

Manager l'activité professionnelle des salariés en intégrant le droit du travail

Pierre IRIART

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

Avocat à la Cour (Barreau de Bordeaux)

Préliminaire : La notion de contrat de travail

Un contrat organisant une prestation en état de subordination contre une rémunération.

Subordination : droit de diriger, contrôler et sanctionner.

l'ampleur de la subordination varie selon les postes et l'organisation du travail

1^{ère} Partie

La conclusion du contrat de travail

A- Les acteurs du recrutement

- Recrutement direct par l'entreprise :
 - en interne : liberté de principe, sous réserve d'obligations conventionnelles
 - en externe : liberté de principe, sous réserve de ce qui suit
- Recours à des opérateurs privés
 - Liberté de recourir à des opérateurs privés
 - Contrôle des opérateurs privés par le service public de l'emploi
- Recours au Service public de l'emploi
 - Fin du monopole

B- Les méthodes de recrutement

1) Les offres d'emploi

- Interdiction des fichiers payants d'offres d'emploi;
- Interdiction des mentions discriminatoires;
- Encadrement des offres anonymes:
le responsable de la publication ou du site doit connaître le nom et les coordonnées de celui qui dépose l'offre;
- Interdiction des offres d'emploi et services comprenant des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur.

2) Choix du salarié

a) *Interdiction des discriminations*

Sont discriminatoires les mesures prises en considération :

- de l'origine ;
- du sexe ; des mœurs ; de l'orientation sexuelle ; de la situation de famille ;
- de l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ; de l'apparence physique ; du patronyme ;
- des opinions politiques, ; des activités syndicales ou mutualistes ; des convictions religieuses ;
- de l'âge ;
- de l'état de santé ou du handicap (article L 1132-1 et s. du code du travail) .

L'interdiction des discriminations concerne toute mesure relative à l'emploi :

- Recrutement, licenciement, sanction, refus d'embauche, accès aux stages et aux formations professionnelles...

MAIS : des différences de traitement peuvent être justifiées « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et que l'objectif [est] légitime et l'exigence proportionnée* » L 1133-1 Code travail

Aménagement de la preuve en matière de discrimination

- le salarié qui s'estime victime présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;
- l'employeur est alors tenu d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
- le juge forme sa conviction après avoir ordonné toute mesure d'instruction nécessaire.

- le travailleur victime, les organisations syndicales (si le travailleur ne manifeste pas son opposition) et les associations de lutte contre les discriminations (constituées depuis au moins 5 ans) peuvent poursuivre l'employeur en justice ;
- le délégué du personnel est investi d'un droit d'alerte, qui contraint l'employeur à enquêter et faire cesser les comportements discriminatoires ;
- l'inspecteur du travail peut se faire remettre tout document ou élément d'information, quel qu'en soit le support et la nature, et constater les infractions relevant de la discrimination.

b) Principes régissant le recrutement

- Les questions posées doivent permettre d'apprécier l'aptitude du candidat à occuper l'emploi, et avoir un lien direct avec ce dernier (art. L 1222-2 du code du travail) ;
- Le candidat à un emploi est informé des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard, préalablement à leur mise en œuvre ; les résultats obtenus doivent rester confidentiels (art. L 1222-3 du code du travail) ;
- Le salarié doit répondre de bonne foi aux questions qui respectent ces principes (article L 1222-2 al. 3).

c) Questions ayant donné lieu à contentieux

- **Les promesses d'embauche**

- une promesse d'embauche est un engagement clair et précis de recrutement (distinction offre d'emploi),
- une promesse d'embauche vaut contrat de travail,
- une promesse d'embauche ne remplace pas le contrat de travail : l'employeur ne peut se dispenser d'en établir un,
- mais les engagements pris par l'employeur figurant dans la promesse s'imposent à lui (ex. ancienneté : Soc. 18 mai 1999, n° 97-40650),
- la rétractation de l'employeur sans motif légitime justifie rupture sans CRS et indemnisation du préavis (Soc. 15 décembre 2010, n° 08-42951) ;

- **Le CV « amélioré »**
 - La mention dans le CV d'une expérience professionnelle plus importante ne constitue pas une manœuvre dolosive : Soc. 16 février 1999, n° 96-45565
 - Le fait de ne pas révéler son handicap n'est pas un dol : Soc. 21 septembre 2005, n° 03-44855
 - Le fait de ne pas indiquer l'état de grossesse est licite
 - Mais la fourniture d'informations inexactes peut justifier le licenciement :
 - Si le salarié n'a pas les compétences effectives lui permettant d'occuper l'emploi : Soc. 30 mars 1999, n° 96-42912;
 - Si les fausses allégations du salarié ont eu un rôle déterminant dans l'embauche : ex. qualification : Soc. 5 octobre 1994, n° 93-43615 ; Soc. 17 octobre 1995, n° 94-41239

C- Interdictions et priorités d'emploi

- Interdiction de recruter un salarié à un poste sur lequel un licenciement pour motif économique a été prononcé dans les 6 derniers mois,
- Priorités d'embauche (temps partiel, travail de nuit)
 - Le salarié à temps partiel qui en fait la demande est prioritaire pour un recrutement à temps complet sur un emploi de même catégorie, et réciproquement.
 - Idem pour le travail de nuit / de jour
- Priorité de réembauche en cas de licenciement économique :

Le salarié qui en fait la demande dans l'année qui suit le licenciement pour motif économique dispose d'une priorité d'embauche pour un poste de même catégorie dans l'année qui suit le licenciement

L'entreprise informe le salarié de cette possibilité lors du licenciement, informe le salarié des postes vacants mais est libre de son choix en présence de plusieurs candidats pour un même emploi.

- Priorité de réembauche après maternité
 - La salarié qui démissionne pour élever son enfant à l'issue d'un congé maternité ou d'adoption peut dans l'année qui suit la démission demander à bénéficier d'une priorité de réembauche au cours de l'année qui suit ;
 - La salariée a droit à la rémunération et aux avantages acquis au moment du départ ;
- Obligation d'emploi des travailleurs handicapés
 - Toute entreprise de plus de 20 salariés doit employer au moins 6% de travailleurs handicapés
 - À défaut : contribution à l'AGEFIPH : entre 400 et 600 SMIC horaire / salarié manquant (1500 à défaut d'actions depuis 3 ans) ;
 - Exonération partielle de l'entreprise si elle fait appel à des structures employant exclusivement des personnes handicapées pour de la sous-traitance

- Limitation des cumuls d'emploi :
 - Fonctionnaires : interdiction générale sauf quelques corps
 - Pluriactif salarié et indépendant :
 - pas de limitation du temps de travail des indépendants
 - Liberté de principe, sauf concurrence déloyale
 - Pluriactifs salariés :
 - respect des limitations du temps de travail (48h/semaine, 44 h sur 12 semaines consécutives)
 - L'employeur doit veiller au respect de ces limitations par le salarié.
 - Restrictions éventuelles à la liberté de principe : emplois non compatibles, concurrence déloyale, clause d'exclusivité licite

D- Formalités

- Déclaration préalable à l' embauche (DPAE) dès le recrutement
 - L'absence de DPAE entraîne la qualification de travail dissimulé (45.000 € d'amende, 3 ans d'emprisonnement, indemnité correspondant à 6 mois de salaires pour le salarié, interdiction d'aide publique à l'emploi ou la formation professionnelle pendant 5 ans)
 - entreprises de plus de 50 salariés : déclaration mensuelle des mouvements de main d'œuvre
- Inscription sur le registre du personnel
- Visite médicale.
 - Le salarié doit rencontrer le médecin du travail au plus tard à la fin de la période d'essai
 - Saisonniers : pas de visite médicale si contrat de moins de 45 jours
 - À défaut : responsabilité de l'entreprise (rechutes), impossibilité de se prévaloir de l'état de santé du salarié
 - Sauf :
 - Emploi identique à celui quitté
 - Médecin disposant de la fiche médicale
 - Pas d'inaptitude constatée au cours des 12 derniers mois

2^{ème} Partie

Le choix du contrat

Le principe : le recours au CDI

Les exceptions : Le travail précaire : CDD et travail temporaire.

identité des régimes, mais encadrement des entreprises de travail temporaire :

- déclaration préalable d'activité,
- limitation des autres activités professionnelles,
- déclaration mensuelle des contrats de mission,
- garantie financière et solidarité subsidiaire de l'entreprise utilisatrice.

Le CDD à objet défini, exception ou nouvelle orientation ?

A- Contrat à durée déterminée (CDD) et travail temporaire

1) *Conditions de recours :*

1- Remplacement d'un salarié absent

- pour faire face à toute absence ou suspension du contrat de travail d'un salarié ;
- pour pallier à toute demande de passage à temps partiel provisoire d'un salarié ;
- pour opérer un relais entre le départ définitif d'un salarié et l'entrée en service effective du nouveau titulaire du poste ;
- pour permettre le maintien temporaire d'un poste avant sa suppression prévue dans un certain délai

2 - Accroissement temporaire d'activité

- Commande exceptionnelle à l'exportation,
- Tâche occasionnelle ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise : toute tâche ponctuelle qui ne relève pas de l'activité principale et normale de l'entreprise comme les travaux d'informatisation d'un service, des actions de formation d'une catégorie de salariés, des audits...
- Travaux urgents pour des motifs de sécurité : travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents, organiser des mesures de sauvetage ou réparer des insuffisances de matériel, des installations ou des bâtiments de l'entreprise présentant un danger pour les personnes,
- Variations cycliques mais temporaires de l'activité de l'entreprise,

3 - Secteurs dans lesquels il est d'usage de ne pas recourir au CDI

Liste de l'article D 1242-1 du code du travail :

exploitations forestières ; réparation navale ; déménagement ; hôtellerie et restauration ; spectacles ; action culturelle ; audiovisuel ; information ; production cinématographique ; enseignement ; activités d'enquête et de sondage ; édition phonographique ; centres de loisirs et de vacances ; entreposage et le stockage de la viande ; sport professionnel ; bâtiment et les travaux publics pour les chantiers à l'étranger ; activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche à l'étranger ; recherche scientifique réalisée dans le cadre d'une convention internationale, ou par des chercheurs étrangers résidant temporairement en France

4- CDD conclus pour le remplacement du chef d'entreprise ou de son conjoint collaborateur,

5 - CDD liés à la formation et l'insertion : apprentissage, contrat de professionnalisation...

Limites :

- le travail précaire ne peut avoir pour objet ou effet de pourvoir durablement une tâche permanente de l'entreprise (sous peine de requalification en CDI),
 - le travail précaire ne peut être utilisé pour des emplois dangereux ou donnant lieu à un suivi médical spécifique,
 - interdiction de recourir au travail précaire pour remplacer des grévistes
-
- La taxation des CDD de courte durée (ANI 11 janvier 2013, art. 11 L 14 juin 2013)
 - La convention d'assurance chômage prévoit une taxation particulière des CDD de courte durée.
 - Montant de la taxation : 7% pour les CDD <1 mois, 5,5% pour les CDD entre 1 et 3 mois, 4,5% pour les CDD d'usage inférieurs à 3 mois
 - Dispense de surcote pour les CDD de remplacement, les CDD saisonniers et les contrats de travail temporaire

2) Contenu du contrat

- Écrit, sous peine de requalification en CDI
 - Motif, nom et la qualification du salarié remplacé s'il y a lieu,
 - désignation du poste occupé,
 - intitulé de la convention collective applicable,
 - durée de la période d'essai éventuellement applicable,
 - terme du contrat,
 - montant de la rémunération et ses différentes composantes (salaire de base, primes et accessoires de salaire),
 - coordonnées de l'organisme de prévoyance (CDD)

- Travail temporaire : mêmes mentions +
 - l'indication du lieu de mission et de l'horaire de travail
 - la nature des équipements de protection individuelle que le salarié doit utiliser, et l'indication de l'entreprise (utilisatrice ou de travail temporaire) chargée de les lui fournir.

3) Durée du contrat

- 18 mois,
 - 2 renouvellements compris,
 - sauf :
 - Travaux urgents pour des motifs de sécurité : 9 mois
 - Travaux exécutés à l'étranger ou commande liée à l'exportation : 24 mois
 - Remplacement d'un salarié absent : durée de l'absence du salarié en poste

- Terme :
 - Au choix de l'entreprise.
 - Terme précis : une date
 - Terme imprécis :

C'est-à-dire un évènement qui ne dépend pas de la seule volonté de l'employeur ; il faut indiquer une durée minimale garantie.

- Renouvellement :
 - Deux renouvellements maximum,
 - Respect des durées maximales légales,
 - Avenant écrit et soumis avant le terme du contrat,
 - L'employeur doit pouvoir justifier de la nécessité du contrat et du renouvellement

- Succession de contrats sur le même poste :
 - Possible en respectant un délai de carence du 1/3 du contrat précédent
 - Sauf remplacement d'un salarié absent

- Succession de contrats sur des postes différents :
 - Pas de difficulté de principe

4) Droits des salariés précaires

- Limitation de la période d'essai :
 - 1 jour par semaine d'emploi
 - Au maximum 15 jours si emploi < 6 mois , 1 mois si emploi > 6 mois
- Égalité de rémunération et avantages sociaux
- Pas de rupture anticipée
 - À défaut, versement des salaires correspondant à la durée du contrat
 - Exceptions : faute grave, force majeure ou accord des 2 parties
- Indemnité de fin de contrat:
 - 10% de la rémunération globale brute perçue durant le contrat (ou 6% si la convention collective instaure une obligation spécifique de formation)

B- Le contrat à durée déterminée à objet défini

- dispositif expérimental jusqu'en 2013, dépend de la conclusion d'un accord de branche l'autorisant,
- CDD de 18 à 36 mois pour des ingénieurs et cadres
- Terme nécessairement imprécis : lié à la réalisation de l'objet
- Contrat écrit définissant notamment l'emploi et ses objectifs
- Pas de possibilité de renouvellement
- Rupture :
 - Motifs classiques du CDD : démission, faute grave, force majeure, ou recrutement en CDI
 - Motifs spécifiques :
 - Réalisation de l'objet : 2 mois de prévenance
 - Rupture pour motif réel et sérieux, à 18 ou 24 mois
 - Indemnité de précarité : 10% rémunération globale brute perçue

C- Le recours à des formes d'emploi particulières

1) Les groupements d'employeurs

- Objectifs (art. L 1253-1 Code travail) :
 - association ou société coopérative permettant aux PME d'employer une main-d'œuvre qu'elles n'auraient pas les moyens de recruter;
 - le groupement recrute des salariés et les met à la disposition de ses membres exclusivement;
 - le groupement a un objet limité :
 - opération de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif,
 - éventuellement fourniture d'aide ou conseil en matière d'emploi et gestion RH à ses membres, de manière non lucrative.

- Constitution :
 - les adhérents sont des personnes physiques ou morales,
 - éventuellement adhérents de plusieurs groupements,
 - éventuellement personne de droit privé et collectivités territoriales
 - uniquement des chefs d'entreprise artisanale, industrielle, commerciale, libérale, agricole, si le groupement a pour objet le remplacement de chef d'entreprise
 - les adhérents sont en principe soumis à la même convention collective
 - si les adhérents relèvent de conventions collectives différentes :
 - ils déterminent la Convention bénéficiant aux salariés du groupement et ils en informent la Direccte;
 - la Direccte pourra s'opposer à l'exercice de l'activité si la convention choisie n'est pas adaptée aux qualifications des salariés ou l'activité du groupement ou si le groupement ne respecte pas les dispositions légales (D 1253-7),
 - le groupement est déclaré à la Direccte lors de la constitution,

- Fonctionnement
 - les membres du groupement sont solidairement responsables des dettes à l'égard des salariés et de cotisations sociales sauf aménagement statutaire
 - le groupement assure le suivi médical des salariés
 - les salariés disposent d'un contrat de travail écrit mentionnant notamment :
 - les conditions d'emploi et de rémunération,
 - la qualification du salarié,
 - les employeurs potentiels
 - les lieux d'exécution du travail.
 - les salariés ont droit à la même rémunération que les salariés de l'entreprise dans laquelle ils sont affectés

2) Entreprises à temps partagé (L 1252 et s.)

- Est un entrepreneur de travail à temps partagé toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à disposition d'entreprises utilisatrices du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes en raison de leur taille ou de leurs moyens.
 - l'entreprise à temps partagé peut offrir des conseils et prestations en RH à ses clients,
 - l'entreprise à temps partagé justifie d'une garantie financière pour les salaires et cotisations sociales,
- les entreprises de travail temporaire peuvent être entreprises à temps partagé.
- Les salariés mis à disposition le sont pour des missions qui peuvent être à temps plein ou à temps partiel.
- contrats:
 - contrat de mission : entreprise à temps partagé / entreprise utilisatrice
 - contrat de travail : entreprise à temps partagé / salarié

3) Le détachement en France d'un salarié recruté par un employeur établi à l'étranger (L 1261-1 et s.)

Détachement de salarié en vue de l'exécution en France d'une prestation pour le compte d'un employeur établi hors de France :

- exécution d'une prestation de services,
- mobilité intergroupe,
- mise à disposition de salariés au titre de travail temporaire,
- réalisation d'une opération pour son propre compte.

L'employeur doit être régulièrement établi à l'étranger et pouvoir y justifier d'une activité significative, stable et continue .

Il ne peut se prévaloir de ces règles si son activité est entièrement orientée vers le territoire français (L 1262-3)

Le salarié doit avoir été recruté avant son détachement (L 1262-1)

Aucune ancienneté minimale n'est fixée par la loi

Mais l'inspection du travail exige au moins 1 mois d'ancienneté.

4) Le recours à la sous-traitance

Article 1^{er} de la loi n° 75-1 334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : une « *opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

- **Conditions (cumulatives) de validité de la sous-traitance :**

1- Un contrat commercial ayant pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ne veut ou ne peut pas accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique;

Il est essentiel que les travaux confiés ne relèvent pas du domaine d'activité du donneur d'ordre. A défaut, c'est un contrat prohibé.

Le défaut de contrat écrit fait présumer le caractère illicite de la sous-traitance.

2- la « rémunération » du sous-traitant ou du prestataire doit être fixée au départ forfaitairement en fonction de l'importance objective des travaux ou de la mission à réaliser, sans tenir compte du nombre de salariés utilisés et du nombre d'heures qui seront effectuées, le risque de l'opération devant être assuré par le sous-traitant ou le prestataire de services ;

3- le sous-traitant ou le prestataire de services doit être le seul employeur du personnel utilisé, géré et rémunéré par lui, qu'il encadre et dirige dans l'accomplissement de sa tâche et qui demeure soumis à sa seule autorité : le personnel du sous-traitant ou du prestataire de services ne doit pas être intégré de fait chez le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ;

4- même s'il est admis, dans certains cas, la possibilité pour le personnel du sous-traitant ou du prestataire d'employer le matériel de l'entreprise utilisatrice, les moyens matériels nécessaires à l'exécution des travaux doivent être fournis par le sous-traitant ou le prestataire à ses salariés

Opérations jugées licites :

- lorsque l'activité sous-traitée est effectuée par une entreprise sous-traitante très spécialisée et que cette activité n'est pas essentielle pour l'entreprise donneuse d'ordre (Crim., 19 mars 1985, n° 84-90417) ;
- lorsque l'activité sous-traitée n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technique qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (Soc. 9 juin 1993, n° 91-40222) ;
- lorsqu'il s'agit de recourir à du personnel qui effectue une mission de surveillance et de protection exigeant une compétence et une formation particulières qui ne peut être confiée à un salarié de l'entreprise utilisatrice (Soc. 19 juin 2002, n° 00-41156) ;

Opérations jugées illicites :

- Recours à la sous-traitance pour bénéficier d'une main-d'œuvre ayant la même qualification que les salariés de l'entreprise utilisatrice : 3 mai 1994, n° 93-83104;
- lorsque c'est à l'entreprise utilisatrice qu'incombent de façon exclusive et permanente la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés détachés : Crim. 19 juin 2001, n° 00-84275 ;
- Prestataire n'ayant qu'un seul client : Crim. 19 février 2002, n° 01-85774 ;
- les ouvriers sont placés sous l'autorité des cadres de l'entreprise utilisatrice ; l'entreprise utilisatrice assure elle-même le « suivi » des travaux, définissant le descriptif des tâches à exécuter et leur localisation et fournissant elle-même les pièces de rechange ; le montant des prestations effectuées par l'entreprise sous-traitante est calculé en fonction du prix de la main-d'œuvre ; la société sous-traitante ne met en œuvre aucune technique qui lui est propre : Crim. 15 juin 1984, n° 83-94721;

- la société prétendument sous-traitante ne possédait ni le personnel ni le matériel nécessaire à l'exécution de travaux conformes à son activité déclarée ; la totalité de ses salariés était affectée aux mêmes tâches de production que ceux de l'entreprise utilisatrice : Crim. 15 février 1983, n° 82-92003 ;
- le recours à l'entreprise sous-traitante n'a nullement pour fondement la recherche d'un savoir-faire spécifique distinct de celui de l'entreprise utilisatrice ; que seul le prix de la main-d'œuvre est indiqué sur le contrat de sous-traitance ; que les matériaux sont livrés sur le chantier directement par l'entreprise utilisatrice et que l'entreprise sous-traitante ne dispose que de peu de matériel et n'a aucun chantier pour d'autres clients : Crim. 21 mars 2000, n° 99-84368 ;
- le prêt de main-d'œuvre consiste uniquement à fournir de la main-d'œuvre en mettant à disposition d'autres entreprises, des salariés, qui en vertu d'un prétendu contrat de sous-traitance, accomplissent des tâches relevant de la spécialité de l'entreprise utilisatrice qui fournit les matériaux et équipements et assure seule la direction de tout le personnel : Crim. 22 octobre 1996, n° 96-80194 ;

- **Obligations du donneur d'ordre**

1- Veiller au respect des obligations sociales du sous-traitant :

- pour tout contrat d'une valeur supérieure à 5000€, avec un sous-traitant immatriculé en France

- il faut se faire remettre un document attestant de l'immatriculation de l'entreprise

- il faut se faire remettre une attestation de l'URSSAF de ce que le sous-traitant est à jour de ses obligations, lors de la conclusion du contrat et tous les 6 mois, jusqu'à la fin du contrat;

A défaut le donneur d'ordre est solidairement responsable avec le sous traitant du paiement des impôts et cotisations sociales qui lui incombent.

Le simple fait de ne pas procéder aux vérification emporte présomption de travail dissimulé : Crim. 4 novembre 1997, n° 96-86211

2- Informer les IRP du recours à la sous-traitance

3- Eventuellement assumer les salaires et cotisations sociales en cas de défaillance dde l'entrepreneur sous-traitant

art. L 8232-2 code du travail : si la sous-traitance s'effectue dans les locaux de l'entreprise

- **Responsabilité solidaire du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre**

En cas de non paiement des salaires, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informés par l'inspecteur du travail, doivent enjoindre le sous-traitant de payer les salaires.

A défaut, ils sont solidairement responsables (L3245-2, R 3245-2 du code du travail)

- **Responsabilité solidaire du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre en cas de logement collectif vétuste**

Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informés par l'inspecteur du travail, doivent enjoindre le sous-traitant régulariser cette situation, sous peine d'être déclarés solidairement responsables (L 4231-1 du code du travail)

5) Le recours aux stages

Ne sont autorisés que les stages intégrés dans la scolarité, qui font l'objet d'une convention tripartite entre l'entreprise, le stagiaire et l'établissement d'enseignement (C. éducation, art. L. 612-8).

Loi du 28 juillet 2011 : « *les stages ne peuvent pas avoir pour objet l'exécution d'une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent de l'entreprise* »

Le chef d'entreprise ne doit retirer aucun profit direct de la présence du stagiaire. A défaut, il risque de voir le stage requalifié en contrat de travail et ce :

- à l'initiative du jeune (versement d'une véritable rémunération et d'une indemnité pour rupture abusive des relations contractuelles) ;
- à l'initiative de l'Urssaf (paiement des cotisations sociales) ;
- à l'initiative de l'inspection du travail (travail dissimulé).

Registre des conventions de stage (article L. 612-13 Code de l'éducation) :

- obligatoire,
- modalités à préciser par décret,
- distinct du registre du personnel.

1) Stages étudiant

le stage doit être intégré à un « cursus pédagogique scolaire, ou universitaire »

Interdiction (C. éducation, art. L. 612-8) :

- de remplacer un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail ou de licenciement ;
- d'exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent ;
- de faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise,
- ou d'occuper un emploi saisonnier.

convention tripartite obligatoire :

Mentions obligatoires :

- la définition des activités confiées au stagiaire ;
- les dates de début et de fin du stage ;
- la durée hebdomadaire maximale de présence du stagiaire dans l'entreprise ;
- le montant de la gratification versée au stagiaire et les modalités de son versement ;
- la liste des avantages offerts (restauration, hébergement, remboursement de frais ...) ;
- le régime de protection sociale dont bénéficie le stagiaire, y compris la protection en cas d'accident du travail ;
- les conditions d'encadrement du stagiaire (entreprise et organisme de formation) ;
- les conditions de délivrance d'une « attestation de stage » et, le cas échéant, les modalités de validation du stage pour l'obtention du diplôme préparé ;
- les modalités de suspension et de résiliation du stage ;
- les conditions dans lesquelles le stagiaire est autorisé à s'absenter, notamment dans le cadre d'obligations attestées par l'établissement d'enseignement ;
- les clauses du règlement intérieur de l'entreprise applicables au stagiaire, lorsqu'il existe.

Durée maximale du ou des stages effectués par un même stagiaire dans une même entreprise : 6 mois par année d'enseignement.

Possibilités de dérogations (C. éducation, art. L. 612-9) :

Délai de carence :

« l'accueil successif de stagiaires, au titre de conventions de stages différentes, pour effectuer des stages dans un même poste de travail n'est possible qu'à l'expiration d'un délai de carence d'un tiers de la durée du stage précédent ». C. éducation, art. L. 612-10

Quota maximal de stagiaires :

15% des effectifs dans les entreprises de plus de 20 salariés

3 stagiaires dans les entreprises de moins de 20 salariés

Gratification :

Lorsque la durée de stage au sein d'une même entreprise est supérieure à 2 mois consécutifs ou non, au cours d'une même année universitaire ou scolaire (C. éducation, art. L. 612-11)

La gratification s'ajoute aux éventuels remboursements de frais.

Chaque période au moins égale à 7 h correspond à 1 journée de stage, une période de 22 jours correspond à 1 mois de stage.

Le montant de la gratification dépend soit du nombre d'heures effectuées mois par mois, soit de l'ensemble des heures effectuées pendant le stage divisées par le nombre de mois de stage.

Montant minimal : 15% du plafond horaire Sécurité sociale

2) Stages scolaires

stages ou de périodes de formation en milieu professionnel pour les élèves mineurs de moins de 16 ans qui suivent un enseignement alterné ou un enseignement professionnel (L. 4153-1 du code du travail)

- 14 ans minimum.

- élèves scolarisés en classe d'initiation préprofessionnelle en alternance (CLIPA) ou en classe préparatoire à l'apprentissage d'un centre de formation d'apprentis ;

- élèves scolarisés dans un dispositif en alternance ;

- élèves des classes de troisième (stages préparatoires à la voie professionnelle).

Ou

élèves des deux derniers niveaux de l'enseignement des collèges ou lycéens effectuant un stage d'une semaine maximum en entreprise à des fins d'observation, en vue de l'élaboration de leur projet d'orientation professionnelle (C. éducation, art. L. 332-3-1 C. trav., art. L. 4453-1)

Ou

visites d'information (maximum 2 jours consécutifs) *pour les élèves de l'enseignement général*, quelle que soit leur classe.

Convention de stage obligatoire (art. L 4153-2 du code du travail), aussi détaillée que pour étudiants.

Respect de la santé et la sécurité.

Les élèves ne peuvent ni accéder aux machines, appareils ou produits dont l'usage est proscrit aux mineurs par le code du travail, ni procéder à des manœuvres ou manipulations sur d'autres machines, produits ou appareils de production, ni effectuer les travaux légers autorisés aux mineurs par le code du travail.

Responsabilité de l'entreprise si lien de subordination.

D- le cas particulier du contrat de travail à temps partiel

- Conditions de recours
 - Accord collectif
 - Décision du chef d'entreprise après avis du CE (ou DP) transmis à la DIRECCTE
 - Demande des salariés, dans le cadre d'un accord collectif ou formulée individuellement.
l'employeur ne peut refuser que :
 - s'il justifie de l'absence d'un emploi disponible relevant de la catégorie professionnelle du salarié ou d'un emploi équivalent
 - ou s'il justifie que le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la production ou à la bonne marche de l'entreprise

- Contrat :

Écrit, mentionnant :

la durée du travail hebdomadaire,

les limites aux heures complémentaires,

la répartition du travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois,

les possibilités de modification de la répartition du travail et la nature de cette répartition

les délais de prévenance des modifications (en principe 7 jours)

Sanction : requalification en travail à temps complet

- Durée du travail

Les contrats conclus depuis le 1^{er} juillet 2014 doivent avoir une durée minimale de 24 h/ semaine

Exceptions :

- à la demande du salarié, pour des contraintes personnelles justifiées : handicap, suivi d'une formation, cumul d'emplois...
- si une convention de branche étendue fixe une durée inférieure à 24 h,
- pour les contrats de moins de 7 jours
- pour les CDD et contrats temporaires de remplacements
- en présence d'étudiant de moins de 26 ans
- pour les entreprise de travail temporaire d'insertion
- employés de maison et contrats aidés.

Les salariés embauchés avant le 1^{er} juillet 2014 :

ordonnance du 29 janvier 2015 : ces salariés disposent d'une priorité pour être embauchés au moins à la durée minimale de 24 heures.

L'employeur n'est tenu d'augmenter leur temps de travail que s'il embauche, ou augmente le temps de travail des autres salariés...

- Organisation du travail

La répartition des horaires dans la semaine ou dans le mois doit être fixée dans le contrat

Sauf les entreprises d'insertion et d'emploi à domicile.

Le salarié doit être informé par écrit de ses horaires de travail pour chaque journée travaillée si le contrat ne fixe pas ses horaires.

Les coupures quotidiennes sont limitées à 2 heures, sauf aménagement par accord collectif de branche ou d'entreprise.

Toute modification de la durée du travail nécessite l'accord du salarié :

augmentation ou réduction du temps de travail,

les variations de la durée du travail peuvent justifier la requalification en travail à temps complet et la prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur.

un accord de branche étendu peut prévoir la possibilité d'augmenter la durée du travail par avenant au contrat (8 avenants maximum / an)

Toute modification de la répartition des horaires de travail nécessite l'accord du salarié

si le contrat de travail ne fixe pas les horaires, et qu'il prévoit la possibilité de changements en présence de cas et selon des modalités qu'il déterminent, l'employeur pourra les modifier avec un délai de prévenance de 8 jours minimum,

si le contrat fixe les horaires, ou s'il ne fixe pas les modalités de modification des horaires, tout changement constitue une modification du contrat et nécessite l'accord du salarié ;

Même si l'employeur est en droit de modifier les horaires, le salarié peut refuser en invoquant :

- des obligations familiales impérieuses,
- l'exercice d'une autre activité professionnelle,
- le suivi d'une formation

Le refus ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement

Droits des salariés :

- Égalité de rémunération avec les salariés à temps complet
- Ancienneté calculée comme un travail à temps complet
- 1 seule interruption d'activité par jour, de 2h maximum (sauf accord collectif)
- Congés payés identiques à ceux des salariés à temps complet. Débutent le 1^{er} jour au cours duquel le salarié aurait dû travailler
- Pluralité d'emplois à temps partiel, le salarié est électeur dans chaque entreprise et éligible dans une seule
- Priorité d'embauche à temps complet et réciproquement
- Proratisation :
 - pour la prise en compte dans l'effectif
 - et indemnité de licenciement si travail à temps partiel et temps complet

Aménagement du travail à temps partiel :

- variation possible selon les périodes de l'année
- mis en place par accord collectif

3^{ème} partie

La rédaction du contrat

A. Clauses susceptibles de figurer dans le contrat

- Clauses relatives au temps de travail : astreinte, forfait en heures ou en jours
- Clause de délégation de pouvoirs
- Clause prévoyant un éventuel détachement, ou une mobilité professionnelle,
- Clause imposant au salarié une résidence proche (sous réserve de nécessité liée à l'exercice de la profession),
- Clause relative aux inventions du salarié,
- Clause relatives au prêts au salarié (remboursement...)
- Reprise d'ancienneté,
- Clause relative à la tenue,
- Clause relative à la restitution de matériels professionnels,
- Clause relative au véhicule de fonction,
- Clause relative au logement de fonction,
- Clauses liées à des primes, intéressement au résultat, remboursement de frais professionnels, ...

B. Clauses expressément interdites

- Clause attributive de juridiction (sauf contrat international),
- Clause de célibat,
- Clause limitant l'activité syndicale,
- Clause prévoyant des motifs de rupture automatique du contrat (âge, résultats...),
- Clause d'indexation de salaire,
- Clause de responsabilité financière (sauf gérant salarié) ou de transfert des charges sociales,
- Clauses fixant le salaire à l'issue d'enchères électroniques...

C. Clauses facultatives

1) La clause de période d'essai

- Permet la rupture du contrat de travail sans motif ni procédure
- Durée maximale légale :
 - 2 mois : ouvriers et employés
 - 3 mois : ETAM
 - 4 mois : cadres
 - Durée plus longue autorisées par conventions de branche conclues avant le 25 juin 2008
- Renouvellement :
 - Si prévu par le contrat de travail **et** convention de branche,
 - Si accord exprès du salarié,
 - Doit respecter la durée maximale légale (2+2 mois, 3+3 mis, 4+4 mois)

- Rupture par l'employeur. Préavis :
 - 24 h pour emploi de 7 jours maximum
 - 48 h pour emploi de 1 mois maximum
 - 2 semaines pour emploi de 3 mois maximum
 - 1 mois pour emploi de plus de 3 moisà défaut de respecter le préavis, l'employeur sera condamné à payer les salaires correspondant à la période de préavis
- Rupture par le salarié. Préavis :
 - 24 h pour un emploi de 7 jours maximum
 - 48h pour un emploi de durée supérieure.
- Illicite ou encadrée si l'employeur a déjà eu l'occasion d'apprécier les compétences du salarié
 - La durée du CDD conclu précédemment s'impute sur la période d'essai;
 - Illicite après un contrat d'apprentissage;
- À distinguer de clauses probatoires en cas de changement d'emploi pour le même employeur.

2) La clause de non-concurrence

- Interdit au salarié d'exercer un emploi susceptible de nuire à son employeur après la rupture du contrat, quelque soit le motif de rupture
- Conditions de validité
 - Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur,
 - Limitée dans le temps et l'espace
 - Tient compte des spécificités de l'emploi du salarié,
 - Contrepartie financière
- Sanction du défaut de validité :
 - Le salarié peut faire valoir la nullité de la clause,
 - Le salarié peut obtenir indemnisation s'il a respecté la clause nulle

- Renonciation au bénéfice de la clause
 - Cette faculté doit être prévue dans le contrat et exercée dans un délai bref à l'issue de la rupture, de manière claire et non équivoque
 - Lorsque l'entreprise dispense le salarié de préavis doit renoncer au bénéfice de la clause au plus tard au départ effectif du salarié : Soc. 13 mars 2013, n° 11-21 150
- Mise en œuvre de la clause
 - À l'encontre du salarié :
 - exécution forcée et dommages-intérêts
 - ou mise en œuvre de la clause pénale
 - À l'encontre du nouvel employeur :
 - exécution forcée,
 - solidarité en cas de complicité

3) La clause de dédit-formation

Impose le remboursement de tout ou partie de frais de formations engagés par l'employeur

- Validité :
 - Contrat écrit avant l'envoi en formation et mentionnant le coût réel de la formation,
 - Dépenses effectivement engagées par l'employeur et excédant ses obligations légales
 - Ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'empêcher le salarié de rompre le contrat,
- Indemnité de dédit
 - Doit être proportionnelle aux frais effectivement engagés,
- Mise en œuvre
 - Interdiction pour contrat de professionnalisation
 - Est mise en œuvre si démission
 - Admise à l'occasion d'un licenciement pour faute grave (Soc. 14 décembre 2005, n° 04-42660)

4) La clause de mobilité

Autorise l'employeur à affecter le salarié sur un autre site

- Validité :
 - La zone géographique doit être expressément définie,
 - Le changement est strictement géographique,
 - Ne peut avoir application en cas de changement de société employeur au sein d'un groupe,
 - Doit être inscrite dans le contrat de travail
- Mise en œuvre
 - Délai de prévenance :
 - obligatoire même en l'absence de mention dans le contrat
 - Suffisant au regard du déplacement et de la situation du salarié
 - Doit être mise en œuvre dans l'intérêt objectif de l'entreprise
- Refus par le salarié : licenciement pour faute

5) La clause de confidentialité

- Complète l'obligation générale de loyauté
- Licite si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché
- S'applique pendant l'exécution du contrat et après sa rupture
- Justifie le licenciement à défaut de respect.

6) La clause d'exclusivité

Interdit au salarié de travailler dans une autre entreprise ou pour son propre compte

- Validité
 - Constitue une atteinte à la liberté du travail,
 - Doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, justifiée par la nature de la tâche à accomplir, proportionnée au but recherché,
- Conséquence
 - La violation d'une clause légitime justifie le licenciement du salarié,
 - Le salarié obtient réparation s'il est limité par une clause illicite.

4^{ème} Partie

La modification du contrat

I- Modification du *travail* et modification du *contrat de travail*

- Principe de distinction :
 - La modification du contrat : modification d'un élément essentiel de la relation
- Exemples jurisprudentiels de modification du contrat
 - la rémunération ou son mode de calcul ;
 - la qualification et le niveau de responsabilité, la suppression ou la réduction de responsabilités, la perte d'indépendance ou le déclassement ;
 - la durée du travail, le passage d'un travail de jour à un travail de nuit ou le passage d'un horaire fixe à un horaire variable ;
 - le transfert d'une société à l'autre au sein d'un groupe ;
 - le lieu du travail s'il y a changement de bassin d'emploi ;

B- Mise en œuvre

- La modification du travail s'impose au salarié.
 - Le refus justifie un licenciement pour faute.
- La modification du contrat nécessite l'accord des deux parties.
 - Procédure en cas de motif économique :
 - LRAR avec un mois de réflexion,
 - le silence vaut acceptation
 - Le refus par le salarié entraîne retrait de la proposition ou licenciement,
 - Le licenciement n'a pas pour motif le refus mais la modification du contrat
 - Le licenciement a une cause réelle et sérieuse si la modification a un motif sérieux.

Merci de votre attention