

## DÉFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL

---

### CRITÈRES D'EXISTENCE DU CONTRAT

#### ENJEUX LIÉS À L'EXISTENCE D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

L'existence d'un contrat de travail caractérise la relation de travail entre un employeur et un salarié. Il est important de distinguer le contrat de travail d'autres relations professionnelles, pour plusieurs raisons, notamment :

- le contrat de travail implique l'affiliation du salarié au régime général de Sécurité sociale et le versement par l'employeur des cotisations correspondantes ;
- n le salarié n'engage pas sa responsabilité civile ou pénale envers les cocontractants de son employeur, sauf délégation de pouvoir expresse dans certaines situations particulières ;
- le lien contractuel entre le salarié et l'employeur est permanent, à la différence d'autres relations professionnelles comme la prestation de services ;
- la rémunération est en principe indépendante de l'achèvement ou de la qualité de la prestation accomplie, des pertes occasionnées, ... ;
- le salarié accomplit la prestation de travail pour et au profit de son employeur, sans aucune indépendance, ce qui implique le droit de le sanctionner ;
- la relation de travail est soumise à une réglementation spécifique, législative, réglementaire et conventionnelle et non pas seulement au droit civil des contrats.

La charge de la preuve de la non-existence d'un contrat de travail incombe en principe à celui qui invoque son caractère fictif.

#### CONVENTION ENTRE LE SALARIÉ ET L'EMPLOYEUR

Le Code du travail ne donne aucune définition légale du contrat de travail. Le contrat de travail est tout au moins une convention entre deux parties soumise à la réglementation du travail et, plus généralement, au droit civil des obligations. C'est un contrat synallagmatique dans la mesure où chacune des parties s'engage envers l'autre :

- le salarié s'engage à exécuter une prestation de travail sous la subordination de son employeur ;
- l'employeur s'engage à verser une rémunération en contrepartie de la prestation fournie.

### Attention

*La dénomination que les parties, employeur et salarié, entendent donner à la convention ne suffit pas à caractériser ou à exclure l'existence d'un contrat de travail. En effet, l'existence du contrat de travail ne dépend pas de la volonté des parties mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle.*

*Cass. soc. 14 mai 1992 - SA Godissart c/ Souhliol - Bull. civ. V, n° 309*

## TROIS ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL

La jurisprudence et la doctrine ont dégagé trois éléments essentiels dont la combinaison caractérise l'existence d'un contrat de travail :

- l'exécution d'une prestation de travail par le salarié ;
- sous la subordination juridique de son employeur ;
- en contrepartie d'une rémunération.

### Importance respective des différents critères

La réunion du premier et du troisième élément, exécution d'une prestation de travail moyennant rémunération, n'est pas suffisante, à elle seule, pour démontrer l'existence d'un contrat de travail. En effet, ces deux critères se manifestent également dans d'autres relations professionnelles comme l'exécution d'une prestation de services pour autrui ou le contrat d'entreprise.

Par contre, le critère indispensable du contrat de travail est le lien de subordination qui existe entre le salarié et son employeur.

### Nécessité d'une prestation de travail

La prestation de travail accomplie par le salarié doit être effective pour caractériser une relation de travail. Dans le cas contraire, la rémunération peut être qualifiée de salaire fictif et ne peut conférer au salarié la qualité d'assuré social.

*Cass. soc. 20 février 1997 - Bull. civ. V, n° 76*

### Rémunération en contrepartie de la prestation

Le salarié doit être rémunéré pour la prestation qu'il exécute. En effet, l'accomplissement d'une prestation à titre gratuit ou dans le cadre de l'entraide amicale ou familiale ne caractérise pas l'existence d'un contrat de travail :

- la réglementation du travail n'est pas applicable ;
- la gratuité de la prestation ne permet pas l'affiliation à un régime de Sécurité sociale.

*Cass. Chambres Réunies - 24 juin 1966 - Bull. ch. réunies, n° 4*

Peu importe la forme de la rémunération versée. Il peut même s'agir uniquement d'avantages en nature.

*Cass. soc. 7 avril 1994 - Lemire c/ Aucour*

La forme de la rémunération peut toutefois être prise en considération pour caractériser ou rejeter l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur.

*Cass. soc. 14 mars 1996 - Bull. civ. V, n° 96 (rémunération forfaitaire)*

### Subordination juridique envers l'employeur

La notion de subordination juridique est spécifique au contrat de travail et permet de distinguer celui-ci de toutes les autres formes de relations de travail.

Selon la jurisprudence, le lien de subordination se manifeste par une situation de "dépendance" du salarié envers son employeur :

- l'exercice par l'employeur d'une autorité sur le salarié :
  - pouvoir de donner des ordres et des directives,
  - pouvoir d'organiser et de contrôler l'exécution du travail,
  - pouvoir de sanctionner les manquements du salarié,
  - le fait pour le salarié de respecter les prescriptions patronales.

*Cass. soc. 13 novembre 1996 - Société Générale c/ Urssaf de Haute Garonne - Bull. civ. V, n° 386*

Mais le lien de subordination ne se manifeste pas toujours de façon aussi nette. La jurisprudence utilise alors un faisceau d'indices, dont la combinaison induit l'existence d'un service organisé, dans le cadre duquel la prestation de travail est exécutée et dont il découle une subordination juridique à l'égard d'un employeur :

- le fait pour l'employeur d'avoir la responsabilité de l'exploitation de l'entreprise ;
- le fait pour l'employeur d'assumer les risques techniques et financiers de la prestation fournie et d'en retirer des profits ;
- le fait de mettre à disposition des locaux et du matériel pour accomplir la prestation ;

*Cass. soc. 5 juin 1975 - Bull. civ. V, n° 312*

- le fait que la personne qui exécute la prestation de travail se soumette à des contraintes d'horaires, à un programme préétabli, restreignant sa liberté d'action ou le choix de ses collaborateurs.

*Cass. soc. 27 juin 1996 - Bull. civ. V, n° 259*

- le fait que l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

*Cass. soc. 1er juillet 1997 - Tête c/ Hôpital St Joseph*

### **Exemple**

*Ne démontre pas l'existence d'un lien de subordination, le fait que les deux seuls salariés de l'entreprise disposent de l'expérience et des connaissances techniques nécessaires pour faire fonctionner cette société et effectuer la totalité des tâches, alors que la gérante, âgée seulement de 23 ans lors de la création d'entreprise, ne justifie d'aucune compétence ou connaissance dans le domaine d'activité de la société et se trouve ainsi dans l'incapacité de leur donner des ordres ou de contrôler leur activité, d'autant qu'elle travaille elle-même comme salariée dans une autre société. En conséquence, faute d'employeur, les intéressés n'ont pas le statut de salariés.*

*Cass. soc. 24 janvier 2001 - Lerch c/ Sabourin - RJS 4/01, n° 399*

## **PRÉSUMPTIONS LÉGALES DE SALARIAT**

Dans certaines professions pour lesquelles le lien de subordination juridique est difficile à démontrer, le Code du travail et le Code de la Sécurité sociale instaurent des présomptions légales de salariat. Les textes ne s'accordant pas toujours les uns avec les autres, les intéressés peuvent se trouver dans plusieurs situations :

- complètement assimilés à des travailleurs salariés, tant au regard du droit du travail que de celui de la Sécurité sociale ;
- salariés au sens du droit du travail, mais dans une situation aléatoire au regard du Code de la Sécurité sociale ;
- affiliés au régime général de Sécurité sociale sans être titulaires d'un véritable contrat de travail.

La présomption de salariat implique que les intéressés sont soumis au droit du travail ou à la législation de Sécurité sociale, sauf s'il est démontré qu'ils exercent leur profession de manière indépendante.

## **GROUPEMENTS D'EMPLOYEURS**

Les groupements d'employeurs peuvent mettre à disposition de leurs membres des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail.

Depuis août 2005, ils peuvent également apporter à leurs membres aide et conseils en matière d'emploi et de gestion des ressources humaines.

*Loi n° 2005-882 - 2 août 2005 - JO du 3 août*

Les groupements d'employeurs peuvent être constitués sous forme de coopératives, et plus seulement sous la forme d'associations déclarées loi 1901.

Des conventions de branche ou des accords professionnels sont déjà applicables aux groupements d'employeurs.

*Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 – JO du 13 mars 2007 en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2008*

Les organisations professionnelles représentant les groupements d'employeurs et les organisations syndicales représentatives au plan national peuvent également conclure des accords collectifs propres à chaque groupement.

### **Présomption légale de salariat au regard du droit du travail**

Bénéficiaire d'une présomption légale de salariat, au regard du droit du travail :

- les travailleurs à domicile ;

*Article L. 7411-1 du Code du travail*

- les artistes du spectacle et les mannequins ;

*Articles L. 7121-1 et L. 7123-1 du Code du travail*

- les VRP, à la différence des agents commerciaux qui exercent la même activité en toute indépendance ;

*Article L. 7311-1 du Code du travail*

- les journalistes.

*Article L. 7111-1 et suivants du Code du travail*

Sont également soumis à la législation du droit du travail, pour tout ou partie et en application de dispositions légales spécifiques :

- les assistantes maternelles et employés aux services aux personnes ;

*Article L. 7231-1 du Code du travail*

- les concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation ;

*Article L. 7211-1 du Code du travail*

- les employés de maison ;

*Article L. 7221-1 du Code du travail*

- les gérants de fonds de commerce sous certaines conditions ;

*Article L. 7321-1 du Code du travail*

- les gérants non-salariés de succursales de maisons d'alimentation au détail.

*Article L. 7322-1 du Code du travail*

Selon la jurisprudence, ces présomptions légales de salariat impliquent l'application du Code du travail, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un lien de subordination.

*Cass. soc. 4 décembre 2001 - SARL France Acheminement c/ Sierra*

### Affiliation au régime général de la Sécurité sociale

Sont obligatoirement assujettis au régime général de la Sécurité sociale, indépendamment de tout lien de subordination :

- les travailleurs à domicile soumis aux conditions des articles L. 7411-1 et suivants du Code du travail ;
- les voyageurs et représentants de commerce soumis aux conditions des articles L. 7311-1 et suivants du Code du travail ;
- les employés d'hôtel, café, restaurant ;
- les sous-agents d'assurances ;
- les gérants non-salariés des coopératives et les gérants de dépôts de sociétés à succursales multiples ou d'autres établissements commerciaux ou industriels ;
- les conducteurs de voitures publiques qui appliquent les tarifs de transport fixés par l'autorité publique lorsque ces conducteurs ne sont pas propriétaires de leur voiture ;
- les porteurs de bagages occupés dans les gares s'ils sont liés, à cet effet, par un contrat avec l'exploitation ou avec un concessionnaire ;
- les ouvreuses des théâtres, cinémas et autres établissements de spectacles ainsi que les employés de vestiaire et vente d'objets de natures diverses ;
- les personnes assurant habituellement à leur domicile, moyennant une rémunération, la garde et l'entretien d'enfants qui leur sont confiés par les parents, une administration ou une œuvre au contrôle desquelles elles sont soumises ;
- les gérants de SARL ne possédant pas ensemble plus de la moitié du capital social ;
- les présidents directeurs et directeurs généraux des sociétés anonymes ;
- les membres des sociétés coopératives ouvrières de production ;
- les délégués à la sécurité des carrières (entreprises ne relevant pas du régime spécial de la Sécurité sociale dans les mines) ;
- les artistes de spectacle et les mannequins ;
- les journalistes professionnels et assimilés au sens des articles L. 7111-1 et suivants du Code du travail ;
- les personnes agréées qui accueillent des personnes âgées ou handicapées adultes et qui ont passé avec celles-ci un contrat conforme à la loi du 10 juillet 1989 relative à l'accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées adultes ;
- les vendeurs-colporteurs de presse et porteurs de presse ;
- les avocats salariés, ainsi que les avocats porteurs de parts sociales ou d'actions d'une société d'exercice libéral constituée pour l'exercice de leur profession à l'exception du risque vieillesse géré par la caisse nationale des barreaux français ;
- les vendeurs à domicile, non immatriculés au registre du commerce ou au registre spécial des agents commerciaux.

*Article L. 311-3 et suivants du Code de la Sécurité sociale*

### Cas particulier du conjoint chef d'entreprise

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005, la présomption de salariat au profit du conjoint collaborateur n'existe plus. Désormais, le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle opte pour l'un des statuts suivants :

- conjoint collaborateur ;
- conjoint salarié ;
- conjoint associé.

*Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

En ce qui concerne le statut de conjoint salarié : pour qu'il y ait contrat de travail, le conjoint du chef d'entreprise doit exercer son activité sous l'autorité de ce dernier, participer effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel. Il perçoit au surplus une rémunération horaire minimale égale au SMIC. En cas de doute, c'est l'existence d'un véritable lien de subordination envers l'époux chef d'entreprise, qui permettra au juge, sur la base d'un faisceau d'indices, de déterminer si les dispositions du Code du travail sont bien applicables.

#### Exemples

*Est exclue l'existence d'un contrat de travail liant l'épouse du gérant de la société à celle-ci, dans la mesure où l'intéressée est associée à toutes les décisions relatives au fonctionnement de l'entreprise, a renoncé pendant une longue période au paiement de toute rétribution sous prétexte des difficultés financières rencontrées par la société, dispose de la signature sur le compte en banque de la société et s'est portée caution de celle-ci pour l'obtention d'un prêt bancaire.*

*Cass. soc. 25 octobre 2000 - Biazzi c/ Centre de gestion et étude AGS (CGEA) - RJS 1/01, n° 1*

A l'inverse, la participation effective du conjoint à l'activité de l'entreprise, à titre professionnel et habituel, en contrepartie d'une rémunération égale au SMIC, caractérise l'existence d'un contrat de travail, indépendamment de la démonstration du lien de subordination.

*Cass. soc. 6 novembre 2001 - Bouvard c/ Zanaria*

Comme auparavant, le statut de salarié n'est pas applicable aux conjoints des gérants de société. Les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint résultent du statut pour lequel il a opté. Lorsque le conjoint est salarié, il est affilié au régime général de la Sécurité sociale de la même façon que les autres salariés de l'entreprise. Le Code du travail lui est applicable. Le chef d'entreprise mentionne le statut choisi par le conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise.

*Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.

*Article 1387-1 du Code civil, inséré par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

Entre 2004 et 2007, il a été possible de remplacer un conjoint collaborateur ou un conjoint associé par une personne recrutée dans le cadre d'un contrat en alternance, en particulier d'un contrat d'apprentissage ou d'un CDD. Ce remplacement faisait l'objet d'une aide financière de l'État. Cette aide publique avait été créée par une loi du 4 mai 2004. Mais l'article L. 5121-6 du Code du travail qui prévoyait cette aide publique pour le remplacement des salariés, conjoints collaborateurs ou conjoints associés a été abrogée à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

*Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 – JO du 27 décembre*

## PRÉSUMPTION LÉGALE DE NON SALARIAT

### RESTAURATION DE LA PRÉSUMPTION D'INDÉPENDANCE

La loi sur l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003 entérine un retour aux dispositions de la loi "Madelin" de 1994, qui avait institué une présomption simple de non-salariat. Ces dispositions avaient ensuite été supprimées par la loi Aubry sur les 35 heures, du 19 janvier 2000.

*Article 23 - Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique - JO du 5 août*

L'article L. 8221-6 du Code du travail est à nouveau modifié :

*"Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales, ainsi que les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation. Sont également présumées ne pas être liées par un contrat de travail les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personne, exerçant une activité de transport scolaire.*

*Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées au premier alinéa fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. Dans un tel cas, il n'y a dissimulation d'emploi salarié que s'il est établi que le donneur d'ouvrage s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues et à l'article L. 3243-2 relatif au bulletin de paie ".*

### Définition de la présomption d'indépendance

L'article L. 8221-6 du Code du travail rétablit l'existence d'une présomption de travailleur indépendant, par opposition à travailleur salarié.

Dès l'instant que la personne est immatriculée à certains registres spécifiques, elle est sensée exercer son activité de façon indépendante et n'être liée par aucun contrat de travail à l'égard de son donneur d'ouvrage.

Toutefois, il s'agit d'une présomption simple d'indépendance : toute personne qui y a intérêt peut démontrer que l'activité est en fait salariée et qu'il existe un lien de subordination caractéristique du contrat de travail.

Sont présumées ne pas être liés par un contrat de travail, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation, les personnes physiques immatriculées :

- au registre du commerce et des sociétés ;
- au répertoire des métiers ;
- au registre des agents commerciaux ;
- ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des allocations familiales.

*Article L. 8221-6 du Code du travail*

## CONSÉQUENCES DE LA SUPPRESSION DE LA PRÉSOMPTION ENTRE 2000 ET 2003

La suppression de la présomption d'indépendance a eu pour effet de renverser la charge de la preuve : il appartenait au donneur d'ouvrage de démontrer que le prestataire exerçait son activité en dehors de tout lien de subordination, c'est-à-dire en toute indépendance.

Cependant, en cas de requalification de la relation de travail en salariat, le donneur d'ouvrage-employeur devait s'acquitter rétroactivement des cotisations sociales.

*Article L. 8221-6 du Code du travail*

En outre, il était toujours possible d'interroger l'URSSAF sur le statut des personnes concernées.

*Lettre-circulaire ACOSS n° 2000-055 du 2 mai 2000*

Mais l'abrogation de la loi "Madelin" n'a eu qu'un effet limité, dans la mesure où le juge a conservé toutes ses compétences pour qualifier ou requalifier la relation de travail litigieuse.

*Réponse ministérielle n° 17 481 - JO Sénat du 25 mai 2000, p. 1866*

## INTERROGATION DE L'URSSAF

Les personnes concernées peuvent demander aux URSSAF de leur indiquer de quel régime relève leur activité.

*Article L. 311-11 du Code de la Sécurité sociale*

A défaut de réponse dans un délai de 2 mois suivant la date de cette demande, ou en cas de réponse négative (qualification de travail indépendant), les personnes en cause ne peuvent se voir imposer ultérieurement une affiliation au régime général de Sécurité sociale, sauf :

- lors d'une modification substantielle des conditions d'exercice de l'activité ;
- dans le cas de transmissions d'informations erronées aux URSSAF.

En cas de réponse positive, c'est-à-dire si l'activité exercée relève bien du salariat, l'URSSAF communique cette information à la CPAM du lieu de résidence du demandeur et à la caisse à laquelle il est affilié jusqu'alors à titre de travailleur indépendant.

En l'absence de réponse ou dans l'hypothèse d'une réponse négative, le demandeur conserve la possibilité de lui-même solliciter son affiliation auprès d'un régime général de Sécurité sociale, et de demander auprès des tribunaux la requalification de la relation professionnelle avec le donneur d'ouvrage en relation salariée.

La décision de l'URSSAF n'a en effet de valeur qu'envers les organismes de Sécurité sociale, et ne lie pas le demandeur. En outre, elle n'a aucune conséquence au regard du droit du travail.

## LIMITATION DES CAS DE FRAUDE POUR ÉVITER UNE REQUALIFICATION SYSTÉMATIQUE

Le législateur a voulu éviter la requalification systématique en dissimulation d'emploi salarié (travail dissimulé, dit aussi "travail au noir") des cas où la présomption de non-salariat serait renversée, c'est-à-dire des cas où finalement la relation de travail pourrait être qualifiée de relation salariée (avec un contrat de travail).

En conséquence, la preuve de l'existence d'un véritable contrat de travail, entre la personne physique qui exécute la prestation et le donneur d'ouvrage, ne conduit au délit de travail dissimulé que s'il est démontré que l'employeur (le donneur d'ouvrage) s'est soustrait intentionnellement à ses obligations relatives au bulletin de paie et aux déclarations administratives à l'embauche :

- remise par l'employeur d'un bulletin de paie ;
- transmission à l'URSSAF d'une déclaration nominative préalable à l'embauche.

*Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique - JO du 5 août*

Dans le cadre de la lutte contre le travail illégal, les agents de contrôle peuvent se communiquer réciproquement tous renseignements et documents utiles. L'autorité compétente peut, au regard de la gravité des infractions constatées, refuser d'accorder, pendant une durée maximale de 5 ans, les aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle à l'encontre des auteurs de ces infractions.

Cette disposition est issue de la loi PME du 13 juillet 2005. Doivent encore être précisées par décret la nature des aides concernées et les modalités du refus.

## CONTRAT DE COLLABORATEUR LIBÉRAL

### Bénéficiaires et contenu

Les membres des professions libérales, soumises à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est "protégé", peuvent exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral.

Ne sont pas concernées par ces dispositions de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, les professions :

- d'officier public ou ministériel ;
- de commissaire aux comptes ;
- d'administrateur judiciaire ;
- de mandataire judiciaire au redressement et à la liquidation des entreprises.

Pour être qualifié de collaborateur libéral, la personne doit être un membre non salarié de la profession, exercer dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale, auprès d'un professionnel, personne physique ou morale, exerçant la même activité.

Le contrat de collaboration libérale doit être conclu dans le respect des règles régissant la profession. Ce contrat doit, sous peine de nullité, être établi par écrit et préciser :

- sa durée, indéterminée ou déterminée, en mentionnant dans ce cas son terme et, le cas échéant, les conditions de son renouvellement ;
- les modalités de la rémunération ;
- les conditions d'exercice de l'activité, et notamment les conditions dans lesquelles le collaborateur libéral peut satisfaire les besoins de sa clientèle personnelle ;
- les conditions et les modalités de sa rupture, dont un délai de préavis.

### **Statut du collaborateur**

Cette collaboration libérale est exempte de tout lien de subordination. Le collaborateur peut se constituer une clientèle personnelle. Il est responsable de ses actes professionnels, dans les conditions légales ou réglementaires régissant chacune des professions concernées. Il relève du statut social et fiscal du professionnel libéral dont il est le collaborateur.

#### **Exemple**

*Un avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur libéral d'un autre avocat.*

En ce qui concerne les droits à retraite du collaborateur libéral et, le cas échéant de son conjoint associé, le Code de la Sécurité sociale prévoit leur affiliation personnelle et obligatoire au régime autonome d'assurance vieillesse de la profession non salariée dont ils relèvent.

*Article L. 622-8 du Code de la Sécurité sociale*

De même, ils peuvent souscrire à un régime de retraite complémentaire des professions libérales.

*Article L. 644-2 Code de la Sécurité sociale*

Le conjoint collaborateur libéral et le conjoint associé font bénéficier l'entreprise à laquelle ils participent de certaines dispositions du Code du travail, relatives :

- à l'aide de l'État au remplacement, en cas de recrutement d'un travailleur intérimaire ;
- à la participation à un plan d'épargne d'entreprise ;
- au droit à la formation professionnelle continue.

*Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août modifiant le Code du travail*

### **Conjoint du collaborateur libéral**

Il faut entendre par conjoint collaborateur : le conjoint d'un chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil.

En ce qui concerne les sociétés, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée répondant à des conditions de seuils fixées par décret en Conseil d'État.

Le choix effectué par le conjoint du gérant associé majoritaire de bénéficier du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale.

Le statut de conjoint collaborateur est ouvert au conjoint du chef d'une entreprise dont l'effectif n'excède pas 20 salariés. L'appréciation de l'effectif est effectuée conformément aux articles L. 1111-2 et suivants du Code du travail. Lorsque, sur une période de 24 mois consécutifs, l'effectif salarié dépasse ce seuil, le chef d'entreprise doit, dans les 2 mois, demander la radiation de la mention du conjoint collaborateur.

Le centre de formalités des entreprises doit recevoir :

- dans le dossier unique de déclaration de création de l'entreprise, la déclaration de l'option choisie, le cas échéant, par le conjoint du chef d'entreprise en application de l'article L. 121-4 du Code de commerce ;
- la déclaration modificative portant mention que le conjoint exerce une activité professionnelle de collaborateur libéral, dans les 2 mois à compter du respect de ces conditions ;
- la déclaration de radiation du conjoint collaborateur lorsque celui-ci cesse de remplir les conditions, dans les 2 mois à compter de la cessation du respect de ces conditions.

Le centre de formalités des entreprises notifie au conjoint la réception de la déclaration d'option du statut de conjoint collaborateur et des déclarations de modification ou de radiation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le conjoint collaborateur d'une personne physique, du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une SARL immatriculée au répertoire des métiers fait l'objet d'une mention à ce répertoire.

Si l'entreprise est immatriculée au registre du commerce et des sociétés, la demande d'immatriculation à ce registre doit mentionner les noms, nom d'usage, prénoms, date et lieu de naissance, domicile, lorsqu'il est différent de celui de l'assujetti, et nationalité du conjoint qui collabore effectivement à l'activité commerciale.

*Décret n° 2006-966 du 1<sup>er</sup> août 2006- JO du 3 août*

A noter que, dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle.

*Article L. 121-7 du Code de commerce, introduit par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

En cas de divorce, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.

*Article 1387-1 du Code civil, introduit par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

Entre 2004 et 2007, il a été possible de remplacer un conjoint collaborateur ou un conjoint associé par une personne recrutée dans le cadre d'un contrat en alternance, en particulier d'un contrat d'apprentissage. Ce remplacement faisait l'objet d'une aide financière de l'État. Cette aide publique avait été créée par une loi du 4 mai 2004. Mais l'article L. 5121-6 du Code du travail qui prévoyait cette aide publique pour le remplacement des salariés, conjoints collaborateurs ou conjoints associés a été abrogé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

*Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 – JO du 27 décembre*

## CONTRATS VOISINS DU CONTRAT DE TRAVAIL

### CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise est une convention par laquelle un professionnel accomplit en toute indépendance une activité pour le compte d'un autre professionnel.

Le contrat d'entreprise se différencie du contrat de travail par l'absence de lien de subordination entre les deux parties.

### CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE PARTICULIER

Le Code du travail permet la conclusion d'un type particulier de contrat d'entreprise, à la condition de respecter les dispositions légales et réglementaires propres au prêt de main-d'oeuvre.

Ainsi, un chef d'entreprise industriel ou commercial peut passer un contrat pour l'exécution d'un certain travail ou la fourniture d'une certaine prestation de services, avec un entrepreneur qui recrute lui-même la main d'oeuvre nécessaire. Cet entrepreneur ne doit pas être propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.

*Article L. 8232-1 du Code du travail*

☞ *Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éviter l'application des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, dite aussi "délit de marchandage" est interdite en France.*

*Article L. 8231-1 du Code du travail*

Le délit de marchandage est pénalement sanctionné :

- 2 ans d'emprisonnement ;

et/ou

- 30 000 € d'amende.

*Article L. 8234-1 du Code du travail*

Lorsque les travaux sont exécutés ou les services fournis dans son établissement ou dans les dépendances de celui-ci, le chef d'entreprise, donneur d'ordre, est substitué à l'entrepreneur, en cas de défaillance de celui-ci, pour :

- le paiement des salaires ;
- les droits à congés payés ;
- les obligations résultant de la législation sur les assurances sociales ;
- l'application de la législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles ;
- les obligations découlant de la législation relative aux prestations familiales.

## Pratique du portage salarial

Une loi du 25 juin 2008 donne un cadre légal à la pratique du portage salarial : il s'agit d'un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne « portée » et des entreprises clientes. La personne portée est salariée de l'entreprise de portage, c'est donc celle-ci qui rémunère la prestation accomplie chez l'entreprise cliente.

*Article L. 1251-64 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail - JO du 26 juin*

La notion de portage salarial concilie les intérêts en apparence antinomiques :

- d'une entreprise qui souhaite recourir ponctuellement à un expert, dans le cadre d'une mission de conseil ou d'audit notamment, sans le salarier, pour des raisons diverses d'augmentation des seuils d'effectifs ou de requalification fréquente des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée par les tribunaux ;
- du consultant susceptible de répondre à cette demande, qui veut profiter du statut protecteur de salarié, tout en préservant son indépendance dans la prestation à accomplir, mais sans être travailleur indépendant en raison des contraintes administratives relatives à ce dernier statut et de la responsabilité sur ses biens personnels qu'il pourrait encourir.

Dans ces circonstances, le portage salarial consiste à placer une société intermédiaire entre l'entreprise "client" et le consultant. Cette société intermédiaire conclut un contrat de travail avec le consultant et un contrat de prestation de services avec le client dit aussi "porté".

Concrètement, cette société intermédiaire, dite "entreprise de portage" se charge de toutes les tâches administratives du consultant tout en lui laissant assumer la prospection des clients, la négociation de la durée et du montant de la mission ainsi que la réalisation de la prestation en toute indépendance. Elle facture et perçoit les honoraires du consultant puis les lui rétrocède sous forme de salaire, après déduction des charges sociales et de sa propre commission.

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, garantit les droits de la personne portée sur son apport en clientèle.

*Article L. 1251-64 du Code du travail*

Cette relation tripartite s'organise autour de trois contrats distincts, souvent en marge de la légalité :

- un contrat de travail entre la société de portage et le consultant, souvent à durée indéterminée et à temps partiel annualisé, ne répondant pas dans les faits aux exigences légales de subordination et de fourniture du travail par l'employeur, inhérentes à ce type de contrat ;
- une sorte d'accord cadre dit aussi "convention d'adhésion", entre l'entreprise de portage et le consultant, qui organise leurs relations en dehors des missions salariées du consultant et qui régit notamment la prospection des clients et la négociation des prestations ;
- un contrat de prestation de services ou contrat d'entreprise conclu entre la société de portage et le client "porté", qui se situe, en pratique, à la limite du prêt de main-d'oeuvre illicite.

La multiplicité de telles pratiques conduit à considérer comme complètement dépassée dans certains domaines, la notion de subordination juridique propre au contrat de travail.

Les entreprises de portage salarial échappent en principe aux sanctions pénales relatives au prêt illicite de main d'œuvre à but lucratif.

*Article L. 8241-1 du Code du travail, modifié par Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 - JO du 26 juin*

L'utilisation de salariés « portés » fait l'objet de la consultation périodique des représentants du personnel, au sein de l'entreprise cliente :

- entreprises de moins de 300 salariés : consultation annuelle du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel ;
- entreprises de plus de 300 salariés : consultation trimestrielle du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

*Articles L. 2313-5, L. 2323-47, L. 2323-51 du Code du travail, modifiés par Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 - JO du 26 juin*

Jusqu'en 2010, un accord national interprofessionnel étendu peut confier la mission d'organiser le portage salarial à une branche professionnelle dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial, et après consultation des organisations représentatives des entreprises de portage.

*Article 8 III, Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 - JO du 26 juin*

## **CONTRAT DE SOCIÉTÉ**

Le contrat de société est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter.

Les associés s'engagent également, par cette convention, à contribuer aux pertes.

*Article 1832 du Code civil*

Le contrat passé entre plusieurs associés est distinct d'un contrat de travail :

- d'une part, il ne peut y avoir aucune subordination entre associés, en application du droit civil ;
- d'autre part, l'associé participe aux pertes de l'entreprise, alors que la responsabilité pécuniaire d'un salarié est exclue.

## **CONTRAT D'APPUI AU PROJET D'ENTREPRISE**

Le contrat d'appui au projet d'entreprise (CAPE) a été créé par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 sur l'initiative économique.

C'est un contrat d'une durée minimale de 3 ans, conclu entre une entreprise et une personne, non salariée et à temps complet, qui souhaite créer ou reprendre une entreprise. L'entreprise fournit une prestation d'accompagnement continu, dans le cadre d'un programme de préparation à la création et à la gestion d'une activité économique, préalablement définie. L'intéressé, quant à lui, bénéficie de l'assurance chômage et du régime général de Sécurité sociale.

Le CAPE comporte nécessairement :

- le programme de préparation de l'appui ainsi que les engagements respectifs de 2 parties au contrat, en distinguant ceux prévus jusqu'au démarrage de l'activité, qui requiert une immatriculation, et ceux applicables après le début de l'activité ;
- la nature, le montant, les conditions d'utilisation des moyens mis à disposition du bénéficiaire par l'entreprise apportant l'appui, et leur éventuelle évolution au cours de l'exécution du contrat ;
- le cas échéant, les modalités de calcul ou le montant forfaitaire de la rétribution de l'entreprise responsable de l'appui ;
- la nature, le montant maximal et les conditions des engagements pris par le bénéficiaire de l'appui à l'égard des tiers, au cours de l'exécution du contrat, et la désignation de celui qui en assume la responsabilité financière ;
- les modalités d'information de l'entreprise d'appui sur les données comptables du bénéficiaire de l'appui, une fois que l'activité économique a débuté ;
- les modalités de rupture anticipée du contrat ;
- les conditions de remboursement par le bénéficiaire de l'appui des cotisations et contributions sociales versées pour son compte par l'entreprise d'appui.

*Article L. 5142-1 et suivants du Code du travail*

Le CAPE peut prévoir une rémunération pour le bénéficiaire de l'appui. Sous peine de nullité, le CAPE et son renouvellement sont conclus par écrit.

L'entreprise responsable de l'appui est tenue d'informer l'URSSAF et l'ASSEDIC de la conclusion d'un CAPE. C'est à elle qu'il revient d'informer les mêmes organismes du terme du contrat, de son renouvellement éventuel ou de sa rupture anticipée.

Le bénéficiaire est chargé de s'immatriculer et de faire une déclaration au Centre des formalités des entreprises. Dès lors, ce centre transmet aux organismes, auxquels le bénéficiaire de l'appui sera tenu de s'affilier aux termes du CAPE, copie du contrat, portant mention de son terme, renouvellement écrit et rupture anticipée.

Le bénéficiaire du CAPE doit indiquer qu'il exerce dans ce cadre, avant son immatriculation ou lorsque celle-ci n'est pas obligatoire, sur ses papiers d'affaires : factures, commandes, documents publicitaires, correspondances et récépissés concernant son activité. Sur ces mêmes documents, il est tenu de mentionner la dénomination sociale, le lieu du siège social et le numéro d'identification de l'entreprise responsable de l'appui, ainsi que la date du terme de son contrat.

Pour le calcul des cotisations sociales, et celui de l'allocation-chômage du bénéficiaire, sont considérées comme rémunération les revenus correspondant aux recettes hors taxe, dégagés par l'exercice de l'activité et la rémunération éventuelle du bénéficiaire avant le début de son activité. Doivent en être déduits les frais liés à l'exercice de l'activité par le bénéficiaire et ceux engagés par l'entreprise responsable de l'appui.

Ces cotisations sociales assises sur les rémunérations perçues pendant un trimestre civil sont à verser dans les 15 premiers jours du trimestre suivant, à l'URSSAF de la circonscription où se trouve l'entreprise responsable de l'appui.

*Décret n° 2005-505 du 19 mai 2005 - JO du 20 mai*

## CONVENTION DE STAGE

### Stages en entreprise

La loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances a profondément modifié le statut des stagiaires en entreprise.

Une loi du 28 juillet 2011 vient également apporter des précisions et enrichit la réglementation applicable aux stagiaires.

*Articles L. 612-9 et suivants du Code de l'éducation  
Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 – JO du 29 juillet*

Une loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement universitaire et à la recherche améliore le contenu des stages obligatoires en milieu professionnel, y compris dans certaines professions réglementées.

*Loi n° 2013-660 du 22 juillet 2014 – JO du 23 juillet*

Une loi du 10 juillet 2014 encadre tous les stages scolaires et universitaires en entreprise, déterminant précisément le statut du stagiaire en entreprise, en particulier ses droits et les obligations de l'employeur à son égard.

*Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 tendant au développement, à l'encadrement des stages et à l'amélioration du statut des stagiaires*

Sont concernés ici les stages en entreprise effectués dans le cadre d'études supérieures par un étudiant dans une entreprise relevant du Code du travail. Autrement dit, les étudiants intéressés sont :

- les étudiants ou élèves des établissements d'enseignement technique ;
- les élèves des établissements d'enseignement secondaire ou d'enseignement spécialisé, et les étudiants autres que ceux des établissements d'enseignement technique ;
- les personnes qui effectuent, dans un organisme public ou privé, un stage d'initiation, de formation ou de complément de formation professionnelle ne faisant pas l'objet d'un contrat de travail et n'entrant pas dans le cadre de la formation professionnelle continue.

Sont exclus de cette réglementation les stages effectués par des jeunes de moins de 16 ans et les stages de la formation professionnelle continue.

*Article L. 3161-1 et suivants du Code du travail*

La loi du 28 juillet 2011 crée un délai de carence entre 2 stages sur un même poste de travail, d'une durée égale au 1/3 de la durée du stage précédent.

*Article L. 612-10 du Code de l'éducation*

Le stage doit désormais obligatoirement faire l'objet d'une convention entre le stagiaire, l'entreprise d'accueil et l'établissement d'enseignement, sur la base d'une convention type, prévue par décret.

Ces stages, à l'exception de ceux qui sont intégrés à un cursus pédagogique pluriannuel, ont une durée initiale ou cumulée, en cas de renouvellement, qui ne peut excéder 6 mois par année d'enseignement.

*Article L. 612-9 du Code de l'éducation*

Les conventions types sont approuvées par les autorités compétentes des établissements et sont rendues publiques. Cette publicité peut intervenir par voie électronique sur le site internet des établissements.

Les conventions types précisent les clauses que doivent impérativement comporter les conventions de stage au nombre desquelles :

- la définition des activités confiées au stagiaire en fonction des objectifs de formation ;
- les dates de début et de fin du stage ;

- la durée hebdomadaire maximale de présence du stagiaire dans l'entreprise. La présence, le cas échéant, du stagiaire dans l'entreprise la nuit, le dimanche ou un jour férié doit être indiquée ;
- le montant de la gratification versée au stagiaire et les modalités de son versement ;
- la liste des avantages offerts, le cas échéant, par l'entreprise au stagiaire, notamment en ce qui concerne sa restauration, son hébergement ou le remboursement des frais qu'il a engagés pour effectuer son stage ;
- le régime de protection sociale dont bénéficie le stagiaire, y compris la protection en cas d'accident du travail dans le respect de l'article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale ainsi que, le cas échéant, l'obligation faite au stagiaire de justifier d'une assurance couvrant sa responsabilité civile ;
- les conditions dans lesquelles les responsables du stage, l'un représentant l'établissement, l'autre l'entreprise, assurent l'encadrement du stagiaire ;
- 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.

La convention de stage, à laquelle est annexée la "charte des stages étudiants en entreprise", est signée par :

- le représentant de l'établissement dans lequel est inscrit le stagiaire. Il mentionne sa qualité, le nom et l'adresse de cet établissement ;
- le représentant de l'entreprise, qui mentionne sa qualité, le nom et l'adresse de l'entreprise ;
- le stagiaire, qui mentionne son adresse et l'intitulé complet de son cursus ou de sa formation ; si le stagiaire est mineur, la convention est également signée par son représentant légal.

Aucune convention de stage ne peut être conclue pour remplacer un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail ou de licenciement, pour exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent, pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, pour occuper un emploi saisonnier.

*Décret n° 2006-1093 du 29 août 2006 - JO du 31 août*

L'entreprise établit et tient à jour la liste des conventions de stage qu'elle a conclues. Les nom et prénoms des stagiaires accueillis dans l'établissement sont inscrits dans l'ordre d'arrivée, dans une partie spécifique du registre unique du personnel.

*Article L. 1221-13 du Code du travail modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet*

Par ailleurs, le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel, doivent être informés du nombre de stagiaires accueillis dans l'entreprise, des conditions d'accueil et des tâches qui leur sont confiées. Cette information est communiquée aux représentants du personnel dans le cadre du rapport sur la situation économique de l'entreprise, trimestriel dans les entreprises d'au moins 300 salariés, annuel dans les entreprises de moins de 300 salariés.

*Articles L. 2323-47 et L. 2323-51 du Code du travail*

Avant 2009, le versement d'une gratification au-delà de 3 mois de stage n'était pas obligatoire. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les stages en entreprise dont la durée est supérieure à 2 mois sont rémunérés. Selon la loi du 28 juillet 2011, les 2 mois de stage au-delà desquels le stagiaire peut être gratifié ne sont pas nécessairement consécutifs dès lors qu'ils sont compris dans une même année scolaire ou universitaire.

*Décret n° 2008-96 du 31 janvier 2008 relatif à la gratification et au suivi des stages en entreprise – JO du 1<sup>er</sup> février*

*Article L.612-11 du Code de l'éducation*

Sont concernés les stages effectués au sein d'une association, d'une entreprise publique ou d'un établissement public à caractère industriel et commercial.

La durée de stage supérieure à 2 mois s'apprécie compte tenu de la convention de stage et des éventuels avenants qui ont pour effet de prolonger le stage.

La gratification est due au stagiaire sans préjudice du remboursement des frais engagés pour effectuer le stage et des avantages offerts, le cas échéant, pour la restauration, l'hébergement et le transport.

Elle est versée mensuellement au stagiaire.

En cas de suspension ou de résiliation de la convention de stage, le montant de la gratification due au stagiaire est proratisé en fonction de la durée de stage effectuée.

Lorsque la durée du stage est supérieure à 2 mois consécutifs, celui-ci fait l'objet d'une gratification dont le montant peut être fixé par convention de branche ou par accord professionnel étendu ou, à défaut, par décret. Actuellement, ce montant est fixé à 15 % du plafond horaire de Sécurité sociale.

*Article L. 124-6 du Code de l'éducation modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet*

Cette gratification n'a pas le caractère d'un salaire. Plus précisément, selon l'article L. 242-4-1 du Code de la Sécurité sociale, n'est pas considérée comme une rémunération, et n'est donc pas soumise à charges sociales la fraction des indemnités, en espèces ou en nature, qui n'excède pas, au titre de 1 mois civil, le produit de 12,5 % du plafond horaire de la Sécurité sociale et du nombre d'heures de stage effectuées au cours du mois considéré.

Ce montant est apprécié au moment de la signature de la convention de stage compte tenu de la gratification, des avantages en nature et en espèces et du temps de présence mensuel prévu au cours du stage.

La loi du 28 juillet 2011, puis la loi du 10 juillet 2014 apportent d'autres précisions quant au statut du stagiaire dans l'entreprise :

- il peut accéder aux mêmes activités sociales et culturelles que les salariés dans l'entreprise ;
- en cas d'embauche dans les 3 mois qui suivent le stage (et non plus immédiatement à l'issue du stage), la période d'essai du salarié est réduite de la durée du stage accompli sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables. Lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai ;
- lorsque le stage effectué excède 2 mois, il est pris en compte dans les droits liés à l'ancienneté.

*Article L. 612-12 du Code de l'éducation*

*Article L. 1221-24 du Code du travail modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet*

Les étudiants peuvent demander la prise en compte, par le régime général de sécurité sociale, des périodes de stages professionnels en entreprise effectués dans le cadre d'enseignements scolaires ou universitaires d'une durée supérieure à 2 mois et éligibles à une gratification mensuelle, sous réserve du versement de cotisations et dans la limite de deux trimestres. La demande doit être effectuée dans un délai qui ne peut être inférieur à 2 ans à la CARSAT territorialement compétente.

*Articles L. 124-1 et L. 124-6 du Code de l'éducation, L. 351-17 du Code de la Sécurité sociale, modifiés par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014- Jo du 11 juillet*

En matière d'accidents du travail, Dans le cas où un élève ou un étudiant à la suite d'un accident ou d'une maladie survenu par le fait ou à l'occasion d'une période de formation en milieu professionnel ou d'un stage, engage une action en responsabilité fondée sur la faute inexcusable de l'employeur contre l'établissement d'enseignement, celui-ci est tenu d'appeler en la cause l'organisme d'accueil de la période de formation en milieu professionnel ou du stage pour qu'il soit statué dans la même instance sur la demande du stagiaire et sur la garantie des conséquences financières d'une reconnaissance éventuelle de faute inexcusable.

*Article L. 452-4 du Code de la sécurité sociale modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet*

Contrôler les manquements à la réglementation relative aux stagiaires en entreprise est une des attributions de l'inspection du travail. Ce contrôle est renforcé par la loi du 10 juillet 2014 : lorsque l'inspecteur ou le contrôleur du travail constate qu'un stagiaire occupe réellement un poste de travail ou que l'organisme d'accueil ne respecte pas ses obligations et les droits attachés au statut de stagiaire, il en informe le stagiaire, l'établissement d'enseignement dont il relève, ainsi que les institutions représentatives du personnel de l'organisme d'accueil.

*Article L. 8112-2 du Code du travail modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet*

### **Stages dans les administrations et établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial**

Entré rétroactivement en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2009, un décret du 21 juillet 2009 réglemente les modalités d'accueil des étudiants de l'enseignement supérieur en stage dans les administrations et établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial.

*Décret n° 2009-885 du 21 juillet 2009 - JO du 23 juillet*

Les stages organisés dans les administrations et les établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial font l'objet d'une convention conclue entre le stagiaire, l'établissement préparant un diplôme de l'enseignement supérieur et l'administration ou l'établissement d'accueil.

Ces stages ont une durée initiale ou cumulée qui ne peut excéder six mois, à l'exception de ceux qui sont intégrés à un cursus pédagogique prévoyant une durée de stage supérieure.

Lorsque la durée du stage est supérieure à deux mois consécutifs, celui-ci fait l'objet d'une gratification.

La convention de stage précise notamment :

- l'intitulé complet du cursus ou de la formation du stagiaire ainsi que les objectifs et les finalités du stage ;
- les activités confiées au stagiaire en fonction des objectifs de formation ;
- la durée du stage telle que prévue à l'article 1<sup>er</sup> ainsi que les dates de début et de fin de stage ;
- la durée hebdomadaire de présence du stagiaire dans l'administration ou l'établissement public d'accueil ;
- les conditions dans lesquelles les responsables de stage, l'un représentant l'établissement d'enseignement, l'autre l'administration ou l'établissement public d'accueil, assurent l'encadrement du stagiaire ;
- le cas échéant, le montant de la gratification versée au stagiaire et les modalités de son versement ;
- le régime de protection sociale dont bénéficie le stagiaire, y compris la protection en cas d'accident du travail conformément au b du 2° de l'article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale ainsi que, le cas échéant, l'obligation faite au stagiaire de justifier d'une assurance couvrant sa responsabilité civile ;
- les conditions dans lesquelles le stagiaire est autorisé à s'absenter, notamment dans le cadre d'obligations attestées par l'établissement d'enseignement ;
- les modalités de suspension et de résiliation de la convention de stage.

Les trajets effectués par les stagiaires entre leur domicile et leur lieu de stage peuvent être pris en charge par l'administration ou l'établissement public d'accueil.

Le stagiaire qui effectue une mission dans le cadre de son stage bénéficie des dispositions du sous mentionné.

Est considéré comme sa résidence administrative le lieu du stage indiqué dans la convention de stage.

*Décret n° 82-887 du 18 octobre 1982 instituant une prise en charge partielle du prix des titres d'abonnement pour la région Île-de-France - JO du 19 octobre*

*Décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements temporaires des personnels civils de l'État - JO du 4 juillet*

*Décret n° 2006-1663 du 22 décembre 2006 instituant une prise en charge partielle du prix des titres d'abonnement pour les personnels hors Île-de-France - JO du 23 décembre*

Pour le versement de la gratification, la durée de stage s'apprécie compte tenu de la convention de stage et des éventuels avenants qui ont pour effet de prolonger le stage ainsi que du nombre de jours de présence effective au cours de la période de stage, qui ne peut être inférieur à 40.

La gratification est due au stagiaire à compter du premier jour du premier mois de stage. Elle est établie en tenant compte de la durée hebdomadaire de présence du stagiaire. Elle est versée mensuellement.

Elle ne peut être cumulée avec une rémunération versée par l'administration ou l'établissement public d'accueil au cours de la période de stage.

En cas de suspension ou de résiliation de la convention de stage, le montant de la gratification due au stagiaire est proratisé en fonction de la durée de stage effectuée.

Le montant de la gratification due au stagiaire est fixé à 15 % du plafond horaire de la Sécurité sociale, pour une durée de présence égale à la durée légale du travail.

### **Stages spécifiques à certaines professions libérales**

Pour certaines professions libérales, l'acquisition des compétences professionnelles s'effectue par des périodes de stages plus ou moins longues en entreprise, le plus souvent assorties d'une convention de stage.

Toutefois, il est nécessaire de rigoureusement respecter la réglementation spécifique à la profession intéressée, qui peut prévoir une gratification minimale, une prestation limitée à certaines tâches seulement, ou la conclusion d'un véritable contrat de travail.

#### **Exemples**

*Commissaires-priseurs, avocats, huissiers, géomètres, etc.*

### **Stages d'été**

Les stages d'été ou emplois saisonniers sont en fait des véritables contrats à durée déterminée, liant l'entreprise et un salarié pendant la période des vacances scolaires, indépendamment de toute formation scolaire ou universitaire. Le statut salarié s'applique intégralement à leur titulaire.

Les salaires versés aux jeunes de moins de 25 ans qui poursuivent des études secondaires ou supérieures, pour des emplois occupés pendant les vacances scolaires ou universitaires, sont exonérés d'impôts sur le revenu, dans la limite annuelle de deux SMIC mensuels. Cette exonération fiscale n'est pas applicable aux apprentis, qui bénéficient d'un régime social et fiscal particulier.

La loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (« loi TEPA »), étend l'exonération prévue au 36° de l'article 81 du Code général des impôts du triple point de vue des bénéficiaires, des rémunérations visées et du plafond d'exonération. L'exonération est ainsi valable que le jeune soit rattaché au foyer fiscal de ses parents ou non.

*Instruction fiscale 5-F-12-08 n° 46 du 29 avril 2008*

Dès lors qu'ils ont plus de 14 ans, les jeunes peuvent être embauchés dans le cadre d'un job d'été, à condition, s'ils ont moins de 16 ans, de disposer d'un nombre de jours minimum de vacances scolaires. Des règles particulières doivent être respectées : forme du contrat de travail, visite médicale avant l'embauche, conditions de travail adaptées, rémunération minimale, indemnité de congés de payés en fin de contrat, temps de travail. Les rémunérations perçues par le jeune salarié peuvent, sous certaines conditions et dans certaines limites, être exonérées d'impôt sur le revenu.

Et avant d'embaucher un jeune âgé de 14 à 16 ans, l'employeur doit demander à l'inspecteur du travail une autorisation de recruter. L'inspecteur du travail dispose de 8 jours pour informer l'employeur de son désaccord. En l'absence de réponse au-delà de ce délai, l'autorisation de recruter est réputée acquise.

*Articles L. 4153-1 et D. 4153-1 du Code du travail*

Un décret du 11 octobre 2013 précise quels sont les travaux dangereux ou interdits pour les jeunes salariés de moins de 18 ans.

*Décret n° 2013-915 du 11 octobre 2013 – JO du 13 octobre*

### **Stages probatoires**

Les stages probatoires sont des périodes de test professionnel qui précèdent une véritable période d'essai. Il s'agit le plus souvent d'une préformation de quelques jours, où l'intéressé n'est pas placé dans la situation réelle de son futur emploi.

A la différence de la période d'essai, le test professionnel est effectué avant la conclusion du contrat de travail. Le contrat n'étant pas encore conclu, le candidat ne bénéficie pas des droits attachés au salariat, dans l'entreprise.

#### **Exemple**

*Il s'agit d'un test professionnel, et non d'une période d'essai, lorsqu'un candidat à un poste de chauffeur de car est amené, durant quelques heures par jour sur une période d'environ un mois, à conduire un car de l'entreprise vide de passagers et en présence du chauffeur habituel du car. En effet, le candidat n'est pas placé dans les conditions normales d'emploi, comme durant une véritable période d'essai.*

*Cass. soc. 4 janvier 2000 - Henry c/ SARL Coulet Fils - RJS 2/00, n° 145*

### **Stages de formation professionnelle**

Les stages de formation professionnelle ont pour objet de permettre aux salariés d'accéder à un niveau de compétences professionnelles supérieur, de changer d'activité ou de profession. Ils sont accomplis en tout ou partie pendant le temps de travail. Dès lors, le bénéficiaire reste titulaire d'un contrat de travail auprès de l'entreprise qui l'emploie, assorti des droits et obligations afférents.

Ils peuvent être imposés par l'employeur dans le cadre d'un plan de formation ou à l'initiative du salarié, dans le cadre d'un congé individuel de formation :

- dans le cadre d'un plan de formation, le salarié est considéré comme parti en mission, son contrat de travail n'est pas suspendu ;
- pendant un congé individuel de formation, à l'initiative du salarié, le contrat de travail est suspendu.

### **CHÈQUES EMPLOI-SERVICE**

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, le chèque emploi-service disparaît, ainsi que le Titre emploi-service. Ils sont remplacés par un nouveau dispositif : le CESU ou Chèque Emploi-Service universel.

*Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 - JO du 27 juillet*  
*Articles L. 1271-1 et suivants du Code du travail*

Le CESU peut être mis en place et utilisé par :

- les associations et les entreprises dont l'activité porte sur la garde des enfants ou l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile ;
- les centres communaux et intercommunaux d'action sociale au titre de leur activité de garde d'enfants de moins de trois ans à domicile ;
- les associations intermédiaires ;
- les établissements publics assurant l'hébergement des personnes âgées, lorsque leurs activités comprennent également l'assistance à domicile aux personnes âgées ou handicapées.

Ces associations et entreprises doivent être agréées par l'État. L'agrément est délivré au regard de critères de qualité de service et à condition que l'association ou l'entreprise se consacre exclusivement aux activités d'aide à la personne (enfants, personnes handicapées ou âgées).

Les associations et les entreprises concernées peuvent assurer leur activité selon les modalités suivantes :

- placement de travailleurs auprès de personnes physiques employeurs ainsi que, pour le compte de ces dernières, l'accomplissement des formalités administratives et des déclarations sociales et fiscales liées à l'emploi de ces travailleurs. Les associations et les entreprises peuvent demander aux employeurs une contribution représentative de leurs frais de gestion ;
- embauche de travailleurs pour les mettre, à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques. L'activité des associations est alors réputée non lucrative ;
- fourniture de prestations de services aux personnes physiques, qui ouvre droit, outre le bénéfice du taux réduit de TVA, à une réduction d'impôt sur le revenu.

*Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 - JO du 27 juillet*

Les associations assurant une activité de services à la personne, telles que citées à l'article L. 129-1 du Code du travail sont soumises à une évaluation de ces activités, tous les 5 ans.

*Décret n° 2006-912 du 24 juillet 2006 - JO du 25 juillet*

Les rémunérations des salariés qui, employés par des associations ou des entreprises agréées, assurent une activité de service à la personne, sont exonérées de cotisations patronales de Sécurité sociale.

Le chèque emploi-service universel est un chèque ou un titre spécial de paiement permettant à un particulier :

- soit de rémunérer et de déclarer des salariés occupant des emplois de service à la personne, ou des assistants maternels agréés ;
- soit d'acquitter tout ou partie du montant des prestations de services fournies par les organismes susmentionnés.

Un autre moyen de paiement peut être utilisé en remplacement du chèque ou du titre spécial de paiement, dans la limite des interdictions de paiement en espèces fixées par les articles L. 112-6 à L. 112-8 du Code monétaire et financier.

Les prestations sociales obligatoires ou facultatives ayant le caractère de prestation en nature destinées à couvrir tout ou partie du coût des services peuvent également être versées sous la forme du chèque emploi-service universel.

Lorsque le CESU permet de rémunérer et déclarer un salarié occupant un emploi de service à la personne, il ne peut être utilisé qu'avec l'accord du salarié, après information de ce dernier sur le fonctionnement de ce dispositif.

Il comprend une déclaration en vue du paiement des cotisations et contributions sociales d'origine légale ou conventionnelle adressée à l'URSSAF. La déclaration peut être faite par voie électronique.

Lorsque l'employeur bénéficie de la PAJE (Prestation d'accueil du Jeune Enfant), par dérogation, l'emploi doit être déclaré selon les modalités prévues à l'article L. 531-8 du Code de la Sécurité sociale.

A réception de la déclaration, l'organisme de recouvrement transmet au salarié une attestation d'emploi se substituant à la remise du bulletin de paie.

Pour les emplois dont la durée de travail n'excède pas 8 heures par semaine ou ne dépasse pas 4 semaines consécutives dans l'année, l'employeur et le salarié qui utilisent le chèque emploi-service universel sont réputés satisfaire aux obligations relatives à la relation salariale définies dans le Code du travail. Pour les emplois dont la durée dépasse celles définies ci-dessus, un contrat de travail doit être établi par écrit.

La rémunération portée sur le chèque emploi-service universel inclut une indemnité de congés payés dont le montant est égal à 1/10<sup>e</sup> de la rémunération. Pour l'appréciation des conditions d'ouverture de droits aux prestations sociales, le temps d'emploi effectif indiqué sur la déclaration est majoré à due proportion.

Le chèque emploi-service universel ne peut être utilisé pour la rémunération directe ou le paiement de prestations réalisées par des salariés qui consacrent tout ou partie de leur temps de travail à une activité contribuant à l'exercice de la profession de leur employeur ou de l'acheteur des prestations, et pour le compte de celui-ci.

Le chèque emploi-service universel, lorsqu'il a la nature d'un chèque au sens du chapitre Ier du titre III du livre Ier du Code monétaire et financier, est émis uniquement par les établissements de crédit ou par les institutions ou services habilités par l'article L. 518-1 du même Code à effectuer des opérations de banque, qui ont passé une convention avec l'État.

Le chèque emploi-service universel, lorsqu'il a la nature d'un titre spécial de paiement, est émis par des organismes et établissements spécialisés, ou par les établissements susmentionnés, qui ont été habilités dans des conditions déterminées par décret et qui en assurent le remboursement aux personnes physiques ou morales employeurs.

Tout émetteur de chèque emploi-service universel ayant la nature d'un titre spécial de paiement, qui n'est pas soumis aux dispositions des articles L. 312-4 à L. 312-18 du Code monétaire et financier, doit se faire ouvrir un compte bancaire ou postal sur lequel sont obligatoirement versés, jusqu'à leur remboursement, les fonds perçus en contrepartie de la cession de ce titre, à l'exclusion de tous autres fonds.

Le chèque emploi-service universel, lorsqu'il a la nature d'un titre spécial de paiement, peut être préfinancé en tout ou partie par une personne physique ou morale au bénéfice de ses salariés, agents, ayants droit, retraités, administrés, sociétaires ou adhérents. Le titre spécial de paiement est nominatif. Il mentionne le nom de la personne bénéficiaire.

*Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 - JO du 27 juillet*

Le chèque emploi-service universel est encaissable auprès des établissements, institutions et services qui ont passé une convention avec l'État relative au chèque emploi-service universel, ou remboursable auprès des organismes et établissements habilités.

L'aide financière du comité d'entreprise et l'aide financière de l'entreprise versées en faveur des salariés de celle-ci n'ont pas le caractère de rémunération pour l'application de la législation du travail, lorsque ces aides sont destinées soit à faciliter l'accès des services aux salariés, soit à financer des activités entrant dans le champ des services pour lesquels le CESU peut être utilisé ; Il en est de même de l'aide financière versée aux mêmes fins en faveur du chef d'entreprise ou, si l'entreprise est une personne morale, de son président, de son directeur général, de son ou ses directeurs généraux délégués, de ses gérants ou des membres de son directoire, dès lors que cette aide peut bénéficier également à l'ensemble des salariés de l'entreprise selon les mêmes règles d'attribution. Ces aides financières sont exonérées d'impôt sur le revenu pour leurs bénéficiaires.

L'Agence nationale des services à la personne, établissement public national à caractère administratif, est chargée de promouvoir le développement des activités de services à la personne.

## **DÉTACHEMENT TRANSNATIONAL DE TRAVAILLEURS**

La loi du 2 août 2005 crée un nouveau statut salarié, celui de salarié détaché transnational. Il s'agit de tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France, qui accomplit un travail salarié pour le compte de celui-ci, pendant une durée limitée, sur le sol français, dans les conditions légales françaises.

*Articles L. 1261-3, L. 1262-1 et L.1 262-2 du Code du travail, créés par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - JO du 3 août*

Les employeurs concernés sont soumis aux dispositions légales, réglementaires et conventionnelles françaises, applicables aux entreprises de la même branche professionnelle établies en France. Tel est le cas notamment des entreprises de transport étrangères qui effectuent, en France, des opérations de cabotage.

Des décrets sont attendus sur les conditions et modalités d'exécution du travail en France, notamment sur les formalités administratives qui seront exigées de ces employeurs étrangers. Il est prévu la mise en place du dispositif de détachement transnational au 1<sup>er</sup> janvier 2007, mais les décrets d'application ne sont pas encore parus.

Dans le cadre de ce nouveau statut, les salariés concernés seront affiliés à un régime obligatoire de Sécurité sociale français, quels que soient leur âge, leur sexe, leur nationalité, ou leur lieu de résidence, qu'ils exercent sur le sol français leur activité, à titre temporaire ou permanent, à temps complet ou à temps partiel. Peu importe également leur niveau de rémunération, la nature de cette rémunération, la nature ou la validité de leur contrat. Il en est de même pour les personnes qui exerceront, dans ce cadre, une activité professionnelle non salariée.

*Article L. 111-2-2 du Code de la Sécurité sociale*

## **CONTRAT DE VOLONTARIAT ASSOCIATIF**

Toute association de droit français ou toute fondation reconnue d'utilité publique agréée peut conclure un contrat de volontariat avec une personne physique.

Ce contrat est un contrat écrit qui organise une collaboration désintéressée entre l'organisme agréé et la personne volontaire. Il ne relève pas des règles du code du travail. Le contrat de volontariat n'emporte pas de lien de subordination juridique. Il est conclu pour une durée limitée.

Ce contrat a pour objet l'accomplissement d'une mission d'intérêt général n'entrant pas dans le champ d'application de la loi n° 2005-159 du 23 février 2005 relative au contrat de volontariat de solidarité internationale et revêtant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, à la défense des droits ou à la diffusion de la culture, de la langue française et des connaissances scientifiques.

*Loi n° 2006-586 du 23 mai 2006, relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif - JO du 25 mai*

### Conditions à remplir

L'association de droit français ou la fondation reconnue d'utilité publique qui souhaite faire appel au concours de personnes volontaires doit être agréée par l'État. Cet agrément est délivré par le ministre chargé de la vie associative ou par l'autorité administrative compétente pour une durée déterminée, au vu notamment des motifs du recours au volontariat, de la nature des missions confiées aux personnes volontaires et de la capacité de l'organisme à assurer leur prise en charge.

Un organisme agréé ne peut conclure de contrat de volontariat si les missions confiées à la personne volontaire ont été précédemment exercées par un de ses salariés dont le contrat de travail a été rompu dans les six mois précédant la date d'effet du contrat de volontariat.

Les associations dont le budget annuel est supérieur à 150 000 € et recevant une ou plusieurs subventions de l'État ou d'une collectivité territoriale dont le montant est supérieur à 50 000 € doivent publier chaque année dans le compte financier les rémunérations des trois plus hauts cadres dirigeants bénévoles et salariés ainsi que leurs avantages en nature.

La personne volontaire doit posséder la nationalité française ou celle d'un État membre de l'Union européenne ou celle d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou justifier d'une résidence régulière et continue de plus d'un an en France. La condition de durée de résidence ne s'applique pas lorsque la personne volontaire est bénéficiaire d'un contrat d'accueil et d'intégration prévu pour les personnes étrangères titulaires d'un titre de séjour d'au moins un an sur le territoire français.

La personne volontaire doit être âgée de plus de 16 ans.

Pour les personnes âgées de plus de 16 ans et de moins de 18 ans, une autorisation parentale est exigée. Une visite médicale préalable est obligatoire.

Le contrat de volontariat est incompatible avec toute activité rémunérée à l'exception de la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques ainsi que des activités accessoires d'enseignement.

La personne volontaire ne peut percevoir une pension de retraite publique ou privée, le revenu minimum d'insertion, une allocation Pôle Emploi ou le complément de libre choix d'activité versé dans le cadre d'un congé parental d'éducation.

### Effets du contrat d'engagement sur la vie professionnelle du volontaire

Si la personne candidate au volontariat est un salarié de droit privé, l'engagement pour une ou plusieurs missions de volontariat d'une durée continue minimale d'un an est un motif légitime de démission. Dans ce cas, si elle réunit les autres conditions pour bénéficier d'une indemnisation du chômage, ses droits sont ouverts à la fin de sa mission. Ces droits sont également ouverts en cas d'interruption définitive de la mission du fait de l'organisme agréé ou en cas de force majeure.

L'ensemble des compétences acquises dans l'exécution d'un contrat de volontariat en rapport direct avec le contenu d'un diplôme, d'un titre à finalité professionnelle ou d'un certificat de qualification est pris en compte au titre de la validation des acquis de l'expérience. A cette fin, l'organisme agréé délivre à la personne volontaire, à l'issue de sa mission, une attestation retraçant les activités exercées pendant la durée des contrats.

### **Contenu du contrat d'engagement et de la mission**

Dans le cadre du projet associatif de l'organisme d'accueil, le contrat de volontariat mentionne les modalités d'exécution de la collaboration entre l'organisme agréé et la personne volontaire, et notamment la détermination ou le mode de détermination du lieu et du temps de sa collaboration ainsi que la nature ou le mode de détermination des tâches qu'il accomplit.

Le contrat de volontariat est conclu pour une durée maximale de 2 ans. La durée cumulée des missions accomplies par une personne volontaire pour le compte d'une ou plusieurs associations ou fondations ne peut excéder 3 ans.

Le volontaire mobilisé pour une période d'au moins 6 mois bénéficie d'un congé de 2 jours non chômés par mois de mission. Pendant la durée de ces congés, la personne volontaire perçoit la totalité de l'indemnité de mission.

L'organisme agréé assure à la personne volontaire une phase de préparation aux missions qui lui sont confiées.

Il peut être mis fin de façon anticipée à un contrat de volontariat en cas de force majeure, de faute grave d'une des parties, et dans tous les autres cas moyennant un préavis d'au moins 1 mois.

Le contrat de volontariat peut être rompu avant son terme, sans application du préavis d'un mois, si la rupture a pour objet de permettre à la personne volontaire d'être embauchée pour un contrat à durée déterminée d'au moins 6 mois ou pour un contrat à durée indéterminée.

### **Indemnisation versée pendant la mission**

Une indemnité, dont le montant est prévu par le contrat, est versée par l'organisme agréé à la personne volontaire. Cette indemnité n'a pas le caractère d'un salaire ou d'une rémunération.

Le montant maximum de cette indemnité est fixé par décret.

Elle n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu, ni assujettie aux cotisations et contributions sociales pour ce qui concerne le volontaire.

Les conditions dans lesquelles l'indemnité est versée au volontaire associatif sont fixées dans le contrat. Les volontaires peuvent également recevoir les prestations nécessaires à leur subsistance, leur équipement et leur logement. Ces prestations doivent rester proportionnées aux missions confiées aux volontaires.

La personne volontaire peut bénéficier de titres-repas pour lui permettre d'acquitter en tout ou partie le prix de repas consommés au restaurant ou préparés par un restaurateur. La contribution de l'association ou de la fondation reconnue d'utilité publique au financement des titres-repas du volontaire est exonérée de toutes charges fiscales, cotisations et contributions sociales. L'avantage qui résulte de cette contribution, pour la personne volontaire, n'est pas assujetti à l'impôt sur le revenu.

### **Protection sociale du volontaire**

La personne volontaire est affiliée obligatoirement aux assurances sociales du régime général.

La couverture des risques maladie, maternité, invalidité, décès et accidents du travail et maladies professionnelles est assurée moyennant le versement de cotisations forfaitaires à la charge de l'organisme agréé.

La couverture du risque vieillesse est assurée moyennant le versement, par l'organisme agréé, des parts salariale et patronale des cotisations prévues à l'article L. 241-3 du Code de la Sécurité sociale.

Pour les personnes volontaires titulaires de contrats de volontariat conclus pour une durée minimale continue de 3 mois, le fonds mentionné à l'article L. 135-1 du Code de la Sécurité sociale prend à sa charge le versement des cotisations complémentaires nécessaires pour valider auprès du régime général un nombre de trimestres correspondant à la durée du contrat de volontariat.

## CONTRAT DE VOLONTARIAT DE SOLIDARITÉ INTERNATIONALE

Une loi du 23 février 2005 instaure la possibilité pour toute association de droit français agréée le ministre des affaires étrangères, ayant pour objet des actions de solidarité internationale, de conclure un contrat de volontariat de solidarité internationale avec une personne majeure.

*Loi n° 2005-159 du 23 février 2005 - JO du 24 février*

### Conditions à remplir

Ce contrat est un contrat écrit qui organise une collaboration désintéressée entre l'association et le volontaire. Il ne relève pas, sauf dispositions contraires prévues par la présente loi, des règles du code du travail. Il est conclu pour une durée limitée dans le temps.

Ce contrat, exclusif de l'exercice de toute activité professionnelle, a pour objet l'accomplissement d'une mission d'intérêt général à l'étranger dans les domaines de la coopération au développement et de l'action humanitaire.

Le volontaire de solidarité internationale accomplit une ou plusieurs missions dans un État autre que les États membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen. Il ne peut accomplir de mission dans l'État dont il est le ressortissant ou le résident régulier.

### Effets du contrat sur la vie professionnelle de l'intéressé

Si le candidat volontaire est un salarié de droit privé, l'engagement pour une ou plusieurs missions de volontariat de solidarité internationale d'une durée continue minimale d'un an est un motif légitime de démission.

Dans ce cas, si l'intéressé réunit les autres conditions pour bénéficier d'une indemnisation du chômage, ses droits seront ouverts à son retour de mission. Ces droits seront également ouverts en cas d'interruption de la mission.

L'ensemble des compétences acquises dans l'exécution d'un contrat de volontariat de solidarité internationale en rapport direct avec le contenu d'un diplôme, d'un titre à finalité professionnelle ou d'un certificat de qualification est pris en compte au titre de la validation des acquis de l'expérience.

A l'issue de sa mission, l'association délivre au volontaire une attestation d'accomplissement de mission de volontariat de solidarité internationale.

### Contenu du contrat

Le contrat de volontariat de solidarité internationale mentionne les conditions dans lesquelles le volontaire accomplit sa mission. Il est conclu pour une durée maximale de 2 ans. La durée cumulée des missions accomplies par un volontaire, de façon continue ou non, pour le compte d'une ou plusieurs associations, ne peut excéder 6 ans.

Les associations assurent une formation aux volontaires avant leur départ, prennent en charge les frais de voyage liés à la mission et apportent un appui à la réinsertion professionnelle des volontaires à leur retour.

Le volontaire bénéficie au minimum d'un congé de 2 jours non chômés, au sens de la législation de l'État d'accueil, par mois de mission, dès lors qu'il accomplit une mission d'une durée au moins égale à 6 mois. Ce congé est rémunéré.

Il peut être mis fin de façon anticipée à un contrat de volontariat moyennant un préavis d'au moins 1 mois. Dans tous les cas, y compris en cas de retrait de l'agrément, l'association assure le retour du volontaire vers son lieu de résidence habituelle.

### Protection sociale du bénéficiaire

L'association affilié le volontaire et ses ayants droit, à compter de la date d'effet du contrat, à un régime de Sécurité sociale lui garantissant des droits d'un niveau identique à celui du régime général de la Sécurité sociale française.

Ce régime de Sécurité sociale assure la couverture des risques maladie, maternité, invalidité, décès, vieillesse, accidents du travail et maladies professionnelles. Pour les ayants droit, il assure la couverture des prestations en nature des risques maladie, maternité et invalidité.

Le volontaire et ses ayants droit bénéficient d'une assurance maladie complémentaire, d'une assurance responsabilité civile et d'une assurance pour le rapatriement sanitaire prises en charge par l'association.

Le volontaire bénéficie des congés de maladie, de maternité, de paternité et d'adoption prévus par le Code du travail et le code de la Sécurité sociale pour les travailleurs salariés. Ces congés sont rémunérés.

### Indemnité versée au volontaire

Une indemnité est versée au volontaire. Elle lui permet d'accomplir sa mission dans des conditions de vie décentes. Cette indemnité n'a pas le caractère d'un salaire ou d'une rémunération. Elle n'est soumise, en France, ni à l'impôt sur le revenu, ni aux cotisations et contributions sociales.

*Instruction ministérielle n° 42 du 7 mars 2006 - BOI 5/F-10-6*

Le montant de l'indemnité et les conditions dans lesquelles elle est versée sont fixés pour chaque volontaire dans son contrat.

Les montants minima et ou maxima de l'indemnité sont fixés par arrêté du ministre des affaires étrangères, après avis de la Commission du volontariat de solidarité internationale en tenant compte des conditions d'existence dans l'État où la mission a lieu.

## CONTRAT D'ENGAGEMENT ÉDUCATIF

Une loi du 23 mai 2006 prévoit un nouveau contrat de travail, pour les participations occasionnelles, en particulier pendant les vacances scolaires, dans les organismes, le plus souvent associatifs, gestionnaires d'accueils collectifs éducatifs pour mineurs.

*Article 17 de la Loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 - JO du 25 mai 2006*

### Définition de l'engagement éducatif

Sont qualifiées d'engagement éducatif :

- la participation occasionnelle, d'une personne physique à des fonctions d'animation ou de direction d'un accueil collectif de mineurs à caractère éducatif organisé à l'occasion de vacances scolaires, de congés professionnels ou de loisirs ;
- la participation occasionnelle pour le compte d'une personne physique ou morale bénéficiant de l'agrément "Vacances adaptées organisées" prévu à l'article 48 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, d'une personne physique à des fonctions d'animation ou de direction ;
- la participation occasionnelle d'une personne physique, pour le compte d'une personne morale agréée au titre de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles, à l'accompagnement exclusif des activités de loisirs et des activités sportives, dans des établissements et services pour enfants, adolescents ou adultes handicapés, ou lors de séjours d'accueil temporaire pour des activités liées aux vacances ;
- la participation occasionnelle, pour le compte d'une association bénéficiant d'une habilitation de l'autorité administrative et dans les mêmes limites, d'une personne physique à l'encadrement de stages destinés aux personnes engagées dans un cursus de formation leur permettant d'exercer les fonctions d'animation ou de direction.

### Conditions à remplir pour le titulaire du contrat

Toute personne physique peut conclure un tel contrat d'engagement éducatif à l'exception :

- de celui ou celle qui anime ou gère à temps plein ou à temps partiel une structure d'accueil collectif de mineurs à caractère éducatif et qui peut être amenée au titre de ses fonctions à assurer l'encadrement d'un accueil ou d'un stage destiné aux personnes engagées dans un cursus de formation ;
- de celui ou de celle qui anime quotidiennement les accueils en période scolaire.

### Contrat dérogatoire au Code du travail

Les personnes titulaires d'un contrat d'engagement éducatif ne sont pas soumises aux dispositions du Code du travail relatives :

- au salaire minimum (SMIC ou salaire conventionnel) ;
- aux majorations pour heures supplémentaires ;
- à la durée du travail ;
- au travail de nuit ;
- aux repos quotidien et hebdomadaire.

En ce qui concerne la rémunération, les titulaires d'un tel contrat d'engagement éducatif peuvent bénéficier d'indemnités et d'avantages en nature.

Le montant minimum journalier ne peut être inférieur à 2,20 fois le montant du salaire SMIC par jour. Lorsque les fonctions exercées supposent une présence continue auprès des publics accueillis, la nourriture et l'hébergement sont intégralement à la charge de l'organisateur de l'accueil et ne peuvent en aucun cas être considérés comme des avantages en nature.

Cette rémunération est versée au moins une fois par mois.

La durée cumulée des contrats conclus par un même titulaire ne peut excéder 80 jours sur une période de 12 mois consécutifs.

Dans tous les cas, le titulaire du contrat bénéficie chaque semaine d'un repos dont la durée ne peut être inférieure à 24 heures consécutives. L'employeur doit tenir à la disposition de l'inspection du travail, pendant une durée de 3 ans, le ou les documents permettant de comptabiliser le nombre de jours de travail effectués par les personnes avec lesquelles il aura souscrit un contrat d'engagement éducatif.

### Contenu du contrat d'engagement éducatif et rupture

Le contrat d'engagement éducatif précise :

- l'identité des parties et leur domicile ;
- la durée du contrat et les conditions de rupture anticipée du contrat ;
- le montant de la rémunération ;
- le nombre de jours travaillés prévus au contrat ;

- le programme indicatif des jours travaillés pendant la période du contrat, ce programme contenant la répartition du nombre de jours entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;
- les cas dans lesquels une modification éventuelle du programme indicatif peut intervenir ainsi que la nature de cette modification, toute modification devant être notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu, sauf pour les cas d'urgence ;
- les jours de repos ;
- le cas échéant, les avantages en nature et le montant des indemnités dont il bénéficie.

En l'absence d'accord entre parties, le contrat d'engagement éducatif ne peut être rompu à l'initiative de l'organisme avant l'échéance du terme que pour force majeure, fait grave du cocontractant ou impossibilité pour celui-ci de continuer à exercer ses fonctions.

*Décret n° 2006-950 du 28 juillet 2006 - JO du 30 juillet*



## COMPATIBILITÉ ENTRE CONTRAT DE TRAVAIL ET MANDAT SOCIAL

### MANDATAIRES SOCIAUX

#### Définition

Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

*Article 1984 du Code civil*

Concrètement, les mandataires d'une société ou mandataires sociaux sont, notamment :

- le président du conseil d'administration de la société ;
- son directeur général ;
- les administrateurs de la société ;
- les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance dans les sociétés anonymes à directoire ;
- les gérants dans les sociétés anonymes à responsabilité limitée (SARL ou EURL).

Mais les associés, même majoritaires, ne doivent pas être assimilés à des mandataires sociaux.

#### Révocabilité discrétionnaire

Les mandataires sociaux peuvent être révoqués du jour au lendemain, par décision des associés, en application d'un principe tiré du droit des sociétés de révocabilité discrétionnaire dit aussi "révocabilité ad nutum". Ce principe ne s'applique toutefois pas aux membres du directoire, dans les sociétés qui en sont dotées.

Le contrat de travail ne pouvant être rompu de la même façon, le fait qu'un mandataire social soit également titulaire d'un contrat de travail risque de limiter cette possibilité de révocabilité discrétionnaire.

S'il apparaît que le contrat de travail a été conclu dans le seul but de restreindre la libre révocabilité du mandataire, les tribunaux peuvent prononcer la nullité du contrat.

*Cass. soc. 15 mars 1983 - Bull. civ. V, n° 155*

#### Inapplicabilité du droit du travail

Les mandataires sociaux n'étant par nature pas des salariés, le droit du travail ne leur est pas applicable. Ils relèvent par contre du droit des sociétés.

En conséquence, notamment :

- ils ne peuvent prétendre à des congés annuels payés ;
- leur révocation ne s'analyse pas en licenciement ;
- le Conseil des Prud'hommes n'est pas compétent pour régler les litiges nés de la révocation du mandat ;
- ils ne bénéficient pas de l'assurance-chômage.

## CONDITIONS DU CUMUL MANDAT SOCIAL/CONTRAT DE TRAVAIL

Le cumul par une même personne d'un mandat social et d'un contrat de travail est possible à la condition que les fonctions salariées soient réelles et manifestement distinctes de celles inhérentes au mandat social.

La preuve de l'existence ou de l'absence de contrat de travail appartient à celui qui s'en prévaut.

### Spécification des fonctions salariées

La jurisprudence exige une spécification des fonctions salariées, telle qu'elles ne puissent se réduire aux fonctions de direction générale attribuées dans le cadre du mandat.

#### Exemples

*Le mandataire social peut avoir comme fonctions salariées spécifiques celles de directeur technique et financier ou de directeur commercial.*

*Cass. soc. 12 juin 1991 - Bull. civ. V, n° 295*

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'intéressé peut être titulaire d'un contrat de travail le liant à la société mère et mandataire social d'une des filiales.

*Cass. soc. 6 octobre 1993 - Bull. civ. V, n° 225*

### Effectivité du lien de subordination

Le lien de subordination caractéristique du contrat de travail doit se manifester de manière effective, notamment :

- définition des horaires et de l'emploi du temps par les dirigeants de la société ;
- respect des instructions données à ces mêmes dirigeants ;
- limitation des responsabilités en fonction notamment du budget ;
- places distinctes sur l'organigramme de la société en tant que mandataire et en tant que salarié ;
- etc.

### **Exemple**

*N'a pu être considéré comme salarié, à défaut de lien de subordination réel, un président de directoire disposant de tous les pouvoirs en vertu de son mandat social, cumulant certes celui-ci avec des fonctions techniques spécifiques, mais exercées en toute indépendance.*

*Cass. soc. 5 juillet 1989 - Bull. civ. V, p. 304*

Le lien de subordination est particulièrement difficile à démontrer pour les gérants majoritaires de SARL qui confondent sur leur personne l'ensemble des pouvoirs.

*Cass. soc. 31 mars 1982 - Bull. civ. V, n° 238*

### **Dualité de rémunération**

Dans l'hypothèse où l'exercice d'un mandat social est rémunéré, la dualité des fonctions exercées par le mandataire salarié doit correspondre à une dualité de rémunération.

Il est possible notamment de rédiger deux bulletins de paie ou de distinguer les deux rémunérations sur la fiche de paie.

Toutefois, il n'est pas possible de déduire l'absence de contrat de travail de la non spécification de la rémunération sur le bulletin de paie. En effet, le mandat social peut être exercé à titre gratuit.

A l'inverse, la distinction formelle des rémunérations n'est pas suffisante pour exclure l'identité des fonctions de mandataire et de salarié.

D'autres éléments peuvent alors être pris en compte pour caractériser l'existence d'un contrat de travail, comme notamment :

- le bénéfice d'un complément versé par l'employeur en cas d'arrêt-maladie, prévu par la convention collective applicable aux salariés de l'entreprise ;
- des retenues sur salaire en cas d'absence.

### **Réglementation particulière à certaines sociétés**

La loi du 24 juillet 1966 confirme la possibilité de cumuler un contrat de travail et un mandat social, dans toutes les sociétés anonymes.

Depuis 1994, il n'est plus nécessaire que le contrat de travail ait une antériorité de 2 ans avant la désignation comme mandataire social d'une société anonyme dotée d'un conseil d'administration. Un salarié peut donc être nommé administrateur quelle que soit la date de conclusion de son contrat de travail.

*Loi n° 94-126 du 11 février 1994 - JO du 13 février*

Par contre, que la société anonyme soit pourvue d'un conseil d'administration ou d'un directoire et d'un conseil de surveillance, le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut excéder le tiers des administrateurs en fonction.

*Articles 93 et 121 - Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée par la loi n° 94-126 du 11 février 1994*

### **Incidence de la révocation du mandataire sur son contrat de travail**

La révocation du mandat social n'emporte pas de plein droit rupture du contrat de travail. L'intérêt du cumul mandat social/contrat de travail réside précisément dans le fait que le mandataire évincé sans préavis ni indemnité peut poursuivre une relation de travail salariée au sein de la même entreprise.

En conséquence, l'employeur ne peut motiver un licenciement par la révocation du mandat social d'un salarié concerné.

La révocation n'est, notamment, pas un élément objectif susceptible de justifier une perte de confiance, selon la jurisprudence.

Les fautes commises dans le cadre du mandat social et justifiant la révocation de l'intéressé ne peuvent pas non plus être systématiquement considérées comme des fautes disciplinaires pouvant motiver un licenciement. Encore faut-il que les faits fautifs soient liés à l'exécution du contrat de travail.

*Cass. soc. 9 décembre 1997 - Griotier c/ SA Hôtels et Casino de Deauville*

Inversement, le salarié, dont le mandat social a été révoqué, ne peut se prévaloir de cette révocation pour invoquer la modification d'un élément essentiel de son contrat de travail.

*Cass. soc. 14 juin 2000 - Société Coficoba c/ Slupowski*

### **Sanctions du cumul irrégulier**

Lorsque le cumul mandat social/contrat de travail est irrégulier, parce qu'il ne répond pas aux conditions posées par la jurisprudence, la nullité du contrat de travail est rarement prononcée. Elle est encourue seulement lorsque la conclusion du contrat de travail a eu pour seul but de limiter les possibilités de révoquer un mandataire social.

*Cass. soc. 15 mars 1983 - Bull. civ. V, n° 155*

Le contrat de travail est par contre suspendu pendant toute la durée du mandat social. A l'expiration de celui-ci, les parties ont le choix entre négocier un nouveau contrat de travail ou poursuivre le contrat aux anciennes conditions.

*Cass. soc. 12 décembre 1990 - Bull. civ. V, n° 658*

En cas de rupture du contrat de travail et de cessation forcée des fonctions de mandataire social, l'administration doit soumettre la somme des indemnités de licenciement et de révocation au régime fiscal prévue pour les indemnités de révocation. Toutefois, la fraction des indemnités de licenciement qui n'excède pas le montant de l'indemnité légale ou conventionnelle demeure en principe affranchie de l'impôt sur le revenu, même lorsqu'elle est supérieure à 358 255,19 €.

*Instruction fiscale du 31 mai 2000*

## CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL

### CONDITIONS ISSUES DU DROIT CIVIL

Le contrat de travail est valable si plusieurs conditions appartenant au droit commun des contrats sont réunies :

- consentement des parties ;
- capacité de contracter ;
- objet certain ;
- cause licite.

*Article 1108 du Code civil*

A défaut de présenter ces quatre caractéristiques, le contrat de travail est nul. Mais la nullité n'a pas d'effet rétroactif sur le contrat de travail, qui cesse seulement de produire ses effets pour l'avenir.

*Cass. soc. 22 novembre 1979 - 78-40.808 - Bull. civ. V, n° 885*

Par ailleurs, la loi ou la convention collective peut exiger un formalisme particulier pour certains contrats.

Lorsque le contrat de travail remplit les conditions de validité, il lie l'employeur et le salarié, chacun devant exécuter de bonne foi les obligations qui en découlent : «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi».

*Article 1134 du Code civil*

### CAPACITÉ À CONTRACTER

Toute personne peut conclure un contrat de travail, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Sont incapables, au sens du Code civil :

- les mineurs non émancipés ;
- les majeurs protégés.

*Articles 1123 et 1124 du Code civil*

### Conclusion d'un contrat de travail par un mineur

L'âge d'admission au travail est fixé à la fin de l'obligation scolaire, c'est-à-dire 16 ans. Les mineurs ne peuvent donc, en principe, être employés avant cet âge, sous peine d'une amende sanctionnant les contraventions de 5<sup>e</sup> classe.

Cette interdiction d'emploi des enfants de moins de 16 ans ne fait cependant pas obstacle à :

- la conclusion d'un contrat d'apprentissage ;
- l'accomplissement d'un stage en entreprise ;
- des travaux légers effectués pendant les vacances scolaires ;
- leur emploi dans l'entreprise familiale.

Le mineur émancipé est capable dans tous les actes de la vie civile, comme une personne majeure. La conclusion d'un contrat de travail avec cette personne ne pose donc pas de problème particulier.

*Article 481 du Code civil*

Le mineur non émancipé doit en principe être représenté par son tuteur, sauf dans les cas pour lesquels la loi et les usages l'autorisent à agir par lui-même.

*Article 450 du Code civil*

Pour la conclusion de son contrat de travail, le mineur peut se faire représenter conformément au droit civil, mais il est également admis qu'il signe lui-même le contrat, lorsqu'il est muni d'une autorisation émanant de son tuteur.

Par contre, le même mineur non émancipé ne peut valablement conclure un contrat de travail, en qualité d'employeur. Il doit nécessairement se faire représenter par son tuteur légal qui signe en son nom.

Le contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein conclu avec un mineur non émancipé et non autorisé n'est pas systématiquement frappé de nullité. La nullité devrait être prononcée par le juge seulement lorsque :

- le contrat conclu obéit à un formalisme légal particulier : contrat à temps partiel, contrat à durée déterminée, contrats dits « précaires » (contrat d'adaptation, contrat initiative-emploi, ...) ;
- le mineur est manifestement lésé dans l'exécution du contrat (absence d'équilibre dans les obligations et les droits respectifs du salarié et de l'employeur).

Une fois le contrat conclu, la loi reconnaît au mineur non émancipé certains droits, malgré son incapacité civile, notamment celui d'adhérer au syndicat de son choix. Il est d'usage de verser directement son salaire au mineur et non à son représentant légal.

Un mineur de moins de 18 ans ne peut être employé plus de 8 heures par jour, 35 heures par semaine. En aucun cas, sa durée de travail ne peut être supérieure à la durée quotidienne ou hebdomadaire de travail applicable aux adultes dans l'entreprise. Une pause dans le travail doit lui être accordée toutes les 4h30 au maximum.

Dans le même sens, le travail de nuit se situe entre 22h et 6h du matin pour les jeunes de 16 à 18 ans et est en principe interdit. Les dérogations à la réglementation sur le repos hebdomadaire et les jours fériés sont en principe impossibles.

*Articles L. 3162-1, L. 3162-3, L. 3163-1, L. 3163-2 et L. 3164-7 du Code du travail*

### **Conclusion d'un contrat de travail avec un majeur placé sous tutelle**

La personne majeure placée sous tutelle ne peut conclure seule un contrat de travail. Elle est nécessairement représentée et assistée par son représentant légal : administrateur légal, tuteur ou gérant de tutelle.

Toutefois, la conclusion d'un contrat de travail exige l'accord personnel de la personne incapable. Son représentant légal ne peut donc le représenter, en signant le contrat en son lieu et place. En fait, le majeur incapable conclut le contrat assisté de son représentant légal.

Le contrat de travail conclu avec un majeur incapable est nul de plein droit : les juges n'ont pas d'autre choix que celui de prononcer cette nullité, même si cette solution va à l'encontre des intérêts de la personne incapable.

Toutefois, l'employeur ne peut ni tenter une action en nullité pour incapacité, ni obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice occasionné par la nullité du contrat. Seul le tuteur et l'incapable, après la main levée de son incapacité, ainsi que ses héritiers, peuvent agir en nullité du contrat de travail.

*Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janvier 1995 - Bull. civ. I, n° 60*

### **Conclusion d'un contrat de travail avec un majeur placé sous curatelle**

Une personne peut être placée sous un régime de curatelle lorsque, sans être hors d'état d'agir elle-même, elle a besoin d'être conseillée ou contrôlée dans les actes de la vie civile, en raison :

- de l'altération de ses facultés mentales par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ;
- de l'altération de ses facultés corporelles, empêchant l'expression de la volonté.

*Articles 490 et 508 du Code civil*

Le majeur sous curatelle ne peut accomplir seul des actes civils importants. Il peut conclure un contrat de travail personnellement, sous réserve d'être assisté ou autorisé à agir par le curateur.

Le majeur sous curatelle peut, en principe, percevoir ses salaires. Mais le juge peut ordonner que le curateur gère cet argent en assurant à l'égard des tiers le règlement des dépenses et en versant l'excédent, s'il y a lieu, à un compte ouvert chez un dépositaire agréé.

*Article 512 du Code civil*

Le contrat de travail conclu avec un majeur sous curatelle n'est pas systématiquement entaché de nullité, les juges pouvant considérer qu'il n'est pas dans l'intérêt du majeur incapable de la prononcer.

En outre, seuls le majeur sous curatelle et le curateur sont habilités à demander l'annulation du contrat de travail en justice.

*Article 510-1 du Code civil*

### **Consentement exempt de vices**

Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement a été donné par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

*Article 1109 du Code civil*

Le contrat pour lequel le consentement a été vicié peut être annulé en justice.

*Article 1117 du Code civil*

### **Erreur dans la conclusion du contrat**

L'erreur susceptible de justifier la nullité du contrat de travail peut être sur l'objet du contrat ou sur la personne du cocontractant.

Pour entraîner la nullité du contrat, elle doit affecter un élément déterminant du contrat : le contrat n'aurait pas été conclu si l'une des parties n'avait pas commis cette erreur.

L'erreur est rarement retenue.

### **Exemple**

*Sont des erreurs sur l'objet du contrat, des erreurs sur la nature des fonctions exercées.*

*Mais, ne constitue pas une erreur substantielle sur l'objet du contrat pouvant rendre nul le contrat :*

- *celle portant sur la convention collective applicable ;*
- *celle relative au montant des primes d'intéressement.*

L'erreur sur la personne doit en outre être excusable : l'employeur ne peut notamment se prévaloir d'une erreur sur la personne du salarié s'il n'a pas effectué les vérifications nécessaires avant l'embauche définitive.

### **Exemples**

*L'erreur ne peut être invoquée à l'encontre du salarié :*

- lorsque celui-ci a effectué une fausse déclaration sur ses diplômes ou a falsifié son curriculum vitae.

*Cass. soc. 16 février 1999 - Bertenat c/ IFPIC - Bull. civ. V, n°74*

- lorsque celui-ci n'a pas le permis de conduire alors que l'employeur n'avait pas formulé cette exigence lors du recrutement.

*Cass. soc. 23 janvier 1992 - Bull. civ. V, n° 47*

### **Incidences du dol**

Le dol consiste à vouloir tromper l'autre partie au contrat, par des manœuvres dites «dolossives» c'est-à-dire malhonnêtes. Il peut s'agir de véritables mensonges ou de mensonges par omission.

Le dol est une cause de nullité du contrat de travail lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le lien de cause à effet entre la manœuvre malhonnête et l'erreur induite dans le consentement doit être prouvé, il ne se présume pas.

*Article 1116 du Code civil*

Le fait de tromper l'employeur sur les diplômes dont le salarié est titulaire ou de faire une mention mensongère d'expérience professionnelle ou de compétences sur le curriculum vitae est une manœuvre dolossive pouvant entraîner la nullité du contrat de travail, seulement si :

- le diplôme ou l'expérience professionnelle est déterminant du consentement de l'employeur ;
- le diplôme ou l'expérience professionnelle est exigé en application de la réglementation spécifique à la profession concernée (médecin-spécialiste, avocat, ...) ;
- la personne est réellement incompétente.

### **Exemples**

- *Le fait, pour un salarié, de produire un curriculum vitae et une lettre de motivation écrite de la main de son épouse, en vue d'une analyse graphologique préalable à l'embauche, ne constitue pas une manœuvre dolossive, les juges ne pouvant constater que l'employeur aurait renoncé au recrutement de l'intéressé si elle n'avait pas eu lieu.*

*Cass. soc. 5 octobre 1994 - Bull. civ. V, n° 256*

- *Le mensonge sur un diplôme, découvert après l'embauche, ne constitue pas un dol entraînant la nullité du contrat de travail ou un motif de licenciement, lorsque l'intéressé est par ailleurs compétent.*

*Cass. soc. 30 mars 1999 - Bull. civ. V, n° 142*

- *De même, le fait de passer sous silence une condamnation pénale antérieure n'est pas constitutif du dol.*

*Cass. soc. 25 avril 1990 - Bull. civ. V, p. 113*

### **Violence impliquant la nullité du contrat de travail**

«Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.» Sont pris en considération l'âge, le sexe et la condition des personnes.

*Article 1112 du Code civil*

#### **Exemples**

*La menace par l'employeur de ne pas payer les salaires pour que le salarié accepte la modification substantielle de son contrat de travail est constitutive de violence morale.*

*Cass. soc. 30 octobre 1973 - Bull. civ. V, n° 541*

### **OBJET ET CAUSE ILLICITES DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Dans le cadre d'un contrat de travail, l'objet et la cause du contrat sont confondus. Il s'agit :

- de l'accomplissement d'une prestation de travail par le salarié pour l'employeur ;
- du versement d'une rémunération par l'employeur au salarié.

La nullité du contrat peut être prononcée :

- pour défaut de cause ou d'objet ;
- lorsque la cause ou l'objet du contrat est illicite ou immoral.

#### **Exemples**

*La nullité du contrat de travail peut être prononcée en cas d'emploi fictif, notamment lorsque la cause réelle du contrat est le maintien d'une relation d'adultère.*

*Cass. soc. 4 octobre 1979 - Bull. civ. V, n° 680*

- *De même, les juges peuvent décider la nullité du contrat de travail d'un mandataire social dont le seul but (la cause) est de limiter ses possibilités de révocation.*

*Cass. soc. 15 mars 1983 - Bull. civ. V, n° 155*

## FORMALISME DU CONTRAT DE TRAVAIL

### Absence d'obligation de contrat écrit

Sauf exceptions découlant de la loi ou des conventions collectives, le contrat de travail «peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter».

*Article L. 1221-1 du Code du travail*

En conséquence, la remise d'un contrat de travail écrit n'est pas une condition de validité de la relation contractuelle entre employeur et salarié.

Le contrat de travail peut être seulement verbal. La relation de travail peut être également établie aux vues des mentions obligatoires du bulletin de paie et du document écrit que l'employeur est par contre tenu de remettre au salarié.

*Articles R. 3243-1 et R. 1221-8 du Code du travail*

Dans le même sens, l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté des parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention qu'elles ont conclue, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

*Cass. soc. 17 avril 1991 - Bull. civ. V, n° 200*

Dans ces hypothèses, la charge de la preuve de l'existence d'un contrat de travail pèse sur celui qui s'en prévaut.

La rédaction d'un contrat écrit est toutefois recommandé pour éviter tout litige sur la portée des droits et obligations respectifs de l'employeur et du salarié.

Par ailleurs, la remise au salarié, lors de l'embauche, d'un document écrit mentionnant les engagements unilatéraux de l'employeur (notamment les avantages collectifs dont peut bénéficier le salarié, le régime de participation, le régime de prévoyance) n'a pas pour effet de contractualiser les éléments qui y sont décrits.

*Cass. soc. 2 mai 2001 - TAT European Airlines c/ Nicolas - RJS 7/01, n° 834*

### Exceptions

De nombreuses conventions collectives exigent un contrat de travail écrit. Ces dispositions conventionnelles s'imposent à l'employeur car elles sont plus protectrices du salarié que la loi. Toutefois, leur inobservation n'est pas sanctionnée par la nullité du contrat.

En outre, la directive européenne n° 91-533 du 14 octobre 1991 (cf. fiche A14.4) exige la remise d'un document écrit à tout salarié. Mais l'administration française considère que ce document n'est pas nécessairement le contrat de travail et que les obligations issues de la directive sont remplies dès lors que le bulletin de paie du salarié comporte les mentions obligatoires et qu'un document écrit constatant l'identité des parties, la date et l'heure d'embauche est remis au salarié. Cette position ministérielle a été validée par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

*CJCE - 4 décembre 1997 - Affaire n° 96/253*

Enfin, la loi exige un contrat de travail écrit pour certaines formes d'emplois spécifiques, notamment :

- travail à temps partiel, sous peine d'être requalifié en travail à temps complet ;

*Article L. 3123-14 du Code du travail*

- contrat de travail à durée déterminée, sous peine d'être requalifié en contrat à durée indéterminée ;

*Article L. 1242-12 du Code du travail*

- mission de travail temporaire ;

*Article L. 1251-16 du Code du travail*

- apprentissage, sous peine de nullité.

*Article L. 6222-4 du Code du travail*

### **Langue utilisée**

*«Le contrat de travail constaté par écrit est rédigé en français.*

Lorsque l'emploi qui fait l'objet du contrat ne peut être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le contrat de travail doit comporter une explication en français du terme étranger.

Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier. Les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier.»

*Article L. 1221-3 du Code du travail*

### **DIRECTIVE DU CONSEIL**

La directive du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (91/533/CEE) est disponible sur notre site sous la référence suivante :

[www.gereso.com/edition/docs-edition/pratique/contrat-travail/docs/directive141091.pdf](http://www.gereso.com/edition/docs-edition/pratique/contrat-travail/docs/directive141091.pdf)



## PREUVE DE L'EXISTENCE DU CONTRAT DE TRAVAIL

### CHARGE DE LA PREUVE

Selon l'article L. 121-1 du Code du travail, le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun des obligations. Il est donc nécessaire de se reporter aux dispositions du Code civil en matière de preuve.

La charge de la preuve de l'existence du contrat de travail ou de son absence incombe à celui qui s'en prévaut. En effet, «celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

*Article 1315 du Code civil*

En d'autres termes, il appartient à la personne qui conteste l'existence du contrat de travail de rapporter la preuve de son caractère fictif.

*Cass. soc. 4 octobre 2000 - Société Ronéo - Etablissements de Bressuire c/ Goktas*

### PREUVE PAR ÉCRIT

Le Code civil exige la preuve par écrit des contrats portant sur une somme excédant 762 €. Cette disposition s'applique aux contrats de travail. Elle exclut notamment les témoignages.

*Article 1341 du Code civil*

Toutefois, un commencement de preuve par écrit peut s'avérer suffisant. Il s'agit d'un acte écrit qui rend vraisemblable le fait allégué. Il doit émaner du défendeur, c'est-à-dire celui contre lequel la demande en justice est formée.

*Article 1347 du Code civil*

#### **Exemple**

*La preuve de l'existence d'un contrat de travail peut être rapportée lorsque le salarié produit devant le juge des bulletins de paie ou un certificat de travail.*

### EXCEPTION À LA PREUVE PAR ÉCRIT

Lorsque l'employeur est un commerçant, les règles du droit commercial prennent le dessus sur celles du droit civil des obligations. Le contrat de travail est alors considéré comme un acte commercial. Or, l'article 109 du Code de commerce admet la preuve des actes de commerce par tous moyens, y compris les témoignages et les présomptions.

Ainsi, le Code de commerce facilite la preuve de l'existence du contrat de travail par le salarié qui peut utiliser tous les moyens à sa disposition, à défaut de preuve écrite.

Cette faculté n'est néanmoins pas ouverte à l'employeur commerçant, le contrat de travail demeurant un acte civil, et non commercial, à l'égard du salarié.



## OBLIGATIONS DÉCOULANT DU CONTRAT DE TRAVAIL

### OBLIGATIONS DU SALARIÉ

Indépendamment de toute clause expresse du contrat de travail, le salarié est soumis à certaines obligations :

- exécuter personnellement et consciencieusement sa prestation de travail ;
- se conformer aux directives données par l'employeur ;
- se soumettre à la discipline de l'entreprise ;
- respecter les dispositions légales, conventionnelles ou usuelles qui lui sont applicables ;
- être loyal envers son employeur ;
- ne pas dévoiler les secrets professionnels dont il a connaissance.

### Exécution de la prestation de travail

Le salarié est tenu d'accomplir les tâches qui sont définies dans son contrat de travail.

#### *Exemple*

*Un boucher de confession musulmane demande à être muté dans un autre service, en raison du contact avec la viande de porc.*

*Selon le juge, l'employeur est certes tenu de respecter les convictions religieuses de ses salariés mais celles-ci n'entrent pas en compte dans le cadre du contrat de travail, sauf clause expresse de celui-ci. Aussi, l'employeur ne commet pas de faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché, dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public.*

*Cass. soc. 24 mars 1998 - Bull. civ. V, n° 171*

La prestation de travail doit être de bonne qualité, à la mesure des compétences du salarié, et accomplie de bonne foi. A défaut, l'employeur peut en tirer les conséquences de plusieurs manières :

- sanction disciplinaire ;
- refus d'une prime liée à la qualité du travail ;
- licenciement pour insuffisance professionnelle.

Par contre, toute sanction pécuniaire pour exécution défectueuse du travail est prohibée, sauf faute lourde du salarié.

Enfin, le contrat de travail étant un contrat à exécution successive, le salarié a l'obligation de s'adapter aux changements dans ses conditions de travail qui ne touchent pas un élément essentiel du contrat de travail. Le refus du salarié de se soumettre aux nouvelles conditions de travail peut, dans cette hypothèse, justifier un licenciement pour faute, voire pour faute grave.

☞ *Le salarié est toutefois en droit de refuser d'exécuter :*

- une tâche non prévue dans son contrat de travail ;
- un ordre illégal ou contraire à l'ordre public : participer à une fraude organisée par l'employeur, ...
- des directives contraires aux règles d'hygiène et de sécurité.

En outre, l'inexécution de ses obligations par l'employeur, notamment celle de verser les salaires, autorise le salarié à cesser d'exécuter sa prestation de travail, après mise en demeure de l'employeur, par lettre recommandée avec avis de réception.

### **Soumission au pouvoir disciplinaire et de direction de l'employeur**

Le salarié est tenu de se soumettre aux règles de discipline existantes dans l'entreprise et, notamment, au contenu du règlement intérieur.

En outre, il doit se conformer aux horaires en vigueur dans l'entreprise ou mentionnés dans son contrat de travail. Il ne doit pas abandonner son poste sans raison valable et est tenu de justifier ses absences.

Les règles d'hygiène et de sécurité doivent également être respectées.

Le non-respect des règles de discipline applicables dans l'entreprise peut être sanctionné disciplinairement. Ainsi, les manquements répétés ou manifestant la volonté délibérée du salarié de ne pas se soumettre à l'autorité de l'employeur peuvent justifier un licenciement pour faute grave, privative du délai de préavis et de l'indemnité de licenciement.

☞ *le « Whistleblowing », traduit en français par « alerte professionnelle » fait son entrée dans la réglementation française. C'est une tendance qui traduit le fait pour des salariés de dénoncer les comportements fautifs de leurs collègues auprès de l'employeur. Cette pratique trouve un 1<sup>er</sup> encadrement réglementaire auprès de la CNIL. :*

*« Un dispositif d'alerte professionnelle est un système mis à la disposition des employés d'un organisme public ou privé pour les inciter, en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnements de l'organisme, à signaler à leur employeur des comportements qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné.*

*Les dispositifs d'alerte professionnelle («whistleblowing») mis en œuvre sur les lieux de travail peuvent prendre la forme de traitements automatisés de données à caractère personnel susceptibles, du fait de leur portée, d'exclure des personnes du bénéfice de leur contrat de travail en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire.*

*Dès lors, de tels dispositifs constituent des traitements relevant de l'article 25-I (4°) de la loi du 6 janvier 1978 modifiée et doivent, à ce titre, être autorisés par la CNIL.*

*En vertu de l'article 25-II de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la commission peut adopter une décision unique d'autorisation pour des traitements répondant notamment aux mêmes finalités, portant sur des catégories de données et des catégories de destinataires identiques.*

*Le responsable de traitement mettant en œuvre un dispositif d'alerte professionnelle dans le respect des dispositions de cette décision unique adresse à la commission un engagement de conformité à la présente autorisation.*

*Les responsables de traitement qui adressent à la commission une déclaration comportant un engagement de conformité pour leurs traitements de données à caractère personnel répondant aux conditions fixées par la présente décision unique sont autorisés à mettre en œuvre ces traitements.*

*Seuls peuvent faire l'objet d'un engagement de conformité par référence à la présente décision unique les traitements mis en œuvre par les organismes publics ou privés dans le cadre d'un dispositif d'alerte professionnelle répondant à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption.*

*Conformément à l'article 7 (5°) de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les traitements mis en œuvre dans les domaines comptable et d'audit par les entreprises concernées par la section 301 (4) de la loi américaine dite « Sarbanes-Oxley » de juillet 2002 entrent également dans le champ de la présente décision... ».*

*Délibération CNIL n° 2005-305 du 8 décembre 2005 - JO du 4 janvier 2006*

### **Obligation de loyauté**

L'obligation de loyauté du salarié est inhérente au contrat de travail, bien qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'en fasse état.

Cette obligation interdit au salarié de développer pour son compte ou celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie. Elle vise notamment les détournements de clientèle.

*Réponse ministérielle n° 12211 - JOANQ du 24 août 1998, p. 4698*

L'obligation de loyauté se distingue de l'obligation de non-concurrence, dans la mesure où cette dernière ne prend application qu'à compter de la rupture du contrat de travail.

*Cass. soc. 10 novembre 1998 - SA L'Oréal c/ Goncalves*

L'obligation de loyauté, elle, existe pendant l'exécution du contrat de travail et même au cours des périodes de suspension du contrat.

*Cass. soc. 5 juin 1996 - Société Générale c/ Sinoussu - Bull. civ. V, n° 231*

### **Exemples**

*Constitue un acte de déloyauté le dépôt et l'exploitation de brevets par un salarié, pendant la durée de son contrat de travail, et dont les gains auraient dû revenir à l'employeur.*

*Cass. soc. 10 novembre 1998 - SA L'Oréal c/ Goncalves*

*A l'inverse, le fait de déposer sa candidature à un poste à pourvoir dans une entreprise concurrente, sans en avertir l'employeur, ne caractérise ni un comportement déloyal ni une cause réelle et sérieuse de licenciement.*

*Cass. soc. 7 avril 1999 - Erquizia Aramendi c/ SA Scamar*

Le salarié qui commet un acte de déloyauté envers son employeur peut être licencié pour faute grave, voire pour faute lourde, donc sans préavis ni indemnité de licenciement.

En outre, lorsque l'acte de déloyauté consiste à agir en concurrence déloyale, le salarié peut être poursuivi en responsabilité délictuelle, qui se résout en dommages-intérêts au profit de l'employeur.

## Obligation de discrétion

Le salarié est tenu de ne pas dévoiler les secrets professionnels dont il peut avoir connaissance dans le cadre de l'exécution de sa prestation de travail.

Les secrets professionnels visent notamment les procédés de fabrication utilisés par l'entreprise. Néanmoins, il n'est pas nécessaire qu'ils aient été préalablement brevetés, pour que la violation de l'obligation de discrétion soit invoquée à l'encontre du salarié. Il suffit que le procédé ou la méthode dévoilée présente un intérêt pratique ou commercial pour l'entreprise.

Le salarié peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave, voire pour faute lourde, privative du délai de préavis et des indemnités de rupture.

Sont prises en compte dans l'appréciation de la faute du salarié ses responsabilités dans l'entreprise ainsi que les circonstances de fait qui entourent la violation du secret professionnel.

### Exemples

*Constituent des fautes graves :*

- *le fait pour un cadre supérieur dirigeant le service comptable de divulguer les difficultés financières rencontrées par la société, information à laquelle il a eu accès de par ses fonctions.*

*Cass. soc. 30 juin 1982 - Établissement du Marais c/ Gaudefroy - Bull. civ. V, n° 425*

- *l'ouverture de plis confidentiels par une secrétaire à l'insu du directeur et alors qu'ils lui sont destinés.*

*Cass. soc. 5 mars 1987 - Fabre Ahmid c/ Cables de Lyon*

En outre, la violation des secrets de fabrique est sanctionnée pénalement :

- 2 ans d'emprisonnement ;

**et**

- 30 000 € d'amende.

*Article L. 1227-1 du Code du travail*

☞ *L'obligation de discrétion connaît une double limite :*

- *elle ne doit pas empêcher le salarié d'agir en justice et de témoigner à l'encontre de son employeur ;*

*Cass. soc. 23 novembre 1994 - Bull. civ. V, n° 308*

- *le salarié bénéficie d'un droit d'expression en dehors de l'entreprise, qui interdit à l'employeur de sanctionner le salarié qui tient des propos sur l'entreprise sans intention de malveillance et implique la réintégration du salarié licencié alors qu'il ne faisait qu'user de son droit.*

*Cass. soc. 28 avril 1988 - Bull. civ. V, n° 257*

## Obligation du salarié en matière de sécurité

L'article L. 4122-1 du Code du travail dispose : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur ou le chef d'établissement, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. »

Cette disposition existe depuis 1991 mais prend une autre ampleur, depuis l'introduction dans le Code du travail d'une véritable obligation de résultat en matière de sécurité pesant sur l'employeur.

*Article L. 4121-1 du Code du travail*

### **Sanctions du non-respect de ses obligations par le salarié**

Le non-respect de ses obligations par le salarié peut faire l'objet de plusieurs sanctions :

- sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave ;
- engagement de sa responsabilité contractuelle, en cas de faute lourde qui se résout en dommages-intérêts ;
- engagement de sa responsabilité délictuelle, lorsque le non-respect de ses obligations caractérise un délit (acte de concurrence déloyale) ;
- sanctions pénales, lorsque la loi le prévoit.

☞ *La responsabilité pécuniaire du salarié ne peut être engagée par l'employeur qu'en cas de faute lourde. Toute disposition du contrat de travail, de la convention collective ou du règlement intérieur prévoyant le remboursement d'un dommage causé à l'employeur, en dehors de la faute lourde, est nulle et non applicable.*

*Cass. soc. 11 mars 1998 - Bull. civ. V, n° 135*

## **OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR**

### **Étendue des obligations patronales**

Plusieurs obligations à la charge de l'employeur découlent du contrat de travail qui le lie au salarié :

- fourniture du travail convenu dans le contrat ;
- versement du salaire convenu ;
- respect des clauses du contrat de travail, des dispositions légales et conventionnelles ;
- exécution de bonne foi du contrat, sans abus, notamment dans les délais d'information et de prévenance ;
- adaptation des salariés à leur emploi, par de courtes formations ;
- reclassement des salariés dont l'inaptitude physique est médicalement constatée ou dont le licenciement pour motif économique est envisagé ;
- information des salariés sur leurs droits : mise à disposition de la convention collective, renseignements relatifs à la couverture sociale ;
- loyauté des moyens de surveillance et de contrôle du travail, notamment interdiction de mettre en place un dispositif de contrôle sans en informer préalablement les salariés ;
- respect des normes d'hygiène et de sécurité relatives aux équipements de travail.

Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'obligation générale d'information de l'employeur intéresse les éléments essentiels du contrat de travail ou de la relation de travail. La directive n° 91-533 du 14 octobre 1991 dresse une liste non limitative des éléments qui doivent être considérés comme essentiels. A l'employeur et au salarié de définir ce qu'il faut entendre par élément essentiel de la relation contractuelle.

*CJCE - 8 février 2001 - Affaire n° C350/99 - Lauge c/ Schünemann GmbH*

L'obligation d'information dépasse le seul moment de la conclusion du contrat de travail. Elle s'intègre dans l'obligation plus générale d'exécution de bonne foi du contrat.

**Exemple**

*Le fait de notifier à un salarié la suppression d'une prime, dans le cadre du pouvoir de direction, sans lui fournir d'explication, constitue un manquement à l'obligation d'information de l'employeur.*

*Cass. soc. 23 mai 2001 - CPAM de Maubeuge c/ Chandelier*

**Cas particulier : responsabilité de l'employeur du fait d'autrui**

L'employeur peut être tenu pour responsable des agissements de personnes qui exercent de fait ou de droit une autorité sur les salariés.

Ce principe vaut pour les préposés de l'employeur, c'est-à-dire ceux auxquels il délègue son pouvoir de direction, notamment dans le cadre de la réglementation des accidents du travail (faute inexcusable) ou dans le cadre du harcèlement moral dans l'entreprise.

Cependant, selon la jurisprudence actuelle, la responsabilité contractuelle de l'employeur du fait d'autrui peut être étendue à d'autres personnes que les préposés, même extérieures à l'entreprise et/ou exerçant des prérogatives de fait sur les salariés.

**Exemple**

*Une salariée a pu obtenir des dommages-intérêts de la part de son employeur, en réparation d'un préjudice moral dû au mauvais traitement et aux insultes proférées sur elle par l'épouse de celui-ci, considérée comme un tiers à l'entreprise.*

*Cass. soc. 10 mai 2001 - EURL Repass' Net c/ Bouet*

**Obligation de l'employeur en matière de sécurité**

Les obligations de l'employeur en matière de sécurité dans l'entreprise sont précisées à l'article le du Code du travail et ont été modifiées par une loi du 13 juin 2006. Désormais, pèse sur l'employeur une véritable obligation de résultat en matière de sécurité, faisant d'avantage peser sur lui la charge de la preuve de son absence de responsabilité en cas d'accidents du travail. Il devient pratiquement impossible de l'exonérer de sa responsabilité, même en cas d'agissements délictueux de ses subordonnés et absence d'agissement personnel.

*Article L. 4121-1 du Code du travail*

Depuis 2002 déjà, l'obligation générale de sécurité qui repose sur l'employeur a une réelle portée, puisque la jurisprudence en matière d'amiante en a fait une obligation de résultat.

Ainsi, « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable... »

*Cass. Soc. 28 février 2002 - Deschler c/ SA Textar France*

*Cass. Soc. 11 avril 2002 - Edrissi c/ Société Camus Industrie*

Le chef d'établissement doit donc prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

Le chef d'établissement met en œuvre ces mesures, en respectant les principes généraux de prévention suivants :

- éviter les risques ;
- évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- combattre les risques à la source ;
- adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;
- tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;
- remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;
- planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral ;
- prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;
- donner les instructions appropriées aux travailleurs.

Le chef d'établissement doit, compte tenu de la nature des activités de l'établissement :

- évaluer les risques pour la sécurité et la santé des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail ; à la suite de cette évaluation et en tant que de besoin, les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production mises en œuvre par l'employeur doivent garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et être intégrées dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement ;
- lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, prendre en considération les capacités de l'intéressé à mettre en œuvre les précautions nécessaires pour la sécurité et la santé ;
- consulter les travailleurs ou leurs représentants sur le projet d'introduction et l'introduction de nouvelles technologies, en ce qui concerne leurs conséquences sur la sécurité et la santé des travailleurs.

Lorsque dans un même lieu de travail, les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs doivent coopérer à la mise en œuvre des dispositions relatives à la sécurité, à l'hygiène et à la santé.

En outre, dans les établissements comprenant au moins une installation nucléaire de base ou une installation figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement, ou visée à l'article 3-1 du Code minier (installation susceptible de donner lieu à une servitude d'utilité publique), lorsqu'un salarié ou le chef d'une entreprise extérieure ou un travailleur indépendant est appelé à réaliser une intervention pouvant présenter des risques particuliers en raison de sa nature ou de la proximité de cette installation, le chef d'établissement de l'entreprise utilisatrice et le chef de l'entreprise extérieure définissent conjointement les mesures de sécurité.

Le chef d'établissement de l'entreprise utilisatrice veille au respect par l'entreprise extérieure des mesures que celle-ci a la responsabilité d'appliquer, compte tenu de la spécificité de l'établissement, préalablement à l'exécution de l'opération, durant son déroulement et à son issue.

### **Exemples jurisprudentiels**

*L'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise. Le fait de ne pas avoir satisfait aux exigences imposées par les textes justifie la prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail, qui emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

*Cass. Soc. 29 juin 2005 – n° 03-44.412*

*L'employeur, tenu d'une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité. Par conséquent, il ne peut pas laisser un salarié reprendre son travail, après une période d'absence pour accident du travail d'au moins 8 jours, sans le faire bénéficier d'une visite médicale de reprise par le médecin du travail, destinée à apprécier son aptitude. A défaut, l'employeur ne peut pas rompre le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité au travail a été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave, soit de l'impossibilité pour un motif non lié à l'accident de maintenir le contrat.*

*Cass. Soc. 28 février 2006 – n° 05-41.555*

*Attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié, du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise, et que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger ; ...lorsque le travail s'exécute dans les locaux d'une autre entreprise, l'employeur a le devoir de se renseigner sur les dangers courus par le salarié.*

*Cass. Civ. II 8 novembre 2007 – n° 07-11.219*

### **Sanctions de l'inexécution de ses obligations par l'employeur**

L'employeur engage sa responsabilité contractuelle dès lors qu'il n'exécute pas ou plus l'une de ses obligations, qu'il ne l'exécute que partiellement, de façon tardive ou qu'il s'agit d'une mauvaise exécution.

Il n'est pas exigé que la faute de l'employeur caractérise la faute grave, celle qui rend impossible la poursuite des relations contractuelles.

L'employeur qui viole une de ses obligations contractuelles peut être sanctionné de plusieurs manières :

- le salarié a le droit de ne pas accomplir sa prestation de travail du fait d'un manquement grave de la part de l'employeur, notamment le non-versement du salaire (exception d'inexécution) ;
- le juge peut décider l'exécution forcée de certaines obligations, à la demande du salarié : versement des salaires, octroi d'une classification appropriée à un salarié sous-classifié ;
- l'employeur peut être condamné à réparer le préjudice subi par le salarié en dommages-intérêts ;
- la résiliation judiciaire du contrat de travail peut être prononcée aux torts de l'employeur, lorsque sa faute revêt une certaine importance ou touche un élément essentiel du contrat de travail.

## **SURVEILLANCE DES SALARIÉS**

### **Obligations de l'employeur liées à l'installation d'un dispositif de surveillance**

L'employeur peut mettre en place un dispositif de surveillance de l'activité des salariés à leur poste de travail, dans les conditions suivantes :

- respecter les libertés individuelles des salariés, principe notamment consacré par la Législation et la Constitution françaises, par la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Exemple : le secret de la correspondance privée.

*Cass. soc. 2 octobre 2001 - SA Nikon France c/ Onof*

- justifier la mesure par l'intérêt légitime de l'entreprise (productivité, sécurité, image publique de l'entreprise) et la rendre proportionnelle au but recherché.

- informer préalablement les salariés, et ce même si le dispositif est visible par tous.

*Cass. soc. 15 mai 2001 - Aymard c/ Cabinet Regimbeau*

- organiser la consultation préalable du comité d'entreprise.
- déposer une déclaration auprès de la CNIL, au titre de l'introduction de systèmes de surveillance utilisés pour la constitution de fichiers nominatifs (formulaire Cerfa n° 99001).

*Article 16 de la loi « Informatique et libertés » n° 78-17 du 6 janvier 1978 - JO du 7 janvier*

Le non-respect de ces obligations est pénalement sanctionné, notamment :

- emprisonnement de 6 jours à 1 an et/ou une amende de 75 à 2 250 €, en cas de violation du secret de la correspondance ;
- 3 750 € d'amende et/ou 1 an d'emprisonnement, pour délit d'entrave ;
- 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, en cas de non-déclaration à la CNIL.

### Conséquences sur l'efficacité du dispositif

Le système de surveillance "clandestinement" ou irrégulièrement mis en place est inopposable aux salariés. Il s'agit d'un moyen de preuve illicite, dont l'employeur ne peut se prévaloir pour sanctionner un salarié sur le plan disciplinaire.

#### Exemples

*A été jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour faute d'une salariée, alors qu'une caméra de surveillance a permis de constater qu'elle détournait de l'argent. En effet, les salariés n'ayant pas été mis au courant de la mise en place du système vidéo, il s'agissait d'un mode de preuve illicite.*

*Cass. soc. 20 novembre 1991 - Neocel c/ Spaeter - Bull. civ. V, n° 519*

*Est illégitime le licenciement reposant uniquement sur une preuve obtenue grâce à un dispositif de contrôle n'ayant pas fait l'objet de la consultation du comité d'entreprise.*

*Cass. soc. 15 mai 2001 - Aymard c/ Cabinet Regimbeau*

A l'inverse, dès lors que le dispositif de surveillance est transparent, l'employeur peut s'en prévaloir.

#### Exemples

*Une mise sur écoute téléphonique, préalablement portée à la connaissance de tous les intéressés, et justifiée par l'activité professionnelle exercée (donneur d'ordre en bourse), peut être utilisée pour justifier un licenciement pour faute, ce système ayant mis en évidence que le salarié se livrait régulièrement à des jeux de hasard pendant le temps de travail.*

*Cass. soc. 14 mars 2000 - Dujardin c/ Société Instinet France*

*Après une série d'attentats, un employeur, concerné par les alertes à la bombe, exige, après consultation des représentants du personnel, l'ouverture des sacs devant des agents de sécurité. Selon les juges, cette mesure temporaire, justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, est proportionnée au but recherché puisqu'elle exclut la fouille des sacs. Aussi, est justifiée la mise à pied de 5 jours infligée à un salarié qui a refusé de présenter son sac.*

*Cass. soc. 3 avril 2001 - Sarrasin c/ M6*

## Exceptions

Il n'est pas nécessaire de respecter ces principes lorsqu'il s'agit d'un système de contrôle ou de sécurité dont le rôle premier n'est pas la surveillance de l'activité des salariés. Ainsi :

- l'employeur reste libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas. Si, grâce à ce dispositif, des détournements de marchandises par des salariés sont constatés, leur licenciement pour faute lourde est légitime, alors même que l'existence du dispositif n'a pas été préalablement portée à leur connaissance.

*Cass. soc. 31 janvier 2001 - Alaimo c/ SA Italexpress transports Groupe Frans Maas*

- le relevé des communications téléphoniques produit par France Télécom, dont l'objet est avant tout le règlement des communications, n'est pas un mode de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance des salariés.

*Cass. soc. 15 mai 2001 - Aymard c/ Cabinet Regimbeau*

- le fait pour une banque d'instaurer un système d'exploitation intégrant un mode de traçage informatique permettant d'identifier les consultants des comptes ne caractérise pas la collecte d'informations personnelles sur les salariés et ne constitue pas une preuve illicite.

*Cass. soc. 18 juillet 2000 - Guyonnet c/ Crédit Agricole du centre Est*

- s'agissant plus particulièrement des salariés protégés, le constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié.

*Conseil d'État - 7 juin 2000 - SA Roulle*

Mais, lorsque l'entreprise fait appel à une société extérieure de surveillance pour contrôler, à l'insu du personnel, l'utilisation par les salariés des distributeurs de boisson et de sandwiches dans un établissement de travail, il s'agit selon la Chambre sociale de la Cour de Cassation, d'un moyen de preuve illicite.

*Cass. soc. 15 mai 2001 - Société TFE c/ Smari et autres*

Par ailleurs, certains de ces dispositifs de sécurité sont soumis à autorisation administrative et sont assortis de garanties des libertés individuelles. Par exemple, un système d'écoutes téléphoniques doit être autorisé par le Secrétariat Général de la Défense Nationale.

De même, la législation relative à la vidéo surveillance dans les entreprises ouvertes au public exige la destruction des images au bout d'un certain laps de temps ainsi que le droit d'accès des personnes filmées, sous peine de sanctions pénales.

*Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 - JO du 22 janvier*

## Position de la chambre criminelle de la Cour de Cassation

Le salarié ne peut pas être sanctionné disciplinairement, voire licencié, au motif d'une faute constatée grâce au dispositif de surveillance des salariés irrégulièrement mis en place, mais il peut être simultanément condamné au pénal, si la faute caractérise une infraction pénale.

En effet, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale qui admet tout mode de preuve d'une infraction, le juge répressif ne peut écarter une preuve au motif qu'elle a été obtenue par un moyen illicite. En conséquence, un dispositif de surveillance "clandestin" peut être utilisé au pénal pour matérialiser une infraction de vol ou d'abus de confiance.

*Cass. crim. 6 avril 1994 - Dupuy - Bull. crim. n° 136*

En outre, dès lors que l'employeur porte atteinte à l'intimité de la vie privée à l'occasion de la surveillance "clandestine" des salariés, il peut lui-même être condamné par les juridictions répressives.

*Cass. crim. 24 janvier 1995 - M. B*

### **Application de ces principes aux NTIC**

Face au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et, notamment, de l'Internet, se pose aujourd'hui le problème de ce que certains appellent la "Cyber surveillance".

Sont notamment désignés ici les dispositifs de contrôle de l'utilisation d'internet par les salariés, ainsi que les systèmes biométriques, procédés d'identification automatique reposant sur des particularités physiques (empreintes digitales, contour de la main, image de l'œil).

Les nouvelles techniques de surveillance doivent respecter les principes posés par la jurisprudence en matière de surveillance traditionnelle : respect des libertés individuelles des salariés, transparence (information des salariés, des représentants du personnel voire de la CNIL), intérêt légitime de l'entreprise et proportionnalité.

Ainsi, il est interdit à l'employeur de prendre connaissance des e-mail envoyés ou reçus par les salariés grâce à l'ordinateur mis à leur disposition par l'entreprise. Il s'agirait en effet d'une atteinte à la vie privée des salariés.

Peu importe que l'employeur ait interdit au préalable l'utilisation à des fins personnelles du matériel informatique de l'entreprise, le salarié encourant simplement les sanctions disciplinaires prévues dans ce cas.

*Réponse ministérielle Aubry - JOANQ du 15 novembre 1998, p. 6586*

Peu importe également que le dispositif de traçage informatique ait fait l'objet de l'information préalable des salariés.

*Cass. soc. 2 octobre 2001 - SA Nikon France c/ Onof*

De même, la seule volonté de contrôler les horaires des salariés ne peut justifier la création d'une base de données d'empreintes digitales : la mesure serait disproportionnée par rapport au but recherché. Par contre, un procédé biométrique peut être légitimement mis en place pour restreindre l'accès à certains locaux pour des raisons de sécurité ou de confidentialité.

L'intervention du législateur est attendue sur ces points : un projet de loi a été notamment déposé en juin 2001 et une réforme de la loi "Informatique et Libertés" de 1978 est annoncée.

La valeur juridique de la signature électronique est d'ores et déjà consacrée par la législation française. Par signature électronique, il faut entendre "un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache".

*Décret en Conseil d'État du 30 mars 2001 - JO du 31 mars*

### Sphère privée irréductible

La tendance jurisprudentielle actuelle, appuyée par la CNIL, consiste à trouver un compromis entre le pouvoir de subordination de l'employeur, le nécessaire traçage informatique (pour l'entretien du système informatique et les besoins de la sécurité) et une sphère privée irréductible dont l'existence est désormais admise au sein de la vie professionnelle de chaque salarié.

En d'autres termes, il est toléré que le salarié use raisonnablement et à des fins personnelles du matériel mis à sa disposition par l'entreprise (téléphone, ordinateur, internet), mais tout abus doit pouvoir être sanctionné.

Un tel abus pourrait être caractérisé par un agissement déloyal de la part du salarié vis à vis de son employeur : transmettre des données confidentielles sur l'entreprise à la concurrence, dénigrer la société...

La fréquence des utilisations personnelles du matériel appartenant à l'entreprise pourrait également être considérée comme abusive.

Cette tendance jurisprudentielle remet en cause l'efficacité des annexes du règlement intérieur interdisant de façon générale et absolue l'usage à titre privé du matériel de l'entreprise par le salarié.

*Cass. soc. 3 mai 2000 - Diao c/ Association Faculté catholique de Lyon (usage abusif du téléphone)*

*Cass. soc. 2 octobre 2001 - SA Nikon France c/ Onof*

### Charte de conduite

Pour éviter les litiges, il est possible d'élaborer des chartes ou codes de conduite permettant de fixer les conditions d'utilisation des outils informatiques dans l'entreprise :

- règles d'utilisation des outils informatiques par les salariés :
- examen des sites les plus visités, sans ventilation par poste,
- contrôle a posteriori de la fréquence, du volume ou de la taille des messages électroniques reçus et envoyés, ne permettant pas l'analyse individuelle des sites internet consultés et de leur contenu,
- filtrage de certains sites à caractère pornographique ou de jeu,
- indications spécifiques aux représentants du personnel.

☞ *La CNIL préconise d'éviter les interdictions générales d'usage non-professionnel des outils informatiques par les salariés ou de permettre un usage "raisonnable" à des fins privées.*

- règles de sécurité :
  - mesure à adopter en cas de virus informatique, concernant notamment le respect de la confidentialité des messages, la destruction des e-mails jour après jour, leur classement ou leur suppression, pare-feu ou copie de sauvegarde avec indication de la durée de conservation des données, contrôle journalier des connexions internet, identification des administrateurs de système,
  - utilisation de ces dispositifs à des fins de contrôle ou de surveillance par l'employeur : contrôle seulement global, usage différencié selon les services, étendue de l'accès de l'employeur aux fichiers personnels, notamment aux e.mail.

*Rapport annuel de la CNIL du 28 mars 2001*

Ces chartes sont le plus souvent annexées au règlement intérieur, dans la mesure où elles contiennent des injonctions de faire, des interdictions assorties de sanctions disciplinaires.

Cette annexion permet notamment la négociation des clauses d'interdiction générale avec le comité d'entreprise et l'information systématique des salariés, le règlement intérieur devant être affiché dans les locaux de l'entreprise.

*Article R. 1321-1 du Code du travail*

La CNIL recommande la rédaction de véritables accords conclus au niveau interprofessionnel de branche et d'entreprise, avec les partenaires sociaux et/ou les représentants du personnel existants (comité d'entreprise, délégués du personnel), périodiquement mis à jour.

*Rapport annuel de la CNIL du 28 mars 2001*

### **Rapport CNIL 2002**

Dans son rapport du 5 février 2002, intitulé "la Cyber surveillance sur les lieux de travail", la CNIL met l'accent sur la nécessité de "discussion collective" et d'esprit pédagogique, dans la réalisation des chartes de conduite en entreprise. Ce rapport est disponible, dans son intégralité sur le site internet de la CNIL, rubrique "dossier thématique" : <http://www.cnil.fr>

Ce rapport propose notamment des clauses types susceptibles d'être intégrées dans les chartes de conduite.

#### ***Exemple relatif à l'utilisation d'internet***

*"Seuls ont vocation à être consultés les sites internet présentant un lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle, sous réserve que la durée de connexion n'excède pas un délai raisonnable et présente une utilité au regard des fonctions exercées ou des missions à mener.*

*Une consultation ponctuelle et dans les limites du raisonnables du web, pour un motif personnel, des sites internet dont le contenu n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et ne mettant pas en cause l'intérêt et la réputation de l'organisation est tolérée" ;*

#### ***Exemple relatif à l'utilisation de la messagerie***

*"Un usage raisonnable dans le cadre des nécessités de la vie courante et familiale est toléré, à condition que l'utilisation du courrier électronique n'affecte pas le trafic normal des messages professionnels".*



## GESTION DES VIOLENCES AU TRAVAIL

Il existe différentes formes de violences sur le lieu de travail : stress, discriminations, harcèlements moral et sexuel... Ces situations font l'objet d'une préoccupation croissante de la part des gouvernements successifs et des partenaires sociaux, depuis la fin des années 1990, en France mais aussi au niveau européen ou de l'OIT (Organisation Internationale du Travail).

- Directive n° 76-207 du 9 février 1976 du Conseil des communautés européennes relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail ;
- Directive n° 2000-43 du 29 juin 2000 du Conseil des communautés européennes, sur la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique ;
- Directive n° 2007-73 du 27 novembre 2000 du Conseil des communautés européennes, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- Directive n° 2002-73 du 23 septembre 2002 du Conseil des communautés européennes et du Parlement européen, modifiant la directive n° 76-207 ;
- Directive n° 2004-113 du 13 décembre 2004 du Conseil des communautés européennes, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et des services et la fourniture de biens et services ;
- Directive n° 2006-54 du 5 juillet 2006 du Conseil des communautés européennes, sur la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

*Réunion du BIT du 8 au 15 octobre 2003 à Genève*

- Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 ;
- Loi du 16 novembre 2001(anti-discriminations) – JO du 17 novembre ;
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale - JO du 18 janvier 2002 ;
- Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 - JO du 4 février ;
- Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février ;
- Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale - JO du 24 mars ;
- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 28 mai ;
- Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs - JO du 11 août ;
- Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 - JO du 7 août sur le harcèlement sexuel ;
- Accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, étendu à toutes les entreprises par arrêté du 23 avril 2009 – JO du 6 mai 2009 ;
- Accord National Interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail ;
- Circulaire UNEDIC n° 03-05 du 28 avril 2003 (démission légitime en cas de harcèlement moral ou sexuel).

En 2013 et 2014, plusieurs lois successives intéressant l'emploi montrent une volonté gouvernementale de lutter contre les discriminations et de protéger les salariés de façon préventive, en édictant des nouvelles obligations de l'employeur ou de nouvelles interdictions de licencier :

- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 permettant le mariage homosexuel (incidences en matière de congés pour événements familiaux), et protégeant les salariés qui refusent en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité ;
- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 protégeant les « lanceurs d'alerte » et autres témoins d'agissements frauduleux dans l'entreprise ;
- Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraite, permettant la prise en compte de la pénibilité du travail pour abaisser l'âge de la retraite de certains salariés ;

- Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 créant un critère discriminatoire interdit lié au lieu de résidence des personnes ;
- Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 renforçant l'égal accès de tout salarié à la formation professionnelle et créant un entretien d'orientation professionnelle obligatoire à l'issue des congés parentaux ;
- l'Ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 assouplissant l'obligation d'information des salariés sur les dispositions légales liées aux discriminations et harcèlement et leurs sanctions ;
- Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 relative à l'amélioration du statut des stagiaires dans l'entreprise vers plus d'égalité avec les salariés dans l'entreprise ;
- Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, renforçant notamment les objectifs de négociation collective.

## LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

### Définitions

Selon le Code du travail et le Code pénal, la discrimination n'existe que si elle est liée à un critère distinctif de la personne dont la prise en compte est interdite par la loi.

L'article L. 1132-1 du Code du travail dresse une liste exhaustive de ces critères prohibés :

- l'origine ;
- le sexe ;
- les mœurs ;
- l'orientation et l'identité sexuelle ;
- l'âge ;
- la situation de famille ;
- la grossesse ;
- les caractéristiques génétiques ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ;
- les opinions politiques ;
- les activités syndicales ou mutualistes ;
- les convictions religieuses ;
- l'apparence physique ;
- le nom de famille ;
- l'état de santé ;
- le handicap ;
- le lieu de résidence.

Une loi du 21 février 2014 dite « de programmation pour la ville et la cohésion urbaine » ajoute donc un critère tenant au lieu de résidence du salarié dans le Code du travail mais aussi dans le Code pénal.

*Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 – JO 22 février*

Une loi du 10 août 2011 a ajouté un autre critère prohibé, en créant l'article L. 1132-3-1 du Code du travail : « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur. ».

*Article L. 1132-3-1 du Code du travail créée par loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs - JO du 11 août*

Cette définition issue de la réglementation européenne et intégrée en droit français en 2008 a été étendue depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2012 aux inégalités consécutives à des agissements de harcèlement sexuel, suit à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2012 sur le harcèlement sexuel. Ainsi : « La discrimination inclut :

- 1° Tout agissement lié à l'un des motifs [susmentionnés] 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 intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un [tel] comportement prohibé ... »

*Article 1<sup>er</sup> - Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations modifié par Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 - JO du 7 août*

*☞ A noter également deux lois du 17 mai et 6 décembre 2013 qui renforcent la protection contre les discriminations envers certains publics, créant les articles L. 1132-3-2 et L. 1132-3-3 du Code du travail : Aucun salarié ne doit donc faire l'objet d'une mesure discriminatoire « pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité » ou « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».*

*Lois 2013-404 du 17 mai 2013 et 2013-1117 du 6 décembre 2013 créant les articles L. 1132-3-2 et L. 1132-3-3 du Code du travail*

La personne qui s'estime victime d'une discrimination doit être personnellement concernée. En d'autres termes, ce sont son origine, son sexe, son âge, etc. qui justifient la mesure considérée par elle comme discriminatoire.

La discrimination est également une infraction pénale, au sens de l'article 225-1 du Code pénal, qui dresse une liste quasi identique à celle du Code du travail des caractéristiques personnelles dont la prise en compte est prohibée : « 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 mœurs, 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 ».

Le même article L. 1132-1 du Code du travail liste les domaines du droit du travail dans lesquels la mesure discriminatoire se situe :

- la procédure de recrutement ;
- l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise ;
- les sanctions disciplinaires ;
- le licenciement ;
- la rémunération ;
- l'intéressement ou la distribution d'actions ;
- la formation professionnelle ;
- le reclassement ;
- l'affectation à un poste de travail ou à un emploi ;
- la qualification professionnelle ;
- la classification professionnelle ;
- la promotion professionnelle ;
- les mutations ;
- le renouvellement du contrat à durée déterminée ou du contrat de mission d'un travailleur temporaire.

La liste ci-dessus présentée n'est pas exhaustive puisque le terme « notamment » la précède dans l'article L. 1132-1. Le législateur parle aussi, et de façon générale, de « mesure discriminatoire », pour intégrer toute attitude, action ou inaction de l'employeur qu'il serait impossible de décrire ou de prévoir dans un texte précis.

À noter que l'employeur n'est pas expressément désigné comme auteur de la discrimination, ce qui laisse la possibilité aux personnes victimes de discrimination d'engager des poursuites à l'encontre d'autres personnes dans l'entreprise.

Cette disposition légale constitue un cadre général auquel il est possible de se référer quand l'attitude discriminatoire invoquée ne s'intègre pas déjà dans la violation des dispositions légales protectrices spécifiques ou pour augmenter la réparation du préjudice subi. Ainsi, certains salariés font l'objet de protection particulière, édictée dans des dispositions spécifiques du Code du travail, dont la violation est spécialement sanctionnée et constitutive d'un abus de droit.

Par ailleurs, les accords collectifs applicables dans l'entreprise, ainsi que les usages professionnels, peuvent donner des indications supplémentaires, en particulier élargir le champ des mesures considérées comme discriminatoires et définir plus précisément ce qu'il faut entendre par qualification professionnelle, classification professionnelle, promotion, mutation, sanction disciplinaire.

### Exemple

*La convention collective ou le règlement intérieur applicable dans l'entreprise peuvent définir des procédures disciplinaires. Le non-respect d'une étape dans la procédure disciplinaire peut renforcer la conviction du juge sur le caractère discriminatoire de la sanction contestée.*

### Exemple jurisprudentiel

*Dans l'affaire très médiatisée de la crèche Baby-loup, une éducatrice de jeunes enfants employée dans une crèche associative (loi 1901) reprend son poste à son retour de congé parental, vêtue du voile islamique. Comme elle refuse de l'enlever, l'employeur la licencie pour faute grave, en s'appuyant sur le règlement intérieur de l'association qui énonce : « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect du principe de laïcité et de neutralité qui s'applique dans l'ensemble des activités de l'association ... ». D'après la Cour de cassation, le principe constitutionnel de laïcité n'est pas applicable aux employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Aussi, prévalent les dispositions anti-discriminations issues du Code du travail, aux termes desquelles les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnelle au but recherché.*

*Cass. Soc. 19 mars 2013 – n° 11-28.845*

☞ *Devant le juge pénal, toute « distinction » fondée sur un critère prohibé précité peut révéler une attitude discriminatoire. L'article 225-2 du Code pénal ne s'arrête pas aux relations de travail entre un salarié et un employeur. Il sanctionne les discriminations qui consistent :*

- à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des critères prohibés ;
- à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des [critères discriminants prohibés].

La loi du 27 mai 2008 adaptant en droit français les dispositions du droit de l'Union Européenne, modifiée par la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 (JO 22 février) élargit le champ de la lutte contre les discriminations à l'accès aux biens et aux services, à la fourniture de biens et services, ainsi qu'aux travailleurs indépendants et non-salariés.

### Discriminations directes ou indirectes

La loi du 27 mai 2008 précise qu'une discrimination peut être directe ou indirecte. Est une discrimination directe la situation dans laquelle « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été dans une situation comparable ».

La discrimination indirecte, quant à elle, vise la « disposition, critère ou pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes ».

*Article 1<sup>er</sup> - Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 28 mai*

Cette distinction légale est importante parce qu'elle permet d'englober dans les comportements discriminatoires indirects des situations à venir ou potentielles. Invoquer une discrimination collective est également rendu possible : il sera plus facile pour une personne de convaincre de l'existence d'une discrimination à son égard si elle appartient à un groupe de personnes qui subissent le même désavantage du fait du même critère prohibé. La charge de la preuve peut en être simplifiée, si d'autres personnes, à l'encontre desquelles le même critère prohibé a été utilisé, ont déjà démontré l'existence d'une discrimination. Enfin, la reconnaissance des discriminations indirectes justifie la possibilité pour les organisations syndicales et les associations de représenter en justice les victimes de discriminations, conformément à leurs statuts et valeurs.

### Exemple

*La jurisprudence s'est déjà prononcée sur l'interdiction des discriminations indirectes, dans une affaire visant la régularisation de la rémunération d'un salarié ayant eu plusieurs absences maladie. L'entreprise appliquait un dispositif de modulation lissant sur l'année son salaire, indépendamment des heures de travail réellement effectuées chaque mois. Il a été jugé que ne pouvait être prise en compte comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie, en haute activité, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation. En effet, ce mode de décompte constitue « malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ». La solution est la même que le dispositif de modulation soit créé par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur.*

*Cass. soc. 9 janvier 2007 – RJS 2007.250, n° 346.*

### Différences de traitement légalement autorisées

Le Code du travail nuance le principe de non-discrimination énoncé à l'article L. 1132-1 du même Code : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Cette phrase signifie qu'il peut y avoir différence de traitement entre plusieurs salariés, si elle est justifiée, non pas par un des critères prohibés susmentionnés, mais par la tâche à accomplir. Cette différence de traitement ne doit pas être, en outre, excessive au regard de l'objectif de la mesure.

Dans le même sens, citons l'article L. 1133-1 du Code du travail : « L'article L. 1132-1 ne fait 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 ». Cette disposition ajoute une condition supplémentaire : une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Elle implique que l'employeur justifie la différence de traitement opérée par les caractéristiques principales de l'emploi lui-même, caractéristiques définies par la convention collective, les usages de la profession et pas seulement par lui.

Allant plus loin dans la précision, le Code du travail fournit ainsi des exemples généraux ou des pistes de justification utiles à l'employeur accusé d'attitude discriminatoire :

- Article L. 1133-2 : « 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 » ;
- Article L. 1133-3 : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées » ;
- Article L. 1133-4 : « Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination ». Selon l'article L. 5213-6 : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, 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. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide [publique] qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur ».
- Article L.1133-5 : « Les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination. » , mesure introduite par la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 sur la politique de la ville et la cohésion urbaine (JO 22 février).

De façon plus générale, les politiques de l'emploi qui favorisent le maintien dans l'emploi des « séniors » constituent également des discriminations positives, puisqu'elles tendent à favoriser les personnes de plus de 50 ans dans l'entreprise.

### **Exemples**

*Le contrat de génération a été créé pour favoriser le maintien dans l'emploi des personnes de plus de 50 ans, par une loi du 1<sup>er</sup> mars 2013 et modifié par une loi du 5 mars 2014 sur la formation professionnelle, l'emploi et la démocratie sociale.*

*Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – JO du 6 mars*

Également une loi du 20 janvier 2014 « garantissant l'avenir et la justice du système de retraites » abaisse l'âge légal de la retraite pour les salariés ayant effectué des « travaux pénibles ».

*Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 – Jo du 21 janvier*

Quant au Code pénal, il prévoit également des différences de traitement qui permettent d'échapper aux poursuites pénales pour discrimination. Ne sont pas des délits de discrimination, les distinctions suivantes :

- celles 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 pénalement 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 ;

- celles 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 ;
- celles 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 ;
- celles 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 ;
- les refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.

### **Exemple jurisprudentiel sur la confrontation entre discrimination et intérêts légitimes de l'entreprise**

*Dans l'affaire « Baby Loup », il était question du port de voile dans les établissements privés accueillant des jeunes enfants. Si le principe de laïcité interdit le port ostentatoire de signes religieux dans les établissements publics, l'interrogation restait permise dans les entreprises et associations de droit privé.*

Dans son premier arrêt du 19 mars 2013, la Cour de cassation rappelle tout d'abord que le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution française du 4 octobre 1958 n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Le port du voile peut donc être toléré dans les crèches privées, au nom de la liberté de religion. La solution inverse aurait été discriminatoire.

En l'espèce, la salariée a été licenciée pour faute grave parce qu'elle a refusé d'ôter son voile ; l'employeur tire argument du règlement intérieur de l'établissement qui prévoit : « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche ». Or, en application du Code du travail, les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ».

Selon la Cour de cassation, dans son premier arrêt du 19 mars 2013, la restriction imposée par le règlement de Baby Loup ne respecte pas le Code du travail, parce que le texte est trop général et imprécis ; le licenciement prononcé pour ces motifs est donc discriminatoire et nul. Saisie une seconde fois après qu'une Cour d'appel est confirmée le licenciement de la salariée, la Cour de Cassation a considéré dans une décision du 25 juin 2014, rendue en Assemblée Plénière, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché. Les juges se sont basés sur l'appréciation concrète des conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents. Le licenciement de la salariée qui a refusé d'ôter son voile est donc finalement licite.

*Cass. Soc. 19 mars 2013 n° 11-28.845 ; Cass. ass. plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369*

## Dispositions spécifiques sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes

Afin de renforcer la lutte contre les discriminations liées au sexe, le législateur français a mis en place un dispositif particulier et précis, en faveur de l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi.

Concrètement, l'employeur doit s'interroger à toutes les étapes de la relation de travail sur le respect de l'égalité hommes-femmes : dès la rédaction de l'offre d'emploi via le Pôle emploi, au moment du recrutement, lorsqu'il propose une mutation, lorsqu'il ne souhaite pas renouveler un contrat à durée déterminée, lorsqu'il fixe les rémunérations, lorsqu'il accorde une promotion, une autre qualification ou classification, etc.

*Articles L. 1142-2 et suivants, R.1142-1 du Code du travail*

Plus encore, il lui est « interdit » de faire la distinction entre un homme et une femme au cours de la relation de travail, sous peine de sanctions fermement édictées par la loi : nullité de la mesure non respectueuse de l'égalité hommes-femmes, affichage et publicité des sanctions (sanction issue du Code pénal), amendes, octroi de dommages-intérêts à la victime...

Dans le même sens, une loi du 17 décembre 2012 prévoit la nullité des clauses contractuelles ou conventionnelles qui réservent le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou plusieurs salariés, en considération du sexe, sauf (et la liste est exhaustive) lorsque ces clauses ont pour objet : la protection de la grossesse et de la maternité, l'interdiction d'emploi prénatale et postnatale, l'allaitement, la démission de la femme enceinte, le congé de paternité ou le congé d'adoption.

*Article L. 1142-3 du Code du travail*

Toutefois, il existe des exceptions à ce principe fort d'égalité de traitement entre hommes et femmes, décrites de façon exhaustive par le Code du travail.

Dans certains emplois et activités professionnelles, l'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes est en particulier une condition déterminante. Dans ces cas, et seulement dans ceux-là, l'interdiction susmentionnée n'est pas applicable. Encore faut-il que « l'objectif soit légitime et l'exigence [de l'un ou l'autre des deux sexes] proportionnée »

Trois professions sont visées ici :

- les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;
- les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;
- les modèles masculins et féminins.

En outre, restent applicables certaines clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réservent le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe. C'est le cas des dispositions légales, réglementaires, conventionnelles, contractuelles ou usuelles relatives à la protection de la grossesse et de la maternité, à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal, à l'allaitement, à la démission de la salariée en état de grossesse médicalement constaté, au congé de paternité, et au congé d'adoption.

Enfin, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes ne fait pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes.

Plus largement, une loi du 21 février 2014 permet des dérogations en matière de droit des assurances et dans le cadre de l'enseignement : le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle à la différence de traitement, en particuliers entre hommes et femmes, dans le calcul des primes et l'attribution de prestations d'assurance, et à l'organisation de l'enseignement par regroupement des élèves en fonction de leur sexe.

Mais, pour l'accès la formation professionnelle, « aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite » Une loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, l'emploi et la démocratie sociale supprime les exceptions légales à ce principe dans le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice de l'emploi ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation.»

*Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – JO du 6 mars*

Dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale ou n'appliquant pas déjà un accord collectif salarial, c'est l'employeur le seul garant de l'égalité hommes-femmes, notamment en matière de salaire.

*Article L. 1142-5 du Code du travail*

Depuis janvier 2012, un décret du 6 décembre 2011 a également instauré un contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui intéressent toutes les entreprises, sans condition d'effectifs (31) et permettant l'accès à une aide financière de l'État.

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, également, à la suite de l'entrée en vigueur d'un décret du 7 juillet 2011, les entreprises d'au moins 50 salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne seront pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'égalité professionnelle.

*Articles D. 1143-7 et suivants du Code du travail*

☞ *L'employeur peut être contraint devant le juge des référés, concernant une discrimination salariale entre hommes et femmes, de communiquer les bulletins de paie, les contrats de travail et tout autre document relatif aux collègues et utiles à l'établissement de la preuve de l'inégalité.*

*Cass. Soc. 19 décembre 2012 – n° 10-20.526*

Une loi du 4 août 2014 renforce les objectifs de négociation collective en matière d'égalité homme-femme : les syndicats de salariés et d'employeur doivent en particuliers s'entendre pour supprimer tout écart de rémunération. En matière de formation professionnelle, aucune distinction entre homme et femme ne doit être faite, cette règle ne souffrant plus aucune exception.

*Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes – JO du 5 août*

En particuliers, dans le cadre de l'obligation de revoir les classifications tous les 5 ans, les partenaires sociaux doivent avoir pour priorité de réduire l'écart moyen de rémunération entre hommes et femmes. Et les critères d'évaluation retenus dans la définition des différents postes de travail sont analysés afin d'identifier et de corriger ceux d'entre eux susceptibles d'induire des discriminations entre les femmes et les hommes et afin de garantir la prise en compte de l'ensemble des compétences des salariés. De même, les partenaires sociaux doivent remettre un rapport concernant l'égalité de rémunération entre hommes et femmes à la Commission nationale de la négociation collective et au Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes 25. La négociation sur l'égalité de traitement salariale est annuelle et peut être seulement triennale si un accord complet sur l'égalité hommes femmes est conclu. Outre les écarts de rémunération entre hommes et femmes, la négociation porte sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, sur le déroulement des carrières, les conditions de travail et d'emploi et, en particulier, celles des salariés à temps partiel, sur l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et sur la mixité des emplois.

*Articles L. 2241-7, L. 2242-2 et suivants et L. 3221-6 du Code du travail*

### **Distinction entre discriminations et autres abus de droit**

Certains salariés font l'objet d'une protection légale particulière, édictée dans des dispositions spécifiques du Code du travail, dont la violation est spécialement sanctionnée, notamment :

- représentants du personnel.

*Article L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail*

- conseillers du salarié.

*Article L. 1232-1 du Code du travail*

- conseillers prud'homaux.

*Article L. 1442-19 du Code du travail*

- travailleurs handicapés.

*Article L. 5213-6 du Code du travail*

- jeunes travailleurs.

*Articles L. 3161-1 et suivants du Code du travail*

- femmes enceintes et jeunes mamans.

*Articles L. 1225-1 à L. 1225-28 du Code du travail*

- salariés en congé de paternité.

*Articles L. 1225-35 et L. 1225-36 du Code du travail*

- salariés en congé d'adoption.

*Articles L. 1225-37 à L. 1225-46 du Code du travail*

- salariés en congé parental d'éducation.

*Articles L. 1225-47 à L. 1225-60 du Code du travail*

- salariés en congé de présence parentale.

*Articles L. 1225-62 à L. 1225-65 du Code du travail*

- salariés grévistes.

*Article L. 1132-2 du Code du travail*

- salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

*Articles L. 1226-6 et suivants, L. 1226-12 à L. 1226-15 du Code du travail*

- salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée.

*Articles L. 1242-1 et suivants du Code du travail*

- travailleurs temporaires.

*Articles L. 1251-1 et suivants du Code du travail*

- salariés à temps partiel.

*Article L. 3123-10 du Code du travail.*

Ces dispositions légales ont été instaurées pour éviter l'inégalité de traitement dans le recrutement, dans l'évolution de carrière et les ruptures du contrat de travail dites « abusives ».

L'abus de droit est caractérisé lorsque les procédures protectrices légales ne sont tout simplement pas respectées.

### **Exemples**

*Envoi d'une lettre de licenciement à une femme qui s'est déclarée enceinte à son employeur, non-respect de la procédure de reclassement professionnel préalable à toute mesure de licenciement pour inaptitude physique, absence de demande d'autorisation à l'inspection du travail dans la procédure de licenciement d'un représentant du personnel, etc.*

Des dispositions légales prévoient alors explicitement que la violation de la protection légale spécifique constitue une conduite abusive. Elles prévoient également la sanction qui en découle : le plus souvent la nullité de la mesure abusive et l'octroi d'une indemnisation au profit du salarié concerné.

Des dispositions conventionnelles peuvent tout aussi explicitement prévoir les éléments caractéristiques de l'abus de droit et les sanctions. Elles peuvent alors s'ajouter à la loi, c'est-à-dire créer une attitude abusive qui n'est pas prévue par la loi. Elles peuvent aussi définir une procédure et des sanctions plus favorables au salarié.

### **Exemple**

*En matière disciplinaire, la convention collective peut prévoir la consultation des représentants du personnel avant de prononcer une sanction disciplinaire. Si cette obligation conventionnelle n'est pas respectée par l'employeur, la mesure disciplinaire peut être annulée et le salarié réintégré dans ses droits antérieurs.*

À ce mécanisme exhaustivement prévu par la loi (ou la convention collective si elle est plus favorable) s'ajoute la motivation de la mesure abusive, qui peut être discriminatoire parce que liée à un des éléments définissant la discrimination mentionnée à l'article L. 1132-1 du Code du travail. C'est le cas lorsque la décision litigieuse prise par l'employeur est liée à l'objet même de la protection légale spécifique : la maternité, l'exercice d'un mandat représentatif, le handicap ou l'état de santé, l'âge... Dans cette hypothèse, il est possible d'invoquer, en plus, la violation de l'article L. 1132-1, pour augmenter la réparation du préjudice subi.

Enfin, lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations en matière d'affichage des dispositions légales et des sanctions applicables en matière de harcèlement et de discrimination, la réparation du préjudice subi peut également être augmentée parce que le non-respect de cette règle constitue à lui-seul un abus de droit. Une ordonnance du 26 juin 2014 assouplit toutefois l'obligation d'information des salariés en matière de discrimination et de harcèlement, en permettant que les salariés soient prévenus « par tout moyen » lors de leur embauche et sur les lieux de travail.

*Ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 – JO du 27 juin*

### **Les acteurs incontournables au sein de l'entreprise**

Au sein de l'entreprise, les personnes qui s'estiment victimes de discriminations peuvent exercer leur droit d'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Les réunions dont l'objet est l'expression des salariés peuvent être l'occasion de dénoncer publiquement un traitement discriminatoire en matière de conditions de travail et de rechercher une certaine solidarité entre salariés. A noter que les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement.

*Articles L. 2281-1 et suivants du Code du travail*

Dans les entreprises, dotées en interne, ou non, d'instances représentatives du personnel ou syndicales, les salariés peuvent se faire accompagner dans leur démarche de dénonciation des discriminations. Il est possible en premier lieu de se faire aider, en consultant les représentants du personnel ou syndicaux présents dans l'entreprise (délégués du personnel, comité d'entreprise, CHSCT, délégués syndicaux), ou en se renseignant auprès d'une organisation syndicale ou d'une association habituée à l'exercice d'évaluation des indemnités au civil et au pénal. Le Code du travail offre la possibilité d'exercer les droits de la partie civile au pénal et d'intenter une action de défense des intérêts collectifs devant les juridictions civiles, pour les associations ayant pour objet principal la défense des intérêts des personnes handicapées et lorsque l'inobservation de la loi porte un préjudice certain à l'intérêt collectif qu'elles représentent.

*Article L. 5212-16 du Code du travail*

Le comité d'entreprise, et le CHSCT, sont en particuliers consultés tous les ans sur les formes particulières d'emploi (CDD, travail à temps partiel), sur les congés et arrêts-maladie, ou plus généralement sur tous les incidents liés à la relation de travail dans l'entreprise. Grâce aux rapports d'information rédigés par la direction sur ces données, il est possible de déceler des pratiques discriminatoires et c'est l'occasion également pour proposer des mesures de prévention adéquates au consensus des salariés ou de leurs représentants.

### Exemple

Chaque année, dans les entreprises de moins de 300 salariés, l'employeur remet au comité d'entreprise un rapport sur la situation économique de l'entreprise. Ce rapport porte sur :

- l'activité et la situation financière de l'entreprise ;
- le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise ;
- l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation ;
- l'évolution des salaires ;
- la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes ;
- les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise.

Article R. 2323-8 du Code du travail

Dans les entreprises de 300 salariés et plus, l'employeur soumet chaque année pour avis au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, soit directement, soit, si elle existe, par l'intermédiaire de la commission de l'égalité professionnelle, un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise.

Article L. 2323-57 du Code du travail

Pour les délégués du personnel, leur compétence en matière de discrimination est prévue spécifiquement par le Code du travail : ils ont légalement pour rôle d'alerter l'employeur sur toute situation discriminatoire dans l'établissement. L'employeur doit procéder à une enquête et, s'il ne le fait pas, le juge des référés peut être légitimement saisi.

Articles L. 2313-1 et L. 2313-2 du Code du travail

☞ *La loi renforce la protection contre le licenciement pour les « lanceurs d'alerte » : d'abord « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements discriminatoires ou pour les avoir relatés. Le salarié qui dénonce de telles pratiques lors des réunions d'expression collective peut également invoquer la violation de cette disposition légale pour engager la responsabilité de l'employeur. »*

Articles L.1132-3 et L.1134-4 du Code du travail

*Cette protection est étendue à tout lanceur d'alerte, quelle que soit la qualification ultérieure du délit commis par l'employeur ou un autre salarié, par une loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 –JO 7 décembre) :*

*« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, 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, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.*

*En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*

Article L. 1132-3-3 du Code du travail

### Les acteurs extérieurs à l'entreprise

A l'extérieur de l'entreprise, la personne qui s'estime victime d'une discrimination peut aussi alerter la HALDE. C'est une autorité administrative indépendante susceptible d'apporter un soutien administratif et logistique aux personnes. Les techniciens employés de la HALDE dispensent un conseil juridique, peuvent aider à l'établissement de la preuve, organiser une médiation ou saisir le Procureur de la République. Depuis 2010, la HALDE n'existe plus en tant qu'autorité administrative indépendante. Les missions de cette instance sont désormais confiées au « Défenseur des droits », institution publique indépendante chargée d'une mission de service public en particuliers en matière de discriminations.

Saisir l'inspection du travail est également important. Faire dresser un procès-verbal par l'inspecteur du travail dans l'entreprise peut avoir un double effet conséquent : d'une part, c'est un moyen de pression efficace contre l'auteur de la discrimination ou contre l'employeur pour faire cesser le trouble ; d'autre part c'est un élément de preuve fortement probant devant le juge si la personne se dirige vers un contentieux. Les procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail sont transmis au Procureur de la République et au Préfet du Département où siège l'entreprise ou l'établissement. Ils peuvent donc permettre l'ouverture d'une enquête judiciaire, comme les constatations d'infractions dressées par les agents de police judiciaire. Si le Procureur décide de classer sans suite, les procès-verbaux sont toutefois conservés et peuvent être réutilisés en cas d'alerte ultérieure pour des faits similaires, comme dans le cadre d'une main courante. Enfin, le Code du travail vise expressément la lutte contre les discriminations dans le cadre de la saisine du juge des référés par l'inspecteur du travail. En cas de traitement discriminatoire entraînant risque pour l'intégrité physique de la personne, faire appel à l'inspecteur du travail permet donc de déclencher une procédure d'urgence pour faire cesser le trouble rapidement.

Le médecin du travail peut par ailleurs jouer son rôle. Celui-ci est exclusivement préventif. Il consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail. Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail.

*Article L. 4622-3 du Code du travail*

### Agir contre les discriminations dans l'entreprise

Il est important de ne pas rester isolé et d'alerter les organes dirigeants ou responsables hiérarchiques, autant que les représentants du personnel. Ainsi, l'évocation de la situation discriminante peut servir à d'autres personnes qui connaissent ou qui sont amenés à connaître dans l'avenir la même expérience, afin de trouver des solutions plus rapidement, savoir quelle procédure engager. En outre, les avis et propositions émanant des réunions du personnel ou de leurs représentants dans l'entreprise étant transmises à l'employeur, la preuve du caractère durable, répété de cette pratique inégalitaire, et de l'importance du préjudice subi, peut en être facilitée. Enfin, pour qu'une telle pratique s'arrête, il convient de prévenir la seule personne qui véritablement détient la compétence d'y mettre fin, celui qui a le pouvoir de direction dans son entreprise. Sans intermédiaire, ce sont les relations intuitu personae (individuelles et personnelles) qui priment.

Ici aussi, l'employeur n'a aucun intérêt à laisser les relations professionnelles se dégrader : il peut être poursuivi, au civil et au pénal, pour non respect de son obligation légale d'assurer la bonne santé et la sécurité, physique et morale de ses salariés, ou en application des dispositions spécifiques au harcèlement ; sa réputation et celle de son entreprise sont en jeu ; la productivité peut être freinée par un effet d'annonce collective du conflit sur les autres salariés.

*Articles L. 4131-4, L. 4731-1, L. 4732-1, L. 4741-1 du Code du travail*

Ensuite, l'alerte de l'employeur de la situation dès le début, donnera au juge une visibilité élargie du caractère durable, répété, d'un traitement discriminatoire ; il condamnera plus certainement un employeur qui avait connaissance des agissements discriminatoires dans son entreprise ou qui ne pouvait les ignorer. Dans le même sens, dans le cadre du règlement amiable de la situation, le salarié peut argumenter sur l'ampleur de la situation préjudiciable dans le temps pour peser dans la négociation.

Par ailleurs, les débordements émotionnels des salariés maltraités (insultes, détérioration du matériel etc.) peuvent être considérés avec beaucoup plus d'indulgence par les juges, s'ils résultent d'une situation difficilement supportable, ancienne, et connue de tous, y compris de l'employeur. En prévenant par écrit l'employeur des faits, en conservant traces des dates, du contenu des éventuels entretiens accordés, il s'agit de rétablir un certain équilibre entre la responsabilité du salarié qui a commis une faute professionnelle en s'énervant contre un collègue, du matériel, etc. et celle de l'employeur qui, prévenu de la gravité de la situation, n'a rien fait pour y mettre un terme, avant qu'un réel conflit éclate.

Si la discrimination émane directement de l'employeur, ou de celui qui dirige l'entreprise, il est important néanmoins de s'adresser à lui, ne serait-ce que pour le prévenir des sanctions civiles et pénales qu'il encourt et pour se préserver de ses propres erreurs. Dans le cadre d'un contentieux, le juge appréciera que le salarié ait épuisé les voies de recours internes à l'entreprise, ait cherché pendant un certain temps une solution amiable avec l'employeur, ou ait montré la volonté de désamorcer un conflit latent et progressif.

### **Agir devant le Conseil de Prud'hommes**

Le conseil de prud'hommes est compétent pour le règlement des différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail, entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il règle également les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail. C'est donc cette juridiction civile qu'il faut saisir, lorsque la discrimination ou la situation inégalitaire naît au cours de la relation de travail, ou émane de l'employeur ou d'un responsable hiérarchique.

Le conseil de prud'hommes règle ces différends par voie de conciliation et juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. Et il n'est pas possible de renoncer, individuellement ou par accord avec l'employeur, à la compétence du conseil de prud'hommes, au profit d'une autre juridiction civile.

Il est nécessaire de distinguer la voie civile de la voie pénale : les faits de discrimination étant des infractions au Code pénal, il est possible de saisir soit les juridictions répressives soit le conseil de prud'hommes. Il est également possible de saisir les deux juridictions. Ce choix s'opère à partir de la demande de la victime. Si la victime souhaite une sanction personnelle de l'auteur de la discrimination, elle peut s'engager dans la voie pénale. Si, par contre, la demande de la victime est que le traitement discriminatoire s'arrête, elle peut demander au conseil de prud'hommes la nullité de la mesure discriminatoire et, en conséquence, le rétablissement dans ses droits antérieurs par indemnisation ou réintégration dans l'entreprise. Cette distinction entre les juridictions civiles et pénales est importante car la procédure de saisine n'est pas la même, la sanction est différente aussi. La preuve est enfin plus aisée à rapporter au civil qu'au pénal, il sera donc plus difficile d'obtenir satisfaction de sa demande devant le juge répressif.

Pour les recours en discriminations, l'action civile en réparation du préjudice se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Une loi du 14 juin 2013 qui a réformé les délais civils de prescription n'a pas modifié ceux applicables en matière de discrimination et de harcèlement, qui restent donc égaux à 5 ans, à compter de la révélation de la discrimination ou des faits de harcèlement.

*Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 – JO du 15 juin*

Enfin, la contribution aux frais juridiques, qui avait été introduite en octobre 2011, d'un montant de 35 euros, a été supprimée par la loi de finances pour 2014 du 29 décembre 2013, et ce au titre des instances introduites depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Introduire une instance prudhommale est donc à nouveau gratuit.

*Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 – JO du 30 décembre*

### **Sanctions pénales**

Les discriminations à l'embauche, dans le cadre d'une sanction disciplinaire, d'un licenciement, ou du refus d'accès à un emploi, un stage ou une formation, peuvent être sanctionnées par les tribunaux répressifs à 3 ans d'emprisonnement et/ou 45 000 € d'amende.

*Articles 225-1, 225-2, 225-4 du Code pénal*

Des peines complémentaires peuvent être prononcées à l'encontre de l'employeur ou de l'auteur de la discrimination :

- interdiction d'exercer l'activité dans le cadre de laquelle a été commis l'acte discriminant pendant 5 ans ;
- fermeture de l'établissement ou de l'entreprise pendant 5 ans ;
- exclusion des marchés publics pendant 5 ans ;
- affichage de la décision judiciaire prononcée ;

ou

- diffusion de cette décision dans la presse écrite ;

*Article 131-39 du Code pénal*

## **HARCÈLEMENT MORAL OU SEXUEL AU SEIN DE L'ENTREPRISE**

Le harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral, est encadré par des dispositions légales spécifiques : le Code du travail, et la convention collective dans ses dispositions plus favorables que la loi, précisent les caractéristiques des comportements de harcèlement moral et sexuel, la sanction civile et pénale applicable à ces agissements délictueux, la possibilité d'une médiation, l'obligation de vigilance et de prévention qui incombe à l'employeur.

Les actes de harcèlement moral ou sexuel peuvent conduire à des mesures discriminatoires. Le salarié peut alors cumulativement invoquer les deux préjudices devant les juridictions civiles et pénales.

Une loi du 6 août 2012 portant sur le harcèlement sexuel a modifié le Code pénal et le Code du travail, dans leurs dispositions relatives aux harcèlements sexuels et moraux, afin de combler le vide juridique créé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 qui avait déclaré contraire à la Constitution en raison de son imprécision l'article 222-33 du Code pénal relatif au délit de harcèlement sexuel. Cette décision avait mis fin à toutes les procédures en cours.

*Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 – JO du 7 août*

*Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012*

### **Dispositions légales de référence**

#### ***Pour le harcèlement moral :***

- Article L. 1152-1 du 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 L. 1152-2 du Code du travail : « *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés* » ;
- Article L. 1152-3 du Code du travail : « *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 L. 1152-4 du Code du travail : « *L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral. Le texte de l'article 222-33-2 du Code pénal est affiché dans les lieux de travail* » ;

- Article 222-33-2 du 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 de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende » ;
- Article L. 1152-5 du Code du travail : « Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire » ;
- Article L. 1152-6 du Code du travail : « 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 faits constitutifs de harcèlement moral peuvent se dérouler sur une brève période. Est censurée par la Cour de cassation une décision de Cour d'Appel, qui considère que les faits litigieux (rétrogradation, mise à l'écart, menaces, propos dégradants) s'étant déroulés sur une courte période de 2 mois (du 11 septembre au 13 novembre), ne caractérisaient pas le harcèlement moral. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a en l'occurrence ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et n'a pas pris en considération tous les éléments établis par le salarié (alors que les juges sont tenus par le Code du travail d'appréhender l'ensemble des éléments qui leur sont présentés).*

*Cass. soc, 26 mai 2010 – n° 08-43.152*

*Cass. soc, 15 décembre 2009 – n° 08-43.288*

*Cass. soc, 27 janvier 2010 – n° 08-43.985*

### **Pour le harcèlement sexuel**

- Article L. 1153-1 du Code du travail : « *Aucun salarié ne doit subir des faits :*
  - *1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;*
  - *2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers » ;*
- Article L. 1153-2 du Code du travail : « *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une 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 faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article L. 1153-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés » ;*
- Article L. 1153-3 du Code du travail : « *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés » ;*
- Article L. 1153-4 du Code du travail : « *Toute disposition ou tout acte contraire aux dispositions des articles L. 1153-1 à L. 1153-3 est nul » ;*
- Article L. 1153-5 du Code du travail : « *L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel. Le texte de l'article 222-33 du Code pénal est affiché dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche » ;*

■ Article 222-33 du Code pénal :

- I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante,
  - II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers,
  - III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ;
- ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :
- 1° par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions,
  - 2° sur un mineur de quinze ans,
  - 3° sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur,
  - 4° sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur,
  - 5° par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

■ Article L. 1153-6 du Code du travail : « Tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire. »

### **Véritable obligation patronale liée à la sécurité dans l'entreprise**

L'obligation de prévention qui incombe à l'employeur n'est pas à prendre à la légère. Elle s'intègre dans l'obligation générale liée au maintien de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, obligation considérablement renforcée depuis une législation de 2006 et son application par le juge prud'homal.

*Articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail*

Le non-respect des principes généraux de prévention peut être utilement invoqué pour alourdir les charges contre l'employeur en matière de harcèlement sexuel et moral, d'autant qu'en corrélation, des sanctions spécifiques existent. Parmi les obligations très précises de l'employeur, il est intéressant de relever celle consistant à « donner les instructions appropriées aux travailleurs », adapter les méthodes de travail en fonction des résultats de l'évaluation des risques, « garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs », intégrer « ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement ».

Enfin, « lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, prend en considération les capacités de l'intéressé à mettre en œuvre les précautions nécessaires pour la santé et la sécurité ». Il pourrait découler de cette dernière phrase que l'employeur doit évaluer la fragilité psychologique des salariés et prendre les mesures nécessaires pour éviter une situation de mésentente avec l'encadrement, même si les salariés concernés n'expriment pas clairement et directement leur malaise.

L'obligation de sécurité de l'employeur est une obligation de résultat et non pas seulement de moyen : l'employeur ne doit pas seulement mettre tout en œuvre pour éviter l'insécurité, dont les situations de harcèlement moral ou sexuel, il doit réussir à les éviter. En d'autres termes, si des agissements de harcèlement moral ou sexuel sont avérés dans son entreprise, commis non pas par lui mais par un subordonné, il peut être considéré comme coresponsable par les tribunaux et encourt des sanctions civiles et pénales importantes. Et il appartient aux responsables hiérarchiques de faire cesser les agissements de harcèlement.

*Cass. Soc, 21 juin 2006 – Association Prospara c/X*

### Exemples jurisprudentiels

*Deux salariées, estimant avoir subi, dans le premier cas des violences au travail de la part d'un supérieur hiérarchique, dans le second, un harcèlement moral puis sexuel, ont pris acte de la rupture de leur contrat de travail et demandent au juge de dire que cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

*Dans les deux cas, les cours d'appel ont décidé que la prise d'acte produisait les effets d'une démission en considérant, qu'une fois informés de la situation, les employeurs avaient pris les mesures nécessaires pour faire cesser les agissements fautifs de leurs collaborateurs, ce qui excluait que la rupture du contrat de travail décidée par leurs salariées leur soit imputable.*

*L'argumentation des employeurs, retenue par les juges du fond, portait avant tout sur les diligences dont ils avaient fait preuve pour faire cesser les agissements fautifs, les faits de violence ou de harcèlement moral puis sexuel, une fois commis.*

*La Cour de cassation casse les deux arrêts au visa principal de l'article L. 4121-1 du Code du travail, mais aussi L. 1152-4 et L. 1153-5 s'agissant de la prévention.*

*Elle estime qu'il convient de tirer les conséquences de l'inexécution par les employeurs de l'obligation de résultat à laquelle ils sont tenus. Cette inexécution étant établie, les juges du fond ne pouvaient estimer que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par les salariées produisait les effets d'une démission.*

*Cass. Soc. 3 février 2010, n° 08-44.019 et 08-40.144*

Dans le cadre de cette obligation de prévention liée à la sécurité dans l'entreprise, l'employeur avait une obligation d'affichage dans le lieu de recrutement et dans les lieux de travail les définitions et sanctions pénales des agissements de harcèlement moral et sexuel. Mais une ordonnance du 26 juin 2014 est venue modifier le Code du travail, l'employeur devant simplement désormais informer « par tout moyen » les personnes qui se disent victimes de harcèlement du texte de l'article 222-33-2 du Code pénal.

*Articles L. 1152-4 et L. 1153-5 du Code du travail modifiés par Ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014*

### Rôle des représentants du personnel et autres acteurs extérieurs

Dans les entreprises dotées d'une représentation du personnel, plusieurs instances sont systématiquement informées et consultées sur les relations de travail favorisant le risque de harcèlement moral ou sexuel et sur les situations qui ont effectivement eu lieu. Cette information est donnée par l'employeur en particuliers dans le cadre de rapports annuels spécifiques, qui n'empêchent pas l'interpellation en urgence ou la tenue d'une réunion exceptionnelle au moment où ces événements sont révélés.

Ainsi, le Code du travail met l'accent sur les missions du CHSCT relatives à la protection et à la prévention de certaines situations particulières à risques ou de certains salariés réputés fragiles :

- salariés mis à disposition par une entreprise extérieure ;
- respect de l'égalité entre hommes et femmes, notamment dans l'accès à tous les emplois dans l'établissement ;
- femmes enceintes et situations liées à la maternité ;
- situations de harcèlement moral et sexuel.

*Articles L. 4612-1 à L. 4612-3 du Code du travail*

Le CHSCT peut en premier lieu être alerté par les délégués du personnel et le comité d'entreprise sur toute situation qui relève de sa compétence.

*Article L. 4612-13 du Code du travail*

Pour remplir ces missions, le CHSCT procède à des enquêtes et à des inspections régulières. Il peut recourir à des experts dans certains cas. Le CHSCT peut solliciter l'organisation de réunions exceptionnelles, soit à la suite d'un incident grave, soit par demande expresse de deux de ses membres.

*Article L. 4614-10 du Code du travail*

Il peut présenter ses observations à l'inspecteur du travail, lors de ses visites dans l'établissement, dont le comité doit être informé à l'avance.

*Article L. 4612-7 du Code du travail*

Enfin, au moins une fois par an, l'employeur présente au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail un rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement et des actions menées au cours de l'année écoulée.

*Article L. 4612-16 du Code du travail modifié par Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 – JO du 13 mai*

Le comité d'entreprise est quant à lui consulté une fois par an sur la base de multiples rapports intéressant les conditions de travail des salariés, ainsi que sur le bilan social. Dans les données chiffrées qui lui sont ainsi transmises, il est possible de détecter des conduites à risques ou des situations de harcèlement. Et l'examen de ces données peut donner lieu à dénonciation de pratiques de harcèlement par les représentants du personnel.

*Article L. 2323-70 du Code du travail*

Enfin, les délégués du personnel peuvent connaître et accompagner des situations de harcèlement dans le cadre de dispositions légales spécifiques : « Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. » L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation, dans le cadre plus général de ses obligations en matière de sécurité. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor Public.

*Article L. 2313-2 du Code du travail*

☞ *Le droit de retrait du salarié, qui peut refuser de travailler dans un cadre qui présente un risque grave et imminent, pour sa santé physique et morale, et pour sa sécurité, sans encourir de sanction disciplinaire ou pécuniaire. L'exercice de ce droit peut en particuliers être revendiqué en cas de harcèlement moral.*

*Article L. 4131-1 du Code du travail*

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise sont habilitées à intenter une action en justice au titre du harcèlement moral dont est victime un salarié, à la condition de justifier de son accord écrit. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment.

*Article L. 1154-2 du Code du travail*

Quant aux acteurs externes à l'entreprise, la HALDE, l'inspection du travail et les services de santé au travail peuvent aider dans les démarches notamment dans le rassemblement des preuves, comme en matière de discriminations.

## Preuve du harcèlement et médiation

Comme en matière de discrimination, il est important d'épuiser les voies de recours internes, avant de s'adresser aux tribunaux, qu'ils soient civils ou répressifs.

De façon spécifique au harcèlement, une procédure de médiation peut être mise en place, à la demande du salarié qui s'estime victime de harcèlement moral, avant d'envisager un contentieux. Depuis janvier 2003, le médiateur peut également être saisi par la personne accusée de commettre des actes de harcèlement.

Article 5 de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques

Le médiateur est nécessairement une personne extérieure à l'entreprise, choisie sur une liste de personnalités connues pour leur autorité morale ou leur compétence en matière de harcèlement moral ou sexuel. Cette liste est établie par le représentant de l'État dans le département, après consultation des associations de défense des victimes de harcèlement et des syndicats les plus représentatifs au plan national. Le choix du médiateur doit faire l'objet d'un accord entre les parties.

*Article 5 de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques*

Le médiateur convoque les parties qui doivent comparaître en personne dans un délai d'un mois. En cas de défaut de comparution, le médiateur dresse un constat de carence et l'adresse aux parties. Lorsque l'entretien de conciliation a lieu, le médiateur propose par écrit des mesures pour mettre fin au harcèlement et, en cas d'échec de la conciliation, il est tenu d'informer les parties des sanctions existantes et des garanties procédurales offertes à la victime.

*Article L. 1152-6 du Code du travail*

En cas de litige, et comme dans le cadre de la lutte contre les discriminations, la charge de la preuve ne revient pas seulement à la victime, la personne accusée devant démontrer les accusations. En matière de harcèlement, la charge pesant sur la victime présumée du harcèlement a été renforcée par la loi du 3 janvier 2003.

*Article 4 de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques*

Ainsi, le salarié concerné "établit" (et non plus seulement "présente") des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Il appartient alors à la personne accusée de prouver que ses actes ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement, en justifiant les mesures prises par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination : obligations contractuelles du salarié intéressé, obligations contractuelles de la personne accusée, exercice du pouvoir disciplinaire et de direction, consignes d'hygiène et de sécurité, intérêt de l'entreprise...

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, si nécessaire, toutes les mesures d'instruction qu'il juge utiles.

*Article L. 1154-1 du Code du travail*

## Agir devant le Conseil de Prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est compétent pour le règlement des différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail, entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il règle également les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail. C'est donc cette juridiction civile qu'il est possible de saisir, en cas de situation de harcèlement moral ou sexuel, au cours de la relation de travail, émanant de l'employeur ou d'un responsable hiérarchique.

Le conseil de prud'hommes règle ces différends par voie de conciliation et juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. Et 'il n'est pas possible de renoncer, individuellement ou par accord avec l'employeur, à la compétence du conseil de prud'hommes, au profit d'une autre juridiction civile.

Il est nécessaire de distinguer la voie civile de la voie pénale : les faits de harcèlement étant des infractions au Code pénal, il est possible de saisir soit les juridictions répressives soit le conseil de prud'hommes. Il est également possible de saisir les deux juridictions. Ce choix s'opère à partir de la demande de la victime. Si la victime souhaite une sanction personnelle de l'auteur du harcèlement, elle peut s'engager dans la voie pénale. Si, par contre, la demande de la victime est que le harcèlement cesse, elle peut demander réparation seulement au conseil de prud'hommes, par la nullité de la mesure prise dans un contexte de harcèlement et, donc, le rétablissement dans ses droits antérieurs par indemnisation ou réintégration dans l'entreprise. Cette distinction entre les juridictions civiles et pénales est importante car la procédure de saisine n'est pas la même, la sanction est différente aussi. La preuve est enfin plus aisée à rapporter au civil qu'au pénal, il sera donc plus difficile d'obtenir satisfaction de sa demande devant le juge répressif.

Pour les recours judiciaires pour harcèlement moral ou sexuel, l'action civile en réparation du préjudice se prescrit par cinq ans à compter de la révélation du harcèlement. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Une loi du 14 juin 2013 qui a réformé les délais civils de prescription n'a pas modifié ceux applicables en matière de discrimination et de harcèlement, qui restent donc égaux à 5 ans, à compter de la révélation de la discrimination ou des faits de harcèlement.

*Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 – JO du 15 juin*

Enfin, la contribution aux frais juridiques, qui avait été introduite en octobre 2011, d'un montant de 35 €, a été supprimée par la loi de finances pour 2014 du 29 décembre 2013, et ce au titre des instances introduites depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Introduire une instance prudhommale est donc à nouveau gratuit.

*Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 – JO du 30 décembre*

### **Sanctions pénales**

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 de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

*Article 222-33-2 du Code pénal modifié par Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 – JO du 7 août*

Et « *Sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel ...* »

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.

En outre, tout agissement de harcèlement moral constaté sur le lieu de travail peut également conduire à un an d'emprisonnement et/ou 3 750 €, ainsi qu'à l'affichage du jugement dans des journaux pré désignés, aux frais de la personne condamnée.

*Article L. 1155-2 du Code du travail modifié par Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 – JO du 7 août*

### **Démission légitime à la suite d'un acte de harcèlement moral ou sexuel dans l'entreprise**

A titre dérogatoire, la Commission paritaire nationale du Régime d'assurance chômage décide de considérer comme légitimes les ruptures à l'initiative du salarié intervenues à la suite d'un acte susceptible d'être délictueux, dont le salarié déclare avoir été victime à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail, et pour lequel il justifie avoir déposé une plainte auprès du procureur de la République.

L'acte délictueux recouvre tout comportement antisocial tombant sous le coup de la loi. Il s'agit donc tant des contraventions que des délits ou même des crimes.

«Est considéré comme involontaire le chômage du salarié qui démissionne et porte plainte contre son employeur, auteur à son endroit d'un acte délictueux. A titre indicatif, il peut s'agir :

- de la menace d'une atteinte à sa personne ;
- d'un viol ;
- de coups ou de violences ou de voies de fait ;
- d'atteintes à la vie privée, dénonciations calomnieuses ;
- de vol ;
- de discrimination en raison du sexe, de la race, des mœurs, de la religion... ;
- de harcèlement sexuel ou moral.

A l'appui de sa demande, l'intéressé doit présenter à Pôle Emploi la copie de la plainte ou le récépissé de dépôt de celle-ci auprès du procureur de la République.

La citation directe qui consiste à saisir directement le tribunal de police ou correctionnel (selon qu'il s'agit d'une contravention ou d'un délit) est a fortiori recevable. Il en va de même en cas de plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction. Enfin, l'intéressé peut présenter à Pôle Emploi une plainte déposée auprès d'un commissariat de police ou d'une gendarmerie».

*Circulaire UNEDIC n° 03-05 du 28 avril 2003*

### **Résiliation judiciaire du contrat de travail ou prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur**

Un salarié victime de harcèlement moral peut demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail, ou prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur, à l'occasion d'un litige devant le Conseil de Prud'hommes pour dénoncer des agissements de harcèlement moral.

*Cass. soc, 26 mai 2010 - n° 08-43.152*

Les demandes de réparation justifiées par le harcèlement et celles concernant la rupture du contrat peuvent être donc liées mais aussi indépendantes.

Lorsque les demandes sont liées, il est nécessaire de faire attention à la date des agissements de harcèlement moral. En effet, lorsque le juge statue sur une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, il se place au jour où il statue pour apprécier le fondement de la demande. Si les faits de harcèlement moral ont cessé (en l'espèce, départ du supérieur hiérarchique auteur du harcèlement), si la demande de résiliation est uniquement justifiée par le harcèlement, alors les juges peuvent considérer que la rupture judiciaire du contrat de travail n'a pas lieu d'être.

*Cass. soc, 1<sup>er</sup> juillet 2009 - n° 07-44.198*

La résiliation judiciaire d'un contrat de travail aux torts de l'employeur justifiée par des agissements de harcèlement moral, doit être assimilée à un licenciement nul et non pas à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

*Cass. Soc. 20 février 2013 – n° 11.26-560*

## GESTION DU STRESS AU TRAVAIL

A la suite d'un accord européen du 8 octobre 2004, un accord national interprofessionnel a été conclu en 2008 sur le stress au travail. Cet accord a été rendu obligatoire à toutes les entreprises françaises en 2009.

*Accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, étendu à toutes les entreprises par arrêté du 23 avril 2009 - JO du 6 mai 2009*

C'est un accord cadre qui définit de grandes orientations et donne des indications sur la nature et l'objet des mesures à prendre en matière de stress au travail. Mais il ne se suffit pas à lui-même puisque les entreprises doivent intégrer ses principes sous forme d'accords collectifs d'entreprise ou de branche professionnelle, ou sous forme d'annexe au règlement intérieur (engagement unilatéral de l'employeur).

### Objectifs de l'accord

L'objet de l'accord est :

- d'augmenter la prise de conscience et la compréhension du stress au travail, par les employeurs, les travailleurs et leurs représentants ;
- d'attirer leur attention sur les signes susceptibles d'indiquer des problèmes de stress au travail et ce, le plus précocement possible ;
- de fournir aux employeurs et aux travailleurs un cadre qui permette de détecter, de prévenir, d'éviter et de faire face aux problèmes de stress au travail. Son but n'est pas de culpabiliser l'individu par rapport au stress.

Dans ce cadre, les partenaires sociaux souhaitent concourir à la préservation de la santé des travailleurs par :

- la mise en place d'une prévention efficace contre les problèmes générés par les facteurs de stress liés au travail ;
- l'information et la formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise ;
- la lutte contre les problèmes de stress au travail et la promotion de bonnes pratiques notamment de dialogue dans l'entreprise et dans les modes organisationnels pour y faire face ;
- la prise en compte de l'équilibre entre vie professionnelle, vie familiale et personnelle.

Mais l'accord ne traite donc ni de la violence au travail, ni du harcèlement et du stress post-traumatique.

### Définitions du stress au travail

Selon l'accord, « Un état de stress survient lorsqu'il y a déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face. L'individu est capable de gérer la pression à court terme mais il éprouve de grandes difficultés face à une exposition prolongée ou répétée à des pressions intenses. En outre, différents individus peuvent réagir de manière différente à des situations similaires et un même individu peut, à différents moments de sa vie, réagir différemment à des situations similaires. Le stress n'est pas une maladie mais une exposition prolongée au stress peut réduire l'efficacité au travail et peut causer des problèmes de santé. Le stress d'origine extérieure au milieu de travail peut entraîner des changements de comportement et une réduction de l'efficacité au travail. Toute manifestation de stress au travail ne doit pas être considérée comme stress lié au travail. Le stress lié au travail peut être provoqué par différents facteurs tels que le contenu et l'organisation du travail, l'environnement de travail, une mauvaise communication, etc. »

L'accord du 2 juillet 2008 n'entend pas fournir une liste exhaustive des indicateurs potentiels de stress. Toutefois, un certain nombre d'indicateurs peuvent révéler la présence de stress dans l'entreprise justifiant la prise de mesures adaptées pour lutter contre le phénomène.

L'accord donne pour exemples :

- un niveau élevé d'absentéisme notamment de courte durée ;
- une augmentation des rotations du personnel en particulier fondée sur des démissions ;
- des conflits personnels ou des plaintes fréquents de la part des travailleurs ;
- un taux de fréquence des accidents du travail élevé ;
- des passages à l'acte violents contre soi-même ou contre d'autres, même peu nombreux ;
- une augmentation significative des visites spontanées au service médical.

### Mesures préconisées par l'accord

L'accord sur le stress au travail recommande des mesures relatives à l'identification du stress, sa prévention et la gestion post-act.

L'identification d'un problème de stress au travail doit passer par une analyse de facteurs tels que :

- l'organisation et les processus de travail :
  - aménagement du temps de travail,
  - dépassement excessifs et systématiques d'horaires,
  - degré d'autonomie,
  - mauvaise adéquation du travail à la capacité ou aux moyens mis à disposition des travailleurs,
  - charge de travail réelle manifestement excessive,
  - des objectifs disproportionnés ou mal définis,
  - une mise sous pression systématique par les responsables hiérarchiques,
  - ... ;
- les conditions et l'environnement de travail, notamment l'exposition :
  - à un environnement agressif,
  - à un comportement abusif,
  - au bruit,
  - à une promiscuité trop importante pouvant nuire à l'efficacité,
  - à la chaleur,
  - à des substances dangereuses,
  - etc ;
- la communication :
  - incertitude quant à ce qui est attendu au travail,
  - perspectives d'emploi, changement à venir,
  - une mauvaise communication concernant les orientations et les objectifs de l'entreprise,
  - une communication difficile entre les acteurs,
  - ... ;
- et les facteurs subjectifs :
  - pressions émotionnelles et sociales,
  - impression de ne pouvoir faire face à la situation,
  - perception d'un manque de soutien,

- difficulté de conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle,
- etc.

Le médecin du travail est une ressource en termes d'identification du stress au travail. L'inspecteur du travail peut également être sollicité.

L'accord rappelle ensuite que les mesures de prévention, d'élimination ou de réduction du stress doivent être envisagées dès qu'un problème de stress au travail est identifié. Les entreprises doivent donc être réactives.

Les mesures à prendre sont de la responsabilité de l'employeur, dans le cadre de son obligation générale et légale de sécurité, de protection de la santé physique et mentale des travailleurs.

*Articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail*

Les institutions représentatives du personnel, notamment le CHSCT, et à défaut les travailleurs, sont associées à la mise en œuvre de ces mesures.

La lutte contre les causes et les conséquences du stress au travail peut être menée dans le cadre d'une procédure globale d'évaluation des risques, ou par une politique distincte en matière de stress qui implique des actions de prévention et des actions correctives et/ou par des mesures spécifiques visant les facteurs de stress identifiés. Ces mesures peuvent être collectives, individuelles ou concomitantes. Elles doivent faire l'objet d'un réexamen périodique afin d'évaluer leur efficacité ainsi que leur impact sur le stress tel qu'il ressort des indicateurs, pour déterminer s'il a été fait un usage optimal des ressources et si les mesures définies sont encore appropriées ou nécessaires.

■ L'accord cite en exemples :

- des mesures visant à améliorer l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail,
- celles destinées à assurer un soutien adéquat de la direction aux personnes et aux équipes,
- celles ayant pour objet de donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à propos de leur travail,
- celles qui permettent d'assurer une bonne adéquation entre responsabilité et contrôle sur le travail,
- des mesures de gestion et de communication visant à clarifier les objectifs de l'entreprise et le rôle de chaque travailleur,
- la formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise et en particulier de l'encadrement et de la direction afin de développer la prise de conscience et la compréhension du stress, de ses causes possibles et de la manière de le prévenir et d'y faire face,
- l'information et la consultation des travailleurs et/ou leurs représentants, conformément à la législation, aux conventions collectives et aux pratiques européennes et nationales.

## **ACCORD NATIONAL INTERPROFESSIONNEL SUR LE HARCÈLEMENT ET LA VIOLENCE AU TRAVAIL**

Un accord national interprofessionnel sur l'ensemble de ces violences a d'ailleurs été conclu le 26 mars 2010. Il est applicable aux entreprises affiliées aux syndicats ou organisations signataires et a fait l'objet d'une extension, afin de le rendre obligatoire à toutes les entreprises employant des salariés sur le territoire français.

*Accord National Interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, étendu par arrêté du 23 juillet 2010, JO du 31 juillet 2010*

Cet accord interprofessionnel fait suite à l'accord national interprofessionnel sur le stress au travail signé en juillet 2008 et à l'accord européen du 15 décembre 2006 sur le harcèlement et la violence au travail.

### **Objectifs de l'accord**

Il s'agit de révéler les risques psychosociaux susceptibles d'affecter tout lieu de travail et toute entreprise, quels que soient la taille de celle-ci, son secteur d'activité, la forme du contrat de travail et les relations professionnelles.

L'objectif de cet accord est la mise en œuvre de mesures de prévention collectives, visant à améliorer la santé et la sécurité des travailleurs, à veiller à l'environnement physique et psychologique de travail.

Il s'agit aussi de sensibiliser tous les acteurs à ces questions de harcèlement et de violence au travail : employeurs, responsables hiérarchiques, salariés, représentants du personnel et syndicaux.

Les partenaires sociaux ont ainsi voulu offrir un cadre juridique précis et constant permettant aux personnes concernées (employeurs et salariés) de gérer la problématique de la violence au travail, c'est-à-dire : identifier les situations violentes, réfléchir à des outils d'anticipation et de gestion post-act.

### Définitions et champ d'application personnel

Les comportements violents visés par l'accord sont :

- d'ordre physique, psychologique ou sexuel ;
- commis par un ou plusieurs individus, employeurs, salariés, et même tiers à l'entreprise ;
- ayant pour but ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne ;
- affectant la santé, la sécurité ou l'environnement social de la victime.

L'environnement de travail où se produit la violence concerne toutes les relations professionnelles et tout mode de fonctionnement d'une entreprise : méthodes de management, relations avec la clientèle, interventions d'entreprises extérieures, manque de communication interne, organisation des tâches et du temps de travail.

L'accord va dans le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui reconnaît qu'une méthode de gestion puisse caractériser un agissement constitutif de harcèlement moral.

*Cass. Soc. 10 novembre 2009 – n° 07-45.321*

Plus précisément, l'accord retient la définition de la violence telle qu'issue des travaux du Bureau International du Travail (BIT) : « toute action, tout incident ou tout comportement qui s'écarte d'une attitude raisonnable par lesquels une personne est attaquée, menacée, lésée ou blessée dans le cadre du travail ou du fait de son travail ».

La définition conventionnelle du harcèlement est quant à elle plus restrictive que celle énoncée dans le Code du travail, puisque l'accord décrit des situations d'abus, de menaces, d'humiliations répétées et surtout délibérées, liées au travail ou qui se sont produites sur le lieu de travail. Or, la Cour de cassation décide qu'une situation de harcèlement, telle que prévue aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1 du Code du travail, peut être caractérisée alors même qu'il n'y a pas d'intention malveillante.

*Cass. Soc. 10 novembre 2009 – n° 08-41.497*

L'accord attire l'attention sur des catégories de salariés plus en danger que d'autres :

- ceux qui sont en contact avec le public ;
- ceux qui sont le plus souvent sujets à discrimination de par leur origine, leur race, leur orientation sexuelle ou leur handicap ;
- et les femmes.

### Mesures préconisées

L'accord préconise des mesures de prévention associant les salariés et leurs représentants au sein de l'entreprise, les employeurs et les responsables hiérarchiques ainsi que des acteurs extérieurs à l'entreprise comme la médecine du travail ou l'inspection du travail.

Ces mesures de préventions peuvent prendre la forme d'une charte de « bonne conduite » ou « de référence » annexée au règlement intérieur de l'entreprise (engagement unilatéral de l'employeur), d'un accord collectif négocié avec les représentants syndicaux de l'entreprise ou de la branche professionnelle.

Des informations collectives peuvent être organisées dans le cadre du droit d'expression des salariés, dans les entreprises dépourvues de représentation du personnel. Des consultations spécifiques du comité d'entreprise ou du CHSCT peuvent avoir lieu, dans le cadre des obligations de consultation de ces représentants du personnel en matière de sécurité et des conditions de travail. Enfin, des formations ayant pour objet la prévention du harcèlement ou des violences au travail peuvent être dispensées aux responsables hiérarchiques de l'entreprise, notamment en lien avec les services de santé au travail.

Il s'agit également de détecter les conduites à risques, en particuliers sur la base des rapports annuels ou semestriels obligatoires, sur lesquels les représentants du personnel doivent être informés et donner leur avis. Ces rapports doivent mettre en évidence, selon l'accord, les conflits personnels répétés, les plaintes des salariés, le nombre d'arrêts maladie pour dépression nerveuse, ou les actes de violences contre soi-même ou envers les autres personnes présentes dans l'entreprise (tentatives de suicide, rixes...).

Dans le cadre de la gestion de situations de violences qui ont effectivement lieu, les partenaires sociaux invitent les différents acteurs concernés à mettre en œuvre une véritable méthodologie de traitement des plaintes de salariés, dans le règlement intérieur ou sa charte annexée, ou sous la forme d'accords collectifs particuliers. Quelques principes minimaux sont listés : le respect de la confidentialité et de l'anonymat, le déclenchement rapide d'une enquête interne, une rédaction détaillée et étayée de la plainte, la mise en place de relais extérieurs, via la médecine du travail notamment.

Une procédure de médiation peut être mise en œuvre : soit avec un membre du personnel désigné d'un commun accord par les 2 parties, choisi selon des critères liés à l'impartialité préalablement définis. La médiation pénale, externe à l'entreprise semble aussi pouvoir être utilisée en cas de violence au travail, en dehors des cas de harcèlement, même si cette possibilité n'est envisagée par la loi que dans ces dernières situations de harcèlement.

*Article L. 1152-6 du Code du travail*

L'accord insiste sur la nécessité d'accompagner les victimes, de les écouter et de leur apporter du soutien, à l'intérieur de l'entreprise ou en extérieur (création de cellules spécifiques ou d'urgence). Il peut s'agir de mesures de reclassement dans un autre poste de travail, de formation et de réinsertion dans une autre entreprise, d'aide médical et psychologique, aux frais de l'entreprise.

Enfin, les sanctions disciplinaires à l'encontre des salariés auteurs de violence, ainsi qu'à l'égard des « fausses-victimes » peuvent être spécialement prévues au sein du règlement intérieur ou de sa charte annexée. Rappelons à cet effet que le licenciement d'un salarié qui dénonce des agissements de harcèlement est nul, sauf si sa mauvaise foi peut être démontrée.

*Cass. Soc. 10 mars 2009 – n° 07-44.092*

### **Portée de l'accord du 26 mars 2010**

L'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 n'a eu de portée obligatoire que pour les entreprises adhérentes des syndicats signataires, tant qu'il n'a pas fait l'objet d'un arrêté d'extension, ayant pour effet de le rendre obligatoire à toutes les entreprises situées sur le territoire national.

Pour autant, il s'agit d'un accord cadre, qui définit des grandes orientations et qui montre la volonté des partenaires sociaux de faire évoluer la problématique du harcèlement et des violences au travail. Une fois cet accord étendu, tout employeur est tenu de s'intéresser à ces questions. Mais il appartient ensuite à l'employeur lui-même, ou aux partenaires sociaux représentatifs dans la branche professionnelle ou dans l'entreprise, de préciser les modalités d'application de cet accord cadre et de prévoir, surtout, les sanctions en cas de non-respect des mesures ainsi déterminées.

La portée de l'accord national interprofessionnel a donc été limitée au pouvoir des sanctions susceptibles d'être alors appliquées, dans le cadre d'actes unilatéraux des employeurs ou d'accords collectifs de déclinaison.

Par contre, cet accord ayant été étendu le 23 juillet 2010, et ses déclinaisons unilatérales ou collectives, peuvent être invoqués par les victimes de harcèlement et de violence au travail ou leurs représentants à l'appui d'un recours civil devant le Conseil de Prud'hommes.

*☞ L'accord du 26 mars 2010 a été étendu par arrêté ministériel en date du 23 juillet 2010 (JO du 31 juillet 2010). L'extension a pris effet au 1<sup>er</sup> août 2010*

