

Bulletin Social des étudiants du Master II PGRDS

(Prévention et Gestion des Risques en Droit Social)

Décembre
2014



SOMMAIRE

Article n°1 : *Les nouveaux apports juridiques suffiront-ils à dynamiser le recours au contrat de génération ?*
..... 2

Article n°2 : *Enfin une sanction pour l'absence de délai de prévenance !*..... 3

Article n°3 : *L'obligation de recours au tutorat pour le contrat de professionnalisation : une vraie « fausse » nouveauté*..... 4

Article n°4 : *Petit rappel sur l'accès à l'embauche des étudiants des pays tiers*.....5

Article n°5 : *Clauses interdites dans le contrat de travail*
.....6

Colloque à la Cour de cassation

Le 4 décembre, le Master PGRDS a assisté à un colloque organisé à la Cour de cassation sur le thème « L'absence du salarié ». Ce fut l'occasion pour les étudiants de découvrir le prestige des lieux et de rencontrer les professionnels tels que Jean-Yves FROUIN, Président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Paul-Henri ANTONMATTEI, Professeur à l'Université Montpellier I et avocat ou encore Gérard POIROTTE, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Ainsi, les étudiants ont pu acquérir de solides connaissances sur les conséquences juridiques à propos de la situation du salarié absent.



Les articles ci-dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II, et sous leur responsabilité.

Les derniers apports juridiques suffiront-ils à dynamiser le recours au contrat de génération ?

La loi n°2013-185 en date du 1^{er} mars 2013 portant création du contrat de génération introduit dans le code du travail l'article L5121-6 qui lui est consacré.

Le contrat de génération est un dispositif d'aide à l'emploi visant à créer un binôme jeune-sénior. Le but est d'une part, d'encourager l'embauche des jeunes et d'autre part, de garantir le maintien dans l'emploi des seniors, tout en assurant la transmission des savoirs et des compétences.

Le binôme est donc constitué d'un jeune âgé de moins de 26 ans (ou de moins de 30 ans reconnu comme ayant la qualité de travailleur handicapé) et d'un sénior âgé d'au moins 57 ans (ou d'au moins 55 ans au moment de son embauche ou d'au moins 55 ans reconnu comme ayant la qualité de travailleur handicapé).

I- La loi n°2014-288 en date du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, comporte une mesure relative au contrat de génération quant au seuil intermédiaire.

L'aide financière demandée au titre du contrat de génération n'est pas accordée de manière systématique, elle est subordonnée à la taille de l'entreprise. A ce propos, le seuil intermédiaire concerne les entreprises ou les entreprises appartenant à un groupe entre 50 et moins de 300 salariés. Désormais, cette catégorie bénéficie de l'aide accordée au titre du contrat de génération en ayant l'obligation de négocier sous peine de pénalité. Ces entreprises sont donc soumises à une pénalité lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord collectif (d'entreprise ou de groupe) ; ou lorsque, à défaut d'accord collectif (attesté par un procès-verbal de désaccord), elles n'ont pas élaborées un plan d'action ; ou lorsque, à défaut de plan d'action, elles ne sont pas couvertes par un accord de branche étendu.

Cependant, le décret d'application prévoyant les modalités de mise en œuvre de la pénalité n'a pas encore été pris. Il entrera en vigueur au plus tard le 31 mars 2015. Par conséquent, cette catégorie d'entreprise n'a pas réellement l'obligation de négocier dans la mesure où elle n'est pas actuellement soumise à pénalité.

Toutefois, lorsque le décret d'application prévoyant la pénalité sera pris, il sera impératif pour ces entreprises de négocier sous peine de se voir infliger une amende. C'est une incitation, plutôt une obligation, à négocier pour toutes celles qui ne l'ont pas encore fait parce qu'elles attendent la date butoir ... La pénalité encourue, selon le montant le plus élevé, est soit de 1% des rémunérations versées pendant la période de non couverture (accord collectif, plan d'action, accord de branche étendu), soit de 10% du montant (de la réduction Fillon) des rémunérations versées pendant la période non couverte (accord collectif, plan d'action, accord de branche étendu).

En fait, l'incitation à négocier n'est-elle pas in fine une obligation de recourir au contrat de génération ?

II- Le décret n°20-14-1046 en date du 12 septembre 2014 portant majoration de l'aide accordée au titre du contrat de génération est une disposition relativement encourageante pour l'employeur et pour d'autres.

Le décret ne concerne que les catégories d'entreprises susceptibles de bénéficier d'une aide accordée au titre du contrat de génération. De plus, l'aide financière n'est majorée qu'à la seule condition que l'entreprise recoure simultanément à l'embauche d'un jeune et au maintien d'un sénior.

L'aide accordée au titre du contrat de génération, sans être majorée, représente au total 4000€ par an pendant une durée de trois ans maximum, soit 2000€ au titre du jeune et 2000€ au titre du sénior. L'entreprise, pour bénéficier de cette aide financière, doit répondre à deux critères. En effet, elle doit d'une part embaucher en CDI un jeune et d'autre part maintenir dans l'emploi en CDI un sénior. L'embauche du sénior peut avoir lieu jusqu'à six mois avant l'embauche du jeune.

Le décret porte donc cette aide financière, lorsqu'elle est majorée à 8000€ au total par an pendant une durée de trois ans minimum, soit un premier versement de 4000€ pour le jeune et un deuxième versement de 4000€ pour le sénior.

Finalement, le dispositif d'une aide financière majorée ne prime-t-il pas sur le dispositif d'aide l'emploi ?

Enfin une sanction pour l'absence du délai de prévenance !

La loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail fixe la période d'essai actuelle notamment en matière de CDI. Effectivement, cette période est régie par les articles L1221-20 et suivants du Code du travail. La période varie selon la catégorie professionnelle du salarié et peut faire l'objet d'un renouvellement. En cas de rupture anticipée, cette loi prévoit un délai de prévenance. En effet, lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture, le salarié doit être prévenu dans un délai qui ne peut pas être inférieur à 24 heures en dessous de 8 jours de présence ; à 48 heures entre 8 jours et un mois de présence ; à deux semaines après un mois de présence ; à 1 mois après 3 mois de présence.

En cas de non-respect de ce délai, existe-t-il une sanction? En 2008, aucune sanction n'est instaurée par la loi. On peut donc imaginer que certains employeurs aient abusé de ce manque pour rompre, en toute liberté, une période d'essai sans délai tout en laissant le salarié dans l'embarras. Ironie du sort, cette sanction se met en place SIX ANS après la publication de la loi. En effet, c'est lors de l'adoption de l'ordonnance de simplification du droit du travail, le 26 juin 2014 que l'exécutif met en place une sanction dans son article 19 : *"une indemnité qui est égale au montant des salaires et avantages perçus par le salarié s'il aurait continué à exercer son activité jusqu'au délai de prévenance et une indemnité compensatrice de congés payés"*. Cette sanction s'applique à l'employeur qui n'a pas respecté le délai de prévenance en cas de rupture anticipée de la période d'essai. Aujourd'hui cet article 19 fait l'objet d'un alinéa à l'article L1221-25 du Code du travail.

Cette sanction aboutit à un renforcement de la protection du salarié, cette fois, en matière de période d'essai, et a contrario, donne des obligations supplémentaires pour l'employeur : une certaine vigilance dans sa volonté de rompre la période d'essai notamment dans ses dates de fin puisque la sanction peut lui coûter cher surtout si le salarié en question est un cadre.

On peut donc se demander comment a-t-on fait ces six dernières années pour sanctionner un tel manquement qui semble moindre en apparence,

mais qui dans le fond est très important pour le salarié

On peut quand même féliciter l'ordonnance qui complète la loi entrée en vigueur SIX ANS auparavant, ordonnance qui peut paraître détestable pour l'employeur mais qui est indispensable. Cette disposition pourra paraître encore plus détestable si on met en place une période d'essai de 2 à 3 ans pour un CDI. Cette déclaration faite en novembre 2014, résulte de la volonté du maire de Lyon et sénateur socialiste *"pour assouplir le marché du travail"* et *"pour que l'employeur évalue le salarié et l'évolution de l'activité"*. Dans cette hypothèse, on pourrait imaginer qu'un tel manquement coûterait très cher à l'employeur, pour qui, les temps peuvent être durs en ce moment. Au-delà du fait que cette sanction est financièrement conséquente, il semble assez difficile d'imaginer qu'une loi posant un principe sur cette période d'essai, ne prévoit pas, par la même occasion des sanctions en cas de non-respect et qu'on soit resté avec ce manque pendant 6 ans!! Cela veut-il dire que les employeurs étaient libres de rompre la période d'essai quand ils le souhaitaient sans que le salarié puisse se prémunir de cet abus devant les juridictions prud'homales? Il est facile de penser que les praticiens du droit du travail ont comblé ce manque par le biais d'autres dispositifs mais comment rendre ce dispositif "légitime" et efficace contre un employeur qui se défendra, certainement, par le fait qu'aucunes dispositions ne sont prévues POUR le cas de la période d'essai? La question ne se pose plus aujourd'hui mais les six années sans sanctions peuvent nous permettre de nous poser la question de savoir comment les litiges ont pu être résolus en la matière.

A l'avenir, avant l'établissement d'une loi, il serait donc préférable d'effectuer un contrôle renforcé sur les dispositifs mis en place notamment s'ils sont assortis d'une sanction en cas de non-respect afin d'éviter et les abus de l'employeur et la détresse des salariés ...

Amélie MABILLE

**L'obligation de tutorat pour le contrat de professionnalisation :
une vraie « fausse » nouveauté**

La loi n° 2014-288 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a « légalisé » une pratique fort bien répandue au sein des entreprises : celle de la désignation d'un tuteur pour les personnes bénéficiant d'un contrat de professionnalisation. Depuis le décret n° 2014-969 du 22 août 2014, les employeurs ont désormais l'obligation de procéder à la désignation d'une personne référente, dénommée « le tuteur », qui sera chargée, entre autres, d'accompagner le salarié en contrat de professionnalisation tout au long de sa formation et de son apprentissage.

Cependant, cette obligation légale avait déjà fait l'objet d'un support juridique puisque l'Accord National Interprofessionnel du 11 juillet 2011 prévoyait en son article 5 « *une fonction tutorale pour tout jeune accueilli en contrat de professionnalisation* ». Toutefois, faute d'arrêté d'extension rendu par le Ministère du travail, cette obligation ne s'appliquait qu'aux seules entreprises adhérentes aux fédérations signataires dudit ANI. De plus, il faut savoir que cette désignation ne constitue nullement une nouveauté puisqu'en pratique nombre d'entreprises recourent déjà à ce mécanisme et que certaines d'entre elles ont même négocié un accord en la matière.

Une des seules nouveautés réside dans le fait que désormais l'employeur peut se constituer lui-même tuteur du salarié et assurer seul ce tutorat à la condition qu'il n'exerce pas cette fonction à l'égard de plus de deux salariés simultanément. Toutefois, il est fort douteux qu'un employeur puisse réaliser pleinement cette mission eu égard aux diverses fonctions qu'il assure déjà.

Au mieux, cette nouvelle mission exercée par l'employeur pourra pallier les lacunes en cas d'absence d'un salarié répondant aux conditions de qualifications et d'expérience requises.

Rappelons que pour pouvoir être désigné comme « tuteur », le salarié volontaire doit justifier d'une expérience de deux ans minimum en lien avec l'objectif de professionnalisation visé par le contrat. Ces conditions s'expliquent notamment par le fait que le tuteur doit être en mesure de transmettre son savoir-faire au salarié en contrat de professionnalisation pour lui permettre d'acquérir les compétences et connaissances nécessaires afin qu'il puisse, à l'issue de la formation, travailler en toute autonomie. Tout comme l'employeur « tuteur », une limite subsiste : le salarié exerçant cette mission peut accompagner au maximum trois salariés conjointement.

Autre nouveauté du décret, cette obligation de désignation d'une personne « tutrice » s'applique dorénavant aux entreprises de travail temporaire et aux groupements d'employeurs ayant recours aux contrats de professionnalisation.

Représentant des avantages tant pour l'entreprise que pour le tuteur et le tuteuré, cette « fausse » nouveauté s'inscrit dans une perspective où l'insertion professionnelle des jeunes, qui sont peu voire pas diplômés, constituant l'un des objectifs clairement annoncé par le gouvernement actuel, est désormais recherchée. Une question reste en suspens : *cette « nouvelle » mission aura-t-elle pour effet de favoriser l'insertion professionnelle des jeunes sur le long terme ?*

Wendie LAURENT

**Petit rappel sur l'accès à l'embauche des étudiants ressortissants
des pays tiers**

Selon les derniers chiffres publiés par l'UNESCO, la France est le 3ème pays d'accueil des étudiants étrangers. En 2013, 288 544 étudiants étrangers ont choisi la France soit 7% du total des étrangers en mobilité à travers le monde. Plus globalement, depuis 15 ans, le nombre d'étudiants étrangers en France aurait augmenté de 90%. Plusieurs facteurs peuvent justifier cette progression, notamment la mise en place de mesures encourageant l'accueil des étudiants parmi lesquelles figure l'accès à l'embauche.

La loi n°2006-911 du 26 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration ainsi que le décret n°2007-801 du 11 mai 2007 relatif aux autorisations de travail sont venus modifier les conditions de travail et d'emploi des étudiants étrangers pendant la durée de leurs études en France.

L'accès à l'embauche a considérablement été facilité pour les étudiants étrangers. En effet, depuis le 1er juillet 2007, l'autorisation provisoire de travail que l'étudiant étranger devait préalablement demander à la DIRECCTE a été supprimée.

Dorénavant, l'étudiant étranger ressortissant d'un pays tiers n'a plus à justifier d'une autorisation provisoire de travail, la seule présentation de sa carte de séjour temporaire en cours de validité portant la mention « étudiant » ou la présentation du récépissé d'une demande de renouvellement de celle-ci ainsi que le visa de long séjour étudiant valant titre de séjour suffisent pour que celui-ci exerce une activité salariée en parallèle à ses études. L'étudiant étranger doit également être inscrit dans un établissement ouvrant droit au régime étudiant de la Sécurité sociale mais aussi justifier de moyens d'existence suffisants.

D'autre part, sauf dérogation, l'étudiant étranger peut dès à présent travailler 964 heures par an soit 60% de la durée annuelle légale du travail au lieu de 50%, ce qui équivaut à 20,50 heures par semaine. Il devra cependant veiller à ne pas dépasser cette limite au risque de se voir retirer son titre de séjour par la préfecture.

Concernant la procédure d'embauche, c'est à l'employeur d'effectuer la déclaration d'embauche auprès de la préfecture où l'étudiant a

obtenu sa carte de séjour mention « étudiant » ou de la préfecture du domicile du demandeur dans le cas du visa long séjour étudiant valant titre de séjour. Il devra le faire par LRAR ou par courriel au moins deux jours ouvrables avant le premier jour de travail. A défaut, l'employeur prendra le risque d'être passible d'une contravention de 5ème classe.

La déclaration devra être accompagnée d'une copie recto-verso du titre de séjour ou du visa et devra comporter :

- la raison sociale ou les nom et prénoms de l'employeur, l'adresse, le numéro du système d'identification du répertoire des entreprises et de leurs établissements ou, à défaut, le numéro sous lequel les cotisations de Sécurité sociale sont versées.

- Le nom de famille, prénoms, nationalité, date et lieu de naissance du salarié ainsi que son numéro de titre de séjour.

- La nature de l'emploi, la durée du contrat et le nombre d'heures de travail annuel ainsi que la date prévue de l'embauche.

Les étudiants algériens quant à eux, soumis à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 demeurent l'exception en la matière. En effet, ceux-ci bien qu'en possession d'un titre de séjour ou d'un visa mention « étudiant » doivent tout de même faire une demande d'autorisation provisoire de travail auprès de la DIRECCTE de leur domicile et joindre à la demande : une promesse d'embauche; une copie du titre séjour mention « étudiant » en cours de validité ou récépissé de demande de renouvellement; les pages du passeport indiquant sa validité ainsi que l'identité du demandeur mais aussi la carte d'étudiant de l'année en cours.

De plus, cette autorisation limite la durée du travail à 50% du temps de travail annuel soit environ 800 heures par an.

En facilitant l'accès à l'embauche aux étudiants ressortissants des pays tiers, le législateur a d'une part régulé l'immigration, d'autre part réduit les inégalités, tout en permettant de lutter contre un certain travail dissimulé. Parallèlement, un projet de loi relatif au droit des étrangers en France a été présenté au conseil des ministres le 23 juillet 2014 afin de faciliter et consolider davantage l'embauche des étudiants étrangers qualifiés.

Clauses interdites dans le contrat de travail

Dans la conclusion d'un contrat de travail, si l'employeur peut mettre des clauses spécifiques dans le contrat, certaines clauses lui sont néanmoins interdites. On s'intéressera notamment à la clause prévoyant une modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur et à la clause instituant une sanction pécuniaire pour le salarié.

La clause prévoyant une modification unilatérale du contrat de travail est une clause qui permet à l'employeur d'apporter une ou plusieurs modifications sur ce contrat sans même chercher l'accord du salarié. Cette modification peut concerner la qualification professionnelle du salarié, la rémunération, la durée du travail ou encore sur d'autres éléments du contrat de travail.

En principe, le contrat de travail étant le fruit des engagements de deux parties à savoir l'employeur et le salarié, toute modification de ce contrat doit être consentie par les deux parties. Ainsi une clause qui offre une possibilité pour l'employeur de modifier unilatéralement un contrat de travail met en péril la relation contractuelle dans la mesure où l'employeur est libre de modifier à tout moment ce contrat et au salarié de subir les conséquences de cette modification. Autrement dit l'employeur peut se permettre de tout faire et le salarié n'a d'autre choix que d'accepter une telle situation.

L'interdiction d'une telle clause dans un contrat de travail répond à une exigence de sécurité juridique d'une relation contractuelle. Cette interdiction vise également à protéger le salarié dans sa relation avec son employeur.

La Cour de cassation est très stricte à ce sujet et précise dans un arrêt du 27 Février 2001, qu'une clause permettant à l'employeur de

comme contraire à l'article 1134 du code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il détient de la loi Elle ajoute également qu'il importe peu si la modification du contrat de travail opérée par l'employeur est plus favorable au salarié et elle exige l'accord du salarié pour que ladite modification soit valable et opposable à celui-ci.

Quant à **la clause instituant une sanction pécuniaire**, elle vise à responsabiliser le salarié sur les dommages qu'il pourrait causer à l'entreprise ou sur les pertes de l'entreprise. Par conséquent l'employeur serait libre de sanctionner le salarié à tout moment s'il y a un dommage ou lorsque l'entreprise connaît des pertes.

En principe, si l'employeur donne des directives à son salarié et en contrôle l'exécution, une sanction pécuniaire en cas de mauvaise exécution de son contrat semble abusive et peut porter préjudice au salarié. C'est la raison pour laquelle cette clause est interdite dans un contrat de travail. Et cette interdiction est prévue à l'article L.1331-2 du code du travail qui prohibe toute sanction pécuniaire prononcée par un employeur à l'encontre de son salarié.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 1^{er} Mars 2001, précisé qu'une clause ne pouvait pas « rendre un responsable de magasin personnellement et financièrement responsable de l'insuffisance de vente de ses vendeuses ». Ainsi toute sanction pécuniaire imposée à un salarié serait nulle et pourrait engager la responsabilité de son auteur pour infraction à l'article L1331-2 du code de travail.

Toutefois il faut rappeler qu'en cas de faute lourde, l'employeur peut engager une responsabilité pécuniaire du salarié.

Hassan DJAMA