'exonération de cotisations sociales, *l'administration incite les employeurs à faire bénéficier leurs salariés en contrat d'avenir de la totalité de leurs congés avant le terme du contrat* (Circ. DGEFP n° 2005-13, 21 mars 2005).

G. RUPTURE DU CONTRAT

a) Rupture anticipée du contrat

Le contrat d'avenir étant conclu pour une durée déterminée, il peut être rompu dans les conditions prévues à l'article L. 122-3-8 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 1243-1 et s.).

Par ailleurs, l'article L. 322-4-12 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 5134-48) prévoit que le contrat d'avenir peut également être rompu avant son terme lorsque la rupture a pour objet de permettre au salarié :

- d'être embauché pour un contrat à durée déterminée d'au moins six mois ;
- d'être embauché pour un contrat à durée indéterminée ;

- ou de suivre une formation qualifiante.

En cas de rupture anticipée du contrat, l'employeur en informe l'organisme chargé du service de l'allocation au titre de laquelle le contrat a été conclu, l'organisme ou la collectivité chargée du versement de l'aide, ainsi que le Cnasea dans un délai de 7 jours francs (C. trav., art. R. 322-17-7, II / recod. C. trav., art. L. 5134-64).

Il leur transmet :

1. en cas de rupture à l'initiative du salarié du contrat ou de l'employeur, la copie de la lettre de rupture mentionnant, le cas échéant, si celle-ci a eu lieu au cours de la période d'essai ;

2. en cas de faute grave ou de force majeure, la copie de la lettre par laquelle est constatée la rupture immédiate du contrat ;

3. en cas de rupture justifiée par la conclusion avec un autre employeur d'un CDD d'une durée supérieure à 6 mois ou d'un CDI ou par le suivi d'une formation qualifiante, tout document justifiant de l'embauche ou de l'inscription à la formation.

En cas de rupture du contrat d'avenir avant le terme initialement fixé par la convention de contrat d'avenir, celle-ci est résiliée de plein droit (C. trav., art. R. 322-17-8 / recod. C. trav., art. R. 5134-56).

A compter de la date de la rupture, le versement des aides afférentes à la période est interrompu et les sommes indûment perçues sont reversées (C. trav., art. R. 322-17-7, III / recod. C. trav., art. R. 5134-66).

b) Situation du salarié en fin de contrat

En fin de contrat d'avenir, si le contrat n'est pas renouvelé et que le salarié ne retrouve pas d'activité professionnelle rémunérée, le versement de l'allocation dont il bénéficiait avant la conclusion du contrat est maintenu ou rétabli dès lors qu'il remplit toujours les conditions pour y accéder.

H. SUSPENSION DU CONTRAT

a) Suspension pour des raisons de santé

Le contrat d'avenir peut être suspendu en cas :

1. d'incapacité médicalement constatée ouvrant droit à indemnités journalières ;
2. d'accident du travail et de maladie professionnelle ouvrant droit à indemnités journalières ;
3. ou de congé légal de maternité, de paternité ou d'adoption ouvrant droit à indemnités journalières.

b) Suspension pour effectuer une période d'essai

Il est possible de suspendre le contrat d'avenir afin que le salarié puisse effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi visant une embauche, en CDI ou en CDD d'au moins 6 mois.

S'il est finalement recruté, le contrat d'avenir est rompu sans préavis (C. trav., art. L. 322-4-12 / recod. C. trav., art. L. 5134-49).

c) Effets de la suspension

En cas de suspension du contrat dans ces conditions, l'employeur en informe l'organisme chargé du service de l'allocation au titre de laquelle le contrat a été conclu, l'organisme ou la collectivité chargé du versement de l'aide, ainsi que le Cnasea dans un délai de 7 jours francs.

Il leur transmet (C. trav., art. R. 322-17-7, II / recod. C. trav., art. R. 5134-64) :

1. en cas de suspension pour effectuer une période d'essai auprès d'un autre employeur, la copie du contrat de travail correspondant ;
2. en cas de suspension pour incapacité médicalement constatée, accident du travail et maladie professionnelle, congé légal de maternité, paternité ou adoption, la copie des justificatifs attestant de la situation du salarié.

A compter de la date d'effet de la suspension, le versement des aides afférentes à la période est interrompu et les sommes indûment perçues sont reversées. Par dérogation, en cas de suspension du contrat de travail avec maintien total ou partiel de la rémunération, les aides afférentes à la période continuent à être versées (C. trav., art. R. 322-17-7, III / recod. C. trav., art. R. 5134-66).

2. LE CONTRAT D'ACCOMPAGNEMENT DANS L'EMPLOI

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) a été créé par la loi de programmation pour la cohésion sociale (L. n° 2005-32, 18 janv. 2005, JO 19 janv.)⁵.

Le CAE a pour but de faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi.

A. EMPLOYEURS CONCERNES

Les employeurs possibles de personnes en CAE sont :

1. les collectivités territoriales ;
2. les autres personnes de droit public, sauf l'Etat ;
3. les organismes de droit privé à but non lucratif (associations, comités d'entreprise...) ;
4. les personnes morales chargées de la gestion d'un service public.

Les CAE ne peuvent être conclus pour pourvoir des emplois dans les services de l'Etat.

Par exception, l'Etat peut conclure des CAE pour exercer des missions d'adjoint de sécurité auprès des fonctionnaires de la police nationale. Ces agents ont le statut de contractuels de droit public (L. n° 95-73, 21 janv. 1995, art. 36 I bis, inséré par l'article 150 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005).

⁵ Le CAE fait l'objet de l'article L. 322-4-7 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 5134-20 et s.) et des articles R. 322-16 et suivants du Code du travail (recod. C. trav., art. R. 5134-16 et s.). Une circulaire administrative apporte des précisions complémentaires (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

Ils visent par ailleurs à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits.

B. FORMALITES

Le CAE donne lieu à la signature préalable d'une convention entre l'Etat et l'employeur.

La demande de convention doit être déposée préalablement à l'embauche du bénéficiaire (C. trav., art. R. 322-16, II / recod. C. trav., art. R. 5134-20). La convention de CAE est conclue, pour le compte de l'Etat, par l'ANPE (C. trav., art. R. 322-16-2 / recod. C. trav., art. R. 5134-103).

a) Contenu de la convention

Cette convention fixe les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel du bénéficiaire et prévoit des actions de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience nécessaire à la réalisation du projet professionnel de l'intéressé.

La convention doit comporter notamment les mentions suivantes (C. trav., art. R. 322-16-2 / recod. C. trav., art. R. 5134-105) :

- le nom et l'adresse du salarié ;
- le cas échéant, son numéro identifiant Assédic ;
- son âge, son niveau de formation et sa situation au regard de l'emploi ;
- l'identité, l'adresse et le numéro SIRET de l'employeur ;
- **la nature des activités faisant l'objet de la convention ;**
- la date d'embauche et la durée du contrat de travail ;
- la durée de travail ;
- le montant de la rémunération ;
- le montant de l'aide de l'Etat et ses modalités de versement ;
- les modalités de contrôle de l'application de la convention
- l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales compétent ;
- la nature des actions d'accompagnement et de formation.

b) Durée de la convention

Les règles relatives à la durée maximale de la convention et aux conditions de son renouvellement tiennent compte des difficultés des personnes embauchées au regard de leur insertion dans l'emploi.

Compte tenu de la durée du contrat de travail à durée déterminée, **la convention a une durée minimale de 6 mois et une durée maximale de 24 mois, renouvellement compris.**

Pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation et d'un aménagement de peine, la durée minimale de la convention est ramenée à 3 mois.

La durée des conventions ouvrant droit au bénéfice des contrats d'accompagnement dans l'emploi ne peut excéder le terme du contrat de travail.

La convention peut être renouvelée deux fois, dans la limite d'une durée totale de 24 mois. Le renouvellement est accordé après examen :

- de la situation du salarié au regard de l'emploi ;
- de la capacité contributive de l'employeur ;
- de la situation locale du marché du travail pour le métier concerné.

Avant chaque renouvellement, le salarié en contrat d'accompagnement dans l'emploi doit bénéficier d'un entretien avec un conseiller du Pôle emploi.

Lorsque la convention est renouvelée, aucun texte ne fait obligation de prévoir une nouvelle durée minimale de six mois (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-40.606, Bull. civ. V, n° 376 ; décision rendue pour un ancien contrat emploi solidarité, transposable au CAE).

c) Dénonciation de la convention

En cas de non-respect des dispositions de la convention par l'employeur, l'ANPE informe celui-ci de son intention de dénoncer la convention. L'employeur dispose alors d'un délai de 7 jours pour faire connaître ses observations (C. trav., art. R. 322-16-2, III / recod. C. trav., art. R. 5134-110).

En cas de dénonciation, l'employeur devra reverser l'ensemble des aides perçues ainsi que les sommes correspondant aux exonérations dont il a bénéficié au titre du contrat.

C. NATURE ET DUREE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le CAE est un contrat de travail de droit privé à durée déterminée.

Ce contrat est donc exonéré de certaines règles applicables aux autres CDD (limitation de durée, délai de carence, droit à une indemnité de fin de contrat, dite de précarité). Mais la limitation à un seul renouvellement du contrat est écartée.

La durée du contrat est identique à celle de la convention.

La durée du contrat de travail ne peut pas être inférieure à 6 mois (3 mois pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation et bénéficiant d'un aménagement de peine).

Les contrats ont une durée maximale de 24 mois, renouvellement compris.

Les dispositions relatives au nombre maximal des renouvellements, prévues par l'article L. 1243-13 du nouveau code du travail, n'étant pas applicables, le contrat peut être renouvelé 2 fois, dans la limite d'une durée totale de 24 mois. Les conditions de renouvellement tiennent compte des difficultés des personnes embauchées au regard de leur insertion dans l'emploi. (C. trav. nouv., art. L. 5134-25 ; Circ. DGEFP n° 2005/12, 21 mars 2005, § 2.4 et 3.1)

En cas de renouvellement, aucun texte, n'impose une nouvelle durée minimale (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-40.606, Bull. civ. V, n° 376).

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi est un contrat à temps complet ou à temps partiel.

La durée hebdomadaire du travail des personnes embauchées dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ne peut être inférieure à 20 heures, sauf lorsque la convention le prévoit en vue de répondre aux difficultés particulièrement importantes du bénéficiaire (il en est

ainsi pour la personne handicapée dont l'état de santé ne permet pas de travailler plus de 10 heures par semaine). (C. trav. nouv., art. L. 5134-26)

L'augmentation ou la diminution de la durée du travail en cours de contrat doit être acceptée par le Pôle emploi, et fait l'objet d'un avenant à la convention et au contrat de travail

D. STATUT DU SALARIE

a) Rémunération

Sous réserve de clauses contractuelles ou conventionnelles plus favorables, **la rémunération des bénéficiaires de CAE est au moins égale au Smic horaire** (C. trav., art. L. 322-4-7 / recod. C. trav., art. L. 5134-27).

b) Congés payés

Sous réserve de dispositions conventionnelles plus favorables, le salarié en CAE a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison de 2,5 jours par mois de travail.

En application de l'article L. 212-4-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 3123-1 et L. 3123-2) posant le principe de l'égalité des droits des salariés à temps partiel avec les autres salariés, le salarié en CAE bénéficie d'un congé de même durée que les salariés qui travaillent selon l'horaire applicable dans l'établissement⁶.

E. ACTIONS DE FORMATION

Les conventions de CAE peuvent prévoir des actions d'accompagnement, de formation professionnelle ou de validation des acquis de l'expérience.

Celles-ci ne sont pas obligatoires mais sont recommandées (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

a) Actions mises en œuvre par l'employeur

La mise en œuvre des actions d'accompagnement, de formation professionnelle ou de validation des acquis de l'expérience incombe en premier lieu à l'employeur (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

L'employeur doit donc permettre à ses salariés en CAE d'accéder à l'ensemble des actions de formation articulées autour du plan de formation de l'entreprise et du droit individuel à la formation.

⁶ L'indemnité compensatrice de congés payés ne faisant l'objet d'aucune prise en charge par l'Etat ni au titre de la rémunération, ni en matière d'exonération de cotisations sociales, l'administration incite les employeurs à faire bénéficier leurs salariés en CAE de la totalité de leurs congés avant le terme du contrat (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

Le droit au DIF leur est également ouvert dans les conditions prévues à l'article L. 931-20-2 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 6323-3), c'est-à-dire au *prorata temporis* s'ils justifient de 4 mois d'ancienneté, consécutifs ou non, dans la même entreprise sur les 12 derniers mois.

Contrairement au contrat d'avenir, la délivrance d'une attestation de compétences n'est pas obligatoire. Mais dans la mesure où cette attestation constitue un outil visant à engager un dialogue entre l'employeur et le salarié sur les activités exercées par ce dernier, les évolutions de son poste et les compétences à acquérir, il peut être opportun d'établir un tel document.

Elle peut être utilisée dans le cadre du CAE à l'issue d'une action d'accompagnement ou de formation que l'on entend valoriser, ainsi qu'à l'échéance du contrat.

Actions mises en œuvre par le SPER

Les bénéficiaires de CAE peuvent, dans le cadre de la politique définie par le Service public de l'emploi régional (SPER), accéder à des entretiens individuels avec un conseiller (dans le cadre d'une prestation d'accompagnement dans ou vers l'emploi, de définition d'un projet professionnel, bilan de compétences approfondi, etc.).

Le SPER peut aussi organiser, en complément des actions déjà prises en charge par l'employeur ou de celles déjà proposées par l'ANPE, des actions d'accompagnement spécifiques pour certains types de public en CAE considérés comme particulièrement en difficulté (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

F. RUPTURE DU CONTRAT

Le CAE étant conclu pour une durée déterminée, il peut être rompu dans les conditions prévues à l'article L. 122-3-8 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 1243-1 et s.) (accord entre les parties, faute grave du salarié ou force majeure).

Par ailleurs, l'article L. 322-4-7 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 5134-28) prévoit que le CAE peut également être rompu avant son terme lorsque la rupture a pour objet de permettre au salarié :

- d'être embauché pour un contrat à durée déterminée d'au moins six mois ;
- d'être embauché pour un contrat à durée indéterminée ;
- ou de suivre une formation qualifiante.

Dans ces situations, le salarié n'a pas à respecter de préavis de rupture du contrat de travail (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005). Aucune formalité n'est imposée au salarié (pas de nécessité de fournir de promesse d'embauche, ni d'attestation de formation, mais l'employeur bénéficiaire de la convention de CIE peut demander au salarié de justifier la réalité de l'embauche auprès du nouvel employeur, en produisant la promesse d'embauche ou le contrat de travail).

La méconnaissance par l'employeur de ces dispositions ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de son contrat (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

En cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur avant la fin de la convention, celle-ci est résiliée de plein droit et l'employeur est tenu de reverser au Cnasea, l'intégralité des aides perçues (C. trav., art. R. 322-16-1, II / recod. C. trav., art. R. 5134-118).

Le décret n° 2006-342 du 22 mars 2006 (JO 24 mars) a supprimé l'obligation de rembourser les sommes correspondant aux exonérations dont l'employeur a bénéficié.

Par exception, les aides reçues ne font pas l'objet d'un reversement et l'employeur bénéficie des aides correspondant au nombre de jours complets travaillés par le salarié dans l'établissement, en cas :

1. de faute du salarié ;
2. de force majeure ;
3. de licenciement pour inaptitude médicalement constatée et sous réserve de l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 122-24-4 (recod. C. trav., art. L. 1226-2) ;
4. de rupture au titre de la période d'essai ;
5. de rupture du fait du salarié ou de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, résultant de la volonté claire et non équivoque des deux parties ;
6. d'embauche du salarié par l'employeur.

L'employeur doit signaler à l'ANPE et au Cnasea, dans un délai de 7 jours francs, toute rupture du contrat de travail qui interviendrait avant la fin de la convention (C. trav., art. R. 322-16-2, II / recod. C. trav., art. R. 5134-21).

G. SUSPENSION DU CONTRAT

Il est possible de suspendre le CAE afin que le salarié puisse effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi visant une embauche en CDI ou en CDD d'au moins six mois.

S'il est finalement recruté, le CAE est rompu sans préavis.

L'employeur doit signaler à l'ANPE et au Cnasea, dans un délai de 7 jours francs, toute suspension du contrat de travail qui interviendrait avant la fin de la convention (C. trav., art. R. 322-16-2, II / recod. C. trav., art. R. 5134-21).

3. LE CONTRAT UNIQUE D'INSERTION

L. n° 2008-1249, 1^{er} déc. 2008, art. 20 à art. 25, JO 3 déc. **Le contrat unique d'insertion (CUI) remplacera, à compter du 1^{er} janvier 2010, les contrats aidés actuels :**

1. le contrat initiative-emploi (CIE) et le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), qui seront aménagés ;
2. le contrat d'avenir (CA) et le contrat d'insertion-revenu minimum d'activité (CI-RMA) qui seront abrogés.

a) Conventions préalables

Deux conventions doivent être préalablement conclues.

Une convention annuelle d'objectifs et de moyens doit être conclue entre le département et l'Etat. Elle fixe notamment le nombre prévisionnel de conventions individuelles, les modalités de financement, le taux des aides versées à l'employeur et les actions d'accompagnement favorisant l'insertion des personnes embauchées (C. trav., art. L. 5134-19-4, nouveau).

Une convention individuelle doit par ailleurs être conclue entre le bénéficiaire, l'employeur et soit le Pôle emploi pour le compte de l'Etat, soit le président du conseil général pour le compte du département pour les bénéficiaires titulaires du RSA (C. trav., art. L. 5134-19-1, nouveau). Cette convention prévoit des actions d'accompagnement et des actions de formation. La conclusion d'une nouvelle convention individuelle est subordonnée au bilan préalable des actions d'accompagnement et visant à l'insertion durable des salariés réalisées par l'employeur.

La durée de la convention individuelle ne peut excéder le terme du contrat de travail et en toute hypothèse **24 mois**. Des dérogations à cette durée maximale sont cependant prévues pour les bénéficiaires de certains minima sociaux d'au moins 50 ans et les travailleurs handicapés, ou pour achever une action de formation.

b) Modalités du nouveau contrat : aménagement du CIE et du CAE

Les bénéficiaires du CUI sont recrutés sous CAE (secteur non marchand), ou sous CIE (secteur marchand). Ces contrats sont aménagés alors que le contrat d'avenir et le CI-RMA sont abrogés.

1. Durée du contrat

Le contrat unique d'insertion est conclu sous forme d'un CDI ou d'un CDD. Sa durée **minimale** est de **six mois** (trois mois pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation) (C. trav., art. L. 5134-69-2, nouveau). Le CDD peut être prolongé pour une durée totale de **24 mois**. D'autres cas de prolongation du CDD sont prévus (notamment pour achever une action de formation définie dans la convention initiale, cette prolongation ne pouvant toutefois excéder le terme de cette action) (C. trav., art. L. 5134-23-1 ; C. trav., art. L. 5134-25-1 ; C. trav., art. L. 5134-67-1, nouveaux).

La durée maximale de prolongation du contrat est de cinq ans pour les salariés de 50 ans et plus bénéficiaires de minima sociaux tel que le RSA, et pour les travailleurs handicapés.

A titre exceptionnel, un CAE conclu par une structure d'insertion par l'activité économique avec une de ces personnes peut être prolongé au-delà de la durée maximale prévue, dans les conditions ci-dessus, dès le **1^{er} janvier 2009** (C. trav. art. L. 5134-23-1 ; C. trav., art. L. 5134-25-1, nouveaux).

La prolongation de la convention individuelle et du CDD conclu en application de celle-ci, est subordonnée à l'évaluation des actions réalisées au cours du contrat en vue de favoriser l'insertion durable du salarié (C. trav. art. L. 5134-23-2 ; C. trav, art. L. 5134-67-2, nouveaux).

Le contrat **peut être suspendu**, à la demande du salarié, afin de lui permettre :

1. en accord avec l'employeur, d'effectuer une évaluation en milieu de travail prescrite par Pôle emploi ou une action concourant à son insertion professionnelle ;
2. d'accomplir une période d'essai afférente à une offre d'emploi visant une embauche en CDI, ou en CDD d'une durée au moins égale à 6 mois.

En cas d'embauche à l'issue de cette évaluation en milieu de travail ou de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis (C. trav., art. L. 5134-29 ; C. trav, art. L. 5134-71).

2. Durée du travail

La durée hebdomadaire de travail en contrat unique d'insertion ne peut être inférieure à **20 heures**. Dans le cadre d'un CAE, sous forme d'un CDD, la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de la période couverte par le contrat, sans pouvoir être supérieure à la durée légale hebdomadaire (C. trav., art. L. 5134-26).

c) Contrats aidés conclus avant le 1^{er} janvier 2010

Les CIE et les CAE peuvent continuer à être conclus dans le cadre du régime antérieur jusqu'au 1^{er} janvier 2010. Il en est de même des contrats d'avenir et des CI-RMA. Ces derniers continueront à produire effet jusqu'à leur terme, mais ne pourront plus être prolongés ni renouvelés au-delà du 1^{er} janvier 2010⁷.

4. LA RUPTURE DU CONTRAT A DUREE DETERMINEE

Notion et cas autorisés de rupture anticipée

Les CA et CAE relèvent du droit commun des contrats à durée déterminée sauf dispositions spécifiques qui seront précisées. C'est bien dans le cadre du droit des CDD qu'il convient donc d'étudier les modes de rupture des CA et CAE.

Lorsque le contrat a un terme certain, la rupture anticipée est facile à caractériser. ***C'est la rupture avant le terme prévu qui peut poser difficulté.*** La loi autorise la rupture anticipée d'un CDD avant l'échéance du terme uniquement (art. L. 1243-1 et L. 1243-2 du Code du travail) :

- s'il y a **accord des parties** ;
- en cas de **faute grave** ;
- en cas de **force majeure** ;
- si le salarié justifie d'une **embauche sous contrat à durée indéterminée**

En dehors de ces cas expressément énumérés par les articles L. 1243-1 et L. 1243-3 du nouveau code du travail, la rupture anticipée est également admise :

- ***pendant la période d'essai*** (C. trav. nouv., art. L. 1242-11) ;
- pour certains contrats liés à la politique de l'emploi ;
- ***en cas de résolution judiciaire du contrat à la demande de l'employeur pour inaptitude physique d'origine professionnelle du salarié en contrat à durée déterminée*** ;
- en cas de résolution judiciaire du contrat à la demande du salarié.

⁷ A compter du **1^{er} janvier 2009**, le contrat d'avenir et le CAE peuvent prévoir par avenant la période d'immersion susvisée.

A compter du **1^{er} juin 2009** et jusqu'au 31 décembre 2009, des conventions individuelles se rapportant aux contrats d'avenir et aux CI-RMA peuvent être conclues pour les bénéficiaires du RSA, de l'allocation de solidarité spécifique et de l'allocation aux adultes handicapés.

Les dispositions régissant la résiliation des CDD sont **d'ordre public**. Il en résulte que :

- toute rupture prononcée en dehors des cas énoncés dans les articles L. 1243-1 et L. 1243-2 du nouveau code du travail *est abusive*. Elle ouvre droit pour l'une ou l'autre des parties au versement de dommages-intérêts;
- *toute clause de rupture anticipée prévue au contrat est nulle*. Les dispositions de l'article L. 1243-2 du nouveau code du travail s'appliquent dès que le CDD est conclu même s'il n'y a pas eu commencement d'exécution du contrat.

A. LE COMMUN ACCORD DES PARTIES

En application de l'article L. 1243-1 du nouveau code du travail, l'employeur et le salarié peuvent d'un commun accord, décider de rompre le CDD avant l'arrivée de son terme.

Selon l'administration, cette rupture anticipée doit en tout état de cause s'appuyer sur un écrit : simple écrit qui met un terme immédiat au contrat ou avenant qui en réduit la durée. (Circ. DRT n° 92-14, 29 août 1992 : BO Trav. n° 92/21)

Pour sa part, la Cour de cassation conditionne la validité de ce mode de rupture à ***l'existence d'une volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin au CDD***. La rupture d'un commun accord des parties ne peut donc pas résulter d'un accord tacite des parties, de la signature du reçu pour solde de tout compte ou encore de l'acceptation d'un certificat de travail. (Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-40.412, Rooks c/ Sté Groupe Wesford)

La rupture d'un commun accord ne peut pas être convenue à l'avance car la jurisprudence condamne les clauses de résiliation anticipée.

L'indemnité de fin de contrat est due sauf si les parties conviennent du contraire dans l'écrit formalisant la rupture...

La rupture d'un commun accord du CDD a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail ***et ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution du contrat de travail***. (Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-40.238, Bull. civ. V, n° 179)

B. LA FAUTE GRAVE

Il n'existe pas de définition légale de la faute grave : cette notion est essentiellement jurisprudentielle. Il résulte à ce titre de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en la matière, contrôle la qualification retenue par les juges du fond que la faute grave invoquée par l'employeur pour justifier la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ou le licenciement est « *celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Il importe peu que l'employeur ait accordé au salarié le bénéfice d'indemnités auxquelles il n'aurait pu prétendre en raison de cette faute* ». (Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, n° 1912 FP-P + B + R, Millochou c/ Commune de Torreilles)

En pratique, la faute grave peut être invoquée par l'une ou l'autre des parties, même si elle est le plus souvent invoquée par l'employeur.

C'est à la partie qui invoque la faute grave qu'il revient d'apporter la preuve de celle-ci.

La faute grave du salarié :

- **justifie la rupture anticipée du contrat de travail ;**
- **n'ouvre pas droit au versement de l'indemnité de fin de contrat.** En revanche si celle-ci se produit ou est découverte au cours du renouvellement du CDD, l'indemnité de fin de contrat due au titre du contrat initial doit être versée au salarié ;
(Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 00-43.521)
- ouvre droit au versement de l'indemnité compensatrice de congés payés sauf si la faute est lourde.

En présence d'une faute grave de l'employeur, le salarié peut saisir le juge pour voir constater la rupture du CDD et obtenir des dommages intérêts au moins égaux aux salaires qu'il aurait perçu jusqu'à la fin de son CDD...

Quelques exemples de faute grave commise par le salarié:

Faits invoqués	Rupture anticipée possible (pour faute grave)
— L'abandon des lieux de travail pendant près de deux heures par un employé d'une entreprise de remontées mécaniques, alors que cet abandon n'est pas justifié par une insuffisance d'équipements ou par des circonstances atmosphériques particulières (droit de retrait) Cass. soc., 8 janv. 1981, n° 79-41.250, Delille c/ Sté des Remontées mécaniques de Méaudre : Bull. civ. V, n° 9	oui
— L'absence injustifiée d'une journée alors que le contrat à durée déterminée prenait fin cinq semaines plus tard Cass. soc., 5 nov. 1984 : CP n° 94-1985	non
— La prise d'une semaine de congés pour préparer des examens en dépit du désaccord de l'employeur qui lui avait proposé d'autres dates Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-43.710, Robert c/ Sté Bouissou et a.	oui
— Le retard apporté par un salarié en arrêt de travail à la justification de son absence pour maladie Cass. soc., 11 mai 1994, n° 91-40.971, Association Le Carouet c/ Lamy	non
— Le fait pour un maître-nageur de s'être absenté à l'insu de son employeur, pendant au moins une heure et demie, laissant sciemment, sans aucune surveillance, la piscine où se trouvaient de nombreux enfants Cass. soc., 30 janv. 1985 : CP n° 8-85, p. 153	oui
— Le refus d'un salarié , ayant assuré dès son embauche des travaux annexes à ses fonctions, d'effectuer une de ses tâches habituelles en présence d'autres salariés (peu important les termes de son contrat initial) Cass. soc., 8 janv. 1987, n° 84-43.004, Élketroussi c/ Sté « Le Manoir Hôtel »	oui
— Le fait pour un salarié de ne pas avoir déclaré à son employeur, lors de son engagement, qu'il bénéficiait d'une allocation d'handicapé adulte Cass. soc., 9 janv. 1991, n° 88-41.091, Plaudin c/ Lanies	non
— Le refus d'une salariée engagée comme manutentionnaire dans un magasin ayant été fermé pour motif économique, d'exercer pendant la durée du contrat restant à courir un emploi de manutentionnaire dans	non

Faits invoqués	Rupture anticipée possible (pour faute grave)
une blanchisserie Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 96-41.325, Belmeliani c/ Sté SGCNE	
— le refus d'un salarié de déplacer son poste de travail alors que l'intéressé n'a pas refusé de travailler mais s'est seulement opposé au changement de ses conditions matérielles de travail. Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-40.356, Gonzales ép. Primaut c/ Sté Céciliam	non
— Le fait pour un formateur ayant des difficultés dans l'exercice de ses fonctions et ne présentant pas les qualités requises de pondération et de contrôle de soi, d'être contesté sur le plan professionnel dans son autorité et dans sa discipline Cass. soc., 1 ^{er} déc. 1988, n° 85-42.232, Magloire c/ Arfem	non
— Le fait pour un professeur de ne pas mettre en œuvre au jour de son « licenciement » les directives reçues de sa direction quelques jours auparavant constitue une insuffisance professionnelle mettant en péril le bon fonctionnement de l'établissement pendant la durée du contrat Cass. soc., 22 oct. 1991, n° 90-42.500, Marcellin c/ Sté Esicad	oui
— L'inaptitude du salarié à suivre une formation théorique prévue par l'employeur Cass. soc., 2 mars 1994, n° 91-43.703, Sokony c/ Sté Intérim Poly Services	non
— Des erreurs multiples et répétées démontrant qu'aucun soin n'était apporté à son travail par le salarié Cass. soc., 3 mai 1994, Sté Auto Nord c/ Rodies	non
— Des erreurs commises par un salarié engagé comme opérateur informatique alors que, selon l'employeur, l'incurie, la négligence, la multiplication des erreurs et initiatives malheureuses du salarié faisaient courir des risques à l'entreprise notamment dans ses relations avec la clientèle Cass. soc., 31 janv. 1995, Cabinet Auguste Gal c/ Breyse	non
— Des violences et menaces exercées par un salarié contre ses compagnons de travail vivant sous le même toit dans un logement mis à disposition par l'employeur, et ce, même si les faits reprochés ont été commis en dehors des heures de travail Cass. soc., 23 mars 1977, n° 75-40.622, Bounafia c/ Sté SICA Picardie-Alimentaire : Bull. civ. V, n° 216	oui
— Le fait pour un salarié de participer à une altercation dès lors qu'il n'est pas possible d'établir à l'initiative de qui elle a commencé et d'avoir continué à la demande instante de son employeur son travail les 5 jours suivants Cass. soc., 4 juin 1987, Grosjean c/ Gatineau	non
— Une gifle donnée à un élève par un ingénieur chargé de cours Cass. soc., 26 nov. 1987, n° 84-44.803, Thomas c/ Sté Mecaform : Bull. civ. V, n° 680	oui

Faute grave commise par l'employeur :

Faits invoqués	Rupture anticipée possible (pour faute grave)
— La « punition » infligée publiquement par l'employeur à la salariée « par voie de séquestrations et de brimades » Cass. soc., 3 déc. 1981, n° 79-42.090, Hair Shop c/ Urbaniat	oui

Faits invoqués	Rupture anticipée possible (pour faute grave)
— Le défaut de versement de la rémunération Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 91-43.012, SARL Le Refuge c/ Perrotin	oui
— Le fait de ne pas fournir du travail à un salarié Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 01-40.489, Assoc. SAOS Toulouse football club « TFC » c/ Garcin	oui

C. LA FORCE MAJEURE

La force majeure est une cause de rupture du CDD qui permet à la partie qui l'invoque de rompre immédiatement le contrat sans avoir à respecter aucune procédure ni à verser aucune indemnité.

Elle est appréciée de façon identique que le contrat soit à durée indéterminée ou à durée déterminée.

Dans un souci de protection du salarié, la jurisprudence s'est toujours montrée réticente à reconnaître le caractère de la force majeure et à étendre son champ d'application. Il va de soi que dans le cadre d'un CA ou d'un CAE passé avec un établissement public d'enseignement, cette possibilité de rupture reste largement théorique.

Dans un premier temps, la force majeure se définissait comme un événement imprévisible, irrésistible, étranger à la personne qui l'invoque, entraînant une impossibilité absolue d'exécuter le contrat.

Par trois arrêts du 12 février 2003, la Cour de cassation a redéfini cette notion en vue de restreindre encore son champ d'application.

Désormais la force majeure « s'entend comme de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ». (Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 01-40.916)

La force majeure n'est retenue que dans des cas rares et exceptionnels !

Une indemnisation est prévue lorsqu'un contrat à durée déterminée est rompu avant l'échéance du terme en raison d'un sinistre relevant de la force majeure. (*C. trav. nouv., art. L. 1243-4 : Toutefois, lorsque le contrat de travail est rompu avant l'échéance du terme en raison d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié a également droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. Cette indemnité est à la charge de l'employeur*)

Mais il ne peut bénéficier du versement de l'indemnité de fin de contrat car l'article L. 1243-10 du Code du travail exclut expressément le versement de cette indemnité en cas de rupture pour force majeure.

Exemples de force majeure :

Faits invoqués	Force majeure reconnue
— Le fait pour une municipalité d'avoir modifié l'organisation du spectacle pour lequel le comité des fêtes avait engagé des artistes Cass. soc., 6 avr. 1993, n° 90-45.823, Costa et a c/ comité des fêtes de la ville de Ganges	non
— Des absences brèves et imprévisibles pour maladie Cass. soc., 15 févr. 1995, n° 91-44.366, Scheirrer c/ OGEC Lycée Sainte-Marie	non
— L'inaptitude définitive à l'emploi reconnue par le médecin du travail qui était consécutive au maintien de la salariée à son poste de travail fatiguant pendant une longue période Cass. soc., 23 juin 1988, n° 86-42.304, SA Hybritech c/ Bracq : Bull. civ. V, n° 385	non
— L'inaptitude constatée par le médecin du travail et l'impossibilité de reclasser un salarié devenu inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait à la suite d'une maladie non professionnelle Cass. soc., 12 juill. 1999, n° 97-41.131, Bonard c/ SARL Transports Gelin ; Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.660, Sté Restaurant Les Cygnes c/ Benzaquen : Bull. civ. V, n° 50 (arrêt n° 3)	non
— L'impossibilité de reclasser un salarié devenu inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle Cass. soc., 14 nov. 1991, n° 88-41.346, Dubos c/ Sté Promogros Promodès : Bull. civ. V, n° 493	non
— L'inaptitude du salarié consécutive à un accident du travail, constatée par le médecin du travail Cass. soc., 23 mars 1999, n° 96-40.181, SAOS Olympique de Lyon et du Rhône et a. c/ Bare	non

D. L'EMBAUCHE A DUREE INDETERMINEE

Le salarié peut rompre légitimement un CDD avant l'échéance du terme lorsqu'il « justifie d'une embauche pour une durée indéterminée ». (C. trav. nouv., art. L. 1243-2)

Dans le silence de la loi, l'administration considère qu'une telle embauche doit être justifiée par une lettre d'engagement comportant une date d'embauche ou par un contrat de travail. *Une simple déclaration d'intention, dépourvue de date d'embauche, et ne comportant aucun engagement du futur employeur pourrait en revanche ne pas être considérée comme un justificatif suffisant.*

La réalité de l'intention d'embauche s'apprécie au moment où le salarié décide de rompre le contrat. S'il s'avérait que l'embauche n'a finalement pas pu se concrétiser, l'employeur ne pourrait pas invoquer un préjudice, sauf à démontrer que son ancien salarié a délibérément usé de manœuvres dolosives destinées à provoquer la rupture du contrat.

Afin d'éviter toute difficulté, le salarié notifie par écrit la rupture du contrat.

Sauf accord des parties, le salarié est tenu de respecter un préavis qui court à compter de la notification de la rupture. La durée de ce préavis est calculée (art. L. 1243-2) :

- à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée totale du contrat, renouvellement inclus, en cas de contrat à terme précis ;
- ou à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée effectuée en cas de contrat sans terme précis ;
- et, dans les deux cas, dans une limite maximale de 2 semaines.

En outre, le salarié qui se prévaut d'une embauche à durée indéterminée et rompt de ce fait son CDD **ne peut prétendre au versement de l'indemnité de fin de contrat.**

Il faut rappeler que les textes relatifs au contrat d'avenir et au CAE permettent également au salarié de rompre son contrat de travail s'il est embauché par un contrat de travail à durée déterminée au moins égale à six mois.

5. LES CONSEQUENCES DE LA RUPTURE INJUSTIFIEE

Il est important de se familiariser avec la position de la jurisprudence en matière de rupture injustifiée. On peut considérer que la justesse de la motivation de la rupture est analysée avec beaucoup de rigueur par les magistrats compte tenu du caractère précaire du contrat CDD.

A. L'INAPTITUDE PHYSIQUE NON PROFESSIONNELLE

La jurisprudence considère depuis longtemps que l'inaptitude physique constatée par le médecin du travail *n'est pas un cas de force majeure autorisant une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée...*

Toutefois, si l'inaptitude d'origine professionnelle ne constitue pas un cas de force majeure, **c'est – dans certains cas - une cause de résiliation judiciaire du CDD prévue par l'article L. 1226-20.**

L'employeur d'un salarié engagé par CDD et déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi à la suite d'un accident ou d'une maladie non professionnels, ne peut pas exercer l'action en résolution judiciaire prévue à l'article L. 1226-20 du Code du travail. *Une telle action exige que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle.*

L'employeur qui se trouve dans l'impossibilité de reclasser un salarié sous CDD dont l'inaptitude non professionnelle a été médicalement constatée doit le conserver jusqu'au terme du contrat.. Aussi étrange que cela puisse paraître.

Le contrat est suspendu jusqu'à son terme et l'employeur reste tenu envers le salarié d'une obligation de reclassement. (Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-44.913). ***Il n'est toutefois pas obligé de lui verser un salaire, sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière car le salarié n'est pas en mesure d'exercer effectivement ses fonctions.***

En cas de rupture anticipée par l'employeur, l'inaptitude et l'impossibilité du reclassement n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages-intérêts compensant la perte de ceux-ci.

Le salarié peut seulement prétendre à l'attribution de dommages-intérêts résultant du préjudice subi. (Cassation sociale, 18 novembre 2003, n° 01-44.280)

B. L'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

Un employeur ne peut pas rompre avant son terme un contrat à durée déterminée en invoquant *l'insuffisance professionnelle d'un salarié.*

L'insuffisance de rendement ne caractérise ni la faute grave, ni la force majeure, seuls cas (outre l'accord des parties) qui autorisent une rupture anticipée du CDD. Mais, si l'insuffisance professionnelle risque de mettre en péril le fonctionnement de l'entreprise, la rupture avant le terme pourrait être justifiée.

Cela a notamment été admis par la Cour de cassation dans deux affaires assez anciennes. (... à prendre avec prudence, c'est une jurisprudence très exceptionnelle !)

Dans la deuxième, il s'agissait d'un professeur auquel on reprochait de ne pas avoir mis en œuvre les instructions du chef d'établissement, attitude qui constituait une insuffisance professionnelle mettant en péril le bon fonctionnement de l'établissement pendant la durée du contrat (Cassation sociale, 22 oct. 1991, n° 90-42.500, Marcellin c/ Sté ESICAD)

C. DEMISSION

La jurisprudence a précisé que le contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission. Ce cas de rupture n'entre pas en effet dans l'énumération limitative des cas de rupture autorisés avant terme prévue les articles L. 1243-1 et L. 1243-2 du Code du travail.

En conséquence, le salarié qui a pris l'initiative de la rupture n'est pas fondé à demander à son employeur le bénéfice de dommages-intérêts pour rupture anticipée au titre de l'article L. 122-3-8 (devenu L. 1243-4 du nouveau code du travail). (Cass. soc., 23 sept. 2003, n° 01-41.495)

Ainsi l'employeur ne supporte pas les conséquences financières d'une rupture anticipée imposée par le salarié en dehors des cas prévus par la loi. Au contraire, le salarié «démisionnaire », responsable de la rupture du CDD, pourrait dès lors se voir réclamer par son employeur des dommages-intérêts, qui seront fixés par le juge en fonction du préjudice subi.

Il reste toutefois très important pour l'employeur de caractériser la volonté « claire et non équivoque » du salarié de ne plus paraître sur son lieu de travail, sauf à être mis en difficulté si ce même salarié reparait quelques jours après son départ en souhaitant, sous les prétextes les plus divers, reprendre son activité là où il l'avait laissée.

Il faut bien entendu combiner ces dispositions avec la réglementation spécifique des CA et CAE qui permet au salarié de rompre le contrat en cours lorsqu'il a trouvé – et lorsqu'il prouve qu'il a trouvé – un autre engagement ailleurs (CDI ou CDD).

D. LES SANCTIONS EN CAS DE RUPTURE INJUSTIFIEE

La rupture anticipée du contrat par l'employeur pour une autre cause que la faute grave ou la force majeure ou l'accord des parties ou encore en dehors de la période d'essai entraîne le paiement de dommages et intérêts au bénéfice du salarié. **Ce dernier a droit à une somme équivalente au montant des rémunérations restant à échoir jusqu'au terme de son contrat ainsi qu'à l'indemnité pour fin de contrat.** (art. L. 1243-4)

Il importe peu que l'exécution du contrat ait ou non commencé. Il s'agit d'une réparation forfaitaire minimum qui ne peut subir aucune réduction. Par exemple, les allocations de chômage éventuellement perçues au titre de la période en CDD ne peuvent pas être déduites de cette réparation forfaitaire. (Cass. soc., 27 févr. 2001, n° 98-45.140)

S'agissant d'un minimum, **les juges peuvent condamner l'employeur** (en fonction du dommage causé au salarié) **à verser une somme supérieure** à celle qui aurait été perçue jusqu'au terme du contrat par exemple en cas de préjudice moral.

Les dommages-intérêts doivent être calculés en fonction de la rémunération brute et non de la rémunération nette, dont le salarié aurait bénéficié si le contrat avait été mené à son terme.

En cas de rupture anticipée fondée sur la faute grave du salarié, si l'employeur ne respecte pas la procédure disciplinaire, le salarié est fondé à demander non seulement les dommages-intérêts en réparation du préjudice causé mais aussi des dommages-intérêts pour rupture anticipée injustifiée du CDD !

6. LA PROCEDURE DISCIPLINAIRE

La rupture du contrat de travail – au delà de sa motivation – répond à des exigences précises sur le plan procédural. Il faut impérativement respecter les dispositions du Code du Travail sur ce point sauf à exposer l'établissement employeur au paiement de dommages-intérêts.

Art. L. 1332-2 du Code du travail :

Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

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.

Le chef d'établissement employeur peut juger que le comportement du salarié ne correspond pas à l'exécution normale du contrat et constitue une faute. Peuvent notamment être considérés comme fautifs :

- le non-respect des règles de discipline fixées par le règlement intérieur ou par note de service ;
- le refus de se conformer à un ordre de l'employeur ;
- le non-respect de l'obligation de discrétion et de loyauté ;
- les critiques, les injures, les menaces, les violences ;
- les erreurs ou les négligences commises dans le travail...

La sanction disciplinaire – la sanction ultime étant la rupture du contrat de travail - **doit être proportionnée à la faute commise**. À l'exception de l'avertissement, elle est de nature à affecter - immédiatement ou non - la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Attention, l'employeur ne peut sanctionner deux fois la même faute.

Les sanctions pouvant être prises **dans le cadre des contrats aidés** sont :

- un avertissement ;
- un blâme ;
- une mise à pied (sans salaire) ;
- la rupture du contrat

Sont interdites :

- **Les amendes et autres sanctions pécuniaires ;**
- les sanctions prises en considération de l'origine, du sexe, des mœurs, de la situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou de la non-appartenance (vraie ou supposée) à une ethnie, à une nation ou à une race, des activités syndicales ou mutualistes, des opinions politiques, de l'exercice normal du droit de grève, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du patronyme, de l'âge ou de l'état de santé ou du handicap du salarié ;
- **les sanctions prises à l'encontre d'un(e) salarié(e) victime ou témoin de harcèlement sexuel ou moral ;**
- les sanctions qui font suite à l'exercice par le salarié de son droit de retrait pour danger grave et imminent.

Sauf pour l'avertissement, qui prend la forme d'une simple lettre recommandée avec AR, l'employeur doit respecter une procédure précise pour sanctionner un salarié.

Cette procédure se décompose comme suit :

1. CONVOCATION A L'ENTRETIEN PREALABLE

Avant de prendre une décision, l'employeur doit provoquer une rencontre avec le salarié pour l'entendre sur les griefs qui peuvent être formulés à son encontre. *Il s'agit de vérifier si la sanction ou la rupture ne peuvent être évitées par l'établissement ou le rétablissement d'un dialogue.*

Forme

La convocation écrite peut être remise de la façon suivante :

- soit en main propre contre décharge (signature d'un exemplaire).
- soit, notamment en cas de refus du salarié de prendre en main propre, par lettre recommandée avec AR.

Contenu

L'objet de l'entretien doit être décrit comme suit : *entretien préalable à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat. Il faut éviter toutes les formules laissant entendre ou affirmant que le principe et/ou la nature de la sanction sont déjà arrêtés.*

La lettre fixe la date et le lieu de l'entretien.

Elle rappelle la possibilité pour le salarié de se faire assister « par une personne de son choix appartenant à l'entreprise » (on nous pardonnera cette facilité de langage : l'EPL n'étant pas exactement une entreprise mais une personne morale de droit public ... soumise au droit privé pour ce type de contrat).

Délais

Le délai de convocation doit être raisonnable et suffisant pour permettre au salarié d'organiser sa défense. Par comparaison, il est fixé à 5 jours ouvrables au moins après la présentation au salarié de la lettre recommandée ou de la remise en main propre⁸ pour les procédures de licenciement CDI. Ce délai peut être retenu dans notre matière.

Il faut veiller à réagir rapidement quand un comportement fautif est susceptible d'être sanctionné. L'idéal est évidemment de réagir immédiatement - compte tenu de la gravité supposée des faits - ***et en tout état de cause dans le délai de deux mois à compter du jour ou l'employeur a eu connaissance du ou des faits fautifs*** à moins qu'il(s) ait(ent) donné lieu à l'exercice de poursuites pénales.

2. ENTRETIEN PREALABLE

Participants

Le salarié assisté éventuellement, mais obligatoirement par une personne de son choix appartenant à l'entreprise, est entendu sur les faits qui lui sont reprochés.

L'employeur ou son représentant et éventuellement toute personne dont la présence peut s'avérer utile à la discussion sous réserve cependant de ne pas porter préjudice aux intérêts du salarié (respect d'un certain équilibre) expose les doléances ayant justifié l'entretien.

Absence du salarié

Si le salarié n'apporte aucune justification pour son absence : la procédure suit son cours. Dans le cas contraire l'employeur a la possibilité mais non l'obligation de provoquer un nouvel entretien.

3. NOTIFICATION DE LA RUPTURE (ou de la sanction)

Le salarié est informé par écrit de la nature et des motifs de la sanction prononcée à son égard.

Forme

Cette notification doit être écrite. Le véhicule naturel est la lettre recommandée avec accusé de réception. (Elle peut éventuellement être remise en mains propres contre décharge contrairement au licenciement.)

⁸ (Pour calculer ce délai, il faut faire application des règles du nouveau Code de procédure civile (NCPC, art. 641 et 642) : le jour de réception de la convocation ne compte pas, et le délai expire le dernier jour à 24 heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant).

Contenu

C'est un élément très important de la procédure. Elle doit contenir et décrire précisément les motifs de la rupture. Dans le cadre d'une contestation de la sanction devant le Conseil des Prud'hommes, les limites du litige sont précisément fixées par les motifs reproduits dans la lettre de licenciement. Aucun grief ne peut être « ajouté » après l'envoi de cette dernière.

Délai

Le délai minimum pour l'envoi de la lettre est de un jour franc au moins après la date fixée pour l'entretien.

Si l'entretien a été fixé le	l'employeur ne doit pas expédier la lettre de sanction avant le ...
Lundi	Mercredi
Mardi	Jeudi
Mercredi	Vendredi
Jeudi	Samedi
Vendredi	Mardi
Samedi	Mardi

Délai maximum pour l'envoi de la lettre : 1 mois après la date fixée pour l'entretien préalable.

Attention au délai de prescription en matière de pouvoir disciplinaire : aucun fait fautif ne peut à lui seul donner lieu à sanction, passé un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance (sauf en cas de poursuites pénales). De même, aucune sanction datant de plus de trois ans ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

7. LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES

Les Conseils de prud'hommes sont compétents pour connaître les litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail de droit privé. ***Dans le cadre de cette mission, les conseillers prud'hommes sont chargés de la conciliation des parties et, à défaut, du jugement des affaires***⁹.

Pour certaines situations urgentes, il existe une procédure de référé permettant d'obtenir rapidement une décision. Le conseil et la section compétents sont le plus souvent déterminés en fonction de l'implantation territoriale et de l'activité principale de l'employeur. La saisine du Conseil de prud'hommes implique le respect de certaines formalités. Pendant la procédure, employeur et salarié peuvent se faire assister ou représenter, sous certaines conditions.

⁹ Le Conseil compétent est celui dans le ressort duquel se trouve l'établissement où est effectué le travail. Si le travail est réalisé en dehors de tout établissement (VRP, travailleurs à domicile...), la demande est portée devant le Conseil de prud'hommes du domicile du salarié. Mais quel que soit le lieu de travail, le salarié peut toujours saisir le Conseil de prud'hommes du lieu d'embauche ou celui du siège social de l'entreprise qui l'emploie. Dans un contrat de travail, les clauses prévoyant la compétence d'un autre conseil sont nulles de plein droit.

Le déroulement de la procédure

La saisine du Conseil (dépôt de la demande)

La demande doit être formulée par lettre recommandée ou déposée au secrétariat-greffe du Conseil dans les délais ouverts pour les réclamations, par exemple 5 ans pour les salaires. Le dépôt de la demande interrompt ces délais.

La conciliation

En règle générale, la tentative de conciliation est obligatoire et les parties (l'employeur et le salarié) doivent comparaître (se présenter) personnellement ou être représentées par un mandataire muni d'un écrit.

Absence de comparution du demandeur

Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques. Toutefois, la demande et la citation ne sont pas déclarées caduques si le demandeur, absent pour un motif légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Dans ce cas, le mandat précise qu'en cas d'absence du mandataire le bureau de conciliation pourra déclarer sa demande caduque.

La demande ne peut être réitérée qu'une seule fois, à moins que le bureau de conciliation, saisi sans forme, ne constate que le demandeur n'a pu comparaître ou être représenté sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit.

Absence de comparution du défendeur

Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le défendeur ne comparaît pas, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement, après avoir, s'il y a lieu, usé des pouvoirs spécifiques que lui reconnaît l'article R. 1454-14 du Code du travail.

Toutefois, si le défendeur a justifié en temps utile d'un motif légitime d'absence, il peut être représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. A défaut, il est convoqué à une prochaine séance du bureau de conciliation par lettre simple.

Lorsqu'il apparaît que le défendeur n'a pas reçu, sans faute de sa part, la première convocation, le bureau de conciliation décide qu'il sera à nouveau convoqué à une prochaine séance. Cette nouvelle convocation est faite soit par lettre recommandée avec avis de réception du greffe, soit par acte d'huissier de justice à la diligence du demandeur.

Cet acte intervient, à peine de caducité de la demande constatée par le bureau de conciliation, dans les six mois de la décision de ce bureau.

Attention, l'audience de conciliation peut donner lieu à des condamnations ! La présence de l'employeur est indispensable ! Le bureau de conciliation peut notamment ordonner de remettre tout document que l'employeur est légalement tenu de délivrer (certificat de travail, bulletin de paie, attestation Assédic...) ou, si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, de verser des provisions sur salaires et accessoires de salaires, même en l'absence du défendeur (personne contre qui la demande est faite).

Absence de conciliation

En l'absence de conciliation ou en cas de conciliation partielle, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement lorsque le demandeur et le défendeur sont présents ou représentés et que l'affaire est en état d'être jugée sans que la désignation d'un ou deux conseillers rapporteurs ou le recours à une mesure d'instruction soient nécessaires.

Le jugement

Les parties sont convoquées à l'audience de jugement par lettre, ou verbalement avec émargement (signature) au dossier lors de l'audience de conciliation. Elles doivent comparaître en personne mais peuvent se faire représenter en cas de motif légitime.

La procédure est orale. Les parties échangent les pièces sur lesquelles elles fondent leurs positions. C'est à l'employeur d'établir la réalité de la faute grave dont il se prévaut. Le dossier peut être renvoyé lors de plusieurs audiences successives pour permettre sa mise en état, et ce jusqu'à ce qu'il soit fixé pour plaidoirie.

Le plus souvent, les avocats produisent une argumentation écrite connue sous l'appellation « conclusions ».

Le jugement est pris à la majorité absolue des Conseillers prud'homaux. En cas de partage des voix, l'affaire est renvoyée devant le même bureau présidé par un juge du Tribunal d'instance (juge départiteur).

Les jugements sont exécutoires lorsqu'ils sont devenus définitifs, c'est-à-dire après expiration des délais de recours. Certains jugements sont exécutoires de plein droit (dès leur prononcé) à titre provisoire (dans la limite de 9 mois de salaires).

Voies de recours

Jusqu'à un certain montant de la demande, fixé par décret (**actuellement 4.000 €**), le Conseil de prud'hommes statue en dernier ressort. Au-delà de ce montant, le jugement est susceptible d'appel : la cour d'appel peut être saisie et revoir la décision rendue par le conseil de prud'hommes.

Pour vérifier si ce montant est atteint lorsque la saisine du conseil est motivée par plusieurs demandes, il convient de prendre en compte isolément :

1. les demandes de nature salariale (salaires, primes, heures supplémentaires, indemnités de congés payés) ;
2. les demandes de nature indemnitaire (indemnités de licenciement, de préavis, indemnité compensatrice de congés payés, dommages-intérêts pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

Si l'ensemble des demandes de même nature excède le taux de compétence en dernier ressort, il est possible de faire appel de la décision.

Dans le cas contraire, le seul recours possible est un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, pour motif de non-conformité aux règles de droit.

Il existe également une procédure d'urgence devant le Conseil de prud'hommes : le référé prud'homal qui permet d'obtenir une décision d'urgence lorsque les circonstances l'exigent.

Le conseil de prud'hommes, dans sa formation de référé, peut :

1. ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ;
2. prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage ou faire cesser un trouble manifestement illicite, même en cas de contestation sérieuse.

8. LES INFRACTIONS PENALES LIEES

Le rôle d'employeur n'est pas toujours de tout repos..

Le chef d'établissement, via un CA ou un CAE, va introduire dans son établissement un nouveau personnel, dont les origines et les histoires personnelles peuvent être très diverses.

En cas de difficultés relationnelles, certains sont prompts à brandir la menace d'une plainte. C'est une attitude malheureusement de plus en plus fréquente. Il n'est évidemment pas question de céder à la menace. La meilleure façon de n'y pas céder, c'est d'abord de l'évaluer correctement.

Il faut connaître les infractions les plus communément évoquées dans le cadre d'un contrat de travail.

Même si l'article 121-3 du Code pénal le protège indirectement, le chef d'établissement doit prendre garde à la qualification pénale que peuvent prendre certains de ses agissements ou de ses décisions.

LA FAUTE CARACTERISEE

L'article L121-3 du code Pénal est rédigé de la façon suivante :

Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du

dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.

Ce texte protège objectivement les chefs d'établissement puisque leur responsabilité pénale ne peut résulter que d'une **faute caractérisée** lorsqu'ils n'ont pas causé directement le dommage qui touche – par exemple – un élève.

En matière de CA et de CAE, le chef d'établissement n'est donc pas ipso facto responsable de tout manquement de son salarié. Sur le sujet sensible du contact des CA – CAE avec les élèves (surveillance, aide dans certaines tâches), la circulaire décrivant ces contrats évoquent bien le rôle supplétif des salariés qui ne peuvent intervenir qu'en présence et sous le contrôle d'un surveillant.

Quid d'un incident, ou d'un accident, survenant dans une situation où un CA – CAE s'est trouvé seul avec des élèves, soit qu'on puisse lui reprocher une action ou une abstention.

En vertu du texte précité, si la situation s'est constituée sans notion d'habitude ou d'organisation idoine (un enseignant momentanément absent, une initiative du salarié), le chef de l'établissement peut se prévaloir du texte précité.

Par contre si c'est l'organisation même du service de surveillance qui est en cause (le directeur ne pouvant ignorer que le CA CAE serait régulièrement laissé seul en présence d'élèves ou aurait à accomplir des tâches exorbitantes de sa mission initiale), sa responsabilité pénale directe pourrait être recherchée.

LE HARCELEMENT MORAL

Défini par le Code du travail, le harcèlement moral se manifeste par des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits de la personne du salarié au travail et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Son auteur : un employeur, un cadre, un agent de maîtrise, un collègue de la victime... un chef d'établissement scolaire.

C'est une infraction souvent évoquée et moins souvent caractérisée. Elle a souvent pour effet immédiat de paralyser l'action de l'employeur qui ne sait pas exactement quand son comportement est susceptible d'être considéré comme abusif...

La protection concerne le salarié qui a subi ou refusé de subir des agissements constitutifs de harcèlement moral, ainsi que celui qui a témoigné de tels agissements ou les a relatés.

Il s'agit de faits graves : les effets de ces agissements doivent être visibles et répétés. C'est un individu qui doit être spécifiquement sanctionné sans raison objective, confiné ou ostracisé de façon permanente ou régulière sans que les décisions qui le concernent puissent être rapportées à la gestion normale d'un effectif.

Il s'agit donc de faits dirigés spécifiquement contre un individu.

Il s'agit de faits qui ne peuvent être reliés à l'exercice normal de l'imperium par l'employeur.

Le chef d'établissement doit veiller à ne pas commettre ce type d'agissements, il doit aussi veiller à ce que personne au sein de son équipe ne s'en rende coupable.

Sont interdites toute mesure discriminatoire, toute sanction ou tout licenciement prononcé à l'encontre du salarié victime ou témoin de faits de harcèlement moral. Sont visées les mesures discriminatoires directes ou indirectes concernant le reclassement, le renouvellement du contrat de travail, la rémunération, la formation, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation. Toute rupture du contrat qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. Tous les salariés bénéficient de cette protection.

Tout salarié ayant procédé à des agissements constitutifs de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire. Toute personne, y compris le salarié, peut être condamnée pénalement (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende).

Article 222-33-2 Code pénal

Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Article L1152-1 Code du Travail

Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Article L1152-2

Aucun salarié 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.

Article L1152-3

Toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul.

Article L1152-4

L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

Article L1152-5

Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire.

Article L1152-6

Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause.

Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties.

Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement.

Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

Les salariés victimes ou témoins de harcèlement moral peuvent intenter une action en justice auprès du conseil de prud'hommes pour faire cesser ces agissements et demander réparation du préjudice subi. Le salarié doit établir des faits qui permettent de présumer 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 Conseil forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Le harcèlement moral peut également donner lieu à une poursuite pénale.

LE HARCELEMENT SEXUEL

Il y a harcèlement sexuel lorsqu'une personne agit en vue d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. Son auteur : un employeur, un cadre, un agent de maîtrise, un consultant chargé du recrutement, un client de l'entreprise mais aussi un collègue de la victime.

Il peut prendre des formes diverses : chantage à l'embauche ou à la promotion, menaces de représailles en cas de refus de céder à des avances sexuelles. Victime ou agresseur, les deux sexes sont concernés. Le harcèlement sexuel a des conséquences sur l'emploi, la carrière, les conditions de travail et la santé du salarié.

Sont interdits toute sanction ou tout licenciement prononcés à l'encontre du salarié victime ou témoin. Est également interdite toute mesure discriminatoire directe ou indirecte concernant le reclassement, l'embauche, la rémunération, la formation, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation. Bénéficient de cette protection les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise et les salariés. Ils sont protégés à l'occasion de l'embauche et tout au long de l'exécution du contrat de travail ainsi que lors de sa rupture. La protection s'étend au salarié qui a subi ou refusé de subir un harcèlement sexuel, ainsi qu'à celui qui a témoigné de ces faits ou les a relatés.

Article 222-33 Code pénal

Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Article 222-33-1

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues par l'article 121-2 des infractions définies aux articles 222-22 à 222-31.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Code du travail

Article L1153-1

Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits.

Article L1153-2

Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise 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 de harcèlement sexuel.

Article L1153-3

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.

Article L1153-4

Toute disposition ou tout acte contraire aux dispositions des articles L. 1153-1 à L. 1153-3 est nul.

Article L1153-5

L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement sexuel.

Article L1153-6 *Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire.*

Toute personne qui commet des actes de harcèlement sexuel encourt le risque d'être poursuivie devant la juridiction pénale à l'initiative du Parquet.

La plainte peut être déposée auprès du procureur de la République, du commissariat de police, de la gendarmerie ou du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance.

L'auteur du harcèlement s'expose à une peine d'emprisonnement d'une durée maximum d'un an. Il peut être également condamné à payer une amende d'un montant maximum de 15 000 € et à verser des dommages et intérêts.

Le salarié qui commet des actes de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire prononcée par l'employeur. Selon la Cour de cassation (Chambre sociale du 5 mars 2002), les faits de harcèlement sexuel commis par un salarié sont nécessairement constitutifs d'une faute grave.

LA PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS

Toute décision de l'employeur (embauche, promotion, sanctions, mutation, licenciement, formation...) doit être prise en fonction de critères professionnels et non sur des considérations

d'ordre personnel, fondées sur des éléments extérieurs au travail (sexe, religion, apparence physique, nationalité, vie privée...). A défaut, des sanctions civiles et pénales sont encourues.

A savoir : Le texte des articles 225-1 à 225-4 du Code pénal relatifs aux discriminations prohibées et aux sanctions encourues est affiché dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche.

Article 225-1

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

Article 225-2

La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;*
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;*
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;*
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;*
- 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;*
- 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.*

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 Euros d'amende.

Article 225-3

Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :

- 1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ;*
- 2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre*

du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ;

3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;

4° Aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ;

5° Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.

Article 225-3-1

Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie.

Article 225-4

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 225-2. Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

La loi 2008-496 du 27 mai 2008 énonce que :

1. constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ;
2. constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés ci-dessus, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut :

1. tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés ci-dessus et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
2. le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement discriminatoire.

Tout salarié, tout candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise est protégé contre les discriminations au travail. Les salariés témoins ou ayant relaté des agissements discriminatoires ne peuvent pas non plus être sanctionnés, licenciés ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire. En outre, aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée

Motifs de discrimination interdits :

Opérer une distinction entre les salariés sur des motifs autres que les nécessités de l'emploi ou les qualités professionnelles du salarié constitue une discrimination prohibée par la loi. Sont particulièrement visées les discriminations fondées sur : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille ou la grossesse, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé ou le handicap.

Aucun de ces motifs ne peut donc être invoqué pour :

1. écarter une personne d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise,
2. sanctionner, licencier ou décider d'une mesure discriminatoire (directe ou indirecte, telle que définie par la loi du 27 mai 2008 citée en référence) contre un salarié, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat. La rémunération s'entend du salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et de tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Aucun de ces motifs ne peut non plus être avancé pour empêcher un salarié d'adhérer librement au syndicat professionnel de son choix. Est également interdite toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle.

Toute discrimination directe ou indirecte (telle que définie ci-dessus) est également interdite en raison de la maternité, y compris du congé de maternité, ce principe ne faisant toutefois pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes pour ces mêmes motifs.

Les mêmes dispositions protectrices s'appliquent aux personnes qui seraient écartées d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, ou aux salariés qui seraient sanctionnés ou licenciés ou feraient l'objet d'une mesure discriminatoire, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à leur employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Certaines différences de traitement sont admises :

Les dispositions visées ci-dessus, relatives à l'interdiction des discriminations, ne font pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

L'âge

Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Ces différences peuvent notamment consister en :

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

L'état de santé ou le handicap

Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap du salarié ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

Par ailleurs, afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs doivent prendre, en fonction des besoins dans une situation concrète, les « mesures appropriées » pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en oeuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Ces « mesures appropriées », prises au profit des seules personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, ne constituent pas une discrimination : c'est au contraire le refus par l'employeur de les prendre qui serait constitutif d'une telle discrimination.

Le sexe

En matière d'embauche, lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe détermine l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, l'offre peut être expressément réservée à une femme ou à un homme.

Protection du salarié :

Le licenciement est nul lorsqu'il est décidé par l'employeur en raison d'une action en justice engagée contre lui par le salarié concerné, une organisation ou une association le représentant. Le salarié bénéficie d'un droit à réintégration et est considéré comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

Le salarié peut refuser de reprendre son emploi : le conseil de prud'hommes lui accorde une indemnité au moins égale aux salaires des 6 derniers mois, en plus de l'indemnité de licenciement conventionnelle ou légale.

Les recours des victimes et témoins :

Recours pénal

La personne faisant l'objet d'une discrimination peut déposer plainte auprès du Procureur de la République, du commissariat de police, de la gendarmerie ou du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance afin que les agissements dont elle est victime soient pénalement sanctionnés (par le Tribunal correctionnel).

Recours civil

Les salariés victimes ou témoins de discriminations disposent également d'un recours devant le conseil de prud'hommes.

L'objectif du recours : faire annuler la mesure ou la décision fondée sur un motif discriminatoire et demander réparation du préjudice subi. Il appartient à la personne faisant l'objet d'une discrimination de présenter au juge les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une telle discrimination, directe ou indirecte.

Au vu de ces éléments, l'auteur supposé doit prouver au juge que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. Le juge prend une décision après avoir ordonné toutes les mesures d'instructions qu'il estime utiles, en cas de besoin.

La personne reconnue coupable de discrimination encourt :

- une sanction disciplinaire, s'il s'agit d'un salarié de l'entreprise,
- des sanctions pénales (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende).

ANNEXE 1**FICHES PRATIQUES**

Le contrat unique d'insertion (CUI) remplacera, à compter du 1^{er} janvier 2010, les contrats aidés actuels (L. n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008, art. 20 à art. 25, (JO 3 déc. 2008)) :

1. le contrat initiative-emploi (CIE) et le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), qui seront aménagés ;
2. le contrat d'avenir et le contrat d'insertion-revenu minimum d'activité (CI-RMA) qui seront abrogés.

LE CONTRAT D'AVENIR**Qu'est-ce qu'un contrat d'avenir ?**

Les contrats d'avenir sont des CDD à temps partiel avec formation obligatoire, réservés aux employeurs du secteur non marchand. Ces derniers peuvent ainsi, contre des aides, embaucher pour des durées relativement longues des personnes titulaires de minima sociaux.

Ainsi, ces contrats « aidés » ont pour objectif de permettre le retour à l'emploi des personnes rencontrant des difficultés d'accès au monde du travail.

Textes : Articles L. 5134-35 et suivants, R. 5134-38 et suivants.

Peut-on encore conclure un contrat d'avenir ?

Il est encore possible de conclure des contrats d'avenir pendant toute l'année 2009. La loi du 1^{er} décembre 2008 réformant les politiques d'insertion abroge ce contrat à partir du 1^{er} janvier 2010. Les contrats en cours continueront de s'exécuter jusqu'à leur terme et dans les conditions antérieures, mais ils ne pourront plus être renouvelés ou prolongés après le 1^{er} janvier 2010 (L. n° 2008-1249, 1^{er} déc. 2008, JO 3 déc.).

Quels employeurs peuvent conclure un contrat d'avenir ?

Les contrats d'avenir concernent des emplois visant des besoins collectifs non satisfaits. Ils peuvent être conclus, en métropole, dans les DOM et à Saint Pierre et Miquelon par :

- les organismes de droit privé à but non lucratif (associations, fondations, comités d'entreprises, syndicats professionnels, mutuelles, organismes de prévoyance, etc.) ;
- les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public (établissements de soins, sociétés HLM, EDF-GDF pour leurs missions de service public, etc.) ;
- **l'Etat, les collectivités territoriales (communes, départements, régions et leurs groupements) et les autres personnes morales de droit public ;**
- les ateliers et chantiers d'insertion.

Les sociétés coopératives d'intérêt collectif sont exclues (Circ. DGEFP, 21 mars 2005).

Il existe des cas particuliers de mise à disposition :

- les associations intermédiaires et les entreprises de travail temporaire d'insertion peuvent recourir à ce contrat pour leurs besoins internes, mais non dans le cadre de mises à disposition ;
- de même un groupement d'employeurs peut conclure un contrat d'avenir pour son fonctionnement interne mais ne peut mettre à disposition un tel salarié auprès d'un membre qui n'est pas susceptible de pouvoir conclure un contrat d'avenir.

De manière générale, les mises à disposition de salariés en contrat d'avenir – qui ne peuvent en aucun cas intervenir au domicile des particuliers – ne doivent être autorisées qu'à titre exceptionnel et si des circonstances particulières le justifient. C'est le cas par exemple des écoles primaires qui ne peuvent embaucher faute d'être des personnes morales (Circ. DGEFP, 21 mars 2005).

Quelles personnes peuvent être embauchées ?

Ce contrat s'adresse :

- aux bénéficiaires du RMI ou à leurs ayants droit (conjoint, concubin, enfants et autres personnes à la charge de l'allocataire), et bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA) à compter du 1er juin 2009 ;
- aux titulaires de l'allocation de solidarité spécifique (ASS), de l'allocation de parent isolé (API) ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH).

Depuis le 25 mars 2006, il suffit de justifier du bénéfice de l'un de ces minima sociaux pour conclure un contrat d'avenir. Auparavant, la loi exigeait que les allocations précitées aient été versées pendant une durée minimale de 6 mois au cours des 12 derniers mois.

Les personnes ayant précédemment été employées dans le cadre d'un contrat emploi-solidarité, d'un CI-RMA ou d'un contrat emploi consolidé peuvent bénéficier d'un contrat d'avenir si elles sont toujours titulaires de l'une des allocations ci-dessus : cas par exemple d'un salarié en « intéressement » pendant le contrat aidé.

Il n'y a pas lieu de respecter un délai de carence en cas de succession de contrats « aidés » au titre de la politique de l'emploi (Circ. DGEFP, 21 mars 2005).

Quelles formalités faut-il accomplir ?

Avant l'embauche du salarié, une convention doit être signée afin notamment de préciser les engagements de l'employeur en matière d'accompagnement et de formation.

Cette convention est conclue entre l'employeur, le salarié et le « prescripteur », c'est-à-dire l'autorité chargée d'assurer la mise en œuvre de ce type de contrat ou un délégataire (président du Conseil général, Maire de la commune du futur salarié, président de l'établissement public de coopération intercommunale, Pôle emploi, maison de l'emploi, mission locale...).

Un modèle de convention est disponible sur le site www.travail.gouv.fr

A noter : l'employeur doit, dans un délai de 7 jours francs, informer l'organisme chargé du service de l'allocation au titre de laquelle le contrat a été conclu, l'organisme ou la collectivité chargé du versement de l'aide et le CNASEA, de plusieurs événements : la suspension du contrat, sa rupture anticipée, ou son renouvellement. Les organismes concernés pourront moduler le versement des aides en conséquence (C. trav., art. R. 5134-61).

Quelles sont les particularités du contrat d'avenir ?

Le contrat d'avenir est un CDD de droit privé à temps partiel. **Son objet, à savoir « contrat d'avenir » doit être clairement indiqué par écrit.**

Durée du contrat :

Le contrat d'avenir a une durée minimale de 2 ans. Il peut être renouvelé dans la limite de 12 mois, soit un total de 3 ans.

Il existe plusieurs dérogations à cette règle :

- à titre dérogatoire, le préfet peut fixer la durée initiale du contrat entre 6 et 24 mois, lorsque des circonstances particulières tenant au secteur d'activité ou au profil du poste le justifient. Le préfet peut également fixer la durée minimale du contrat à 3 mois lorsque le titulaire du contrat est une personne bénéficiant d'un aménagement de peine. Dans ces deux hypothèses, le contrat peut être renouvelé une ou plusieurs fois, dans la limite d'une durée totale maximale de 36 mois (C. trav., art. L. 5134-47 et s.) ;
- le contrat d'avenir peut être renouvelé pour une période de 36 mois, lorsqu'il est conclu avec un salarié âgé de plus de 50 ans ou avec une personne handicapée ; cela porte à 5 ans la durée totale du contrat.

Attention, si le nombre de renouvellements du contrat n'est pas limité (C. trav., art. L. 5134-42), *chaque renouvellement nécessite de renouveler la convention signée avec le prescripteur.*

Durée de travail :

La durée du travail est en principe de 26 heures par semaine (C. trav., art. L. 5134-45).

La durée hebdomadaire de travail peut varier sur tout ou partie de la période couverte par le contrat, sans pouvoir dépasser la durée légale hebdomadaire de 35 heures et en moyenne celle prévue au contrat.

Autres particularités :

Sauf disposition conventionnelle plus avantageuse pour le salarié :

- la période d'essai, s'il en est prévu une, est de un mois ;
- aucune indemnité de fin de contrat n'est due ;
- comme tous les contrats d'insertion, ce contrat doit pouvoir être conclu pour pourvoir des

emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Cass. soc., 18 nov. 2003, no 01-46.408 ; Circ. DRT no 2002/08, 2 mai 2002).

Quel est le montant du salaire ?

Le salarié a droit au Smic horaire multiplié par le nombre d'heures de travail réalisées.

(Au 1^{er} janvier 2009, le SMIC horaire est de 8,71 €)

Ce contrat s'accompagne-t-il obligatoirement d'une formation ?

Les actions d'accompagnement et de formation ou de validation des acquis sont obligatoires et sont de la responsabilité de l'employeur (aucun minimum légal n'est prévu).

Ces formations peuvent avoir lieu pendant le temps de travail et en dehors de celui-ci, sous réserve de respecter la limite de la durée légale du travail. Un « référent » désigné par l'autorité administrative est chargé d'assurer le suivi du salarié. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'un organisme chargé du placement (maison de l'emploi, association d'insertion).

La formation hors temps de travail doit-elle être rémunérée ?

Non, sauf s'il s'agit des salariés d'association et, les concernant, dans les cas envisagés par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation tout au long de la vie.

Le salarié peut-il rompre le contrat avant son terme ?

Au cours de la période d'essai, la rupture est libre.

Passé cette période, le salarié peut rompre le contrat dès lors qu'il justifie d'une embauche à durée indéterminée ou dans le cadre d'un CDD d'au moins six mois, ou encore du suivi d'une formation qualifiante.

A la demande du salarié, le contrat peut également être suspendu afin de lui permettre d'effectuer une période d'essai dans le cadre d'une embauche, en CDI ou en CDD d'au moins six mois. En cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis (C. trav., art. L. 5134-48).

L'employeur peut-il rompre le contrat avant son terme ?

Oui, et ce dans les mêmes conditions que pour tout autre CDD : rupture libre pendant la période d'essai ; passé cette période, la rupture anticipée n'est possible que pour faute grave du salarié, force majeure ou en cas d'accord des parties.

Attention : l'indemnité compensatrice de congés payés ne faisant l'objet d'aucune prise en charge par l'Etat, il faut veiller à ce que le salarié ait pris la totalité de ses congés avant le terme du contrat.

A ce propos, les employeurs publics sont tenus de garantir le salarié contre le risque « chômage » (auto-assurance ou adhésion au régime d'assurance chômage pour l'ensemble du personnel non statutaire). Par ailleurs, ces salariés doivent être affiliés à un régime de retraite complémentaire.

Les aides peuvent-elles être remises en cause ?

En cas de suspension du contrat d'avenir pour incapacité médicalement constatée, accident du travail et maladie professionnelle, congé légal de maternité, de paternité ou d'adoption : les aides afférentes à ces

périodes continuent à être versées à condition que l'employeur maintienne la rémunération en totalité ou partiellement ;

Dans les autres cas de suspension ou en cas de rupture anticipée du contrat d'avenir : le versement des aides afférentes à la période est interrompu à compter de la date d'effet de la suspension ou de la rupture et les sommes indûment perçues doivent être reversées. S'agissant de l'exonération de charges, elle demeure applicable aux cotisations afférentes aux rémunérations versées jusqu'au terme du contrat ;

Enfin, si l'employeur ne respecte pas ses obligations, la convention signée avec l'autorité administrative peut être dénoncée. Auquel cas, il doit rembourser l'intégralité des aides de l'Etat et le montant des cotisations et contributions sociales patronales dont il a été exonéré (C. trav., art. R. 5134-63 ; C. trav., art. R. 5134-53 ; Circ. DGEFP no 2005-13, 21 mars 2005).

A noter : les bénéficiaires des contrats d'avenir ne sont pas pris en compte, pendant toute la durée du contrat, dans le calcul de l'effectif pour l'application des dispositions législatives et réglementaires qui se réfèrent à une condition d'effectif, exception faite de celles qui concernent la tarification des risques accidents du travail et maladies professionnelles (C. trav., art. L. 1111-3).

LE CONTRAT D'ACCOMPAGNEMENT DANS L'EMPLOI

Qu'est-ce que le contrat d'accompagnement dans l'emploi ?

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi est un CDD sans formation obligatoire, réservé aux employeurs du secteur non marchand. Ces derniers peuvent ainsi, contre des aides substantielles, embaucher des personnes rencontrant des difficultés d'accès à l'emploi.

Ainsi, ces contrats « aidés » ne se limitent pas aux bénéficiaires de minima sociaux ou à de jeunes salariés ; ils concernent toute personne ayant des difficultés d'accès au travail.

La forme actuelle de ce contrat sera refondue à compter du 1^{er} janvier 2010. Jusqu'à cette date, les règles demeurent inchangées.

Textes : Articles L. 5134-20 et s. ; et R. 5134-14 et s. du Code du travail

Quels sont les employeurs concernés ?

Les contrats d'accompagnement dans l'emploi (CAE) doivent porter sur des emplois visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits. Ils sont réservés aux employeurs suivants :

- les organismes de droit privé à but non lucratif : associations (sauf les associations culturelles et celles dont le siège ou le lieu d'activité est un domicile privé), mutuelles, organismes de prévoyance, comités d'entreprise, syndicats, fondations, etc. ;
- les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public : société HLM, EDF-GDF pour leurs missions de service public, établissements de soins... ;
- les structures d'insertion par l'activité économique (ateliers et chantiers d'insertion, etc.) ;
- **les collectivités territoriales, leurs groupements et autres personnes morales de droit public ;**
- les groupements d'employeurs pour le fonctionnement interne du groupement ; les personnes en CAE ne peuvent être mises à disposition de membres du groupement qui ne sont pas susceptibles de bénéficier de tels contrats.

Sont exclus (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005) :

- les partis politiques et les associations dans leur mouvance ;
- les entreprises d'insertion et les associations intermédiaires car ils relèvent du secteur marchand ;
- les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC).

De manière générale, les mises à disposition de salariés en CAE – qui ne peuvent en aucun cas intervenir au domicile des particuliers – ne doivent être autorisées qu'à titre exceptionnel et si des circonstances particulières le justifient – cas par exemple des écoles primaires qui ne peuvent embaucher faute d'être des personnes morales.

Le CAE n'est pas applicable à Mayotte.

Qui peut être embauché en CAE ?

Ce contrat peut être conclu avec toute personne sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi.

A priori, le bénéficiaire n'est pas tenu d'être inscrit à Pôle emploi (Lettre-circ. Acoss n° 2006-090, 4 août 2006).

Chaque année le SPER (service public de l'emploi régional) propose au préfet de région d'arrêter les catégories de bénéficiaires au vu du diagnostic territorial et en fonction des objectifs de résultats fixés par le ministre.

Pôle emploi peut refuser de signer une convention, notamment si l'employeur ou le salarié ne correspondent pas aux publics ciblés par le SPER. De même, un refus peut être opposé si l'administration estime qu'il y a un recours abusif aux contrats aidés ou s'il y a eu un procès-verbal en matière de travail illégal (Circ. DGEFP n° 2005-12, 21 mars 2005).

Quelles sont les formalités et où faut-il s'adresser ?

Avant toute embauche, l'employeur doit faire une demande de convention auprès de Pôle emploi (qui représente alors l'Etat).

Cette convention fixe les engagements des parties, le montant de l'aide et les actions d'accompagnement (modèle disponible sur le site : www.travail.gouv.fr).

Des avenants à cette convention doivent être conclus en cas de renouvellement du contrat, de modification de la durée du travail, de changement d'employeur.

L'employeur doit informer les représentants du personnel des conventions conclues et leur remettre, chaque année, un rapport sur leur exécution.

Quel type de contrat faut-il conclure ?

Ce contrat est un CDD de droit privé qui doit clairement indiquer son objet à savoir « contrat d'accompagnement dans l'emploi ».

Sa durée est de 6 mois minimum, renouvelable deux fois, si nécessaire, dans la limite de 24 mois maximum. Elle peut être allongée jusqu'à 5 ans pour les personnes de 50 ans et plus et les travailleurs handicapés rencontrant des difficultés particulières d'emploi, dans les entreprises d'insertion, associations intermédiaires, et ateliers et chantiers d'insertion (L. n° 2008-1249, 1^{er} déc. 2008, art. 28 IV, JO 3 déc.).

Le renouvellement n'est possible que si l'employeur a rempli ses obligations et sous réserve du renouvellement préalable de la convention passée avec Pôle emploi.

Pour les personnes bénéficiant d'un aménagement de peine, la durée minimale du contrat est de 3 mois (C. trav., art. L. 5134-25).

Le contrat peut être à temps plein ou à temps partiel avec un minimum de 20 heures par semaine sauf pour les personnes rencontrant des difficultés particulières justifiant un aménagement de ce minimum (cas des travailleurs handicapés par exemple).

Ce CDD conclu au titre de la politique de l'emploi présente certaines particularités :

- il ne donne pas lieu au versement d'une indemnité de fin de contrat ;
- les dispositions relatives au délai de carence entre deux CDD ne s'appliquent pas ;
- il peut être conclu pour pourvoir des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Cass. soc., 18 nov. 2003 no 01-46.408 ; Circ. DRT 2002/08, 2 mai 2002).

Quels sont les droits du salarié ?

Ils sont identiques à ceux des autres salariés. S'agissant des congés payés, l'employeur doit s'efforcer de faire bénéficier l'intéressé de l'intégralité de ses congés avant la fin du contrat, car l'indemnité compensatrice de congés payés ne fait l'objet d'aucune prise en charge par l'Etat.

Sauf clauses contractuelles ou conventionnelles plus favorables, l'intéressé perçoit un salaire minimum égal au Smic horaire multiplié par le nombre d'heures de travail.

Les salariés doivent être affiliés à un régime de retraite complémentaire.

Le contrat peut-il être rompu avant son terme ?

Le contrat peut être rompu sans préavis par le salarié (C. trav., art. L. 5134-28) :

- lorsque cette rupture a pour objet de lui permettre d'être embauché en CDI, ou en CDD d'au moins six mois, ou de suivre une formation qualifiante ;
- le salarié peut également demander la suspension de son contrat afin d'effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi visant une embauche en CDI ou en CDD d'au moins six mois ; en cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis.

De façon générale, le contrat, comme tous les CDD, peut être rompu en cas de faute grave, de force majeure ou par accord des parties. Toute suspension et toute rupture de contrat doit être signalée à Pôle emploi et au Cnasea dans un délai de sept jours francs.

A noter : il peut être prévu par avenant au contrat une période d'immersion du salarié auprès d'un autre employeur, afin de développer ses compétences et son expérience (L. n° 2008-1249, 1^{er} déc. 2008, art. 28 III, JO 3 déc.). Le CAE sera réformé à compter du 1^{er} janvier 2010 dans le cadre du nouveau dispositif du « contrat unique d'insertion ».

LE CONTRAT UNIQUE D'INSERTION

A compter du 1^{er} janvier 2010, un contrat unique d'insertion remplacera les différents contrats aidés existants. Sa forme sera différente selon que l'employeur relève ou non du secteur marchand.

En pratique, ce contrat unique prendra la forme du contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) pour le secteur non marchand et du contrat initiative-emploi (CIE) pour le secteur marchand. Ces contrats seront aménagés.

Convention tripartite

Le contrat unique d'insertion sera constitué par un contrat de travail adossé à une convention.

La convention individuelle (de CIE ou CAE) sera conclue entre l'employeur, le bénéficiaire et un organisme tiers (Pôle Emploi, président du conseil général ou autre selon les cas) (*c. trav. art. L. 5134-19-1 nouveau*).

Pour pouvoir mettre en œuvre des contrats uniques d'insertion, le Département doit préalablement conclure une convention d'objectifs avec l'État. Cette convention d'objectifs indique notamment :

- le nombre prévisionnel de conventions individuelles conclues au titre de l'embauche, dans le cadre d'un CUI de bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA) financé par le département ;
- les modalités de financement des conventions individuelles et les taux d'aide applicables ;
- les actions d'accompagnement et les autres actions ayant pour objet de favoriser l'insertion durable des salariés embauchés en contrat unique d'insertion.

Durée maximale

La durée de la convention ne pourra pas excéder le terme du contrat de travail.

Elle pourra être prolongée dans la limite d'une durée totale de 24 mois, sauf dérogations particulières (ex. : convention concernant un travailleur handicapé) dont les modalités sont à prévoir par décret (*c. trav. art. L. 5124-23 modifié, L. 5134-23-1 et L. 5134-67-1 nouveaux*).

Bilan des actions d'accompagnement

Une convention pourra être prolongée seulement si un bilan des actions visant l'insertion durable du salarié est réalisé en cours de contrat.

De même, il sera impossible de signer une nouvelle convention sans bilan préalable des actions d'accompagnement et d'insertion durable réalisées dans le cadre d'un CAE ou d'un CIE antérieur (*c. trav. art. L. 5134-21-1, L. 5134-23-2, L. 5134-66-1 et L. 5134-67-2 nouveaux*).

Contrat de travail

Le contrat de travail (CAE ou CIE) pourra prendre la forme d'un CDI ou d'un CDD, conclu entre l'employeur et le bénéficiaire de la convention individuelle (*c. trav. art. L. 134-19-1 nouveau et L. 5134-24 modifié*).

CDD : durées minimale et maximale

Sauf exception, le CAE ou le CIE sous la forme de CDD devra au moins durer 6 mois (*c. trav. art. L. 5134-25 et L. 5134-69-2 nouveau*).

L'employeur pourra renouveler le contrat, dans la limite d'une durée totale de 24 mois maximum. Cette limite de 24 mois pourra être dépassée dans certains cas (*c. trav. art. L. 5134-23-1, L. 5134-25-1 et L. 5134-69-1 nouveaux*) :

- pour les salariés âgés de 50 ans et plus bénéficiaires d'un minimum social (ex. : RSA) et les travailleurs handicapés (on pourra aller jusqu'à 5 ans) ;
- à titre dérogatoire, pour achever une action de formation professionnelle en cours de réalisation à l'échéance du contrat et définie dans la convention initiale (sans pouvoir excéder le terme de l'action

concernée) ;

- en cas de prolongation exceptionnelle des conventions de CAE, spécifiques aux ateliers et chantiers d'insertion.

Contenu du contrat

Le CAE et le CIE devront désormais comprendre des actions d'accompagnement professionnel (*c. trav. art. L. 5134-20 et L. 5134-65 modifiés*).

Par ailleurs, le CAE pourra prévoir, par un avenant au contrat initial, une période d'immersion auprès d'un autre employeur (modalités à fixer par décret).

Durée du travail

En pratique, l'employeur pourra engager un salarié pour un horaire minimum de 20 heures hebdomadaires. Pour le CAE, qui concerne au premier chef les établissements secondaires, *une dérogation peut être prévue par la convention individuelle en cas de difficultés particulièrement importantes du salarié (c. trav. art. L. 5134-26 et L. 5134-70-1 nouveau)*.

Rémunération

Le salarié continuera de percevoir au moins le SMIC, sauf disposition plus avantageuse.

Fin du contrat de travail et suspension du contrat

Le salarié pourra suspendre son contrat (*c. trav. art. L. 5134-29 et L. 5134-71 modifiés*) :

- à sa demande, comme à présent, afin d'accomplir une période d'essai pour une embauche en CDI ou en CDD d'au moins 6 mois ;

- en accord avec son employeur, pour effectuer une évaluation en milieu de travail prescrite par le Pôle Emploi ou une action d'insertion professionnelle.

Lorsque le salarié sera définitivement embauché après l'une de ces périodes, le contrat sera rompu sans préavis.

Attestation d'expérience professionnelle

L'employeur délivrera une attestation d'expérience professionnelle au salarié au plus tard un mois avant la fin de son contrat ou à sa demande (*c. trav. art. L. 5134-28-1 et L. 5134-70-2 nouveaux*).

Mesures inchangées

Les règles relatives à la rupture anticipée du contrat sous forme de CDD seront maintenues. Par ailleurs, il n'y aura pas d'indemnité de fin de contrat au terme d'un CAE ou d'un CIE conclu sous forme de CDD.

ANNEXE 2

CAS PRATIQUES

Le propre d'un cas pratique est de tenter de reconstituer une situation de fait à laquelle on pourra appliquer un traitement juridique ... avec pédagogie.

Les cas qui vous sont proposés sont tous tirés de situations réelles. Mais les faits ont été suffisamment modifiés pour qu'aucun lien ne puisse être établi avec une affaire en cours.

Pour les besoins de l'exercice, les énoncés adoptent parfois un ton léger – notamment le dernier d'entre eux – mais cette exigence de style liée à la volonté de ne pas être ennuyeux ne doit pas amener le lecteur à penser que des sujets aussi sensibles que le harcèlement sexuel sont traités à la légère.

Au contraire, il faut réfléchir très sérieusement aux implications des pratiques et accusations qu'on peut rencontrer notamment en ce domaine. Des carrières peuvent se briser, des vies peuvent être défaits, celle des victimes comme celle des personnes injustement mises en cause.

Adopter un ton léger c'est aussi montrer qu'une situation de la vie quotidienne, a priori banale peut, à la faveur d'un quiproquo ou d'une mésentente, déboucher sur une situation de crise.

Cas n°1

Le salarié qui n'était plus là

1. Monsieur X est embauché en CAE pour une durée de 10 mois, du 1^{er} septembre au 30 juin. Après les vacances de Noël, il ne revient plus travailler parce qu'il estime que le travail administratif pour lequel il avait été embauché a été modifié et que son nouveau bureau est plus petit que le précédent.

Après deux semaines d'absence, le Directeur d'Etablissement lui envoie une lettre lui signifiant la rupture du contrat de travail du fait de cette absence prolongée et il conteste les arguments avancés par le salarié.

M. X saisit le Conseil de prud'hommes et réclame les sommes suivantes :

- salaires dus au titre du contrat	8750 euros
- dommages intérêts pour violence morale	5000 euros
- perte de chance de formation	3000 euros
- article 700 CPC	2500 euros

Quels peuvent être les motifs évoqués par M. X au soutien de ses demandes ?

Quelles sont ses chances de succès ?

Quelles autres mesures ou précautions aurait du prendre l'employeur ?

2. (variante) Monsieur X est embauché en CAE pour une durée de 10 mois, du 1^{er} septembre au 30 juin. Après les vacances de Noël, il ne revient plus travailler et adresse à son employeur une lettre de

démission claire et non équivoque. Un mois plus tard, il se ravise et indique à son employeur qu'il revient travailler.

Le chef d'établissement lui oppose une fin de non recevoir.

M. X saisit le Conseil de prud'hommes et réclame les sommes suivantes :

- salaires dus au titre du contrat	8750 euros
- dommages intérêts pour violence morale	5000 euros
- perte de chance de formation	3000 euros
- article 700 CPC	2500 euros

Quels peuvent être les motifs évoqués par M. X au soutien de ses demandes ?

Quelles sont ses chances de succès ?

Quelles autres mesures ou précautions aurait du prendre l'employeur ?

Cas n°2

Le salarié au poignet cassé

2. Madame Y est embauchée en contrat d'avenir.

Suite à une chute à son domicile dans les escaliers, elle est placée en arrêt maladie pendant 28 jours à cause d'un poignet cassé.

A l'initiative de l'employeur, elle est convoquée à une visite de reprise obligatoire dans les 8 jours de son retour au travail.

Madame Y refuse de se rendre à la visite médicale de reprise. Le chef d'établissement décide de rompre le contrat et il hésite sur la motivation :

- incapacité de travail prolongée
- refus de se rendre à la visite médicale

Quelle motivation retenir ? Quelles sont les procédures à respecter ?

Madame Y s'est finalement rendue à la visite de reprise et contre toute attente, le médecin du travail considère qu'elle est inapte à son poste après 2 examens espacés des 15 jours réglementaires...

L'employeur cherche une solution de reclassement. Alors qu'elle effectuait un travail de secrétariat jusqu'à son accident, il lui propose la seule fonction disponible : aide documentaliste. Elle refuse car cette fonction ne correspond pas à celle qu'elle exerçait initialement.

Il décide alors de rompre le contrat de Madame Y en arguant de ce refus de reclassement.

Est-ce une décision légitime ?

Cas n°3

Le salarié qui n'en pouvait plus

3. Un salarié en CAE envoie une lettre au Directeur d'Etablissement, se plaignant de ce qu'il serait victime d'un véritable harcèlement moral commis par un enseignant.

Le Directeur après une rapide enquête se rend compte que cette accusation est fantaisiste. Il acquiert la conviction qu'aucun fait répréhensible n'a été commis, en dépit du témoignage écrit et manifestement inexact d'un autre CAE.

Il décide de rompre le contrat de travail du plaignant pour faute grave, en se basant sur un abus dans l'exercice de la liberté d'expression. Et il rompt le contrat du CAE témoin pour faux témoignage.

L'un et l'autre saisissent le Conseil des Prud'hommes : quelle sont leurs chances de succès ?
Quelles initiatives l'employeur aurait-il pu ou du prendre ?

Le salarié, parallèlement porte plainte entre les mains du Procureur de la République pour harcèlement moral de l'enseignant et du directeur pour licenciement abusif. L'enseignant est convoqué par le Commissariat par téléphone pour audition.

La plainte a-t-elle une chance de prospérer ?
Le directeur est-il obligé de se rendre à cette convocation ?
Le directeur conservera-t-il sa ceinture et ses lacets durant l'audition ?

Cas n°4

La salariée qui voyait le mal partout

4. Une salariée en CA dispose d'un bureau à proximité immédiate de celui du directeur. Ils travaillent beaucoup ensemble. Elle reste parfois avec lui après la sortie des élèves et des enseignants pour finir un travail urgent. Elle joue en fait le rôle de secrétaire supplétive.

Elle demande au directeur la possibilité de partir en vacances deux semaines alors que ces droits à congé payé ne sont pas encore constitués. Il refuse.

La relation se dégrade. La salariée refuse d'entrer dans le bureau du directeur et ne veut plus travailler seule avec lui, elle évoque avec ses collègues une attitude ambiguë de « Monsieur le Directeur » qui la tutoie, la complimente sur ses tenues et lui propose en plaisantant de l'emmener en WE à Venise.

Le directeur n'en a cure et traite ses ragots par le mépris. Il exige le même rythme et les mêmes modalités de travail de cette salariée. Pour faire cesser les bruits de couloir, il déménage la salariée dans un petit bureau à l'autre extrémité de l'établissement, lui défend de lui adresser la parole et la confine dans des tâches subalternes.

La salariée se met en congé maladie et dispose d'un certificat médical évoquant « une dépression nerveuse en rapport avec des faits de harcèlement sexuel commis par le supérieur hiérarchique ».

Dans les jours qui suivent, le directeur rencontre incidemment la salariée à deux reprises dans la journée : une fois au supermarché et l'autre fois à son club de sport. Elle a l'air en pleine forme.

Il décide de la licencier pour faute grave.

La salariée porte plainte pour des faits de harcèlement sexuel. Elle saisit le Conseil des Prud'hommes pour une rupture abusive du contrat.

Quelles sont les procédures auxquelles l'employeur peut être confronté ?
Le licenciement pour faute grave est-il justifié ?
Quels sont les faits qui peuvent être objectivement reprochés à l'employeur ?

ANNEXE 3

CAS PRATIQUES

Eléments de correction

1. Distinction modification du contrat de travail et changement des conditions de travail.

D'une manière générale, il y a modification du contrat lorsque la modification porte :

- sur un élément déterminant lors de la conclusion du contrat et formalisé par une clause ;
- sur un élément compris dans le socle contractuel indispensable à l'existence du contrat.

Le changement de poste dans un autre département ou service de l'entreprise alors que notamment la qualification du salarié est conservée = changement conditions travail.

Pour rupture pour faute grave : Respect de la procédure !

L'absence injustifiée peut être une faute grave. Attention il vaut mieux mettre en demeure le salarié de reprendre son poste car il faut que l'absence perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise pour qu'il y ait faute grave.

Procédure pas respectée :

Le salarié a droit à une somme équivalente au montant des rémunérations restant à échoir jusqu'au terme de son contrat ainsi qu'à l'indemnité pour fin de contrat. C'est un minimum, le juge pouvant octroyer plus. Ici, possibilité de demander une indemnité pour non respect de la procédure.

Variante :

La démission n'est pas possible dans le cadre d'un CDD.

Il faut le mettre en demeure de reprendre son poste, ou l'inviter à venir formaliser une rupture d'un commun accord si on ne s'oppose pas à son départ.

Sinon, il est considéré comme en absence, et peut revenir à son poste.

NB : fournir du travail à un salarié est une obligation essentielle de l'employeur.

2. Un salarié qui refuse de se rendre à la visite médicale de reprise commet une faute pouvant être qualifiée de faute grave (Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47,302).

Procédure disciplinaire : faute grave.

Pas de rupture pour incapacité de travail (maladie) = discrimination en fonction de l'état de santé. De plus ce n'est pas une faute grave...

L'inaptitude : n'est pas constitutif d'un cas de force majeure.

Si l'inaptitude avait une origine professionnelle, on aurait pu mettre en œuvre la procédure de résiliation de l'article L 1226-20 du Code travail... Mais ici, l'origine n'est pas professionnelle !

L'employeur qui se trouve dans l'impossibilité de reclasser un salarié sous CDD dont l'inaptitude non professionnelle a été médicalement constatée doit le conserver jusqu'au terme du contrat.

Le contrat est suspendu jusqu'à son terme et l'employeur reste tenu envers le salarié d'une obligation de

reclassement. Il n'est toutefois pas obligé de lui verser un salaire, sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière car le salarié n'est pas en mesure d'exercer effectivement ses fonctions.

3. Selon l'article L. 1152-1 du nouveau code du travail, trois éléments permettent de caractériser le harcèlement moral :

- des agissements répétés ;
- une dégradation des conditions de travail ;
- une atteinte aux droits, à la dignité, à la santé physique ou mentale ou à l'avenir professionnel du salarié.

A titre d'exemple, voici une illustration d'agissements n'ayant pas été qualifiés par les juges de harcèlement moral.

En l'espèce, une surveillante générale d'un service de maternité estime avoir été victime d'un harcèlement moral de la part de son employeur, le cumul des circonstances suivantes établissant qu'une entreprise de déstabilisation avait été menée à son encontre :

- elle avait été contrainte de changer de bureau ;
- elle avait été dépossédée de certaines de ses attributions ;
- elle avait été chargée, puis déchargée, d'autres missions ou astreintes ;
- enfin, une autre salariée avait été qualifiée de surveillante générale dans une liste du personnel

Rappelons que s'il appartient au salarié d'établir la matérialité des faits invoqués, les juges doivent, quant à eux, appréhender ces faits dans leur ensemble et rechercher s'ils permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué. En ce cas, il revient alors à l'employeur d'établir qu'ils ne caractérisent pas une situation de harcèlement. (Cass. soc., 24 sept. 2008)

Les juges doivent appréhender les faits dans leur ensemble et rechercher s'ils permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué.

La partie défenderesse doit 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 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., 10 mars 2009, n° 07-44.092, (Sous le visa des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du nouveau code du travail, elle estime 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 ». Ainsi, « le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, [emporte] à lui seul la nullité de plein droit du licenciement ».)

Rappel : selon l'article L. 1152-2 du nouveau code du travail, « aucun salarié 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.

En vertu de l'article L. 1152-3 du même code, « toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul ».

Celui qui a témoigné est donc également protégé.

La limite posée par la Cour de cassation est la mauvaise foi.

Encore faut la prouver !..

Attention aux conséquences de la nullité (réintégration + salaires depuis le licenciement, ou pour salarié ne souhaitant ou ne pouvant pas solliciter sa réintégration, droit aux indemnités de rupture ainsi qu'à une indemnité au moins égale à six mois de salaire réparant le préjudice causé par cette nullité + éventuellement indemnité pour non respect de la procédure licenciement)

Dépôt plainte pénale :

Audition et enquête services police

Décision du procureur

- **Le classement sans suite** : le procureur décide de ne pas poursuivre. Le plaignant reçoit un avis de classement sans suite qui doit être motivé. S'il conteste la décision, il peut former un recours auprès du procureur général ou déposer une plainte avec constitution de partie civile.
- **La citation directe** : si l'affaire est simple, le procureur peut procéder à une citation directe et saisir directement le tribunal. Il convoque le plaignant pour le jour de l'audience où l'affaire sera examinée.
- **Les mesures alternatives aux poursuites** : elles visent à remédier à l'absence de réponse pénale pour des infractions ne justifiant pas la saisine d'une juridiction et à limiter le nombre de classements sans suite.
- **Ouverture d'une information judiciaire** : elle est le préalable au procès pénal. Le procureur demande alors la désignation d'un juge d'instruction pour recueillir tous les éléments utiles à la manifestation de la vérité. Dans ce cadre, le plaignant peut être convoqué par le juge d'instruction ou par les experts.

Si les faits sont graves ou complexes, le procureur de la République ou les parties peuvent demander la désignation d'un deuxième juge d'instruction pour assister le premier. Cette collégialité est automatique en matière criminelle.

Pour déposer plainte avec constitution de partie civile, il faut avoir déjà porté plainte simple et que le procureur ait classé sans suite ou n'ait pas répondu dans un délai de 3 mois.

Plainte est adressée au juge d'instruction du Tribunal de grande instance du lieu de l'infraction ou du domicile de l'auteur de l'infraction

Suite de la plainte :

- Fixation d'une consignation : elle correspond à une somme d'argent demandée au plaignant. Elle vise à garantir le paiement d'une éventuelle amende pour mesure dilatoire ou abusive. Elle est restituée si la plainte est justifiée. Le juge peut également l'en dispenser.
- La plainte est ensuite transmise par le juge d'instruction au procureur de la République qui peut :
 - demander à entendre la partie civile,
 - demander au juge d'instruction de ne pas poursuivre. Si le juge suit cet avis, il rend une ordonnance de non-lieu,
 - demander l'ouverture d'une instruction.

En cas de non-lieu, toutes les personnes visées par la plainte avec constitution de partie civile peuvent poursuivre le plaignant pour dénonciation calomnieuse et demander le versement de dommages-intérêts dans les 3 mois après le jour où l'ordonnance est devenue définitive.

4. Le harcèlement sexuel : une accusation polluante

En vertu des articles L. 1153-1 à L. 1153-4 du nouveau code du travail, « aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise 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 les agissements de harcèlement sexuel.

Les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire aux dispositions des articles L. 1153-1 à L. 1153-3 est nul. »

De manière générale, les juges retiennent la qualification de harcèlement sexuel lorsque les agissements visent à forcer la victime à accepter des relations sexuelles : pressions insistantes, propositions sexuelles accompagnées de gestes déplacés, de promesses de représailles, etc.

En revanche, n'ont pas été considérés comme des actes de harcèlement sexuel les agissements suivants :

- propos grivois à connotation sexuelle ;
- menaces de châtiments corporels ;
- vantardise d'exercer un droit de cuissage ;
- simple tentative d'embrassade ;
- plaisanteries lourdes, « gauloiseries ».

Concernant le licenciement, l'employeur qui soupçonne un salarié d'être un faux malade ne pourra engager à son encontre une procédure disciplinaire que si les faits qu'il lui reproche constituent un manquement aux obligations résultant de son contrat de travail. L'acte de loyauté est le seul devoir persistant pendant la suspension du contrat de travail (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.730).

A l'employeur d'apporter la preuve que le salarié a bien commis un acte de déloyauté pendant la période de suspension de son contrat de travail. Mais qu'entend-on par acte de déloyauté ? Il pourra s'agir par exemple, d'un acte de concurrence (Cass. soc., 21 janv. 1994, n° 93-40.554), dans le cas d'un ouvrier du bâtiment construisant une maison avec 3 collègues pendant sa soi-disant maladie.

Le comportement déloyal est cependant rarement reconnu par les juges qui refusent par exemple de considérer comme déloyale l'entraide familiale (Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 90-45.669), ou bien le fait de passer un examen pendant l'arrêt de travail pour maladie (Cass. soc., 2 juill. 1996, n° 93-43.029) ou de tenir un stand aux Puces (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.730).