

N° 8
3 SEPT.
1998

Page 1
à 68

*L*BO

BULLETIN OFFICIEL
DE L'ÉDUCATION NATIONALE

NUMÉRO
SPÉCIAL

- MÉMENTO JURIDIQUE RELATIF À L'EMPLOI
D'AIDES ÉDUCATEURS SALARIÉS DANS LES EPLE
ET DANS LES ÉCOLES DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC

SOMMAIRE

Avant-propos	4
Fiche n° 1 Rappels	5
Fiche n° 2 Recrutement de candidats de nationalité étrangère	10
Fiche n° 3 Spécificités de l'emploi d'aide éducateur	13
Fiche n° 4 Application aux contrats " emploi-jeunes" des principes généraux régissant les CDD	18
Fiche n° 5 La période d'essai	22
Fiche n° 6 Suspension de l'exécution du contrat de travail du fait du salarié : généralités	25
Fiche n° 7 Suspension pour effectuer une période d'essai	29
Fiche n° 8 Suspension du contrat de travail des aides éducateurs : illustrations	30
Fiche n° 9 Les cas de suspension du contrat de travail inhérents à la protection des salariés contre les risques sociaux	37
Fiche n° 10 La durée du travail : principes.....	41
Fiche n° 11 Le pouvoir disciplinaire	44
Fiche n° 12 Responsabilités	47
Fiche n° 13 Les conditions d'une modification régulière du contrat de travail	51
Fiche n° 14 Les causes légales de rupture du contrat " emploi-jeunes"	56



Directrice de la publication : Hélène Bernard - Rédactrice en chef : Colette Pâris - Rédactrice en chef adjointe : Jacqueline Pelletier - Rédacteur en chef adjoint (Textes réglementaires) : Hervé Célestin - Secrétaire générale de la rédaction : Martine Marquet ● REDACTION ET RÉALISATION : Mission de la communication - Bureau des publications. 110, rue de Grenelle. 75357 Paris cedex 07. Tél.: 01 55 55 34 50. Fax: 01 45 51 99 47 ● DIFFUSION ET ABONNEMENTS : CNDP Abonnement. B - 750 - 60732 STE GENEVIEVE CEDEX 9. Tél.: 03 44 03 32 37, Fax 03 44 03 30 13 ● Le B.O. est une publication du ministère de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie.

MÉMENTO JURIDIQUE RELATIF À L'EMPLOI D'AIDES ÉDUCATEURS SALARIÉS DANS LES EPLE ET DANS LES ÉCOLES DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC

Mémento du 17-8-1998
NORMENG9802070X
RLR : 724-2 ; 815-3 ; 847-1
MEN - DAJA1

A VANT-PROPOS

Les établissements scolaires de l'enseignement public se sont engagés résolument dans le dispositif de soutien à l'emploi des jeunes défini par la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 et mis en œuvre dans les conditions fixées par la circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997. Si cet engagement a permis le développement de nouvelles activités et contribué à l'ouverture croissante des établissements sur leur environnement, il a également mis les nombreux intervenants concernés aux prises avec des difficultés d'ordre juridique.

Les opérations de recrutement et de gestion afférentes à l'emploi d'aides éducateurs soulèvent des problèmes inédits pour les responsables des établissements d'enseignement. En effet, le cadre juridique retenu par la loi du 16 octobre 1997 qui met en œuvre des procédures de droit privé, impose de se placer sur un terrain peu familier aux chefs d'établissement et aux services déconcentrés. De surcroît, si ces salariés sont recrutés par des établissements publics locaux d'enseignement, leur poste peut être situé au sein d'une école publique.

Il a donc paru nécessaire de fournir un appui juridique spécifique aux services académiques chargés de la coordination du dispositif ministériel ou du traitement des consultations juridiques et du contentieux, ainsi qu'aux employeurs et aux gestionnaires locaux de ces aides éducateurs.

Tel est l'objet de ce mémento, qui est appelé à constituer un outil de référence pour les agents qui ont à résoudre des questions de droit inhérentes à l'exécution des contrats de travail particuliers sur lesquels sont recrutés les aides éducateurs.

Complément des textes et circulaires spécifiques, il se présente sous la forme de fiches thématiques correspondant aux questions les plus fréquemment posées au service juridique. On y trouvera notamment toutes références utiles en matière de réglementation et de jurisprudence. Il a, par ailleurs, paru utile d'ouvrir ce mémento par une fiche de synthèse rappelant le cadre légal et réglementaire du plan "emploi-jeunes", de même que les principales spécificités de ce dispositif. L'organisation du mémento en fiches a été choisie afin de faciliter une mise à jour ultérieure.

L'objectif poursuivi par le mémento excluait donc tout travail de vulgarisation. Il fallait au contraire construire un instrument d'aide à la décision en fournissant des arguments et des références précis pour permettre de faire face aux principales situations rencontrées. Il est clair, pour autant, que les responsables de terrain auront toujours la possibilité de s'adresser aux services juridiques académiques qui demeurent, dans ce domaine, les interlocuteurs privilégiés des employeurs des aides éducateurs et des directeurs d'école.

FICHE N°1

RAPPELS

I - Le cadre juridique et les modalités d'application du plan " emploi-jeunes" mis en œuvre au sein des établissements d'enseignement publics relevant du ministère de l'éducation nationale	p. 5
II - Le contenu	p. 6
<i>(volet conventionnel, volet contractuel, spécificités)</i>	
III - L'employeur	p. 7
IV - La gestion locale du dispositif	p. 8
V - Lien de subordination et pouvoir de direction	p. 8
VI - Organisation du travail des aides éducateurs et directives	p. 9
VII - Participation aux élections des conseils d'administration et des conseils d'école	p. 9

I - Le cadre juridique et les modalités d'application du plan " emploi-jeunes" mis en œuvre au sein des établissements d'enseignement publics relevant du ministère de l'éducation nationale

• Cadre légal et réglementaire

. spécifique

- Loi n° 97-940 du 16 octobre 1997, relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, créant notamment les articles L 322-4-18 à L 322-4-21 du Code du travail (JO du 17 octobre 1997 (p. 15.076)).

- Décret n° 97-954 du 17 octobre 1997 pris pour son application (JO du 19 octobre 1997 (p. 15-216)).

. général

- Code du travail (ci-après CT), (régime juridique des contrats à durée déterminée),
- Code de la sécurité sociale (couverture et prestations sociales).

• Modalités d'application

- Circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997, relative à la mise en œuvre du dispositif emploi-jeunes dans les établissements publics locaux d'enseignement et dans les écoles relevant du ministère de l'éducation nationale, de la recherche et la technologie.

B.O. n° 1 du 1er janvier 1998, pp. 1 à 60.

• principes
→ applications, implications
→ précisions

- Note de service n° 98-017 du 5 février 1998, relative au recrutement dans les établissements d'enseignement privés sous contrat.

B.O. n° 7 du 12 février 1998, pp. 412 à 427.

- Circulaire n° 98-069 du 30 mars 1998, relative à la formation des aides éducateurs.

B.O. n° 15 du 9 avril 1998.

- Circulaire n° 98-150 du 17-7-1998, relative aux conditions d'emploi des aides éducateurs.

B.O. n° 30 du 23 juillet 1998.

- Circulaire n° 98-147 du 16 juillet 1998, relative à la mise en œuvre du dispositif "emploi-jeunes" dans les établissements publics d'enseignement supérieur.

B.O. n° 30 du 23 juillet 1998.

II - Le contenu

• Un volet conventionnel

→ constitué de conventions pluriannuelles d'attribution d'une aide financière sur une durée de soixante mois à compter de la création du poste de travail, pour les périodes pendant lesquelles le poste est effectivement occupé par une personne remplissant les conditions prévues à l'article L 322-4-19 du Code du travail,

→ passées entre les autorités académiques (qui les ont instruites puis en contrôlent l'exécution) et des EPLE représentés par le chef de ces établissements,

→ pour soutenir le développement d'activités participant directement à l'action éducatrice, inscrites dans un projet global (que les établissements considérés définissent et s'engagent à mettre en œuvre) → et créatrices d'emploi en faveur de populations bien identifiées,

→ afin de répondre à des besoins émergents ou non satisfaits (donc sans effet de substitution vis-à-vis d'emplois existants).

• Un volet contractuel

→ intervenant en exécution de l'engagement conventionnel précédemment souscrit,

→ constitué de contrats de travail à durée déterminée passés par les EPLE cosignataires, sous le contrôle des autorités académiques,

→ pour le recrutement de jeunes gens âgés de 18 à moins de 26 ans, présentant des qualifications et des compétences répondant aux

exigences des postes à pourvoir, telles qu'elles sont appréciées par l'employeur.

• Les spécificités du dispositif de recrutement et d'emploi

→ Objectif de professionnalisation des jeunes (impératif de formation) sans pérennisation dans les emplois occupés.

→ Contexte professionnel particulier pour les salariés ainsi recrutés sur des postes situés en écoles et appelés à exercer leurs fonctions auprès des personnels de service relevant de la compétence des collectivités territoriales dans le cadre de conventions spécifiques autorisant leur présence dans ces établissements en dehors du temps scolaire.

→ Il est impératif de rester dans le champ d'application de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 et du décret n° 97-954 du 17 octobre 1997 afin de ne pas encourir le risque d'une requalification juridictionnelle de ces contrats "emploi-jeunes" en contrats de droit public.

En effet, le Tribunal des conflits, depuis une décision récente, considère que les agents contractuels des services publics administratifs sont soumis à un régime de droit public, qui devient ainsi le droit commun, quelles que soient les fonctions exercées (TC, 25 mars 1996, Préfet du Rhône et préfet des Hautes-Alpes c./ Tribunal des Prud'hommes de Lyon).

La loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 exige ainsi que les conventions prévues par l'article L 322-4-18, § 4, du Code du travail soient conclues exclusivement au titre d'"activités non encore assurées jusqu'alors par des personnes morales de droit public". Ceci concerne directement les EPLE et revient à prohiber toute affectation de personnes recrutées par contrat "emploi-jeunes" à des postes relevant des compétences ou actions traditionnelles de ces établissements. De plus, cette loi a institué un cadre contractuel spécifique, partiellement dérogoire au régime de droit commun des contrats de travail à durée déterminée, au respect duquel le juge veillera d'autant plus strictement qu'il déroge au droit commun de l'emploi en établissement public à caractère administratif tel que défini ci-dessus. À défaut de respecter les conditions de la

dérogation instituée par la loi du 16 octobre 1997 et son décret d'application, le juge, en cas de contentieux relatif à l'exécution des contrats de travail "emploi-jeunes", risque d'en déduire que les relations entre les EPLE (employeurs) et les aides éducateurs doivent être replacées dans le cadre du droit commun précédemment évoqué, c'est-à-dire du droit public.

La simple considération de la nature juridique des employeurs - établissements publics à caractère administratif - écartant toute possibilité de requalification en contrats de travail à durée indéterminée (un emploi permanent dans le secteur public doit être occupé, sauf dérogations prévues par la loi, par un fonctionnaire), conforte cette analyse. Les contentieux déjà survenus à propos de l'exécution des "contrats emploi-solidarité" passés par les EPLE révèlent, de plus, une tendance des juridictions à sanctionner fermement l'utilisation ou l'exécution de ces contrats lorsqu'elle n'est pas conforme aux dispositions législatives ou réglementaires dont ils relèvent.

Les autres conditions de légalité et de régularité du recours aux contrats "emploi-jeunes" et de leur exécution concernent notamment :

- les caractéristiques des activités que les EPLE, signataires des conventions de financement passées avec les autorités académiques, sur la base du projet qu'ils ont élaboré, se sont engagés à développer pour l'emploi des jeunes (participation directe à l'action éducatrice, réponse à des besoins émergents ou non satisfaits, prohibition de tout effet de substitution à l'emploi existant) ;
- la définition de ces activités et des fonctions et tâches corrélatives confiées aux salariés ainsi recrutés (à laquelle devra se conformer celle retenue dans les contrats de travail) ;
- le public visé par les recrutements (qui doit répondre aux conditions (notamment d'âge) définies par les articles L 322-4-19 et L 322-4-7 CT) ;
- le régime juridique particulier des contrats de travail "emploi-jeunes" (impliquant, du fait de leur nature, la soumission d'agents d'EPLE aux dispositions du code du travail applicables en la matière, sous réserve de particularités dérogatoires [durée et conditions, modalités de suspension et de rupture]) ;

- les conditions d'exécution de ces CDD (qui doivent strictement respecter les dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles précédemment évoquées, quel que puisse être le contexte professionnel dans lequel les salariés titulaires de ces contrats seront placés de par la localisation de leur poste de travail) ;
- l'objectif de formation professionnelle et ses modalités de réalisation ;
- l'information des représentants du personnel (en CTPD et CTPA) sur les conventions conclues en application de l'article L 322-4-18 CT, complété par un rapport annuel sur l'exécution de ces conventions.

III - L'employeur

Dans tous les cas, il s'agit de l'EPLE au nom duquel le recrutement de l'aide éducateur a été effectué.

Le chef d'établissement de cet EPLE, en sa qualité d'organe exécutif, est valablement signataire du contrat de travail, après avoir recueilli l'autorisation du conseil d'administration (délibération approuvant la passation de la convention avec le recteur et le chargeant de son exécution).

→ À l'égard des aides éducateurs dont le poste est situé au sein de l'EPLE qui les a recrutés, le chef d'établissement exerce l'ensemble des pouvoirs (cf. répartition des tâches, attribution des postes, pouvoir disciplinaire, modification du contrat de travail, licenciement, ...) et assume les obligations attachées à la qualité d'employeur (cf. procurer le travail convenu, payer le salaire convenu, ...).

→ À l'égard des aides éducateurs dont le poste est situé dans une école primaire, le directeur de l'école est délégataire, quant à la direction et l'organisation de leur travail, de l'autorité du chef d'établissement ayant procédé au recrutement. Ce dernier reste tenu de la gestion administrative des contrats de travail de ces salariés qui sont placés à la disposition d'une autre autorité. Il conserve également le pouvoir de prendre les sanctions disciplinaires.

Lorsque, en dehors du temps scolaire, l'aide éducateur affecté en école intervient auprès d'une commune ou d'une association dans un

cadre conventionnel spécifique (modèle de convention joint dans la circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997), un semblable transfert d'autorité se produit.

IV - La gestion locale du dispositif

Dans la quasi-totalité des académies, elle est commune à plusieurs établissements employeurs et revient à un "EPLÉ-mutualisateur", institué comme tel, également, pour la gestion de la rémunération des aides éducateurs salariés, par convention passée à cette fin, conformément à l'article 6 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif à l'organisation administrative et financière des EPLÉ.

Tout événement intervenant lors de l'exécution du contrat de travail de ces salariés doit donc être signalé à l'EPLÉ mutualisateur et les documents justificatifs des frais ou recettes induits doivent lui être transmis systématiquement afin que le comptable public puisse régulièrement :

- effectuer les paiements corrélatifs dont l'EPLÉ employeur serait redevable (rémunération, charges sociales, indemnités diverses) ;
- encaisser les indemnités éventuellement accordées à cet employeur ;

- suspendre le paiement de la rémunération lorsqu'elle cesse d'être due par l'employeur.

Les dépenses afférentes à l'exécution de ces contrats sont à imputer sur la dotation versée, au titre du poste ainsi occupé, en application des conventions conclues entre le recteur d'académie et l'EPLÉ employeur (article L 322-4-18 du Code du travail [CT]).

V - Lien de subordination et pouvoir de direction

En l'absence de définition du contrat de travail dans le code civil ou dans le code du travail, la jurisprudence a déterminé ses éléments constitutifs :

- une prestation de travail que le salarié s'engage à effectuer,
- une rémunération due en contrepartie par l'employeur,
- un lien de subordination juridique.

En réalité, ce dernier élément est la caractéristique essentielle du contrat de travail. Il confère à l'employeur l'autorité sur le salarié, c'est-à-dire la

faculté de lui donner les instructions nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées. L'employeur peut cependant déléguer son autorité, en particulier lorsque l'aide éducateur est affecté à une structure sur laquelle il n'exerce aucun contrôle.

→ Il est alors indispensable que figure au contrat de travail des aides éducateurs appelés à exercer en école la désignation de ce lieu "d'affectation" et qu'y soient également définies les conditions d'organisation de leurs activités et d'exécution des tâches y afférentes.

→ De surcroît, l'éventuel exercice auprès de telle ou telle collectivité territoriale ou association devra, dans des proportions limitées et dans des conditions strictement définies pour que les activités exercées à ce titre demeurent dans le champ défini par le décret du 17 octobre 1997 ("participation directe à l'action éducatrice"), être prévu au contrat de travail et faire l'objet d'une convention spécifique (modèle joint dans la circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997).

Ces formalités s'imposent :

- tout d'abord en raison du caractère contraignant du contrat de travail (obligations du salarié limitées à son contenu, droit de refuser toute modification substantielle non expressément consentie, [cf. ci-après "exécution du contrat de travail"])

- ensuite, en considération des conséquences, en terme de responsabilités, impliquées par cette pluralité d'utilisateurs (cf. ci-après "responsabilités").

Le lien de subordination étant caractérisé, selon une jurisprudence récente, par l'exécution du travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner l'inexécution, il est possible d'opérer une distinction selon que l'aide éducateur exerce au sein du collège qui l'emploie ou au sein d'une école d'affectation.

- Dans le premier cas, il relève directement de l'autorité de l'employeur, avec lequel il a passé le contrat de travail.

- Dans la seconde situation, il est soumis, pendant le temps scolaire et lors des tâches accomplies sur instructions du directeur d'école, à l'autorité

que détient ce dernier pour organiser son travail, conformément aux stipulations du contrat de travail que l'aide éducateur a signé. Au-delà, lorsqu'il exerce ses activités auprès d'une collectivité locale ou d'une association, au titre de la convention passée à cet effet, il intervient à leur profit et sous les directives de leurs représentants; il est alors placé sous leur autorité.

VI - Organisation du travail des aides éducateurs et directives

Les autorités du service au sein duquel un aide éducateur est appelé à exercer son activité au titre de son contrat de travail (ou leurs délégués) disposent du pouvoir d'organiser son travail, d'en suivre l'exécution et de donner toutes directives utiles à cette fin.

Pour les aides éducateurs exerçant dans l'EPLÉ qui les a recrutés, ce rôle est assuré directement par le chef d'établissement employeur (ou ses délégués à cette fin).

Pour ceux qui exercent dans une école publique, il revient au directeur d'école (idem).

Lorsque les fonctions sont exercées auprès de collectivités locales ou d'une personne morale de droit privé (association), en exécution d'une convention prévue à cet effet, le mécanisme de transfert du pouvoir de direction joue au profit de l'exécutif local signataire ou du président de ladite personne morale. La forme d'autorité ici décrite relève de la position dans laquelle sont placés, de facto ou par convention, les divers responsables cités ci-dessus, pendant la durée du travail des aides éducateurs effectuée sous leurs directives, et couvre tous les actes de ces derniers relevant de l'exécution desdites directives, pendant toute la durée nécessaire à l'accomplissement des tâches ainsi assignées.

VII - Participation aux élections des conseils d'administration et des conseils d'école

→ Dans les EPLÉ

Les aides éducateurs exerçant dans les EPLÉ sont électeurs lors de l'élection des représentants des personnels au conseil d'administration dudit collège.

Cette position est corroborée par la circulaire

interministérielle du 30 août 1985 (intérieur, éducation) prise pour l'application du décret n° 85-924 daté du même jour sur les établissements publics locaux d'enseignement et de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, qui indique à son point 5 que votent dans l'établissement tous les personnels qui y exercent, quelle que soit leur situation.

La qualité d'électeur emporte l'éligibilité des intéressés puisque les aides éducateurs remplissent très largement les deux conditions supplémentaires posées, pour être éligible, par le décret du 30 août 1985 sur les EPLE (art. 18), qui sont la nomination pour un minimum d'une année scolaire et l'accomplissement d'au moins un demi-service dans l'établissement.

Le rattachement au collège électoral des personnels d'enseignement et d'éducation, plutôt qu'à celui des personnels administratifs, techniques, ouvriers et de service, apparaît justifié, dans la mesure où l'on est en présence d'"aides éducateurs". Le rattachement au collège des ATOS - beaucoup plus réduit en nombre - serait d'ailleurs un facteur de déséquilibre.

→ Dans les écoles

Les aides éducateurs exerçant dans les écoles primaires ne peuvent, en revanche, sur la base des textes déjà cités, être ni électeurs ni éligibles aux élections au conseil d'administration du collège qui les a recrutés.

Ils ne peuvent non plus participer à la constitution du conseil d'école puisque ce conseil ne fait place - comme représentants des personnels - qu'au directeur et aux maîtres, membres de droit de cette instance consultative (décret du 6 septembre 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement des écoles maternelles et élémentaires).

Il en va en principe de même quant à leur participation aux séances du conseil d'école, pour les motifs précédemment énoncés.

Néanmoins, le directeur d'école peut user de la faculté dont il dispose en vertu de l'article 17 dudit décret, en sa qualité de président de ce conseil, pour autoriser, après avis de ce dernier, les aides éducateurs à assister aux séances, avec voix consultative (cf. circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997).

FICHE N°2

RECRUTEMENT DE CANDIDATS DE NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE

I - Principes	p. 10
II - Ressortissants étrangers susceptibles de faire acte de candidature	p. 11
III - Procédure à respecter par les chefs d' EPLE souhaitant recruter un candidat de nationalité étrangère ..	p. 12
IV - Obligations à la charge du chef d' établissement ayant procédé au recrutement	p. 12

I - Principes

• La loi du 16 octobre 1997 ne pose aucune condition de nationalité aux recrutements effectués par contrat "emploi-jeunes".

→ Des candidats de nationalité étrangère titulaires d'une autorisation de travail en cours de validité peuvent donc postuler aux emplois d'aide éducateur.

→ Cette possibilité concerne des étrangers qui résident en France en situation régulière, pour une durée et dans des

conditions compatibles avec les contrats de travail ainsi proposés.

• Le texte de référence reste l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, dans sa rédaction en vigueur.

→ Les dispositions spécifiques à la main d'œuvre étrangère figurent au livre III, titre IV, ch. I, sect. I du Code du travail (CT parties L, R et D, art. 341 à 341-8).

• principes
→ applications, implications
→ précisions

II - Ressortissants étrangers susceptibles de faire acte de candidature

	RESSORTISSANTS ÉTRANGERS BÉNÉFICIAIRE D'UNE DISPENSE D'AUTORISATION DE TRAVAIL	RESSORTISSANTS ÉTRANGERS AUTORISÉS À EXERCER UNE ACTIVITÉ SALARIÉE
DESCRIPTION	<p>→ ressortissants de l'un des quinze États membres de l'union européenne</p> <p>→ ressortissants de l'un des États membres de l'Espace économique européen (Norvège, Islande, Suisse et Liechtenstein)</p> <p><i>(application des principes communautaires de la libre circulation des personnes et du droit d'exercer une activité professionnelle sur le territoire de ces 19 États)</i></p> <p>→ ressortissants de pays avec lesquels la France a passé des accords particuliers (Principautés d'Andorre, de Monaco, ...)</p>	<p>RESSORTISSANTS ÉTRANGERS</p> <p>NE BÉNÉFICIAIRE PAS D'UNE DISPENSE D'AUTORISATION DE TRAVAIL,</p> <p>MAIS AUTORISÉS À EXERCER UNE ACTIVITÉ SALARIÉE</p>
VÉRIFICATIONS À EFFECTUER	NATIONALITÉ	SÉJOUR RÉGULIER ET AUTORISATION D'EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ SALARIÉE
JUSTIFICATIFS DEVANT ÊTRE PRODUITS OU PRÉSENTÉS	<ul style="list-style-type: none"> ● une carte nationale d'identité <p>ou</p> <ul style="list-style-type: none"> ● un passeport en cours de validité <p><i>(sans obligation de produire une autorisation de travail)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ● carte de résident ou ● certificat de résidence d'Algérien, valable dix ans ou ● certificat de résidence d'Algérien, portant la mention "salarie" <p>ou</p> <ul style="list-style-type: none"> ● carte de séjour temporaire portant la mention "salarie" <p><i>(sans restriction géographique ou professionnelle ou comportant des restrictions compatibles avec l'emploi offert)</i></p>

III - Procédure à respecter par les chefs d'EPLE souhaitant recruter un candidat de nationalité étrangère

- Cette possibilité est limitée à des candidats étrangers qui résident déjà en France en situation régulière, pour une durée et dans des conditions compatibles avec les contrats de travail ainsi proposés.

→ Ce qui exclut de recourir à la procédure d'introduction de main d'œuvre étrangère (offres d'emploi adressées à la direction départementale du travail et de l'emploi, décision prise par la direction de la main d'œuvre du ministère de l'emploi et de la solidarité, introduction par l'Office des migrations internationales (OMI), délivrance ultérieure du titre unique de séjour et de travail au vu du dossier dressé par l'employeur [contrat d'introduction conforme à un modèle-type, signé par le salarié et visé par l'OMI]) (art. L 341-9 à -10 et R 341-9 à -32 CT).

- Les EPLE employant une main d'œuvre de nationalité étrangère (hors ressortissants de l'union européenne ou application d'accords internationaux particuliers) dans les conditions énoncées ne sont pas soumis au paiement de la redevance forfaitaire prévue par l'article R 341-25 CT au profit de l'office des migrations internationales (OMI).

IV - Obligations à la charge du chef d'établissement ayant procédé au recrutement

- Il doit vérifier périodiquement, tout au long de la durée du contrat de travail, que l'aide éducateur dispose toujours d'un titre en cours de validité.

- Le titulaire d'une autorisation peut en demander le renouvellement (art. R 341-3-1 CT).

→ La demande est à présenter au service compétent au cours du troisième mois (au plus tard durant le deuxième mois) précédant la date

d'expiration du titre de travail.

- Si l'aide éducateur ne dispose plus d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (cf. non-renouvellement du titre de séjour et de travail), le chef d'établissement doit prendre l'initiative de rompre le contrat de travail.

→ En sa double qualité de représentant de l'État dans l'établissement et d'employeur (art. L 341-6 CT posant une interdiction d'emploi), il doit se conformer à une telle obligation, sous peine de sanctions pécuniaires et personnelles (art. L 364 et s. et R 341-33 du même code [amende de 20000 F à 25 000 F, emprisonnement en cas de récidive, contribution spéciale]).

→ Un arrêt récent de la chambre sociale de la Cour de cassation (14 oct. 1997, Boutti Eng c./Société Peugeot) rappelle les conséquences de cette situation et oblige à opérer une distinction en termes d'indemnisation.

- Si l'employeur est contraint de mettre un terme au contrat de travail en vertu d'une décision administrative de refus de renouvellement ou de retrait du titre de séjour et de travail de l'intéressé, la rupture est imputable à un cas de force majeure (Cass. soc. 4 juill. 1978 et 5 mai 1993).

→ Alors que si la rupture du contrat intervient en l'absence de décision administrative, au motif de la simple expiration de la durée de validité du titre de séjour et de travail, que le chef d'établissement connaît nécessairement, elle n'est pas due à un cas de force majeure. Elle se produit à l'initiative de l'employeur. Elle constitue donc un licenciement.

→ Pour autant, le salarié en cause ne peut prétendre à un préavis, puisqu'il est dans l'impossibilité de le respecter. Il est uniquement en droit de demander devant la juridiction prud'homale le versement d'une indemnité de licenciement.

FICHE N°3

SPÉCIFICITÉS DE L'EMPLOI D'AIDE ÉDUCATEUR

I - Les spécificités tenant au domaine d'activitép. 13
*(recrutement par des établissements publics à caractère administratif,
postes situés dans des EPLE ou des écoles publiques)*

II - Une catégorie particulière de contrats de travail p. 15
à durée déterminée

- 1 - Des CDD d'une durée de cinq ans
- 2 - Une période d'essai obligatoire
- 3 - Possibilité, pour le salarié, de suspendre l'exécution de son contrat pour effectuer une période d'essai au titre d'une offre d'emploi
- 4 - Possibilité de rupture anticipée à l'initiative de l'employeur pour une cause réelle et sérieuse
- 5 - Sanction pécuniaire d'un manquement de l'employeur aux règles de la rupture anticipée pour une cause réelle et sérieuse
- 6 - Possibilité de conclure des CDD successifs pour un même poste
- 7 - Les EPLE peuvent cotiser au régime d'assurance-chômage pour les aides éducateurs

I - Les spécificités tenant au domaine d'activité

• Les aides éducateurs sont des salariés des établissements publics administratifs qui les ont recrutés par des contrats de travail à durée déterminée de cinq ans conclus sur le fondement des articles L.322-4-18 et suivants du code du travail. Nonobstant cette qualification légale du lien juridique unissant chaque EPLE employeur à ces nouveaux membres de son personnel, ceux-ci sont des agents d'une

catégorie d'établissements au sein desquels le code du travail n'est pas intégralement applicable. Les aides éducateurs doivent d'autre part satisfaire aux exigences posées par la loi et les règlements pour pouvoir travailler au sein des établissements d'enseignement des premier et second degrés.

-
- principes
 - applications, implications
 - précisions

• Les aides éducateurs sont des contractuels de droit privé par détermination de la loi.

→ En vertu de l'article L 322-4-20 CT leur recrutement par les EPLE, personnes morales de droit public à caractère administratif, s'effectue uniquement au moyen de contrats de travail à durée déterminée (CDD) d'une durée de cinq ans.

→ Ces contrats de travail relèvent de la catégorie particulière des contrats à durée déterminée "conclus au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi", visés par l'article L 122-2, 1° du Code du travail ; ce qui exclut leurs titulaires du bénéfice de l'indemnité de fin de CDD prévue par l'article L 122-3-4 du même code.

→ La juridiction prud'homale est compétente pour connaître des litiges nés à l'occasion de leur exécution.

→ Ils sont régis par les dispositions spécifiques insérées au code du travail (CT) par la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 (art. L 322-4-20 notamment) et, à ces dérogations près, par les dispositions de droit commun relatives aux CDD.

• En tout état de cause, la nature juridique de leur employeur (établissement public à caractère administratif) fait obstacle à une application intégrale du code du travail.

→ En effet, le champ d'application de certaines des règles ainsi codifiées est déterminé par référence à certains articles dressant des listes limitatives d'établissements au sein desquelles les EPLE ne figurent pas. En sont donc exclus les agents de l'État et les personnels recrutés par les EPLE, fussent-ils de droit privé, qui exercent dans ces établissements publics administratifs ou dans les écoles publiques.

→ C'est notamment le cas du titre III du livre I sur les conventions et accords collectifs de travail, du livre II sur la réglementation du travail (champ d'application défini à l'article L 200-1 CT), des titres II et III du livre IV sur les délégués du personnel et les comités d'entreprise.

→ Les règles applicables en matière d'hygiène, de sécurité du travail et de prévention médicale dans les établissements d'enseignement

publics sont fixées par le décret n° 82-453 du 28 mai 1982, modifié par le décret n° 95-680 du 9 mai 1995. Une circulaire conjointe du ministre de la fonction publique et du ministre du budget, en date du 24 janvier 1996 (C.F.P./4 n° 1871 et C2B n° 95-1353, B.O. n° 21 du 23 mai 1996, RLR 610-8) précise qu'elles "s'appliquent à l'ensemble des personnels en fonction dans les établissements relevant de l'éducation nationale y compris aux personnes recrutées par contrat emploi-solidarité". Par analogie de situation, ces dispositions concernent également les aides éducateurs titulaires de contrats "emploi-jeunes".

• Inversement, les impératifs légaux auxquels sont soumis les personnels des établissements d'enseignement où sont situés les postes de travail des aides éducateurs s'étendent à ces salariés.

→ La loi du 30 octobre 1886 (art. 5) prévoit ainsi expressément que "sont incapables de tenir une école publique ou privée ou d'y être employés : ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime ou délit contraire à la probité ou aux moeurs, ceux qui ont été privés par jugement de tout ou partie des droits mentionnés en l'article 42 du code pénal, (...)".

→ Les mêmes dispositions sont applicables aux personnels des établissements d'enseignement technique en vertu de l'article 4 de la loi du 25 juillet 1919 (cf. article 4 du décret n° 56-931 du 14 septembre 1956 relatif à la codification des textes législatifs concernant l'enseignement technique).

→ Quant à l'enseignement général du second degré, il faut distinguer entre les établissements d'enseignement privés et les établissements d'enseignement publics. L'ensemble des personnels travaillant dans les établissements privés est soumis aux mêmes interdictions que ci-dessus (loi organique du 15 mars 1850, art. 65). En vertu de l'article 10 de la loi n° 85-1469 du 31 décembre 1985, les membres de l'enseignement public doivent, lors de leur recrutement, sur appréciation des autorités administratives effectuée sous le contrôle du juge, satisfaire aux exigences statutaires en matière

d'emploi d'agents de droit public. Or, l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires et l'article 3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux agents non titulaires de l'Etat s'opposent à ce que cette qualité soit accordée à toute personne dont le bulletin n° 2 du casier judiciaire comporte "des mentions incompatibles avec l'exercice de ses fonctions". Les autres catégories d'agents travaillant dans ces établissements continuent de relever des prescriptions de l'article 65 de la loi précitée du 15 mars 1850.

→ Le tribunal administratif de Nantes, par jugement du 2 novembre 1989 (Lucet c./ recteur de l'académie de Nantes), a estimé que l'incapacité édictée par l'article 5 de la loi précitée du 30 octobre 1886 prend effet de plein droit à l'encontre d'un agent faisant l'objet d'une condamnation pour un délit contraire à la probité et aux bonnes mœurs. En l'espèce, il s'agissait d'un instituteur condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis pour achat et détention de stupéfiants.

Ce principe a été confirmé par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 mars 1992 (Otto-Bruc, recueil Lebon p. 101), à propos d'un professeur d'un collège d'enseignement technique.

→ Les aides éducateurs sont soumis à ces règles, sans que la qualité d'agents de droit privé de ces derniers puisse y faire obstacle. Les EPLE doivent donc en tirer les conséquences, notamment au moment de leur recrutement.

→ À cet égard, la circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997 relative à la mise en œuvre du dispositif "emploi-jeunes" dans les établissements d'enseignement publics prévoit que les autorités académiques demandent la communication d'un extrait du bulletin n° 2 du casier judiciaire des candidats à un emploi d'aide éducateur, en application du droit dont elles disposent en vertu de l'article 776 du Code de procédure pénale, afin de vérifier, préalablement à toute embauche, que ces futurs employés répondent aux exigences posées par la loi.

L'article 776 du Code de procédure pénale évoque des "demandes d'emplois publics".

L'appréciation de cette notion ne doit pas être réductrice du champ d'application du droit ainsi reconnu, d'une manière générale, "aux administrations publiques" saisies de demandes d'emploi.

Au-delà des exigences statutaires en matière d'emploi d'agents de droit public, il convient de permettre aux administrations publiques de respecter également les obligations légales spécifiques à certains établissements assurant la mission de service public de l'éducation nationale. Dès lors, afin de respecter les principes susvisés, notamment posés par la loi précitée du 30 octobre 1886, il est nécessaire que l'administration obtienne communication du bulletin n° 2 du casier judiciaire des candidats à un emploi d'aide éducateur au sein d'établissements d'enseignement publics relevant du ministère de l'éducation nationale, en application de l'article 776 du Code de procédure pénale.

II - Une catégorie particulière de contrats de travail à durée déterminée

- Les contrats de travail conclus par les EPLE en exécution des conventions prévues à l'article L 322-4-18 CT relèvent de la catégorie des CDD de l'article L 122-2 CT, qui sont utilisés comme des moyens de lutter contre le chômage au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de publics ciblés, ici les jeunes. Ils s'ajoutent aux contrat de qualification (art. L 981-1 CT), contrat d'adaptation (art. L 981-6 CT), contrats initiative-emploi (art. L 322-4-3 CT) et contrats emploi-solidarité (art. L 322-4-8 CT).

- Compte tenu de cet objectif, la loi du 16 octobre 1997 a défini pour les contrats "emploi-jeune" que peuvent conclure les établissements publics à caractère administratif (dont les EPLE), un régime juridique particulier constitué de règles nouvelles spécifiques ou dérogoatoires au droit commun* des contrats à durée déterminée (CDD).

* La fiche n° 4 présente les conditions et modalités d'application des normes régissant les CDD de droit commun, aux contrats des aides éducateurs.

• À ce titre on relève que :

1 - Ces contrats sont conclus pour une durée de soixante mois.

2 - Ils doivent, par obligation légale, comporter une période d'essai d'un mois, renouvelable une fois.

3 - Ils peuvent être suspendus à l'initiative du salarié et avec l'accord de son employeur, donc de manière conventionnelle, pour lui permettre d'effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi (cf. fiche n° 7 pour les modalités de mise en œuvre).

4 - L'article L 322-4-20, II, CT permet à l'employeur et au salarié de prendre l'initiative de rompre le contrat de travail qui les lie, chacun à des conditions spécifiques, à l'expiration de chacune des périodes annuelles dudit contrat.

Cette possibilité est expressément réservée aux CDD prévus pour l'emploi des jeunes et peut être utilisée uniquement à un moment précis de leur exécution.

a) L'employeur peut, ainsi, invoquer un quatrième motif légal de rupture (une cause réelle et sérieuse), ajouté à ceux prévus par l'article L 122-3-8 alinéa 1 CT (commun accord, faute grave et force majeure).

En revanche, il ne peut légitimement rompre ces contrats pour une cause réelle et sérieuse qu'à l'expiration de chacune des périodes annuelles de leur exécution et à certaines conditions tenant à la fois au fond et à la forme :

- justifier d'une cause réelle et sérieuse (cf. fiche n° 14),

- notifier la rupture par lettre recommandée avec accusé de réception, dans laquelle il doit mentionner le motif précis de la rupture,

- expédier cette lettre au salarié moins d'un jour franc après la date fixée pour l'entretien préalable obligatoire prévu à l'article L 122-14 CT, - respecter les règles procédurales définies par l'article L 122-14 CT pour cet entretien,

- respecter le délai-congé prévu par l'article L 122-6 CT (dont le point de départ est fixé

par la date de présentation de la lettre recommandée notifiant la rupture),

- enfin, l'aide éducateur dont le contrat est irrégulièrement rompu par son employeur pour une cause réelle et sérieuse doit bénéficier d'une indemnité spécifique calculée sur la base de la rémunération perçue (dans la limite de sa rémunération des dix-huit derniers mois), selon le taux prévu à l'article L 122-3-4 al. 2 CT (6%).

b) Le salarié doit, quant à lui, uniquement respecter un préavis de quinze jours afin de pouvoir rompre son contrat de travail par anticipation sur son terme initial.

5 - En corollaire à cette possibilité supplémentaire, ouverte à l'employeur, de rompre les CDD prévus par la loi du 16 octobre 1997, la sanction pécuniaire de l'inobservation par ce dernier des règles et procédures susvisées est tout aussi dérogatoire au droit commun défini par l'alinéa 2 de l'article L 122-3-8 CT.

Ainsi, en application de l'article L 322-4-20 II alinéa 7 CT, l'aide éducateur, dont le contrat serait irrégulièrement rompu par son employeur pour une cause réelle et sérieuse, a droit à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi.

La réparation peut s'étendre à l'ensemble des préjudices déclarés comme tels par le salarié et dont il aura établi la réalité. Son montant n'est pas garanti par un plancher légal (contrairement à ce que prévoit l'article L 122-3-8 alinéa 2 CT). En tout état de cause, l'EPL employeur sera redevable de ce paiement, lequel relève de l'exécution du contrat de travail et doit être imputé sur la dotation dont dispose, au titre du poste concerné, l'EPL mutualisateur.

Hormis ces spécificités, les contrats de travail conclus sur le fondement de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 demeurent soumis aux prescriptions de l'article L 122-3-8 du Code du travail définissant les conditions d'une rupture régulière de ces CDD conclus par les EPL (causes légitimes, modalités et procédures à respecter, cf. fiche n° 14).

6 - En cas de rupture anticipée du contrat d'un aide éducateur, quel qu'en soit l'initiateur, l'EPLÉ employeur peut, sans devoir respecter de délai de carence, conclure un nouveau contrat "emploi-jeunes" avec un autre jeune.

Ceci conduit à autoriser des recrutements successifs par contrat à durée déterminée pour un même poste, mais uniquement dans le cadre de la convention passée avec les autorités académiques et pour un temps limité à la durée de l'aide restant à courir au titre dudit poste (L 322-4-20, II, § 6 CT).

La subvention continue d'être versée puisque le nouveau recrutement doit s'effectuer également sur la base des conventions de l'article L 322-4-18 CT et doit dès lors répondre aux mêmes conditions (légalles, réglementaires et conventionnelles) que le précédent.

7 - Le bénéficiaire d'un revenu de remplacement est un droit pour les travailleurs involontairement privés d'emploi (art. L 351-1 CT). Les employeurs sont ainsi tenus de les garantir à cet égard, soit par cotisation auprès d'un organisme d'assurances sociales, soit par auto-assurance (art. L 351-12 CT).

Dès lors, le fait que la loi du 16 octobre 1997 (art. L 322-4-21 CT) permette expressément aux EPLÉ (par dérogation à l'article L 351-10 CT) de cotiser pour les aides éducateurs au régime d'assurance sociale contre le chômage n'a d'autre portée que d'offrir à cette catégorie d'employeurs la faculté d'opter, chacun pour ce qui le concerne, en faveur de l'un ou de l'autre de ces modes de garantie. La considération que cette possibilité n'est, à l'heure

actuelle, pas effective ne saurait libérer les EPLÉ de l'obligation légale de garantie qui pèse sur eux. Ils demeurent redevables, dans le cadre d'une auto-assurance, du versement de l'allocation prévue par l'article L 351-3 CT à l'issue du contrat d'un aide éducateur.

Les frais correspondant, pour chaque EPLÉ employeur, à une cotisation à titre individuel (lorsqu'elle sera possible) ou à l'auto-assurance au titre des aides éducateurs qu'il emploie, s'imputeront sur le montant de la dotation prévue pour la gestion des rémunérations dues au titre des contrats "emploi-jeunes" conclus dans le cadre de la loi du 16 octobre 1997.

→ Dans l'hypothèse d'une d'adhésion ultérieure au régime d'assurance, le montant des cotisations pourra être acquitté par l'EPLÉ mutualisateur, au nom de chaque EPLÉ employeur, pour chacun des aides éducateurs salariés qu'il emploie, par imputation sur l'aide financière qu'il gère au titre de chaque poste créé en exécution de la convention de développement d'activités pour l'emploi des jeunes conclue par l'EPLÉ employeur et les autorités académiques (ensemble, art. L 322-4-18 CT et art. 6 al. 1 décret n° 97-954 du 17 octobre 1997).

→ Dans cette même hypothèse, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail d'un aide éducateur, l'employeur devra lui remettre, en sus du certificat de travail (cf. fiche n° 4, p. 5), une attestation destinée à l'ASSEDIC auprès de laquelle il est immatriculé, afin que cet organisme détermine le montant des allocations de chômage auxquelles il peut prétendre.

FICHE N°4

APPLICATION AUX CONTRATS " EMPLOI-JEUNES" DES PRINCIPES GÉNÉRAUX RÉGISSANT LES CDD*

I - Règles de conclusion et de forme	p. 18
<i>(un écrit, des mentions obligatoires, une durée et un terme précis)</i>	
II - Principe de non-discrimination	p. 19
<i>(portée et limitations inhérentes à la nature de l'employeur et à l'activité de service public assurée par les établissements et écoles publiques d'affectation)</i>	
III - Cessation automatique à l'échéance du terme	p. 19
<i>(la suspension du contrat de travail n'en reporte pas le terme)</i>	
IV - Formalités de fin de contrat	p. 20
<i>(le certificat de travail, le reçu pour solde de tout compte, l'attestation à l'ASSEDIC)</i>	

• Réserve faite des particularités rappelées dans la fiche n° 3, les contrats de travail "emploi-jeunes" sont soumis aux dispositions du code du travail applicables aux contrats à durée déterminée (art. L 122-1 à L 122-3-16 CT, livre Ier, titre II, ch. II, section I).

I - Règles de conclusion et de forme

→ Un contrat écrit est obligatoire [ensemble

art. L 322-4-20 et art. L 122-3-1 CT].

→ Il doit comporter certaines mentions obligatoires prévues au second alinéa de l'article L 122-3-1 CT et dont l'absence peut être sanctionnée par une requalification judiciaire [cf. objet du contrat, date d'échéance du terme, désignation du

• principes

→ applications, implications

→ précisions

*Les règles relatives à la rupture anticipée de ces contrat de travail font l'objet de la fiche n° 14

poste de travail ou de l'emploi occupé, durée de la période d'essai, montant de la rémunération, nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire et, éventuellement de l'organisme de prévoyance dont dépendra le salarié recruté...].

→ Sa durée et son terme doivent être fixés avec précision (art. L 122-1-2 CT).

Les modèles joints en annexe de la circulaire n° 97-263 du 16 décembre 1997 proposent un libellé conforme à ces exigences, à la condition de les compléter par un dernier article intitulé "Retraite complémentaire" et indiquant que "M... sera affilié pour la retraite complémentaire auprès de...".

II - Principe de non-discrimination

1 - Principe

• "Sauf dispositions législatives expresses et à l'exclusion des dispositions concernant la rupture du contrat de travail, les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles qui résultent des usages applicables aux salariés liés par un contrat à durée indéterminée, s'appliquent également aux salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée" (article L 122-3-3 CT).

→ L'exécution des obligations contractuelles n'est pas affectée par la distinction des contrats fondée sur la durée ; la précarité de la situation des salariés liés par CDD ne doit pas rejaillir sur leur statut dans l'entreprise.

2 - Limites

→ L'article L 122-3-3 CT exclut lui-même les dispositions concernant la rupture du contrat de travail et les dispositions législatives expresses réservant le bénéfice des avantages qu'elles prévoient à certaines catégories de personnels.

→ Les aides éducateurs sont des agents d'un EPLE, salariés et titulaires d'un contrat de droit privé par détermination expresse de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 (art. L 322-4-20, I, § 1 CT).

→ Ils sont donc exclus par cette loi du champ d'application du principe jurisprudentiel, établi par le Tribunal des conflits, selon lequel "tout agent contractuel employé dans le cadre d'un service public administratif par une personne

publique est considéré comme un agent public" (TC, préfet du Rhône c/ Berkani, 25 mars 1996), tant que leur contrat et son exécution restent dans le champ d'application de la loi du 16 octobre 1997.

→ Agents de droit privé, à l'instar des personnes recrutées sur contrat emploi solidarité, ils ne peuvent se voir étendre le bénéfice des dispositions et régimes légaux ou réglementaires instituant certains avantages ou mécanismes de protection en faveur des agents de la fonction publique (cf. droit à la protection fonctionnelle de l'administration reconnu aux fonctionnaires [loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, art. 11 complété par l'art. 50-II de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre social, qui l'étend à l'ensemble des agents publics, même non titulaires]).

→ A fortiori, ils ne peuvent prétendre à bénéficier des droits statutairement reconnus aux agents publics fonctionnaires ou non titulaires en considération directe de cette qualité qui les place dans une situation statutaire, légale et réglementaire et les soumet à des obligations spécifiques.

→ Tant que l'EPLE employeur, sous le contrôle des autorités académiques, respecte (ou veille à ce que les utilisateurs éventuels de cette main d'œuvre respectent) toutes les conditions d'emploi sur contrat "emploi-jeunes" définies par la loi et le décret relatifs au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, il n'encourt pas le risque d'une requalification juridictionnelle du contrat en contrat de droit public (cf. fiche n° 1).

→ L'article L 122-3-16 CT prévoit que les organisations syndicales représentatives peuvent, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, exercer en justice toutes actions en faveur du salarié, lequel doit avoir été averti par lettre recommandée et ne pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours (il peut de toute façon intervenir à tout moment à l'instance et y mettre fin).

III - Cessation automatique à l'échéance du terme

• Les contrats de travail des aides éducateurs (à durée déterminée, à terme précis et ne comportant

pas de clause de renouvellement) cessent de plein droit à l'échéance du terme, conformément à l'intention exprimée par les parties dès leur conclusion (art. L 122-3-6 CT).

→ La portée de ce principe est absolue et confirmée par l'article L 122-3-5 CT énonçant que la suspension d'un CDD, alors que survient son terme, ne fait pas obstacle à l'échéance de ce contrat.

→ L'extinction du contrat de travail à durée déterminée par arrivée du terme n'empêche aucune obligation de respecter des formalités procédurales. Le salarié dont le contrat a ainsi pris fin ne peut prétendre à aucune indemnité pour inobservation de la procédure imposée lors de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (CDI). L'article L 122-3-3 CT prévoit en effet expressément cette limite au principe d'égalité de traitement entre titulaires de CDD et salariés engagés par CDI qu'il énonce, dès son premier alinéa.

IV - Formalités de fin de contrat

À l'échéance du terme d'un contrat de travail à durée déterminée, le salarié n'a droit ni à un délai de prévenance (du non-renouvellement de son contrat par son employeur ou de sa non-embauche sur contrat à durée indéterminée), ni à un délai de préavis.

Ce salarié a cependant droit, en principe, en lieu et place de l'indemnité de licenciement prévue pour les titulaires de contrats à durée indéterminée, à une indemnité de fin de contrat (art. L 122-3-4 CT) lorsque au terme du contrat à durée déterminée l'employeur lui propose d'en conclure un autre ou ne poursuit pas leurs relations contractuelles. Mais, les aides éducateurs titulaires de CDD conclus sur le fondement de l'article L 322-4-20 CT, donc au titre de l'article L 122-2 CT, sont exclus du bénéfice de cette indemnité par le dernier alinéa de l'article L 122-3-4 CT (cf. fiche n° 3).

L'EPLÉ employeur, en dehors des hypothèses de rupture anticipée, est néanmoins tenu d'accomplir les formalités suivantes.

- Tout d'abord, en vertu de l'article L 122-16 CT, afin que le salarié dont le contrat de travail est parvenu à son terme puisse faire la preuve de son expérience professionnelle dans le cadre de sa recherche ultérieure d'emploi, l'employeur devra lui remettre un certificat de travail dont le contenu est précisé par la loi.

Ce certificat doit être tenu à la disposition du salarié à la fin de son contrat (à la fin du préavis en cas de rupture, que celui-ci soit exécuté ou non), dans les locaux de l'établissement où il travaille habituellement. Il n'a pas à être adressé à son domicile.

La non-remise de ce document ou sa remise tardive ne peuvent fonder l'attribution de dommages-intérêts au salarié que, d'une part, s'il démontre qu'il avait demandé sa remise et qu'il y a eu mauvaise volonté, inertie ou refus de l'employeur (Cass. soc., 24 nov. 1982) et, d'autre part, s'il établit le préjudice (même de principe) qui en est résulté pour lui. Le juge peut ordonner la remise dudit certificat sous astreinte. Le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes le peut également, (art. R 516-18 CT), comme c'est le cas à propos de toutes les pièces que l'employeur est légalement tenu de délivrer (cf. bulletins de salaire).

La non-remise du certificat de travail est pénalement sanctionnée par une peine d'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe et relevant du 4^o de l'article 131-13 du Code pénal. Ce document doit préciser (en ce qui concerne les aides éducateurs) :

- la date de l'entrée du salarié dans l'établissement et la date de sa sortie,
- la nature de l'emploi occupé,
- la période pendant laquelle cet emploi aura été occupé.

Il ne saurait comporter aucune appréciation défavorable au salarié, ni de mentions susceptibles de lui porter préjudice.

- Quant à lui, le salarié peut, sur demande de l'employeur, signer un reçu pour solde de tout compte en vue d'établir que le solde de ce qui lui était dû a été fait et qu'il lui a été versé (art. L 122-17 CT). Ce reçu a donc un

effet libératoire* pour l'employeur.

* *La portée de cet effet est limitée aux seules sommes dont le paiement était envisagé lors de son établissement.*

Une formule énumérative emporte la même limitation. Le reçu porte en principe, au moins, sur les éléments de rémunération (salaires et accessoires).

→ Ce reçu ne peut être établi et signé que lorsque le contrat de travail est expiré ou résilié. Il ne saurait l'être ni par anticipation du terme, ni avant la notification de la résiliation, même si elle est déjà envisagée. Cependant, il peut l'être pendant la durée du préavis lorsque le salarié est dispensé de son exécution et a donc effectivement quitté l'établissement, ce qui le place hors de la dépendance de son ex-employeur.

- L'arrivée du terme étant en soi un événement qui justifie pleinement la cessation des relations contractuelles, le non-renouvellement du CDD (en l'absence de clause de renouvellement) ne peut donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts.

→ L'indemnité légale de licenciement n'est prévue qu'en cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée (art. L 122-9 CT) et les contrats de travail des aides éducateurs sont exclus du champ d'application de l'indemnité de fin de contrat (ensemble, art. L 122-3-4 al. 4 et L 122-2, 1° CT).

→ L'expiration du contrat de travail à durée déterminée d'aide éducateur est cependant assimilée à un licenciement pour permettre l'ouverture des droits aux allocations de base et à la garantie de ressources en cas de chômage.

- Si les EPLE employeurs adhèrent effectivement au régime d'assurance chômage, ils devront, en sus du certificat et du reçu précédem-

ment évoqués, remettre à l'aide éducateur dont le contrat est arrivé à échéance ou a été rompu une attestation destinée à l'ASSEDIC auprès de laquelle il est immatriculé.

→ Ce document est obligatoire et vise à rendre compte de la durée de travail accomplie par le salarié à son départ de l'établissement. Il ne peut dès lors être établi qu'à l'issue d'un éventuel préavis que serait tenu d'exécuter le salarié.

Il permet audit salarié, alors privé d'emploi, d'exercer ses droits à percevoir le revenu de remplacement prévu à l'article L 351-2 CT (art. R 351-5 CT).

Si les relations contractuelles cessent du fait d'une rupture anticipée du contrat de travail, l'attestation doit comporter le motif de cette rupture (résiliation, licenciement pour motif personnel ou pour motif économique), sans pour autant énoncer, en cas de licenciement pour motif personnel, la cause réelle et sérieuse ayant motivé la rupture. À cet égard, toute présentation tendancieuse de ce motif peut être considérée comme un abus de droit et sanctionnée par des dommages-intérêts.

→ La violation, par l'employeur, des conditions de délivrance de cette attestation lui fait encourir les peines d'amende prévues pour les contraventions de la 5ème classe (art. R 365-1 CT). Sans omettre qu'une attestation erronée, ayant pour effet qu'un aide éducateur ne puisse percevoir les allocations de chômage auxquelles il est en droit de prétendre ou qu'il en perçoive d'un montant moindre, ouvre droit pour le salarié intéressé à indemnisation du préjudice ainsi subi. De même, une remise tardive de ce document entraînant un retard dans le paiement des allocations au salarié ouvre droit à ce dernier à réparation du préjudice financier.

FICHE N°5

LA PÉRIODE D'ESSAI

I - L' article L 322-4-20 du Code du travail	p. 22
II - Principes	p. 22
1 - Fondements	
2 - Décompte de la durée de l'essai	
3 - Cas de report ou de prolongation	
4 - Liberté de rompre le contrat de travail	
5 - Limites	
6 - Sanctions	

I - L' article L 322-4-20 du Code du travail

La loi du 16 octobre 1997 prévoit que les CDD "emploi-jeunes" comportent une période d'essai d'un mois renouvelable une fois (art. L 322-4-20, II, al. 2).

Les relations contractuelles débutent donc par une période de durée limitée pendant laquelle chacune des parties a la possibilité de se libérer du lien contractuel sans avoir à respecter de formalités et sans avoir à fournir d'autre justification que ce désir de reprendre sa liberté.

II - Principes

1 - Fondements

- La finalité de l'essai est essentiellement d'apprécier les aptitudes du salarié à tenir le poste pour lequel l'employeur l'a embauché.
- À l'issue d'un premier contrat, si l'employeur propose au salarié une nouvelle formule contractuelle (cf. ce qui s'est

produit lors du "passage" des contrats de droit public aux CDD "emploi-jeunes"), il est à même d'apprécier la valeur de l'intéressé et, en principe, il ne peut exiger l'accomplissement d'une période d'essai que dans des cas limités. La jurisprudence a confirmé cette analyse (cf. CA Paris, 22ème ch. sect. A, 27 octobre 1993, "n'est pas valable la période d'essai incluse dans un contrat de travail dès lors que la compétence du salarié était parfaitement connue de l'employeur, le salarié ayant, antérieurement, occupé un poste identique dans l'entreprise").

→ Deux motivations peuvent alors valider l'inclusion d'une période d'essai dans le nouveau contrat de travail : la différence entre les fonctions désormais envisagées et celles précédemment occupées (exigeant des qualités et des compétences

• principes
→ applications, implications

différentes de celles dont l'intéressé a pu faire preuve dans ses fonctions précédentes) ou une disposition législative. Tel est bien le cas des contrats "emploi-jeunes".

2 - Décompte de la durée de l'essai

Son point de départ est la date d'entrée en fonctions du salarié.

Sa durée ne peut être reportée au motif d'un retard dans la prise des fonctions, sauf commun accord des parties en ce sens.

Le décompte de la durée de l'essai varie selon que le contrat précise ou non les dates de début et de fin. Dans l'affirmative, les deux dates sont incluses dans la période à prendre en considération. Le juge ne peut en décider autrement. La volonté contractuelle des parties s'impose à lui. Dans l'hypothèse inverse, si le contrat exprime la durée en mois calendaires, sans préciser le jour marquant le terme, les règles de computation des délais de procédure prévus à l'article 642 du nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent pas. Par exemple, en présence d'une clause imposant une période d'essai d'un mois, à compter du 6 février, celle-ci expire le 5 mars à 24 heures et non le 6 mars à la même heure.

De même, un essai expirant normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé n'est pas prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. La partie qui souhaite rompre doit alors être particulièrement vigilante sous peine d'opérer une rupture tardive.

3 - Cas de report ou de prolongation

Seule une cause de suspension du contrat de travail (fermeture annuelle de l'entreprise ayant entraîné un arrêt des fonctions du salarié, maladie, accident du travail) intervenant pendant la période d'essai emporte le report de la date d'échéance pour une durée équivalente à celle de la suspension.

Si, pendant une période de réduction d'activité de l'établissement (congés payés, vacances scolaires), le salarié en période d'essai a pour suivi son activité professionnelle, l'essai ne peut être prolongé de la durée correspondant à la phase de réduction de l'activité.

La durée de la période d'essai étant le plus souvent exprimée en jours calendaires (jours fériés inclus), la prolongation ne saurait être exprimée en jours ouvrables.

La prolongation n'a en principe pas à être acceptée par le salarié. La preuve de l'existence d'une proposition de prolongation faite au salarié est parfois exigée par le juge. Mais l'existence d'une telle proposition est le plus souvent présumée.

En revanche, l'essai peut être prolongé, voire renouvelé, lorsque, à l'issue d'une première période, il ne s'est pas avéré suffisamment concluant. Le renouvellement peut être notifié par tout moyen, cependant une notification écrite est vivement conseillée.

4 - Liberté de rompre le contrat de travail

- La raison d'être de l'engagement à l'essai est de conférer à chaque partie, sauf stipulation expresse contraire, la faculté de rompre le contrat à tout moment*.

** Que ce soit dès les premiers jours ou la veille de l'expiration de la période d'essai. En revanche, la rupture du contrat avant le début même de l'essai engage la responsabilité de l'employeur qui a alors privé le salarié de sa chance d'obtenir un emploi.*

La rupture des relations contractuelles à l'initiative de l'une ou l'autre des parties peut intervenir sans qu'il y ait lieu au versement des indemnités de rupture. Les règles de résiliation du contrat de travail (CDI [art. L 122-4 al. 2 CT] et CDD) ne sont pas applicables pendant la période d'essai.

La rupture en période d'essai est de nature discrétionnaire.

Il n'y a aucune obligation à justifier les motifs de la décision de rompre. En fait, "l'employeur est le seul juge de la question de savoir si le salarié a fait preuve des capacités nécessaires pendant la durée de l'épreuve et, le congédiement faisant présumer le grief d'incapacité, il n'a pas à énoncer d'autre motif..." (Cass., civ., 18 avril 1932). Cette position a été confirmée par la loi du 13 juillet 1973 selon laquelle "l'employeur n'a pas à se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse et n'a pas à justifier de

l'insuffisance professionnelle qu'il invoque ...". En dehors des hypothèses développées ci-dessous, le salarié dont le contrat est rompu en période d'essai ne peut se prévaloir du bénéfice de l'indemnité légale de licenciement prévue par le Code du travail.

5 - Limites

- Une première limite réside dans la sanction de l'abus du droit de rompre, lequel est notamment constitué par la preuve d'une intention de nuire, d'une malveillance ou d'un détournement de pouvoir. En ces cas, l'employeur fautif doit des dommages-intérêts au salarié. Pour sa part, le salarié affichant une attitude particulièrement désinvolte et préjudiciable à l'entreprise engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de l'employeur.

- Une autre limite à la liberté de rompre en période d'essai réside dans l'interdiction faite à l'employeur de fonder sa décision de rupture sur des motivations étrangères aux résultats de l'essai lui-même (cf. la nationalité du salarié recruté, son futur mariage, ...). Le caractère discrétionnaire de la rupture n'interdit pas à l'employeur de fournir un motif qui, s'il est en relation avec l'exécution du travail, en accentue encore la légitimité.

L'invocation par l'employeur d'un motif dépourvu de lien avec la capacité du salarié à tenir l'emploi en cause, pour mettre fin à la période d'essai et donc au contrat de travail, constitue une faute dont il doit réparer les conséquences. Ceci, bien que l'appréciation des compétences du salarié soit l'une des prérogatives essen-

tielles de l'employeur et que le juge ne se reconnaisse pas le droit d'y substituer la sienne : "le juge du fond ne saurait condamner l'employeur au motif que la rupture n'est étayée par aucun élément sérieux" (Cass. soc., 28 mars 1996).

- Enfin, au plan pratique, preuve doit être rapportée que la décision de rompre a été prise avant l'expiration de l'essai.

Bien qu'aucune disposition n'oblige l'employeur à notifier la rupture par écrit, la preuve d'une notification verbale effectuée dans les délais étant difficile à rapporter, il est conseillé de procéder par lettre, recommandée avec accusé de réception ou remise en mains propres contre décharge, en veillant à ce que les délais d'acheminement ne rendent pas la notification tardive. De fait, la date à prendre en considération pour déterminer le moment de la notification est celle de la réception par le salarié de la lettre qui formalise la décision et non pas celle de son expédition.

6 - Sanctions

L'expiration de la période d'essai, sans qu'aucune décision de rupture ne soit intervenue, entraîne l'application automatique et immédiate des garanties légales.

La notification d'une rupture éventuelle intervenue quelques jours après le terme de la période d'essai entraîne l'application des garanties de rupture (préavis procédure, exigence d'une cause spécifique [force majeure, accord commun, faute grave du salarié], indemnités).

FICHE N°6

SUSPENSION DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL DU FAIT DU SALARIÉ : GÉNÉRALITÉS

I - Causes	p. 26
II - Conditions	p. 26
III - Effets	p. 26
1 - La suspension ne reporte pas l'échéance du CDD	
2 - Suspension de l'obligation d'exécuter le contrat	
3 - Suspension de l'obligation de rémunérer	
4 - Suspension de l'obligation de payer les cotisations sociales	
5 - Fin de la suspension	
6 - Droit pour le salarié de retrouver son emploi	
7 - Droit pour l'employeur de rompre le contrat de travail	
8 - Effets variables de la suspension selon le motif légitime	

I - Causes

- Les motifs légitimes de suspension du fait du salarié recruté par contrat à durée déterminée sont les mêmes que ceux prévus pour les titulaires d'un contrat à durée indéterminée.

- la grève (fiche n° 8),

- des circonstances tenant à l'impossibilité pour le salarié d'exécuter sa prestation de travail (fiches n° 8, n° 9),

- des motifs répondant à certains impératifs personnels (cf. examens et concours passés dans le cadre du projet de formation de l'aide éducateur après sa validation par le recteur, fiche n° 8).

- La loi du 16 octobre 1997 ouvre une possibilité supplémentaire aux titulaires de contrats emploi-jeune.

- pour effectuer une période d'essai afférente à une autre offre d'emploi, lorsque l'employeur a donné son accord (fiche n° 7).

II - Conditions

- Le salarié désirant bénéficier d'une suspension de son contrat de travail doit prouver la réalité du motif légitime qu'il invoque en produisant les pièces justificatives exigées par la loi (cf. certificats médicaux, attestation de présence aux sessions de formation, ...).

- Aucune difficulté pour les cas expressément prévus par la loi.

- Le juge (en cas de litige) contrôle l'appréciation formulée par chacune des parties.

- À défaut, il est considéré comme se prévalant à tort d'une suspension de contrat et peut encourir les sanctions applicables en cas d'inexécution du contrat.

- Le salarié peut se voir appliquer les sanctions disciplinaires prévues pour absence non autorisée ou, le cas échéant, être reconnu responsable de la rupture du contrat de son fait.

- En revanche, la preuve de la réalité d'un motif suffit à justifier la suspension du contrat de travail.

- L'employeur doit alors faire droit à l'autorisation d'absence demandée par le salarié.

III - Effets

1 - "La suspension du contrat à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance de ce

contrat" (art. L 122-3-5 CT).

- Ce n'est pas le contrat qui est suspendu, mais son exécution ou, plus précisément, l'exécution de certaines obligations attachées au contrat.

- Il ne peut y avoir, sauf accord des parties, report du terme initial en raison de la suspension de l'exécution des obligations (Cass. soc. 24 mars 1971, bull. civ. V, n° 252).

- Une grève se poursuivant au-delà du terme prévu ne saurait entraîner la prolongation de la relation contractuelle (Cass. soc., 21 nov. 1984, Bull. civ. V, n° 445).

- Dès lors que la cause de suspension disparaît avant l'arrivée du terme, le contrat doit reprendre son cours.

2 - Le lien contractuel est maintenu, mais le salarié est dispensé de l'obligation de fournir le travail convenu sans que l'inexécution du contrat puisse être considérée comme fautive et justifier sa rupture.

- Interdiction de rompre le contrat de travail sur la base du motif de sa suspension.

- Un licenciement intervenant dans ces conditions causerait nécessairement au salarié un préjudice, dont le juge apprécierait l'étendue (Cass. soc., 12 mars 1996).

- Mais, sauf disposition contraire expresse, possibilité de rompre pour une cause autre que le motif légitime de la suspension (cf. pour un motif d'ordre économique, tel que la suppression de l'emploi occupé, ou pour sanction disciplinaire (Cass. soc., 18 oct. 1989, Bull. civ., V, n° 602 et CA Grenoble 10 mai 1994)).

3 - Réciproquement, le paiement de la rémunération n'est pas dû.

- La suspension de l'obligation de verser la rémunération couvre la rémunération de base, les éléments accessoires (cf. éventuelles indemnités de grand déplacement, indemnité compensatrice de préavis, Cass. soc. 21 fév. 1990, Bull. civ., V n° 71) et la garantie de rémunération mensuelle minimale.

- La rémunération mensuelle minimale peut dès lors être réduite au prorata de la durée de la période de suspension (art. L 141-11 al. 2 CT).

→ Certains régimes légaux de suspension prévoient le maintien de la rémunération, exemples :

→ pendant les visites médicales du travail (art. R 241-53 CT),

→ pour élections prud'homales (art. L 513-4 CT).

4 - La suspension du contrat de travail emporte suspension de l'obligation de payer les cotisations sociales (qui sont liées au versement d'une rémunération).

5 - La période de suspension cesse en principe avec la disparition du motif de suspension, qui implique la reprise du travail.

→ Une suspension pour accident de travail se prolonge jusqu'à la visite obligatoire de reprise destinée à contrôler l'aptitude au poste par le médecin du travail.

→ Elle ne prend donc pas fin à l'issue de l'arrêt de travail médicalement prescrit, ni à la date à laquelle le salarié a été déclaré par la caisse primaire d'assurance maladie consolidé et apte à reprendre son travail.

→ Elle s'achève à la date de la déclaration établie par le médecin du travail à l'issue de l'examen médical de reprise (Cass. soc., 29 mai 1991, Bull. civ. V, n° 273).

→ La prolongation de la suspension jusqu'à cette date interdit le licenciement (Cass. soc., 22 mars 1989, Bull. civ. V, n° 235).

→ L'absence de visite de reprise régulièrement prescrite par l'employeur a donc pour effet de prolonger la suspension (Cass. soc. 8 juill. 1994).

→ Il en va de même en cas d'inaptitude au poste constatée par le médecin du travail, aussi longtemps que l'employeur recherche un nouveau poste compatible avec l'aptitude du salarié. En ce cas, il n'y a aucune obligation de rémunérer l'intéressé, sauf si celui-ci établit que l'employeur avait la possibilité de lui procurer un nouveau poste à une date plus rapprochée (Cass. soc., 16 fév. 1987, Bull. civ. V, n° 80).

6 - À l'issue d'une période de suspension, le sa-

larié retrouve de plein droit son emploi (Cass. soc., 16 juill. 1987, Bull. civ., V, n° 521).

→ Il est alors tenu de reprendre son poste, sous réserve de l'existence simultanée d'une autre cause légitime de suspension.

→ A défaut, son absence peut être considérée comme fautive et justifier l'application d'une sanction.

→ L'employeur est lui-même tenu de reprendre le salarié et de l'affecter au poste qu'il occupait auparavant.

→ Toute modification des conditions d'emploi ou de rémunération qu'il déciderait alors pourrait entraîner la rupture du contrat de son fait.

→ La reprise de l'emploi peut toutefois être légalement subordonnée à une demande expresse du salarié en ce sens (cf. à l'issue d'un mandat parlementaire, art. L 122-24-2 CT).

→ Elle peut également être assortie de garanties supplémentaires (cf. congé sabbatique et droit pour le salarié de percevoir des dommages-intérêts en sus de l'indemnité de licenciement, si l'employeur ne lui permet pas de reprendre son poste ou un autre similaire pour une rémunération au moins équivalente [Cass. soc., 16 mars 1989, Bull. civ. V, n° 231]).

7 - L'employeur retrouve dès lors le droit de rompre le contrat de travail dans les conditions habituelles, du moment que le motif de cette rupture demeure étranger à celui ayant servi de fondement à la suspension.

8 - Le maintien du lien institutionnel unissant le salarié et son employeur emporte des effets variables selon le motif légitime de suspension retenu.

→ Sont ainsi exclus de l'effectif de référence de l'entreprise les salariés ne percevant plus aucune rémunération de l'employeur pendant la période de suspension (Cass. soc., 18 fév. 1988, Bull. civ. V, n° 124).

→ Le pouvoir disciplinaire de l'employeur subsiste en principe tant que le contrat de travail n'est pas rompu.

→ Il peut ainsi sanctionner pendant la période de suspension légitime les fautes commises

auparavant par le salarié (Cass. soc., 19 juill. 1979, Bull. civ. V, n° 651).

→ Il peut également sanctionner des fautes commises par ce salarié au cours de cette période (CA Nancy, 13 juin 1995), au titre des obligations demeurant encore à la charge de ce dernier.

→ La suspension en cas de maladie ou accident du travail n'interrompt pas le délai de 2 mois prévu par la loi pour engager une procédure disciplinaire (Cass. soc., 13 juill. 1993, Bull. civ. V, n° 202).

→ En revanche, l'absence pour congé de maternité ou pour accident de travail peut conduire à différer l'exécution de la sanction prononcée dans le cadre d'un licenciement pour motif disciplinaire jusqu'à la fin de la suspension du contrat.

→ Le pouvoir de contrôle de l'employeur peut s'exercer notamment par le recours à un méde-

cin spécialement mandaté afin de vérifier la réalité du motif d'une absence due à la maladie ou l'exigence de la fourniture d'une attestation de stage (contrôle sur le contenu et l'assiduité).

→ Le pouvoir disciplinaire de l'employeur trouve ses limites dans les régimes légaux de protection des salariés :

- Interdiction de prononcer le licenciement d'une femme en congé de maternité, pour quelque cause que ce soit (même une faute grave), pendant toute la durée de ce congé (art. L 122-27 CT).

- Le contrat de travail d'un salarié absent par suite d'accident du travail ou de maladie professionnelle ne peut être résilié pendant sa suspension que pour faute grave (art. L 122-32-2 CT).

- La suspension du contrat de travail pour fait de grève interdit la rupture du contrat sauf en cas de faute lourde (art. L 521-1 CT).

FICHE N°7

SUSPENSION POUR EFFECTUER UNE PÉRIODE D'ESSAI

• Le nouvel article L. 322-4-20 III CT prévoit que les contrats conclus pour l'emploi des jeunes peuvent être suspendus, avec l'accord de l'employeur, afin de permettre au salarié d'effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi.

→ Pendant cette période, le lien contractuel entre l'employeur et le salarié est maintenu, mais les obligations principales qu'il génère, à savoir l'obligation de fournir une prestation de travail et son corollaire l'obligation de rémunérer ce travail, sont suspendues.

→ Ceci constitue une possibilité offerte au salarié, sur accord de l'employeur. Le chef d'établissement employeur n'est pas tenu de faire droit à la demande. Il conserve tout son pouvoir d'appréciation et de décision à cet égard.

→ Néanmoins, dans le cadre d'un dispositif légal institué en vue de faciliter l'insertion professionnelle de jeunes demandeurs d'emploi, il ne saurait être fait obstacle à une chance réelle d'embauche ultérieure.

→ Il est conseillé d'exiger que l'aide éducateur formule une demande sus-

pension de contrat par écrit, adressée sans délai à l'EPL employeur puis transmise à l'EPL mutualisateur, dès qu'il dispose de l'accord certain de l'autre employeur.

→ De même, l'employeur, afin de s'assurer que la demande relève bien du cas prévu dans ce cadre législatif, peut demander la présentation d'un exemplaire du contrat de travail au titre duquel le salarié demande à bénéficier d'une autorisation d'absence, ou de tout document prévoyant l'exécution d'une période d'essai.

→ En corollaire, la réponse du chef d'établissement est également formulée par écrit.

→ En cas d'accord, l'établissement mutualisateur doit être tenu informé (suspension de la rémunération) ainsi que le directeur de l'école d'affectation et les partenaires conventionnels éventuels (convention d'exercice des fonctions d'aide éducateur en dehors du temps scolaire).

• principes
→ applications, implications
→ précisions

FICHE N°8

SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL DES AIDES ÉDUCATEURS : ILLUSTRATIONS

I - L' indisponibilité physique.....	p. 31
→ arrestation ou détention provisoire <i>(les situations liées à la maladie du salarié ou à un accident du travail font l'objet de la fiche n° 9)</i>	
II - Des événements d' ordre familial	p. 32
<i>(congé postnatal, congé parental d' éducation, maladie d' un enfant)</i>	
III - Des convenances personnelles	p. 32
→ causes expressément prévues par la loi <i>(congé pour création d' entreprise)</i>	
IV - Autres causes légales de suspension	p. 32
1 - Le service national	p. 32
2 - La grève	p. 33
3 - Les visites médicales afférentes à la surveillance médicale des personnels	p. 34
4 - Les examens médicaux relatifs à la maternité	p. 35
5 - Le don du sang	p. 35
6 - Les élections sociales	p. 35
7 - Les catastrophes naturelles	p. 35
8 - Les missions opérationnelles des sapeurs-pompiers volontaires	p. 36

- principes
- applications, implications
- précisions

I - L'indisponibilité physique

→ La maladie (art. L 122-24-4 CT) (cf. fiche n° 9) ;

→ L'accident du travail (art. L 122-32-1 CT) (cf. fiche n° 9) ;

→ L'arrestation et la détention provisoire (régime jurisprudentiel) :

- Elles ne constituent pas, en elles-mêmes, un motif de licenciement, eu égard à la présomption d'innocence qui s'attache à la seule mise en examen (CA Paris, 20 déc. 1994).

- L'incarcération ne peut constituer à elle seule un juste motif de cause de rupture du contrat de travail. La Cour de cassation a également précisé que "la situation résultant de l'incarcération du salarié ne constitue pas une force majeure", écartant désormais la possibilité pour l'employeur de se prévaloir de la durée de l'incarcération afin d'invoquer la force majeure en tant que motif de rupture anticipée du contrat de travail (Cass. soc., 15 oct. 1996, M. Hardy c./ Sté RNUR).

- Le contrat est temporairement suspendu en cas d'incarcération provisoire (garde à vue, détention provisoire), compatible avec l'emploi occupé. L'employeur ne peut alors légitimement rompre le contrat de travail à durée déterminée qu'en rapportant la preuve d'une faute grave (cf. absence non justifiée du salarié, incarcération consécutive à un fait délictueux commis au cours du travail). À moins qu'il n'établisse, au regard des spécificités inhérentes à son établissement, sous le contrôle et l'appréciation des juges, que l'absence prolongée du salarié a perturbé le bon fonctionnement de ses services et contraint à son remplacement ou, encore, que l'acte délictueux commis par ce salarié, bien que s'étant produit en dehors du travail, a, compte tenu de la nature des fonctions de l'intéressé et de la finalité propre des EPLE, créé un trouble caractérisé au sein de l'établissement autorisant alors le licenciement.

- La négligence du salarié en matière d'information, pour permettre à l'employeur d'engager une procédure de licenciement, doit constituer une faute grave, laquelle peut seule priver le salarié concerné du bénéfice de l'indemnité

de licenciement.

- La mise en détention préventive est traditionnellement considérée comme une cause légitime de suspension du contrat, tant qu'elle ne se prolonge pas pendant une durée considérée comme excessive au regard de l'exécution du contrat.

- Les juges apprécient souverainement le caractère "suffisamment court" de la détention de nature à justifier la suspension au vu de tous les éléments de l'espèce et plus particulièrement de la nature de l'emploi occupé au regard des contraintes inhérentes à l'organisation de l'entreprise et à son bon fonctionnement.

- Pendant la durée de la suspension du contrat pour incarcération, l'employeur n'est pas tenu au versement de la rémunération.

- La reprise par l'intéressé de son ancien emploi, à la fin de l'incarcération, implique que le salarié se présente à son travail à la date prévue comme étant celle à laquelle la suspension du contrat devait prendre fin. Le salarié qui prolonge pendant plusieurs semaines, après la sortie de prison, son absence alors injustifiée, s'expose à la rupture du contrat de travail de son fait.

- En outre, les faits ayant entraîné l'incarcération peuvent constituer un motif réel et sérieux légitimant le licenciement, compte tenu de l'emploi occupé, que les faits délictueux aient été commis pendant le travail ou en dehors du temps et du lieu de travail, du moment qu'ils créent "un trouble caractérisé au sein de l'entreprise" (actes de violence révélant un comportement dangereux incompatible avec un emploi plaçant le salarié au contact d'enfants, vol ou falsification de chèques commis par des salariés tenus à une obligation de rectitude, de probité et de respectabilité).

- Il doit être noté que l'incarcération d'un salarié n'entraîne aucune interruption, ni suspension du délai de prescription prévu par l'article L 122-44 CT dès lors que les poursuites pénales exercées à l'encontre du salarié concernent le fait qui lui est reproché et qui est susceptible de justifier une sanction disciplinaire. Tel n'est, par exemple, pas le cas dans l'hypothèse où les poursuites pénales visent une infraction

commise dans le cadre de la vie personnelle du salarié alors que l'employeur fonde le licenciement disciplinaire sur l'atteinte portée à son image de marque par cette infraction (cf. Cass. soc., 10 mars 1998, Association Centre artistique et culturel Mansart c./ Colin).

- En toute hypothèse, l'EPLE employeur est tenu de respecter la procédure de licenciement (convocation de l'intéressé à l'entretien préalable, quand bien même celui-ci ne serait pas en mesure de s'y présenter) et les conditions de rupture des CDD "emploi-jeunes" (la rupture pour cause réelle et sérieuse n'étant possible qu'au moment des échéances annuelles de ces contrats).

- La notification de la rupture doit alors être portée à la connaissance du salarié pendant qu'il est incarcéré, faute de quoi elle peut être considérée comme abusive (paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive et de l'indemnité de préavis).

II - Des événements d'ordre familial

→ La maternité ou l'adoption (art. L 122-26 CT) (cf. fiche n° 9),

→ Le congé postnatal (art. L 122-28 CT),

→ Le congé parental d'éducation (art. L 122-28-1 CT modifié par la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, art. 54),

- droit étendu aux salariés qui adoptent un enfant de plus de trois ans et de moins de seize ans.

→ La maladie d'un enfant (art. L 122-28-8 CT):

- autorisation d'absence de droit,

- pour maladie ou accident atteignant un enfant de moins de 16 ans dont le salarié assume la charge dans les conditions ouvrant droit au paiement des prestations familiales (art. L 513-1 du Code de la sécurité sociale [CSS]),

- sur présentation d'un certificat médical attestant de la maladie ou de l'accident,

- dans la limite de 3 jours par an, voire 5 jours par an si l'enfant est âgé de moins de 1 an ou si le salarié assume la charge de 3 enfants ou plus, âgés de moins de 16 ans.

- Aucune disposition légale n'interdit le cumul de ce congé avec celui auquel peut prétendre

l'autre conjoint salarié.

- La durée de l'absence n'est pas rémunérée.

III - Des convenances personnelles

→ cause expressément prévue par la loi,

→ congé pour création d'entreprise (art. L 122-32-12 s. et L 122-32-22 CT).

IV - Autres causes légales de suspension

Il s'agit de circonstances particulières plus ou moins directement liées à la qualité de salarié.

1 - Le service national (art. L 122-18 CT modifié par la loi n° 97-1019, du 28 octobre 1997 portant réforme du service national).

→ La loi n° 97-1019, du 28 octobre 1997 portant réforme du service national a notamment modifié, en un sens favorable aux salariés contraints de cesser leur activité pour répondre à l'obligation de service national actif, les règles protectrices particulières du Code du travail.

→ Tout d'abord, en vertu de l'article L 122-18 modifié de ce code, l'appel au service national d'un salarié en application du livre II du Code du service national emporte désormais suspension de l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée du service national actif.

→ Corrélativement, la nouvelle rédaction de l'article L 122-21 du Code du travail prend acte de cette évolution en interdisant à tout employeur (ce qui s'étend aux établissements publics d'enseignement) de résilier le contrat de travail d'un salarié au motif de l'astreinte de ce dernier aux obligations du service national.

→ Seule demeure une possibilité de résiliation sur justification d'une "faute grave de l'intéressé" ou d'une "impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger aux dites obligations".

→ Les refus injustifiés de réintégration ouvrent droit pour le salarié à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la violation par l'employeur de l'obligation mise à sa charge par la loi (art. L 122-23 du Code du travail).

→ La sanction de ces normes relève de

l'appréciation des juridictions de l'ordre judiciaire compétentes pour traiter des litiges relatifs à l'exécution des contrats de travail.

2 - La grève (art. L 521-1 CT)

La grève est un droit consacré par la Constitution du 4 octobre 1946, qui "s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent".

→ Dans le secteur privé, la grève est définie comme la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles. Elle doit, pour constituer l'exercice normal du droit susvisé (art. L 122-45 CT), réunir certaines conditions tenant à la forme de l'arrêt de travail (licéité du mouvement [absence d'abus de droit tant qu'il n'y a pas désorganisation de l'entreprise]) et aux revendications qu'elle appuie (exigence d'une revendication qu'il y ait ou non préavis).

→ Dans le secteur public, ce droit fondamental doit se concilier avec certains principes qui ont également valeur constitutionnelle. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en donne quelques illustrations, notamment au regard du principe de continuité du service public (décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 et décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987) et du principe d'égalité (décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 concernant les entreprises relevant du code du travail, dans laquelle le juge a affirmé que le souci du législateur d'assurer l'exercice effectif du droit de grève ne saurait justifier une grave atteinte au principe d'égalité). Le Conseil d'État, depuis un arrêt d'Assemblée du 7 juillet 1950 (Dehaene), reconnaît, en l'absence de la réglementation annoncée par la Constitution, au gouvernement le pouvoir de limiter également l'exercice du droit de grève des agents d'un service public si l'ordre public l'exige. Ainsi, même lorsque la grève est licite, peut-il édicter, "en l'état actuel de la législation, des mesures propres à en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public", par voie de circulaires ministérielles (CE 18 mars 1956 Hublin) ou de décisions de chefs de service (CE Sect. 19 janv. 1962 Bernadet).

Par une décision de section, rendue le 17 mars

1997 (CE Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière), la haute juridiction administrative a précisé la portée de cette affirmation. "En l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue des limites pour les agents desdits services". "Toutefois, ce principe ne fait pas obstacle à ce que les organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, d'une part, définissent les domaines dans lesquels la sécurité doit être assurée en toutes circonstances ainsi que les fonctions nécessaires pour assurer cette sécurité, d'autre part, déterminent les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public".

Il n'est fait aucune distinction selon la catégorie d'agents visés (droit public ou droit privé), ni selon le caractère de l'établissement public chargé d'une mission de service public (il s'agissait en l'espèce de la direction "EDF-GDF services"). Un service minimum peut, de plus, être mis en place au sein de tels établissements, en application d'instructions ministérielles. "S'imposant à l'établissement en toutes circonstances", les organes de direction, délégués de l'autorité nécessaire, peuvent "édicter les règles applicables, en cas de grève, aux agents placés sous leur autorité" (cf. désignation, par note de service, des fonctions devant être assurées en cas de grève comme en toutes circonstances).

Le recours à la réquisition n'est toutefois justifié que lorsqu'il est établi que les perturbations inhérentes à la grève sont susceptibles de porter une atteinte suffisamment grave, soit à la continuité du service public, soit à la satisfaction des besoins de la population.

→ Les aides éducateurs sont des salariés de droit privé par détermination de la loi et le régime juridique de leur contrat de travail relève du Code

du travail. Leur employeur (établissement public à caractère administratif) et l'établissement du premier degré au sein duquel ils peuvent être affectés (école publique), tous deux chargés de l'exécution de la mission de service public de l'enseignement, sont soumis aux seules dispositions du livre V du Code du travail relatives à la grève dans les services publics (art. L 521-2 à L 521-6 CT).

→ L'exercice normal du droit de grève par les aides éducateurs, agents d'EPLÉ recrutés pour l'accomplissement d'activités participant directement à l'action éducatrice qui relève de la mission de service public de l'enseignement, donc entrant dans la liste de l'article L 521-2 du code du travail, est ainsi défini aux articles susvisés.

→ D'un point de vue général, les EPLÉ employeurs et les écoles sont tenus de respecter l'interdiction formulée par l'article L 122-45 alinéa 2 de ce code ("Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève").

En outre, le Conseil d'État a reconnu valeur de principe général du droit à la prohibition de toute mesure discriminatoire prises par l'employeur en matière de rémunérations et d'avantages sociaux pour exercice du droit de grève, formulée par le législateur à l'alinéa 2 de l'article L 521-1 du Code du travail. Dans l'arrêt M. Malher, du novembre 1990, le juge administratif en a fait application à la SNCF, entreprise publique à statut, pour déclarer l'illégalité de mesures administratives (dispositions du règlement statutaire du personnel de la SNCF) prévoyant "la suspension des droits à l'avancement et en échelon pour les absences motivées par la cessation concertée du travail". Il a cependant délimité la portée de ce principe en précisant qu'il ne vaut que dans la mesure où "il n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée" à la SNCF. Ce faisant, le juge a pris acte de la nécessaire conciliation, évoquée précédemment, du droit de grève avec le principe fondamental de continuité du service public dont la valeur constitutionnelle a été affirmée par le juge constitution-

nel (cf. décision n° 79-105 précitée).

À cet égard, en vertu même de l'article L 521-6 du Code du travail, l'absence de service fait, consécutive du fait de grève, justifie une retenue du salaire calculée selon les modalités indiquées au second alinéa dudit article. La retenue ne peut s'opérer que sur la fraction saisissable de la rémunération (art. L 145-1 et R 145-1 CT). Le juge administratif est compétent pour examiner la légalité d'une décision fixant les modalités de retenues sur salaire en cas de grève, en raison du caractère réglementaire et administratif d'un tel acte (Tribunal des conflits, 22 juin 1992).

3 - Les visites médicales afférentes à la surveillance médicale des personnels

→ Les règles applicables en matière d'hygiène, de sécurité du travail et de prévention médicale dans les établissements d'enseignement publics sont fixées par le décret n° 82-453 du 28 mai 1982, modifié par le décret n° 95-680 du 9 mai 1995.

Une circulaire conjointe du ministre de la fonction publique et du ministre du budget, en date du 24 janvier 1996 (CFP/4 n° 1871 et C2B n° 95-1353, BOEN n° 21 du 23 mai 1996, RLR 610-8) en précise les modalités d'application et indique que ces règles "s'appliquent à l'ensemble des personnels en fonction dans les établissements relevant de l'éducation nationale y compris aux personnes recrutées par contrat emploi-solidarité". Par analogie de situation, ces dispositions concernent également les aides éducateurs titulaires de contrats "emplois-jeunes".

Le suivi médical de ces agents doit être organisé dans le cadre des dispositifs spécifiques applicables aux EPLÉ et aux écoles publiques au sein desquelles ils exercent et conformément aux dispositions réglementaires susvisées (cf. obligation d'une surveillance médicale particulière notamment pour les femmes enceintes, décret n° 82-453 du 28 mai 1982, art. 24).

Il est rappelé que des autorisations d'absence doivent être accordées pour permettre aux personnels de subir les examens médicaux prévus

par les textes précités (cf. examen médical annuel, examens complémentaires prescrits par le médecin de prévention, suivi médical des agents présentant un état physique, visite médicale quinquennale [articles 22, 23, 24 et 24-1 du décret susvisé]).

Le temps nécessaire auxdits examens médicaux (y compris les examens complémentaires que le médecin chargé du suivi médical est autorisé à prescrire) est pris sur les heures de travail des aides éducateurs (sans aucune retenue sur salaire).

4 - Les examens médicaux relatifs à la maternité (art. L 122-25-3 CT)

- Depuis la loi n° 93-121 du 17 janvier 1993 portant diverses dispositions d'ordre social, l'employeur est tenu d'accorder une autorisation d'absence à la salariée pour se rendre aux examens médicaux obligatoires prévus par l'article 154 du code de la santé publique, dans le cadre de la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement.

- Autorisation de droit sur demande de la salariée justifiée par présentation des documents attestant qu'elle se situe dans ce cadre légal.

- Maintien de la rémunération dans sa totalité.

- Assimilation de ces absences à des temps de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés et des droits accordés au titre de l'ancienneté dans l'entreprise.

5 - Le don du sang (art. D 666-3-2 du Code de la santé publique)

- Autorisation d'absence pouvant être accordée, sur demande, dans le cadre du pouvoir d'appréciation de l'employeur.

- Maintien de la rémunération laissé à sa discrétion, mais dans la limite de la durée réglementaire autorisée.

- Durée d'absence autorisée limitée au temps nécessaire au déplacement (aller-retour) entre le lieu de travail et le lieu de prélèvement, qui comprend le temps nécessaire à l'entretien et aux examens médicaux, ainsi qu'aux opérations de prélèvement et à la période de repos et de collation médicalement nécessaire.

6 - Les élections sociales

- Les élections des conseillers prud'homaux font l'objet d'une réglementation spéciale.

- L'électorat est constitué des salariés (agents relevant d'un statut de droit privé), âgés de plus de 16 ans, exerçant une activité professionnelle (ou sous contrat d'apprentissage ou involontairement privés d'emploi) et jouissant de la capacité civique (n'avoir encouru aucune des condamnations judiciaires privatives du droit de vote et d'élection) (art. L 5 et L 6 du Code électoral et art. L 513-1, al. 1er CT).

- Aucune condition de nationalité n'est requise. Il faut en revanche être inscrit sur une liste électorale prud'homale (art. R 513-1 CT), dès lors que sont réunies les conditions précédentes qui sont appréciées au 31 mars de l'année de l'élection générale).

- Quant à l'activité, peu importe sa nature ou sa durée. Sont également électeurs les salariés dont l'exécution du contrat est suspendue (art. R 513-3 CT).

- Les litiges relatifs aux agents de droit privé des établissements publics (employés dans les conditions du droit privé) relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes (art. L 511-1, dernier alinéa, CT).

- Les employeurs doivent autoriser leurs salariés à s'absenter pour participer au scrutin, sans diminuer leur rémunération (art. L 513-4 CT).

- Cette autorisation ne peut en aucun cas être assortie d'une contrainte imposant au salarié de justifier de sa participation effective au scrutin. Une telle exigence ne saurait davantage se fonder sur une circulaire ou une décision unilatérale de l'employeur (Cass. soc., 15 mars 1984, Bull. civ., V, n° 101). En revanche, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer les salariés au-delà d'un délai qu'il a pu fixer dès lors que la prolongation de l'absence est imputable au comportement fautif des salariés (Cass. soc., 9 déc. 1992, Bull. civ., V n° 587).

7 - Les catastrophes naturelles

- La loi n° 82-600 du 13 juillet 1982, relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes

naturelles, prévoit en faveur des salariés qui résident ou sont employés habituellement dans une zone touchée par un tel phénomène le droit à un congé afin de participer aux activités d'organismes apportant leur aide aux victimes.

- Ce congé n'est pas rémunéré.

- En cas d'urgence, il peut être pris sous préavis de 24 heures.

- L'autorisation d'absence couvre une durée maximum de 20 jours par an, pris en une ou plusieurs fois.

- Elle ne peut en principe être refusée par l'employeur, dès l'instant où le salarié qui la sollicite justifie réunir les conditions légales ci-dessus mentionnées.

- Toutefois l'employeur peut en refuser l'octroi par décision dûment motivée au regard des nécessités particulières à son entreprise et intervenant après consultation des représentants du personnel.

- Le contrat est suspendu, mais la période concernée n'est pas assimilable à un temps de travail effectif.

8 - Les missions opérationnelles des sapeurs-pompiers volontaires

- La loi n° 96-370 du 3 mai 1996, relative au développement du volontariat dans les corps de sapeurs-pompiers, fixe les modalités selon lesquelles la participation aux missions opérationnelles de secours ouvre droit à suspension du contrat de travail pour les sapeurs-pompiers volontaires occupant un emploi salarié.

- Ce dispositif complète celui issu de la loi n° 91-1389 du 31 décembre 1989 qui a institué une protection sociale particulière des sapeurs-pompiers volontaires, en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service ou à l'occasion de celui-ci (art. R 381-95 s. CT). La gestion de ce régime est à la charge de l'État.

- En dehors des actions de formation suivies par le sapeur-pompier volontaire dans les limites fixées par la loi (cf. supra), les missions opérationnelles ouvrant droit à autorisation d'absence concernent les secours d'urgence aux

personnes victimes d'accidents, de sinistres ou de catastrophes et leur évacuation, ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement en cas de péril.

- La durée de l'absence n'est pas limitée par la loi. Le sapeur-pompier est alors seulement tenu de justifier que la mission pour laquelle il sollicite une autorisation d'absence relève bien des cas expressément prévus par la loi. La programmation des gardes des sapeurs-pompiers volontaires n'est communiquée à l'employeur que s'il en fait la demande au directeur départemental des services d'incendie et de secours (SDIS).

- L'autorisation d'absence est de droit, sous réserve de la réunion des conditions légales.

- Pour être régulier, le refus de l'employeur doit tout d'abord être fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise puis être notifié à l'intéressé et transmis au SDIS.

- L'employeur n'est pas tenu de maintenir la rémunération du salarié pendant son absence, puisqu'il reçoit à ce titre des vacances horaires qui lui sont versées par les collectivités locales ou le SDIS.

- Dans le cas où la rémunération serait néanmoins maintenue, l'employeur peut, à sa demande, être subrogé dans le droit du salarié à percevoir les vacances horaires, dans la limite du montant des salaires effectivement maintenus. Les vacances ainsi perçues par l'employeur ne sont pas davantage assujetties à impôt, ni soumises aux prélèvements sociaux.

- Le temps ainsi passé en missions opérationnelles est assimilé à une durée de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés, des droits aux prestations sociales et pour les droits que le salarié tire de son ancienneté.

- Aucun licenciement, aucun déclassement professionnel, ni aucune sanction disciplinaire ne peuvent être prononcés à l'encontre d'un salarié en raison de ses absences justifiées par l'exercice de son activité de sapeur-pompier volontaire.

FICHE N°9

LES CAS DE SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL INHÉRENTS À LA PROTECTION DES SALARIÉS CONTRE LES RISQUES SOCIAUX

I - Modalités	p. 37
II - Portée	p. 38

I - Modalités

L'EPLE assume vis-à-vis des aides éducateurs l'ensemble des obligations de l'employeur et doit notamment les affilier à la sécurité sociale et verser les charges sociales salariales et patronales de droit commun à l'URSSAF.

• Comme tous les salariés titulaires d'un contrat de travail de droit privé, les aides éducateurs bénéficient de la protection sociale édictée par le Code de la sécurité sociale (assurances maladie, maternité, invalidité, décès et veuvage, vieillesse, accidents du travail et maladies professionnelles). À ce titre, sous réserve des conditions spécifiques requises pour chacune d'elles, ils perçoivent les prestations en nature et en espèces prévues par le code, lesquelles sont servies par la caisse de sécurité sociale dont ils relèvent en considération de leur domicile.

→ En cas d'arrêt de travail pour raisons de santé ou de maternité, les aides éducateurs perçoivent, à la place de leur salaire, des indemnités journalières versées par la caisse de sécurité sociale à laquelle ils adressent, dans les quarante huit heures, un exemplaire de l'arrêt de travail prescrit par le médecin traitant.

→ S'ils sont victimes d'un accident de travail ou de trajet ayant entraîné des dommages corporels au sens du livre IV du Code de la sécurité sociale, ils doivent en informer ou en faire informer le chef d'établissement employeur dans la journée ou au plus tard dans les vingt-quatre heures, sauf le cas de force majeure

- principes
- applications, implications
- précisions

(articles L 441-1 et R 441-2 du CSS). Lorsqu'ils travaillent dans une école, ils doivent informer le directeur de l'école, à charge pour lui d'informer et de transmettre les justificatifs nécessaires au chef d'établissement employeur.

Passé ce délai, ils perdent, en principe, le bénéfice de la présomption d'imputabilité au service, mais ne sont pas déchus de leurs droits à réparation, dans la mesure où un accident du travail peut être déclaré jusqu'à l'expiration de la deuxième année qui suit la date à laquelle il est survenu (article L 441-2 alinéa 2 du CSS).

→ Le chef de l'établissement employeur dont relève la victime doit :

- déclarer l'accident dans les quarante huit heures à la caisse de sécurité sociale, non compris les dimanches et jours fériés, par lettre recommandée avec accusé de réception sur un imprimé national fourni par la caisse (articles L 441-2 et R 441-3 du CSS) ;

- fournir à la caisse une attestation indiquant la période de travail, le nombre de journée et d'heures auxquelles s'applique le traitement, le montant et la date de ce traitement (article R 441-1 du CSS) ;

- remettre à la victime une feuille de soins lui permettant de bénéficier de la prise en charge directe, par la caisse, des frais médicaux et pharmaceutiques.

→ La victime d'un accident du travail a droit à la prise en charge des frais et honoraires médicaux, au versement d'indemnités journalières pendant la période d'incapacité de travail et, en cas d'incapacité permanente partielle, à une rente ou un capital en fonction du taux reconnu. Si la preuve d'une faute inexcusable de l'employeur est rapportée, l'indemnisation est plus large (possibilité de dommages et intérêts sur action en responsabilité pour faute personnelle). Réciproquement, la faute inexcusable du salarié peut affecter ses droits à réparation.

→ S'ils ont à leur charge un ou plusieurs enfants résidant en France, les aides éducateurs bénéficient également des prestations familiales

prévues à l'article L 511-1 dudit code, dans les conditions fixées par le livre V, à la charge des caisses d'allocations familiales. Ces organismes servent également des prestations qui n'ont pas, à proprement parler, un caractère familial, auxquelles les salariés peuvent, éventuellement s'ils en remplissent les conditions d'attribution, prétendre (cf. allocation aux adultes handicapés, allocation de logement aux jeunes salariés, aide personnalisée au logement, ...).

II - Portée

Quelques illustrations jurisprudentielles permettront d'appréhender plus nettement la portée pratique de certaines des prescriptions précédentes.

- La maternité offre à la femme salariée un statut protecteur dont l'élément essentiel est l'interdiction de licenciement prévue par l'article L 122-25-2 du Code du travail (CT). Le contrat de travail est suspendu.

La jurisprudence a d'abord étendu le bénéfice de la protection de droit commun de la maternité aux salariées embauchées par contrat de travail à durée déterminée, sans faire obstacle à l'échéance du terme (Cass. soc., 10 nov. 1993). Puis, la Cour de cassation a précisé que "les dispositions spécifiques à la protection de la maternité ne privent pas la salariée du droit d'invoquer également les dispositions de l'article L 122-3-8 du Code du travail qui limitent les causes de rupture du contrat de travail à durée déterminée à la faute grave et à la force majeure" (Cass. soc., 26 fév. 1997, Sté Chantal & Bernadette c/ C. Debove).

Ainsi, en sus de l'article L 122-25-2 CT concernant la maternité et permettant la résiliation du contrat de la salariée enceinte durant la période légale de protection, pour faute grave ou en cas d'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse, l'intéressée peut se prévaloir des modes de rupture du contrat à durée déterminée. Dès lors, l'employeur qui rompt, un mois après sa conclusion un contrat de qualification prévu pour 24 mois, sans invoquer de faute grave au moment de la rupture, encourt une condamnation à des dommages-intérêts calculés à hauteur des 23 mois de salaires restant à courir

jusqu'à l'échéance du terme (en application de l'article L 122-3-8 alinéa 2).

Ce texte ne s'applique cependant pas en cas de résiliation du contrat de travail pendant la période d'essai (Cass. soc., 2 fév. 1983). La salariée n'en est pour autant pas dépourvue de toute garantie dans la mesure où l'article L 122-25 CT interdit que l'employeur prenne en considération l'état de grossesse pour rompre le contrat au cours de l'essai.

Il n'a certes pas à justifier d'une faute ou d'une impossibilité de maintenir le contrat (comme c'est le cas lorsqu'il entend procéder au licenciement, art. L 122-25-2- al. 1 CT), mais le motif qu'il invoque (insuffisance professionnelle ou non-pertinence de l'essai) doit être indépendant de l'état de grossesse.

À défaut, la résiliation est irrégulière. Analysée comme présentant un caractère abusif, elle ouvre alors droit pour la salariée à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi (art. L 122-30 al. 1 CT, récemment appliqué par Cass. soc., 15 janv. 1997, Mme Dundas c./Banque St-Dominique).

- Autre cause de suspension du contrat de travail, les accidents du travail sont régis par un ensemble de règles figurant au livre Ier, titre II, ch. II, sect. V-I, du Code du travail (art. L 122-32-1 et s.). Ces dispositions s'appliquent aux EPLE et bénéficient aux aides éducateurs. Elles définissent en fait une protection légale particulière des victimes d'accidents du travail ou de maladie professionnelle contre la rupture de leur contrat de travail par l'employeur. C'est une forme de garantie de l'emploi et des droits annexes (rémunération pendant l'incapacité de travailler).

→ Les accidents du travail justifiant cette protection légale sont définis par la législation de la sécurité sociale (accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée, art. L 411-1 du Code de la sécurité sociale). Elle s'étend au cas de rechute sous réserve que celle-ci puisse être analysée comme la récédive ou l'évolution normale et naturelle d'un état pathologique préexistant résultant de l'accident de travail et non pas comme l'évolution naturelle de l'état de santé

de l'intéressé. Il faut, de plus, que le lien de causalité entre la rechute et l'accident soit établi. Cependant, elle ne peut jouer que si l'employeur a eu connaissance de la réalisation de l'accident.

→ Pendant la durée de l'arrêt de travail, le contrat est suspendu. Il en est de même pendant le délai d'attente et la durée du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que doit éventuellement suivre le salarié concerné.

→ L'interdiction de licencier le salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée pendant la période de suspension comporte deux exceptions : la faute grave de l'intéressé ou la force majeure (art. L 122-32-2 al. 2 CT).

→ Par contre, l'article L 122-3-8 CT (possibilité de rupture du contrat de travail sur accord commun des signataires) est applicable, de même que l'article 1184 du code civil (résolution judiciaire). Il revient au juge d'apprécier si la faute alléguée présente une gravité suffisante pour justifier la rupture immédiate du contrat de travail.

→ À l'issue du temps de suspension, l'aide éducateur doit retrouver son emploi ou un emploi similaire dans l'EPL ou l'école d'affectation.

→ En revanche, si le contrat de travail est arrivé à son terme au cours de la période de suspension, le contrat de travail des aides éducateurs n'étant pas renouvelable et l'arrivée du terme fixé dans la convention ne pouvant être modifiée, le contrat prend alors fin normalement.

→ En dehors de cette dernière hypothèse, le salarié doit être soumis, sous l'autorité et la responsabilité du chef d'établissement, à un examen médical (médecin agréé par l'administration) afin de déterminer s'il est apte ou inapte à reprendre son activité.

→ En cas de déclaration médicale d'inaptitude à la reprise de l'emploi précédemment occupé, le chef d'établissement est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin agréé et des indications qu'il formule (sur l'aptitude à exercer l'une des tâches relevant des activités d'aide éducateur définies au sein de l'établissement scolaire d'affectation).

→ La rupture consécutive à une impossibilité de reclassement est imputable à l'employeur et

donc traitée en licenciement.

→ Si l'employeur ne peut proposer au salarié un nouvel emploi adapté à ses capacités ou si celui-ci refuse l'emploi de substitution qui lui a été proposé (sauf cas de refus abusif de reclassement), le salarié ainsi licencié doit percevoir deux types d'indemnités ("indemnité compensatrice" d'un montant égal à l'indemnité de préavis et indemnité "spéciale" de licenciement [art. L 122-32-6 CT]).

→ En cas de refus abusif de l'aide éducateur ou d'impossibilité pour l'employeur de proposer un emploi de reclassement (dûment établie ou justifiée), ce dernier est en droit de demander la résolution judiciaire du contrat de travail.

→ La réintégration judiciaire du salarié est prévue par la loi lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions des articles L 122-32-4 CT (aptitude reconnue à l'ancien poste ou un poste similaire assorti d'une rémunération équivalente) et L 122-32-5 CT (al. 1 et 4, inaptitude à l'ancien poste reconnue sans qu'aucune proposition de poste ne soit formulée).

→ Le refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties autorise le juge à octroyer une indemnité spécifique.

→ L'absence de reclassement donne au salarié le droit de prétendre au paiement d'une indemnité qui ne peut être inférieure à la rémunération jusqu'au terme du contrat à durée déterminée.

→ L'obligation de reclassement est effective même si l'accident est survenu pendant la période d'essai (application des articles L 122-32-5, L 122-32-6 et L 122-32-7 CT, Cass. soc., 25 fév. 1997, Mme *Oliviero c./Sté centrale du meuble*). Ainsi, après déclaration médicale d'une inaptitude à l'emploi initialement occupé, l'employeur ne peut valablement mettre fin au contrat de travail que s'il établit, par une lettre motivée, l'impossibilité de procéder au reclassement dans les conditions formulées par le médecin agréé ou le refus exprès et abusif du salarié d'occuper le poste alors proposé. La violation de ces exigences emporte l'illégalité de cette rupture et autorise le juge à prononcer les sanctions pécuniaires prévues aux articles précités (versement du salaire, procédure de licenciement spécifique aux cas de résiliation à l'initiative

de l'employeur, paiement d'indemnités [compensatrice, spéciale, supplémentaire]), voire le prononcé de la réintégration du salarié en l'absence d'opposition de l'une des parties.

→ Une autre décision de la Cour de cassation (Cass. soc., 27 fév. 1997, M. *Jaime Carvalho c./Sté Campenon Bernard*) permet de préciser les rapports entre la sanction pénale et la faute inexcusable de l'employeur à l'origine de l'accident. La condamnation pénale de l'employeur ou de son délégataire pour manquement aux règles de sécurité suppose la conscience du danger auquel le salarié victime s'est trouvé exposé lors de la survenance de l'accident ; ceci, quelle que soit la compétence de ce dernier. La faute inexcusable de l'employeur est ainsi caractérisée. En ce sens, si un salarié est victime d'un accident alors qu'il travaillait de sa propre initiative dans des conditions devenues dangereuses, "cette initiative ne peut lui être imputée à faute, dès lors qu'aucune interdiction formelle de procéder de la sorte n'avait été préalablement émise et qu'aucun responsable n'avait été chargé de veiller au respect de cette interdiction". La réunion de ces derniers éléments constituant une faute de la part de l'employeur, c'est sa responsabilité qui est engagée.

Il est donc de principe que "la sanction pénale du délégataire de l'employeur pour manquement aux règles de sécurité (d'une rigueur variable selon le domaine professionnel concerné) implique à la charge de celui-ci la conscience du danger auquel il a exposé le salarié. Dès lors, le juge du fond recevra la demande de ce dernier en reconnaissance de faute inexcusable" et appliquera les articles L 452-1 et suivant du code de la sécurité sociale (indemnisation complémentaire des prestations sociales [majoration du capital indemnitaire ou de la rente attribués ; action en réparation des préjudices physique, moral, esthétique, d'agrément et inhérent à la perte ou la diminution de possibilité de promotion sociale devant la juridiction de sécurité sociale]).

En cas de faute intentionnelle de l'employeur, la victime peut agir directement contre lui et la caisse primaire d'assurance maladie ayant servi les prestations peut, comme en cas de faute inexcusable, exercer une action récursoire à son encontre.

FICHE N°10

LA DURÉE DU TRAVAIL : PRINCIPES

• La durée effective du travail est directement liée à la tâche confiée au salarié, au titre de laquelle il est rémunéré.

Dès lors, le “travail effectif”, défini par l’article L 212-4 CT et déterminant les conditions du respect de la durée légale, est le travail commandé par l’employeur. Un salarié peut exiger le paiement d’heures passées à travailler, du moment qu’elles ont été accomplies sur ordre du chef d’établissement ou de ses délégués, à tout le moins avec leur accord implicite (Cass. soc., 20 fév. 1980, Monrini c./ Martin Syndic de la liquidation des biens de Dupont). Sont ici concernées les heures sur lesquelles l’employeur peut avoir un contrôle lors de l’exécution du contrat de travail.

• Dans le cadre de son pouvoir de direction, l’employeur est libre de fixer les temps de travail journalier comme il l’entend dans l’intérêt de l’entreprise dont il est le seul juge.

Si la durée du travail est toujours calculée dans le cadre de la semaine, l’employeur dispose de la liberté de répartir le travail à l’intérieur d’une journée, du moins pour les hommes adultes. Ainsi, les EPLE employeurs restent tenus par l’article L 322-4-20 CT qui prévoit que les contrats

“emploi-jeunes” sont conclus pour la durée légale du travail, qui est appréciée dans le cadre de la semaine civile. L’exécution de ces contrats ne peut conduire à une durée du travail effectif qui serait supérieure. Cette disposition contribue à définir le champ d’application de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997.

• La notion de travail effectif a fait l’objet d’appréciations variables selon les critères retenus.

→ Le Code du travail prévoit désormais que “La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles. La durée du travail s’entend du travail effectif à l’exclusion du temps nécessaire à l’habillage et au casse-croûte ainsi que des périodes d’inaction dans les industries et commerces déterminés par décret.” (art. L 212-4 CT, tel que modifié par la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d’orientation et d’incitation relative à la réduction du temps de travail).

-
- principes
 - applications, implications
 - précisions

→ Le droit français intègre ainsi, d'une part, les dispositions de l'article 2 de la directive n° 93/104/CEE du 23 novembre 1993 relative à l'aménagement du temps de travail, qui définit comme temps de travail "toute période durant laquelle le travailleur se trouve à la disposition de l'employeur, dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations ou pratiques nationales". La référence à une mise à disposition induit un état de subordination effective du salarié à l'égard de son employeur.

→ Le Code du travail intègre, d'autre part, les apports de la jurisprudence de la Cour de cassation. De fait, la Cour de cassation, rejetant le critère exclusif de l'exercice des fonctions, définit le temps de travail effectif comme "le temps de présence pendant lequel le salarié est à la disposition permanente de l'employeur", en vue d'une éventuelle intervention, sans pouvoir de ce fait vaquer librement à ses occupations (cf. Cass. soc., 31 mars 1993, Allègre et autres c./ Entreprise générale installations électriques). C'est, par exemple, le cas d'un gardien de stade, chargé du gardiennage des installations pendant le week-end en restant dans les locaux, afin d'assurer des rondes, la fermeture des portes et l'information d'un responsable en cas d'incident. Ce salarié, en permanence à la disposition de son employeur du fait des tâches constatées, doit être considéré comme exécutant un travail effectif (Cass. soc., 28 oct. 1997, M. Bazie c./ CE Avions Marcel Dassaut-Bréguet Aviation). Est également en situation de travail effectif l'agent de service qui, assurant la nuit un service de garde dans un établissement d'accueil de personnes âgées, a l'obligation de ne pas s'absenter, afin d'être en mesure d'intervenir en cas de nécessité (réponse aux appels des pensionnaires et à tous autres besoins éventuels, même s'ils ne se manifestent qu'épisodiquement, appel d'un médecin) (Cass. soc., 7 avril 1988, Association de Lestonac c./ Larrocan). Enfin, la Cour, dans un arrêt Aéroport de Paris c./ M. Pellegrini et autres rendu le 10 mars 1988, a, sur appréciation souveraine des juges

du fond constatant qu'en raison de la spécificité de leurs fonctions les salariés qui travaillaient en cycle continu ne pouvaient s'éloigner de leur poste de travail et restaient à la disposition de leur employeur même pendant le temps des repas, confirmé que le temps consacré à ces repas devait être compris dans la durée effective du travail.

Le critère du lieu où se déroule l'activité n'est pas à lui seul déterminant, du moment que le salarié peut être joint par son employeur (cf. un aide-éducateur chargé d'assurer une présence adulte auprès d'élèves pendant une classe transplantée, dont l'organisation n'est plus alignée sur la notion de "temps scolaire" mais sur la journée entière, notamment pendant la nuit [couchage dans le même dortoir ou à proximité, excluant tout loisir dans l'organisation de la soirée]).

En conséquence, ne doit pas être considéré comme temps de travail effectif le temps d'attente au cours duquel le salarié, se trouvant en dehors de l'établissement, n'est pas à la disposition de l'employeur, n'obéit pas à ses directives (cf. temps pendant lequel les aides éducateurs, présents à l'occasion d'une "classe transplantée", n'ont pas à assurer leur fonction d'aide à la surveillance durant une séance d'activité physique ou sportive au cours de laquelle les enfants sont placés sous la garde et la responsabilité d'un moniteur spécialement qualifié à cet effet).

→ Divers autres articles du code du travail assimilent certaines périodes non travaillées à du temps de travail effectif pour le décompte de la durée du travail (cf. également fiche relative à la suspension du contrat de travail, pour la détermination des congés payés, ou des droits liés à l'ancienneté).

Il en est ainsi pour :

- la visite médicale d'embauche et les examens médicaux obligatoires (art. R 241-53 CT),
- les temps de formation professionnelle pour les formations effectuées à la demande de l'employeur et comprises dans l'horaire habituel de travail,
- les déplacements d'aides éducateurs en vue

d'intervenir dans plusieurs écoles, à des périodes diverses de la journée,

- les temps de trajet, en dehors de l'horaire habituel de travail, dans le cas où le salarié conduit un véhicule de l'établissement pour transporter du personnel (ou des élèves) et du matériel (de loisirs dans le cadre des classes transplantées), entre le siège de l'EPLÉ ou de l'école et le lieu de l'activité de loisirs ou à caractère culturel,

- les congés payés annuels, les congés pour événements familiaux,

- les absences régulières (maladie, accidents, pour passer les épreuves de concours, ...).

→ Sont en revanche exclus du temps de travail effectif :

- les temps nécessaires à l'habillage et au casse-croûte,

- les temps consacrés à des activités pour le compte du salarié (cf. congé individuel de formation),

- les temps de trajet* pour se rendre au travail depuis le domicile du salarié ou les temps de route pour se rendre directement sur un lieu d'intervention,

**Cependant, dès que le salarié est placé à la disposition de l'employeur et exécute une prestation, à la demande de celui-ci, en partant du poste de travail, que cette prestation se réalise en dehors ou au sein de l'établissement ou dans le cadre des heures de travail du salarié, ces temps de trajet sont des heures de travail effectif.*

• Le champ d'application de la réglementation de la durée du travail est défini par l'énumération faite à l'article L 200-1 du Code du travail (CT).

Les EPLÉ n'y figurent pas.

Néanmoins, l'article L 212-1 CT fixant la durée légale hebdomadaire et la durée quotidienne maximale (10 heures) du travail effectif vise "les salariés" et il peut sembler que les normes que contient ce texte constituent des principes généraux du droit.

Le principe susvisé s'applique à toute personne titulaire d'un contrat de travail. Tel est le cas des aides éducateurs, qui ne peuvent en tout état de cause se voir appliquer les règles prévues pour les personnels de la fonction publique. De plus, la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 prévoit que les contrats emploi-jeune sont conclus pour la durée légale du travail ou pour la durée collective inférieure applicable à l'établissement (art. L 322-4-20 CT).

En l'absence de convention collective applicable en la matière dans les EPLÉ, les conditions horaires du travail de ces salariés figurant dans leur contrat de travail doivent donc être déterminées dans le respect des prescriptions légales et réglementaires portées au code du travail. De plus, le code du travail n'autorise de dérogation à la durée quotidienne maximale de travail que dans le respect de deux procédures qui ne sont applicables, ni aux EPLÉ, ni aux écoles publiques où peut être situé leur poste.

• Les horaires de travail des aides éducateurs exerçant en EPLÉ ou en écoles publiques doivent dès lors respecter les instructions définies dans la circulaire ministérielle relative aux conditions d'emploi des aides éducateurs (circulaire n° 98-150 du 17 juillet 1998, B.O. n° 30 du 23 juillet 1998, relative aux conditions d'emploi des aides éducateurs).

FICHE N°11

LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

I - Le titulaire du pouvoir disciplinaire	p. 44
II - Les fautes susceptibles d'être sanctionnées	p. 45
III - Les sanctions disciplinaires	p. 45
IV - La procédure disciplinaire	p. 45

I - Le titulaire du pouvoir disciplinaire

- Ce pouvoir est attaché à la qualité d'employeur.

Il appartient donc exclusivement au chef d'établissement signataire du contrat de travail (organe exécutif de la structure employeur, l'EPLÉ).

- Le directeur de l'école d'affectation et l'exécutif de la collectivité locale ou de l'association signataires des conventions permettant un exercice des fonctions d'aide éducateur en dehors du temps scolaire, si cette dernière prévoit une mise à disposition du ou des aides éducateurs qui y sont visés, reçoivent transfert de l'autorité de l'employeur sur ces personnels.

→ Au titre du pouvoir d'instruction et d'autorité qui leur est ainsi conféré, quant à l'organisation du travail des aides éducateurs intervenant dans les établissements relevant de leur responsabilité ou lors d'activités organisées à leur initiative, ils répondent du travail de l'aide éducateur qui est leur préposé pendant l'exécution.

→ Ils ne disposent pas du pouvoir de sanctionner les manquements éventuels de ce salarié à ses obligations contractuelles (relevant de l'exécution de son contrat de travail). En ce cas, ils doivent rédiger un rapport circonstancié et l'adresser dans les délais les plus brefs au chef d'établissement qui peut seul décider de sanctions éventuelles.

→ Dans l'hypothèse d'un manquement grave et caractérisé de l'aide éducateur à ses obligations, compromettant le bon fonctionnement du service au sein duquel il intervient, après en avoir informé le chef d'établissement employeur et en l'attente de sa décision, ils peuvent, en considération de la gravité de la situation suspendre momentanément l'exercice des activités qui lui étaient attribuées et aviser le chef de l'EPLÉ employeur, qui peut décider une mise à pied conservatoire. L'exécution du contrat de travail est suspendue, la rémunération cesse d'être versée.

- principes
- applications, implications
- précisions

Le retour éventuel de l'aide éducateur au sein de l'école d'affectation initiale ne peut être décidé que par l'employeur, après qu'il ait recueilli l'accord du directeur. Il en va de même auprès de la collectivité locale ou de l'association signataires de la convention spécifique, laquelle peut être dénoncée unilatéralement pour ce motif.

→ En l'absence de dispositions spécifiques dans la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997, ce sont les règles fixées par le droit du travail qui s'appliquent en matière de discipline, c'est-à-dire les articles L. 122-40 et suivants CT.

Seuls les faits constitutifs de fautes disciplinaires peuvent être sanctionnés, dans le respect d'une procédure définie par le Code du travail.

II - Les fautes susceptibles d'être sanctionnées

Pour qu'une procédure disciplinaire puisse être valablement engagée à l'encontre d'un salarié, il faut que les manquements qui lui sont reprochés constituent des fautes au sens de la jurisprudence.

Le juge refuse de reconnaître que l'insuffisance ou l'inaptitude professionnelle puissent constituer des fautes disciplinaires. En revanche, des retards réitérés, des absences non motivées ou un comportement désinvolte dans l'exécution des tâches confiées peuvent constituer des fautes susceptibles d'être sanctionnées.

III - Les sanctions disciplinaires

- Selon l'article L. 122-40 CT, "constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'agissements du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération".

Il n'existe pas, comme pour les fonctionnaires ou agents publics, une énumération légale des sanctions qui peuvent être infligées aux salariés ayant commis des fautes dans l'exécution de leur travail. La seule disposition en la matière concerne l'interdiction d'infliger des sanctions

pécuniaires ou des amendes (article L. 122-42). Le code du travail prévoit les règles relatives à la discipline, notamment à l'échelle et à la nature des sanctions que peut prendre l'employeur, ainsi que les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés doivent être fixées par le règlement intérieur. L'article L. 122-33 de ce code ne rend pas obligatoire l'édition d'un règlement intérieur pour les établissements publics administratifs.

→ Les sanctions susceptibles d'être prononcées par le chef d'établissement, employeur, à l'encontre des aides éducateurs sont notamment :

- l'avertissement écrit, c'est-à-dire la lettre par laquelle l'employeur adresse divers reproches au salarié et le met en demeure d'apporter le maximum de soins à son travail ;
- la mise à pied, consistant à éloigner le salarié de l'établissement durant un nombre déterminé de jours, pendant lesquels il peut continuer ou non d'être rémunéré : ce qui s'apparente à l'exclusion temporaire des fonctions prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire ;
- la rupture du contrat de travail pour faute grave du salarié ou pour une cause réelle et sérieuse si les conditions posées par l'article L. 322-4-20 CT sont réunies (voir fiche n° 13 "rupture du contrat de travail").

IV - La procédure disciplinaire

- C'est au seul principal du collège employeur qu'appartient le pouvoir de prendre des sanctions à l'encontre du salarié.

Pour les aides éducateurs exerçant dans les écoles, le directeur d'école, n'a qu'un pouvoir de proposition au principal du collège, sous la forme d'un rapport circonstancié lui indiquant les faits reprochés au salarié et proposant éventuellement une sanction.

- Selon l'article L. 122-41 CT, "aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui".

Hormis pour la sanction de l'avertissement, lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il doit convoquer le salarié en lui

indiquant l'objet de la convocation.

Celle-ci est à remettre en main propre contre décharge ou à transmettre par lettre recommandée. Elle doit indiquer la date, l'heure et le lieu de l'entretien et rappeler au salarié qu'il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'établissement.

Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle doit faire l'objet d'une décision écrite et motivée et être notifiée à l'intéressé sous la forme d'une lettre recommandée, ou remise en main propre contre décharge.

L'article L. 122-43 CT précise qu'en cas de litige sur une sanction autre que le licenciement, le

conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et vérifie que les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

L'employeur doit fournir au conseil les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Le même article précise que le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise

Il convient enfin de préciser qu'aux termes de l'article L. 122-44 CT, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'engagement de poursuites pénales.

FICHE N°12

RESPONSABILITÉS

I - Dommages causés ou subis par des élèves confiés à la garde d'un aide éducateur	p. 47
II - Faute de services commise par les aides éducateurs en dehors du champ d'application de la loi de 1937	p. 48
III - Responsabilité personnelle de l'aide éducateur	p. 49
IV - Régimes particuliers de responsabilités	p. 50

• La nature juridique de l'employeur (ou de l'utilisateur auprès duquel l'aide éducateur aura été affecté ou placé par convention), la nature particulière des activités exercées par les aides éducateurs au sein des EPLE et des écoles (participation directe à l'action éducatrice) ainsi que la nature du fait générateur du dommage dont réparation est demandée sont autant de facteurs déterminants des règles de responsabilité applicables en cas de dommages provoqués lors de l'activité d'un aide éducateur.

Les hypothèses suivantes peuvent être distinguées.

I - Dommages causés ou subis par des élèves confiés à la garde d'un aide éducateur

→ Les aides éducateurs ont été recrutés pour intervenir auprès des élèves au titre

de certaines activités impliquant qu'ils soient également chargés de leur surveillance. Ainsi, en tant qu'ils exécutent les directives du chef d'établissement de l'EPLE qui les emploie ou celles du directeur de l'école au sein de laquelle est situé leur poste, ces agents doivent bénéficier de l'application de la loi du 5 avril 1937.

De fait, bien que contractuels de droit privé, ils sont membres du personnel d'un EPLE ou affectés au sein d'une école publique et collaborent à l'exécution de la mission de service public de l'enseignement dont sont chargés ces établissements d'enseignement. En outre, ils ont été recrutés pour exercer des activités participant directement à l'action éducatrice (cf. art. 6, al. 1er du décret du 17 octobre 1997). Dès lors ils peuvent relever

- principes
- applications, implications
- précisions

de la catégorie des “membres de l’enseignement public” telle que la conçoit la jurisprudence qui y intègre notamment les maîtres et les surveillants d’internat, en ce qu’ils remplissent des missions en liaison étroite avec l’exercice d’un enseignement.

→ À cet égard, sont couverts, non seulement le temps scolaire, correspondant à l’emploi du temps des élèves à l’école ou en EPLE, mais aussi, comme l’énonce la loi de 1937, les activités organisées “en dehors de la scolarité, dans un but d’éducation morale ou physique non interdit par les règlements”, c’est-à-dire, selon la jurisprudence, les activités éducatives se déroulant hors du temps scolaire en accord avec l’autorité hiérarchique, qu’elles aient lieu dans ou à l’extérieur de l’établissement, à l’exclusion de celles organisées en propre par des associations ou des collectivités territoriales (relevant exclusivement du domaine d’intervention des premières ou du domaine de compétence des secondes). Dès lors, l’aide éducateur placé, par convention, à la disposition de l’un de ces organismes privés ou d’une collectivité locale, doit uniquement se voir confier l’accomplissement, auprès des enfants, d’activités constituant un prolongement direct des missions pour lesquelles il a été recruté, afin qu’elles continuent de manifester une participation directe à l’action éducatrice et que ce salarié conserve la qualité de “membre de l’enseignement public” (cf. en dehors des périodes de vacances scolaires, l’aide éducateur est placé à la disposition du co-contractant en sa qualité de membre de l’enseignement public par son employeur, pendant des activités scolaires ou parascolaires organisées durant la journée de l’enfant dans le cadre du projet d’établissement ou d’école [temps de restauration, études, accueil, ...]).

→ La mise en jeu de la loi de 1937 se traduit par la subrogation de l’État à l’agent fautif. C’est donc contre l’État qu’est dirigée l’action civile en réparation du dommage. Cette action est portée par la victime ou son représentant légal devant le juge judiciaire (tribunal d’instance ou tribunal de grande instance) auquel la loi de 1937 donne expressément compétence.

Le préfet du département du lieu où le dommage a été causé représente et défend l’État à l’instance, les éléments nécessaires lui étant fournis par l’inspecteur d’académie, DSDEN, qui les recueille lui-même auprès du chef d’établissement ou du directeur d’école considéré, chargé de rassembler les informations, les témoignages et les preuves sur les conditions précises dans lesquelles les dommages sont survenus, dans les plus brefs délais suivant leur constatation.

À cette occasion, le préfet peut faire appel en tant que de besoin à l’assistance juridique des services rectoraux.

II - Fautes de service commises par les aides éducateurs en dehors du champ d’application de la loi de 1937

- Les aides éducateurs constituent une catégorie particulière d’agents employés par des EPLE ou intervenant dans des écoles publiques. Nonobstant leur qualité de salariés (par détermination de la loi n° 97-924 du 16 octobre 1997), ils sont recrutés pour l’accomplissement d’activités participant directement à l’action éducatrice et sont placés sous l’autorité d’un chef d’EPLE ou d’un directeur d’école, tous deux représentants de l’État (cf. respectivement l’art. 8 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux EPLE et l’art. 2, al. 8 du décret n° 89-122 du 24 février 1989 relatif au directeur d’école).

Ces personnels participent ainsi à l’exécution des missions confiées aux établissements et aux écoles d’enseignement publics, dans le cadre général du service public de l’éducation relevant du ministère de l’éducation nationale. Dès lors, la survenance d’un dommage en raison, soit d’une faute non personnelle commise par un aide éducateur au cours de ses activités, soit d’un dysfonctionnement du service au sein duquel il intervenait, renvoie aux conditions de fonctionnement de ce service public.

→ Quel que soit le contexte professionnel de l’intervention de ces agents, les activités qu’ils exercent constituent in fine une source de responsabilité pour l’État, au-delà de l’EPLE qui

lemploie ou de l'école publique où ils exercent. Les recours en réparation doivent alors être dirigés contre l'État et relèvent de la compétence du tribunal administratif qui se prononcera conformément aux règles de droit public dégagées par le Conseil d'État en matière de responsabilité inhérente à l'activité des agents des services publics administratifs.

- La faute susceptible d'engager ici la responsabilité de l'État doit avoir été commise pendant l'accomplissement des fonctions d'aide éducateur et présenter les caractères d'une faute de service au sens de la responsabilité administrative. → Distincte de la faute dans la garde et la surveillance des élèves (couverte par la loi du 5 avril 1937), la faute de service est celle qui, commise dans ou à l'occasion du service, ne procède pas d'intentions dolosives ou malveillantes. Elle peut également résulter d'un mauvais fonctionnement de l'établissement d'enseignement s'analysant comme un défaut dans l'organisation ou le fonctionnement du service dont dépend l'agent incriminé, personnellement irresponsable, et qui engage la seule responsabilité de la personne publique. Elle ouvre à celui qui en est victime - élève, membre du personnel ou tiers - un droit à réparation du préjudice subi.

- Dans le premier degré, la responsabilité des communes ne peut être recherchée sur le même fondement juridique, dès lors que celles-ci n'interviennent pas dans le recrutement, ni lors de la conclusion du contrat de travail ou dans l'organisation du service des aides éducateurs. → En revanche, dans le cadre de l'exécution de la convention autorisant l'exercice des fonctions d'aide éducateur auprès de collectivités locales sous l'autorité de leurs représentants la responsabilité de ces personnes publiques pourra être engagée à l'égard des victimes d'un dommage subi, soit du fait de l'aide éducateur constitutif d'une faute de service, soit en raison d'un dysfonctionnement du service au sein duquel il exerce ses fonctions (responsabilité administrative, voire pénale). Ceci, bien entendu, en dehors des hypothèses, précédemment évo-

quées, où les conditions d'application de la loi du 5 avril 1937 sont réunies (cf. faute personnelle de surveillance et nature des activités).

- En cas de dommage causé par un aide éducateur alors qu'il se trouve à la disposition d'une association, personne morale de droit privé et qu'il est resté dans les limites de sa mission et n'a pas détourné les moyens mis à sa disposition (absence de faute personnelle de l'aide éducateur), la responsabilité civile délictuelle de l'association bénéficiant de la présence de ces personnels est engagée selon les règles du droit civil relatives à la responsabilité du fait d'autrui (art. 1384 alinéa 5 du Code civil). Les mêmes précisions que ci-dessus valent également ici.

III - Responsabilité personnelle de l'aide éducateur

Elle peut être recherchée tant au civil qu'au pénal.

1 - Au civil

La responsabilité personnelle d'un aide éducateur peut être engagée, devant le juge civil, si l'intéressé a commis une faute personnelle ayant causé un préjudice et distincte d'une faute de surveillance (cf. ci-dessus).

La faute personnelle est soit une faute dénuée de tout lien avec le service (cas de l'accident causé à un tiers par un agent usant, hors du service, de son véhicule personnel), soit une faute commise dans le service ou à l'occasion de celui-ci, mais considérée comme "détachable" du service - en raison de sa gravité ou de l'intention malveillante de son auteur.

L'illustre également l'abus de fonctions dont se rendrait coupable un aide éducateur qui, mis à la disposition d'une association, agirait sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions, quels que puissent être ses mobiles. En cas de dommage survenant à cette occasion, les dispositions de l'article 1384 alinéa 5 du code civil ne s'appliquent pas à cet organisme, alors commettant de ce salarié.

Il appartient à la juridiction civile (tribunal d'instance ou tribunal de grande instance), si sa responsabilité est établie, de condamner l'aide

éducateur poursuivi à supporter sur son propre patrimoine la réparation du préjudice causé.

2 - Au pénal

La responsabilité pénale d'un aide éducateur n'est susceptible d'être mise en cause que si les faits reprochés à l'intéressé constituent une infraction. Elle ne revêtira donc qu'un caractère exceptionnel.

Il est à noter que le chef d'établissement ou le directeur d'école dont relève l'aide éducateur n'est pas lui-même totalement à l'abri de telles poursuites par le juge répressif. Il pourrait advenir en effet que leur soit imputé un comportement tombant sous le coup d'une qualification pénale : par exemple l'attitude visée par la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 disposant qu'"il y a délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements, sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales, compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait".

- La responsabilité pénale étant personnelle, la condamnation pénale sera supportée par l'auteur de l'infraction.

→ Cependant, en cas de constitution de partie civile, si le fait générateur de l'infraction pénale revêt les caractères d'une faute dans la surveillance des élèves (au sens de la loi du 05 avril 1937) ou d'une faute de service (au sens des règles d'engagement de la responsabilité administrative), la réparation du dommage subi par la victime pourra être portée à la charge de l'État.

IV - Régimes particuliers de responsabilités

- Sur le fondement de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 relative à la compétence des tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par les véhicules dont les personnes publiques ont la propriété ou la garde, en cas de dommages

occasionnés à un tiers, la responsabilité de l'EPL, dont le véhicule est impliqué alors qu'il était conduit par un aide éducateur, pourra être mise en cause.

Le tribunal judiciaire saisi de l'action contre une personne publique ne peut la déclarer responsable que si l'agent qui assurait la conduite ou la surveillance du véhicule était, lors de la réalisation du dommage, dans l'exercice de ses fonctions ou, tout au moins, si son comportement n'était pas dépourvu de tout lien avec ses fonctions.

Ce type d'affaire ne devrait pas poser de difficulté majeure, dans la mesure où les établissements sont soumis à un régime d'assurance obligatoire lorsque les véhicules ne sont pas conduits par des agents de l'État.

- Les établissements cotisent obligatoirement pour le risque accident du travail encouru par les aides éducateurs. À ce titre, ces derniers bénéficient en cas d'accident du travail du régime de réparation forfaitaire instauré par le livre IV du Code de la sécurité sociale, les prestations en résultant sont versées par la caisse primaire d'assurance maladie.

Toutefois, la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur ou de ses substitués (manquement à l'obligation de prendre des mesures propres à assurer la sécurité des salariés, cf. Cass. soc., 27 fév. 1997, M. J. Carvalho c./ Sté Campenon Bernard SGE) entraîne une indemnisation plus large de la victime notamment une majoration de la rente, la réparation des préjudices moraux et une cotisation complémentaire (article L 452-3 et R 452-1 du code de la sécurité sociale).

En vertu des dispositions de l'article L 452-4 du Code de la sécurité sociale, l'auteur de la faute inexcusable est responsable sur son patrimoine personnel des conséquences de celle-ci. L'EPL, employeur peut, cependant, s'assurer contre les conséquences financières de sa propre faute ou de celles de ceux qu'il s'est substitués. Les litiges résultant de la reconnaissance d'une faute inexcusable sont de la compétence des tribunaux des affaires de sécurité sociale.

FICHE N°13

LES CONDITIONS D'UNE MODIFICATION RÉGULIÈRE DU CONTRAT DE TRAVAIL

I - Principes	p. 51
II - La clause de mobilité	p. 53
III - Les modifications justifiées par l'adaptation du statut du salarié à la vie de l'établissement	p. 54
IV - La révision du contrat	p. 55

I - Principes

• Les conditions d'exécution d'un contrat de travail se déduisent de ses stipulations, elles sont donc en principe fixées dès la signature.

Des changements peuvent néanmoins y être apportés afin de permettre l'adaptation du contrat de travail aux circonstances qui peuvent affecter l'établissement d'exercice ou le salarié. Cette modification du contrat de travail, qu'il soit à durée indéterminée ou à durée déterminée, doit respecter des règles strictes.

→ Corrélativement à la force obligatoire du contrat de travail, l'article 1134 du Code civil a en effet posé le principe

selon lequel une modification du contrat de travail "ne peut être imposée unilatéralement" par une partie à une autre. L'un des signataires ne peut exiger de l'autre qu'il exécute le contrat à des conditions modifiées, qu'il n'aurait pas préalablement acceptées.

Pour autant, des évolutions, bien qu'importantes, intervenant dans l'exécution du contrat de travail ne sont pas nécessairement consécutives à des modifications du contrat de travail lui-même. On doit en effet distinguer entre la modification du contrat de travail et la modification des conditions de travail.

- principes
- applications, implications
- précisions

En particulier, la mutation géographique d'un salarié par le jeu d'une clause de mobilité prévue au contrat résulte de la simple exécution de ce dernier (cf. infra).

→ Il faut, également, dissocier les modifications substantielles du contrat des modifications des conditions de travail, bien que la loi n'en donne aucune définition respective. Les juges du fond, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, déterminent, en cas de litige entre l'employeur et le salarié, si les relations contractuelles entre les parties ont ou non été substantiellement modifiées.

À titre d'illustration, un changement de lieu de travail est considéré comme substantiel s'il entraîne des trajets nettement plus longs et plus pénibles pour le salarié (Cass. soc. 5 oct. 1977, Bull. civ. V, n° 512). Il est décidé en sens inverse quand la distance séparant les deux lieux de travail est faible ou quand l'entreprise a pris des mesures pour assurer le transport des salariés (Conseil d'État, 25 juin 1982, Mme Le Poupon, en réponse à une question préjudicielle posée par le conseil de prud'hommes de Quimper).

Si le salarié, refusant une modification non substantielle des conditions de travail, décide de cesser de fournir sa prestation de travail, il se place de facto dans deux situations :

1) s'il donne sa démission, il ne pourra prétendre au versement d'indemnités de la part de son employeur, ni obtenir une requalification judiciaire de la rupture de son contrat de travail (le juge contrôle que le départ procède de la volonté claire et non équivoque du salarié),

2) s'il cesse son travail sans pour autant démissionner, il ne pourra faire valoir aucun droit à l'encontre de son employeur qui ne prend pas l'initiative de le sanctionner ou d'engager une procédure de rupture du contrat de travail. En effet, ce salarié a commis une faute en manquant de la sorte à ses obligations contractuelles (refus de poursuivre l'exécution de son contrat alors que celui-ci n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle) et son employeur est en droit de ne pas le sanctionner et de se contenter de ne plus le rémunérer puisqu'il ne fournit plus sa prestation de travail. Tant que l'employeur

ne décide pas de rompre le contrat de travail, le salarié ne peut prétendre à aucune indemnité.

Dans ces hypothèses, en l'absence de démission non équivoque du salarié (lettre), le juge n'autorise plus l'employeur à prendre simplement acte d'une rupture du contrat de travail du fait du salarié (Cass. soc., 25 juin 1992). La prise d'acte de la rupture s'analyse désormais en un licenciement et il sera abusif si l'employeur n'en respecte pas la procédure, ce qui ouvre droit pour le salarié à un préavis ainsi qu'à une indemnité de licenciement. L'employeur doit donc notifier au salarié son licenciement en invoquant comme motif le refus de celui-ci d'accepter la modification non substantielle et la faute grave constituée par la cessation corrélative du travail (sachant, qu'en cas de faute grave établie, aucun préavis n'est dû, ni aucune indemnité).

• Les CDD (dont ceux des aides éducateurs) sont soumis au principe de l'article 1134 du Code civil (Cass. soc., 23 mars 1994). Il en résulte les conséquences suivantes :

→ L'employeur doit obtenir le consentement clair et exprès du salarié à toute modification de son contrat de travail et en rapporter la preuve en cas de litige, la novation ne se présument pas. De fait, l'acceptation par le salarié d'une modification substantielle de son contrat de travail emporte novation dans les rapports contractuels. Seule l'obligation contractuelle ayant fait l'objet de la modification (acceptée) disparaît, une obligation nouvelle lui est substituée et s'impose impérativement à chacune des parties. Les autres obligations insérées dans le contrat initial demeurent inchangées et ledit contrat continue de produire ses effets à cette évolution près, laquelle est définitive.

→ Le fait de rester dans l'entreprise n'emporte pas acceptation tacite d'une modification substantielle pour une cause tenant à la personne du salarié (que celui-ci l'ait ou non, par ailleurs, expressément refusée) (Cass. soc., 8 octobre 1987, Raquin).

L'acceptation de cette catégorie de modifications substantielles doit être prouvée par celui qui invoque la novation des obligations

contractuelles.

→ En cas de modification substantielle pour motif économique (inhérent au fonctionnement de l'établissement) la procédure relative à l'acceptation du salarié impose à l'employeur d'informer chaque salarié par LR/AR en indiquant le délai d'un mois pour faire connaître son refus.

Le silence gardé par ce dernier à l'issue de ce délai vaut acceptation de la transformation du contrat de travail. Néanmoins, le salarié pouvant refuser cette proposition, l'employeur reste tenu de son obligation de reclassement préalable dans l'hypothèse où le refus déboucherait sur une procédure de licenciement économique. Cette dernière ne pouvant être valablement entérinée que si le reclassement de l'intéressé au sein de l'établissement est impossible.

→ En cas de refus du salarié, l'employeur peut soit renoncer à la modification, soit prendre l'initiative de la rupture en respectant les règles applicables en la matière et en endosser la responsabilité (cf. ci-dessus). Dans cette hypothèse, l'offre de modification est analysée comme un congé conditionnel et la procédure du licenciement pour cause réelle et sérieuse doit être respectée (voir ci-après les limites du recours à ce motif de licenciement). Si l'employeur persiste à maintenir les conditions nouvelles, le salarié peut agir en résiliation judiciaire du contrat, tout en continuant son activité (Cass. soc., 20 mars 1990).

→ Le juge apprécie si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 10 déc. 1996). S'il s'agit d'une mesure de réorganisation, elle doit "être liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques" ou "effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise" (Cass. soc., 7 sept. 1997, Sté Rosières c./ Tordjman). L'examen juridictionnel porte non seulement sur le bien-fondé de la réorganisation invoquée, mais encore sur les incidences qu'elle emporte. De fait, cette mesure doit être nécessaire pour l'emploi et justifier les modifications au contrat que le salarié a refusées. Ces critères semblent devoir être transposés, en cas

de litige, à la situation d'un aide éducateur dont le contrat de travail comporte certes une clause de mobilité, mais qui refuserait la mutation lui étant proposée alors que son poste d'affectation initiale aurait disparu (fermeture d'école).

→ En tout état de cause, les modifications apportées au contrat de travail doivent préserver l'adéquation des fonctions effectivement exercées avec la convention passée par l'EPLÉ avec les autorités académiques sur le fondement de l'article L 322-4-18 du Code du travail et le contrat de travail pris pour son exécution.

→ On peut dès lors distinguer les situations développées ci-après.

II - La clause de mobilité

- L'employeur ne peut imposer que des modifications autorisées par le contrat de travail lui-même.

→ C'est l'objet d'une "clause de mobilité", qui permet le transfert du salarié [cf. mutation dans un autre poste, nouvelle affectation] dans les conditions qu'elle prévoit [cf. désignation du cadre professionnel, préservation du niveau de rémunération] et dans le but d'éviter que celui-ci subisse de préjudice du fait de ce changement de situation. Le salarié ne peut alors valablement se prévaloir d'une modification unilatérale et substantielle de son contrat pour refuser de rejoindre la nouvelle affectation qu'il avait ainsi acceptée par avance lors de la signature.

→ Pour autant, l'insertion d'une telle clause, pour être licite, doit être dictée uniquement par l'intérêt de l'établissement (cf. fermeture de l'école d'affectation initiale) et en aucun cas permettre de favoriser un abus de pouvoir de l'employeur (cf. la mutation du salarié sur un secteur d'activité de moindre importance impliquant une perte de rémunération [Cass. soc., 9 mai 1990, Gpnt Maison du logement c./ Mme Mutel]).

→ La licéité de la clause contractuelle prévoyant des changements possibles dans le mode d'exécution des obligations est conditionnée par le respect des dispositions d'ordre public, telles que celles relatives au SMIC ou les dispositions légales définissant le champ d'appli-

cation de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 en matière d'activités susceptibles d'être exécutées dans le cadre d'un contrat emploi-jeune, ...). Elle dépend également de la précision de sa rédaction, un caractère trop général ne permettant en effet plus de déterminer clairement l'objet du contrat.

→ Les conséquences d'un refus illégitime de la part du salarié ont été rappelées par la Cour de cassation dans une décision récente (Cass. soc., 30 septembre 1997, Sté Onet c./ Mme Nedjar). La mutation d'un salarié en application d'une clause de mobilité ne concerne que les conditions de travail et relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. Le refus du salarié d'accepter une telle mutation constitue en principe une faute grave.

Ainsi, en l'absence de modification du salaire ou de la qualification, la mutation du salarié dans la présente hypothèse ne constitue pas une modification du contrat. Elle est donc régulière puisque demeurant dans le cadre du pouvoir de direction reconnu à l'employeur.

→ Les conditions de validité de la mise en oeuvre d'une clause de mobilité sont néanmoins les suivantes:

- respect par l'employeur d'un délai raisonnable de prévenance (Cass. soc., 16 fév. 1987) ainsi que de la procédure contractuellement prévue,
- conformité de la modification aux prévisions des parties (interdiction d'utiliser ladite clause pour modifier un autre élément du contrat, Cass. soc. 4 janv. 1996),
- absence de détournement par l'employeur de son pouvoir de direction.

Pour autant, c'est le salarié licencié pour avoir refusé une mutation qui doit établir la preuve d'un éventuel détournement de pouvoir commis à cette occasion par l'employeur.

La nature de la rupture du contrat de travail ne fait donc aucun doute en cas de refus de la nouvelle affectation et si elle entre dans le cadre exact de la clause de mobilité, il s'agira non pas d'une démission, mais d'un licenciement pour insubordination (même en retour d'un congé maternité, Cass. soc., 7 oct. 1997).

La faute grave ainsi commise par le salarié et à

l'origine de la rupture est privative des indemnités de rupture et évalue à l'employeur le paiement de la totalité de son préavis à un salarié insubordonné.

III - Les modifications justifiées par l'adaptation du statut du salarié à la vie de l'établissement

Dans l'exercice de son pouvoir de direction, l'employeur peut imposer des modifications justifiées par l'adaptation du statut du salarié à la vie de l'établissement à condition de ne pas toucher à des éléments substantiels du contrat de travail. Peuvent ainsi notamment évoluer les horaires de travail du salarié et intervenir des changements peu importants de ses attributions ou une mutation de poste sans changement de qualification ni de rémunération.

À l'instar de ce qui vaut pour la mise en oeuvre d'une clause de mobilité, tant que la modification n'affecte pas un élément substantiel du contrat de travail, elle continue d'être rattachée au pouvoir de direction de l'employeur et le refus du salarié s'analyse alors comme un manquement à ses obligations contractuelles. L'employeur a la faculté de le sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé en respectant la procédure de licenciement disciplinaire. De fait, ce comportement du salarié n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même au cas de son départ (Cass. soc., 24 et 25 juin 1992). La démission ne se présument pas, elle doit résulter d'un acte non équivoque que ne constituent ni un refus de travailler dans les conditions nouvelles, ni le fait de quitter son emploi. En corollaire, si l'employeur ne prend pas l'initiative de licencier le salarié en cause, ce dernier ne peut prétendre à aucune indemnité de rupture (Cass. soc., 23 mars 1994).

Il appartient au juge d'apprécier le caractère substantiel ou non d'une modification. En principe, est substantielle une modification portant sur un élément du contrat de travail ayant déterminé le consentement des parties. Le juge tient également compte de la gravité et de la portée de la modification en cause.

IV - La révision du contrat

Enfin, en cas de modification substantielle, l'employeur doit proposer au salarié une révision de son contrat de travail (mutation importante, changement du lieu de travail, réduction des attributions ou des responsabilités, de la rémunération, modification importante des horaires,...).

Dans cette situation, le refus du salarié est de droit et ne peut constituer une faute.

Qui plus est, le contrat n'est pas modifié tant

que ce dernier n'en a pas accepté la modification, même s'il continue à travailler (cf. arrêt Raquin précité).

L'employeur doit alors ou bien rétablir le salarié dans ses droits, ou bien le licencier en respectant la procédure prévue (licenciement pour motif économique, art. L 321-1 CT, si un seul salarié est concerné ou licenciement collectif pour motif économique s'ils sont plusieurs, art. L 321-12 CT) et en lui versant les indemnités de rupture.

FICHE N°14

LES CAUSES LÉGALES DE RUPTURE DU CONTRAT " EMPLOI-JEUNES "

I - Généralités	p. 57
<i>(causes de rupture communes à l'ensemble des contrats de travail [consentement mutuel des parties, maladie prolongée du salarié], liberté de rompre le contrat de travail pendant la période d'essai, absence d'indemnité de fin de contrat)</i>	
II - Rupture à l'initiative de l'aide éducateur	p. 59
<i>(à l'issue d'une période d'essai afférente à une autre offre d'emploi, pour une faute grave de l'employeur, pour un cas de force majeure, sur accord commun de l'employeur, à l'échéance de chaque période annuelle d'exécution du CDD d'aide éducateur)</i>	
III - Rupture du fait de l'employeur	p. 60
1 - Le droit commun des CDD (art. L 122-3-8 CT)	p. 60
<i>(accord des parties, faute grave du salarié ou force majeure ; sanctions du défaut de l'un de ces motifs)</i>	
2 - La cause réelle et sérieuse (art. L 322-4-20CT)	p. 61
<i>(définition, règles procédurales, indemnisation spécifique du salarié, dommages-intérêts en cas de manquement de l'employeur)</i>	
IV - La procédure de licenciement	p. 63
1 - L'entretien préalable	p. 63
2 - La notification du licenciement	p. 64
3 - Le délai-congé	p. 65
4 - L'indemnité due au salarié	p. 65

- principes
- applications, implications
- précisions

I - Généralités

• Le contrat emploi-jeune peut être rompu pour deux des causes de rupture communes à tous les contrats de travail.

→ Le consentement mutuel de l'employeur et du salarié (ensemble, art. L 122-3-8 CT et art. 1101 du Code civil).

La résiliation conventionnelle du contrat de travail à durée déterminée est admise à la condition que le salarié ait consenti expressément et librement à la rupture amiable de son contrat, notamment dans le cadre d'une lettre adressée à l'employeur (Cass. soc., 5 mars 1997, Mlle Evlard c./ M. Harivel, la Cour de cassation relève que "la salariée, qui s'était présentée à plusieurs reprises à son travail en état d'ébriété, qui avait reçu plusieurs avertissements et avait été renvoyée chez elle à plusieurs reprises, avait écrit librement une lettre dans laquelle elle déclarait accepter qu'il soit mis fin au contrat tout en demandant à l'employeur de ne pas faire état de son comportement" dans le certificat de travail, pour constater que la Cour d'appel "a pu en déduire que la volonté des parties était de mettre fin d'un commun accord au contrat de travail" puis rejeter le pourvoi formé par la salariée se fondant sur le défaut d'acceptation d'une résiliation amiable de son contrat de travail).

Il est conseillé qu'elle soit constatée par un écrit dans un but probatoire en cas de contestation ultérieure.

→ La maladie prolongée.

L'article L 122-45 CT interdit de licencier un salarié en raison de son état de santé, sauf inaptitude définitive et totale* constatée par le médecin agréé.

* *Le juge distingue deux autres situations.*

Si le salarié est déclaré inapte à titre temporaire, la rupture du contrat de travail par son employeur sera analysée comme un licenciement abusif en raison de son caractère hâtif, en l'absence de tentative préalable de reclassement eu égard aux propositions du médecin (cf. Cass. soc., 25 juin 1987 Sté Caulliez-Delaoutre : l'en-

de fait du contrat de travail consécutivement à la déclaration d'inaptitude temporaire de la salariée, sans respecter son obligation de prendre en considération la proposition du médecin, ni même présenter les motifs de son refus d'y donner suite, a été condamnée au versement d'indemnités de licenciement et de préavis pour licenciement abusif).

Si un avis d'inaptitude définitive est rendu, l'article L 122-24-4 CT impose à l'employeur de proposer soit une adaptation du poste de travail, soit un reclassement du salarié en considération des propositions médicales. Faute de telles possibilités, compte tenu de la qualification du salarié et de l'organisation de l'entreprise, la procédure de licenciement pour cause réelle et sérieuse peut être engagée dans le délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail (elle ouvre droit, pour le salarié, aux indemnités légales). En l'absence de toute décision, l'employeur devra verser à l'intéressé, dès l'expiration du délai d'un mois, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail (art. L 122-24-4 CT, al. 2). Ceci vaut également si le salarié est atteint d'une inaptitude définitive totale.

La rupture du contrat de travail d'un salarié absent pour maladie, s'analyse en un licenciement dont il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux ; la seule prolongation de l'absence pour maladie ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement (cf. Cass. soc., 8 jan. 1997, Sté Sogema Gennevilliers c./ Mme J. Ribet).

La jurisprudence admet ainsi que les conséquences engendrées par la maladie du salarié puissent constituer une cause réelle et sérieuse justifiant un licenciement, sous certaines conditions :

- seule la considération des nécessités de l'établissement peut conduire le juge à autoriser un congédiement à l'initiative de l'employeur (remplacement indispensable et durable du salarié [Cass. soc., 3 juill. 1986 SA Duquesne Purina c./ Mme Moyon et 31 oct. 1989 Mme B. Gourdin c./ SA des établissements Cabour],

perturbations et désorganisation du service résultant d'absences répétées et fréquentes d'un salarié dont la spécificité de ses qualifications ne permet pas un remplacement aisé par un autre salarié de l'établissement) ;

- le remplacement du salarié doit avoir lieu à titre définitif, ce qui n'est pas le cas lorsque le remplaçant est embauché par contrat à durée déterminée (Cass. soc., 31 mai 1989 M. R. Loriot c./ Sté Général Motors France). Il doit également intervenir dans des "délais normaux" appréciés par le juge (cf. Cass. soc., 7 nov. 1989, M. M. Akli c./ Sté Tréfilerie et Laminaires de la Méditerranée) ;

- enfin, la procédure de licenciement doit être respectée - y compris l'attribution de l'indemnité légale (cf. Cass. soc., 8 janvier 1997 précité Société SOGEMA Gennevilliers c./ Mme J. Ribet).

À ce titre, le juge dispose d'un pouvoir de contrôle et d'appréciation étendu. Ainsi, la cause réelle et sérieuse n'est pas établie en l'absence de preuve d'une désorganisation du service malgré des absences répétées ou si le salarié concerné, dépourvu de toute qualification, était aisément remplaçable par un autre personnel de l'entreprise (cf. Cass. soc. 3 déc. 1987).

Cependant, en vertu de l'article L 322-4-20 du Code du travail, l'employeur des aides éducateurs recrutés sur contrats emploi-jeune pourra légitimement procéder à leur licenciement pour un tel motif, s'il constitue une cause réelle et sérieuse, uniquement à l'expiration de chacune des périodes annuelles d'exécution de ce contrat.

L'établissement mutualisateur doit être tenu informé de tout événement susceptible d'influer sur l'exécution du contrat de travail (conséquences financières et pécuniaires, versement de prestations sociales).

- Mise à part la période d'essai, des règles strictes encadrent le comportement des signataires d'un CDD en la matière.

→ Durant la période d'essai, renouvelable une fois, prévue au contrat des aides éducateurs (art. L. 322-4-20, II., al. 2 CT) et jusqu'au terme de

celle-ci, la rupture peut avoir lieu à tout moment sans qu'il y ait lieu de respecter un délai de préavis, sans que les parties aient à fournir la justification des motifs de leur décision et sans indemnisation de la partie qui la subit (article L. 122-4, alinéa 2), (cf. fiche n° 5).

→ Après l'expiration de la période d'essai, en dehors des cas respectivement prévus par les articles L 122-3-8 et L 322-4-20 du Code du travail, le salarié ne peut plus démissionner librement et l'employeur ne peut pas licencier.

- Il faut enfin noter que le contrat emploi-jeune que peuvent passer les EPLE pour recruter des aides éducateurs relève de la catégorie particulière des CDD "conclus au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi", visés par l'article L 122-2, 1°, du Code du travail ; ce qui exclut leurs titulaires du bénéfice de l'indemnité de fin de CDD prévue par l'article L 122-3-4 du même code.

- En outre, au-delà de la soumission au respect de certaines règles de forme et de fond, l'employeur peut également se voir opposer des interdictions de licencier en vertu de dispositions légales ou par l'effet de la protection attachée à une liberté ou un droit constitutionnels (cf. nullité du licenciement intervenu en violation du droit d'expression des opinions, Cass. soc., 28 avr. 1988, Bull. civ. n° 257).

→ Au titre des interdictions légales, on peut citer la formulation générale énoncée à l'article L 122-45 CT qui prévoit que "aucun salarié ne peut être licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude (médicalement constatée) ..., en raison de son état de santé ou de son handicap". La prohibition s'étend également à la sanction ou au licenciement du salarié "en raison de l'exercice normal du droit de grève". → L'article L 123-5 CT sanctionne par la nullité

le licenciement d'un salarié à la suite d'une action en justice pour faire respecter l'égalité professionnelle. Dans le même domaine, l'article L 122-46 interdit tant le licenciement des personnes qui ont subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel de l'employeur ou d'un supérieur hiérarchique, que celui des personnes qui ont témoigné d'agissements de cette nature.

→ L'article L 122-27 CT prévoit que le licenciement d'une femme en état de grossesse ou qui vient d'être mère ne peut prendre effet ou être signifié pendant le congé maternité.

→ Enfin, dans certaines hypothèses de suspension du contrat de travail, le licenciement du salarié concerné est conditionné par des règles strictes. L'article L 122-32-2 CT indique ainsi que le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne peut être régulièrement licencié, pendant la durée de la suspension de son contrat, que si l'employeur justifie d'une faute grave du salarié ou de l'impossibilité dans laquelle il se trouve, uniquement pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie du salarié, de maintenir ledit contrat. L'article L 122-25-2 est libellé de manière analogue en ce qui concerne les femmes en état de grossesse pour la période qui ne correspond pas au congé maternité.

→ Les licenciements décidés en contravention des interdictions précédentes sont nuls, même si l'article L 122-45 CT, qui formule la prohibition, ne le prévoit pas (cf. Cass. soc., 28 avr. 1988 précité). Pour autant, le juge ne peut prononcer cette sanction que si le salarié l'a expressément demandée afin de pouvoir reprendre son activité professionnelle pour le compte de l'employeur qui l'a ainsi irrégulièrement licencié. Dans l'hypothèse inverse, ce salarié peut solliciter uniquement des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

→ Si le juge déclare le licenciement nul, le contrat est censé n'avoir jamais été rompu. Son titulaire doit alors être réintégré dans son emploi, s'il le souhaite, et percevoir les salaires correspondant à la période non travaillée du fait de

l'employeur. La réintégration s'impose à l'employeur (qui a licencié ou à son successeur) quelle que soit la durée qui s'est écoulée depuis le licenciement jusqu'à son annulation. Le salarié peut également préférer la perception d'une indemnité (montant des salaires au titre de la période sus-évoquée et dommages-intérêts).

→ Il convient, enfin, de préciser que, contrairement à ce qui précède, en application de l'article L 122-30 CT le licenciement d'une salariée en état de grossesse ou qui est en congé de maternité n'ouvre pas droit à réintégration à l'intéressée. L'employeur est seulement tenu de verser, en sus d'autres indemnités, les salaires dus au titre de la période couverte par cette nullité spécifique, qui ne porte que sur la période de suspension du contrat de travail à ce motif.

II - Rupture à l'initiative de l'aide éducateur

→ À l'issue d'une période de suspension accordée pour effectuer une période d'essai (art. L 322-4-20, III).

Si, à l'issue de cette période d'essai, le salarié est embauché, son contrat de travail est rompu sans que l'intéressé ait besoin de donner de préavis. Il doit cependant en informer son employeur, soit directement, soit par l'intermédiaire du directeur de l'école, au sein de laquelle il exerce, en fournissant les justificatifs de son embauche (copie du contrat de travail qu'il a conclu).

→ Le droit commun, en l'occurrence l'article L 122-3-8 CT, permet au salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée de rompre le contrat de travail, de sa seule initiative, uniquement en cas de faute grave de l'employeur (cf. un défaut de paiement des salaires pendant plus de deux mois) ou de force majeure.

Dès lors, la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié sans qu'il ait préalablement recueilli l'accord de l'employeur ou sans qu'une faute grave imputable à ce dernier ait été relevée, voire un cas de force majeure reconnu, ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi du fait de cette démission.

→ Dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de travail intervenant d'un commun accord, il ne doit y avoir aucun doute sur l'intention tant du salarié que de l'employeur. Il est alors conseillé d'établir un écrit constatant l'accord exprès des parties (avenant au contrat ou lettre). Lorsque le salarié a clairement exprimé son intention de "démissionner", l'acceptation de l'employeur vaut consentement mutuel.

→ Par dérogation, mais sans préjudice des dispositions précédentes, l'article L. 322-4-20, II, alinéa 3, autorise en outre l'aide éducateur à prendre l'initiative de rompre son contrat de travail à l'expiration de chacune des périodes annuelles de son exécution, moyennant le respect d'un préavis de deux semaines.

III - Rupture du fait de l'employeur

Les contrats de travail des aides éducateurs, à durée déterminée, sont soumis aux dispositions de l'article L 122-3-8 du Code du travail, dès lors que l'EPLE employeur entend procéder à un licenciement pour un motif autre que la cause réelle et sérieuse. Lorsque la rupture anticipée du contrat repose sur une cause réelle et sérieuse, des règles spécifiques ont été définies par la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997.

1 - Le droit commun de la rupture des contrats de travail à durée déterminée : les exigences de l'article L 122-3-8 CT.

L'article L 122-3-8 CT, dont les dispositions sont d'ordre public, n'autorise que trois possibilités de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (sur accord des parties, pour faute grave du salarié ou en cas de force majeure). Il prévoit ensuite la sanction de chacune des parties en cas de méconnaissance de cette règle limitative.

→ L'accord des parties

L'employeur peut prendre l'initiative de proposer au salarié la résiliation du contrat de travail. Les règles énoncées précédemment en matière de rupture d'un commun accord s'appliquent également à cette situation. La rupture anticipée par accord des parties ne peut

résulter que d'une volonté claire et non équivoque dont le juge du fond vérifie l'existence (cf. Cass. soc., 21 mars 1996 Mme C. Balcon c./Mme A. Cadiou).

Si l'employeur résilie le contrat de travail en l'absence de consentement clair et non équivoque du salarié, on peut considérer que les dispositions de l'article L 122-3-8 CT trouvent à s'appliquer. Dès lors, la résiliation s'analyse en une rupture unilatérale du contrat de travail avant l'arrivée de son terme et l'employeur doit rapporter la preuve d'une faute grave de ce salarié ou établir l'existence d'un cas de force majeure afin d'en assurer la régularité. À défaut, le salarié a droit à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat (art. L 122-3-8 al. 2 CT). La rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée par l'employeur doit en effet, en application de l'article L 122-3-8 CT, être justifiée par la force majeure ou par la faute grave du salarié.

→ La faute grave du salarié

D'après la jurisprudence, la faute grave s'analyse comme un comportement rendant impossible le maintien du lien contractuel jusqu'à son terme. Il s'agit notamment de comportements dangereux pour autrui (par ex. l'absence d'un surveillant de piscine pendant une heure et demie ou le fait de fumer dans un local où sont entreposées des matières hautement inflammables).

En l'absence de conséquences dommageables, le comportement négligent n'est pas considéré comme une faute grave justifiant une rupture immédiate (cf. le salarié qui n'a pas justifié ses absences pour maladie). L'insuffisance professionnelle ne constitue pas non plus un comportement fautif.

→ La force majeure

La force majeure qui peut être invoquée par l'employeur pour justifier une rupture immédiate du contrat de travail doit être un événement extérieur à la volonté des parties, s'imposant à elles de telle manière qu'il ne permet pas de considérer que le contrat puisse utilement

reprendre son cours avant l'arrivée du terme.

→ Les sanctions

Si ces prescriptions ne sont pas respectées par l'employeur, l'aide éducateur peut prétendre à l'octroi de dommages et intérêts pour rupture anticipée irrégulière. Leur montant est au moins égal au montant des rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme du contrat (art. L 122-3-8, al. 2 CT).

La Cour de cassation a rappelé en la matière que :

- d'une part, les dommages et intérêts prévus par l'article L 122-3-8 CT (al. 2) constituent une réparation forfaitaire minimale insusceptible de réduction (Cass. soc., 31 mars 1993 *Sté Skin Pack c./ Mme M. Motulski* : pour l'appréciation de leur montant, les indemnités journalières versées pour maladie par l'organisme de sécurité sociale ne doivent pas être exclues par les juges du fond) ;

- d'autre part, l'indemnité allouée en application de l'article L 122-3-8 CT est calculée "en fonction de la rémunération brute dont le salarié aurait bénéficié" (cf. Cass. soc., 7 octobre 1992 *M. R. Thomas c./ M. J. Beaufils* et 13 déc. 1995). Ceci vaut, quand bien même le salarié aurait retrouvé immédiatement un emploi (Cass. soc., 23 nov. 1993, *Hoffer c/ Marichez*) ;
- en revanche, ces dédommagements ne peuvent se cumuler avec les allocations de chômage servies par les ASSEDIC au titre de la période restant à courir jusqu'au terme prévu au contrat de travail (Cass. soc., 14 janv. 1997, *M. Ecard c./ ASSEDIC Paris*).

Le salarié pourra de surcroît prétendre à bénéficier d'une indemnisation complémentaire s'il apporte la preuve d'un préjudice supérieur distinct de la seule perte de salaire résultant de la rupture anticipée (cf. Cass. soc. 7 oct. 1992 et 31 mars 1993 précités : le juge du fond a pu valablement allouer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait d'un retard dans le versement des salaires ou d'un préjudice financier qu'il a souverainement apprécié). Il a été précisé que les contrats de travail des aides éducateurs excluent leurs titulaires du bé-

néfice de l'indemnité prévue à l'article L 122-3-4 CT, conformément à la dérogation prévue au a) de cet article (contrats de travail conclus dans le cadre de l'article L 122-2 CT).

L'employeur est redevable de ce paiement, qui constitue une dépense obligatoire et doit donc être imputé sur la dotation dont dispose, au titre du poste concerné, l'EPL mutualisateur.

2- La dérogation prévue par l'article L 322-4-20 CT : le licenciement pour une cause réelle et sérieuse

Ce motif de licenciement n'est prévu par le code du travail qu'à propos des contrats de travail à durée indéterminée. La loi n° 97-940 du 16 octobre 1997, en l'étendant aux contrats à durée déterminée conclus dans le cadre du plan "emploi-jeune" autorise donc les employeurs à déroger tant à l'énumération légale des motifs légitimes de rupture des contrats à durée déterminée (art. L 122-3-8 CT), qu'aux dispositions sanctionnant leur non observation par l'employeur (art. L 122-3-8 CT et art. L 122-14-4 CT quant au défaut de cause réelle et sérieuse).

→ L'article L. 322-4-20, II, alinéa 3 prévoit, en sus des trois motifs légaux de rupture légitime des CDD prévus par le droit commun et présentés ci-dessus, que les contrats de travail des aides éducateurs peuvent également être rompus par l'employeur, à l'expiration de chacune des périodes annuelles d'exécution, s'il justifie d'une cause réelle* et sérieuse**.

** La cause réelle présente un caractère d'objectivité qui exclut les préjugés et les conceptions personnelles. Un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs, la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement (cf. Cass. soc., 29 nov. 1990, *Mme Fertray*). L'employeur ne peut donc licencier un salarié, ni en raison du comportement d'un de ses proches, ni en raison de soupçons qu'il pourrait avoir quant à des comportements répréhensibles du salarié. En revanche, une mésérente ou une incompatibilité d'humeur avérées peuvent constituer*

des causes réelles et sérieuses légitimant la rupture du contrat de travail.

La cause alléguée doit être avérée par des faits susceptibles d'en démontrer l'existence et elle doit constituer la cause exacte du licenciement.

*** La cause est sérieuse lorsqu'elle revêt une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'établissement la poursuite du travail et nécessaire le licenciement. Une faute du salarié peut constituer une cause sérieuse de licenciement. Distincte de la faute simple et de la faute grave, cette faute doit avoir un caractère professionnel. Pour autant, le juge a admis que certains faits fautifs commis en dehors du temps et du lieu de travail, dans le cadre de la vie privée du salarié, peuvent créer un trouble caractérisé au sein de l'établissement, en raison des fonctions de l'intéressé et de la finalité propre de l'établissement. Ils constituent alors une cause réelle et sérieuse de licenciement (cf. Cass. soc., 20 nov. 1991, vol à l'étalage commis par un agent de surveillance, en dehors de ses heures de service).*

La cause sérieuse peut trouver son origine dans un comportement non fautif du salarié, telles des erreurs ou négligences répétées qui induisent une insuffisance professionnelle, de même que l'inaptitude à l'emploi ou des absences répétées sans motif ni autorisation.

→ Le refus d'exécuter les instructions ou les tâches pour lesquelles le salarié a été embauché, l'abandon de poste, des absences non motivées, le non respect des horaires peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires (avertissement ou mise à pied, cf. infra "manquements dans l'exécution des tâches"), voire constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

→ La preuve de la cause réelle et sérieuse est établie par le juge au vu des éléments apportés par les parties et de tous autres qu'il estime nécessaire d'obtenir au moyen de toutes mesures d'instruction appropriées. En tout état de cause, le doute profite ici au salarié.

→ Le défaut de cause réelle et sérieuse de licenciement est sanctionné, quant à la rupture des contrats à durée indéterminée, par l'article L. 122-14-4 CT. Pour les contrats de travail des

aides éducateurs, la sanction est expressément prévue par l'article L 322-4-20, II, alinéa 7 CT (cf. infra).

→ La procédure à suivre, par l'employeur qui justifie d'une cause réelle et sérieuse, pour mettre fin au contrat résulte de la combinaison des dispositions de l'article L. 122-14 CT et des nouvelles dispositions introduites à l'article L. 322-4-20, II, alinéa 4 CT.

→ L'employeur ne peut légitimement rompre ces contrats pour une cause réelle et sérieuse qu'à l'expiration de chacune des périodes annuelles de leur exécution et à certaines conditions tenant à la fois au fond et à la forme :

- justifier d'une cause réelle et sérieuse,
- notifier la rupture par lettre recommandée avec accusé de réception comportant l'énonciation des motifs fondant la rupture,
- l'expédier au salarié moins d'un jour franc après la date fixée pour l'entretien préalable obligatoire prévu à l'article L 122-14 CT,
- respecter les règles procédurales définies par l'article L 122-14 CT pour cet entretien,
- respecter le délai-congé prévu par l'article L. 122-6 CT (dont le point de départ est fixé par la date de présentation de la lettre recommandée notifiant la rupture),
- enfin, l'aide éducateur dont le contrat est régulièrement rompu par son employeur pour une cause réelle et sérieuse doit bénéficier d'une indemnité spécifique calculée sur la base de la rémunération perçue (dans la limite de sa rémunération des dix-huit derniers mois), selon le taux prévu à l'article L 122-3-4, alinéa 2 CT (6 %).

→ L'aide éducateur dont le contrat est ainsi régulièrement rompu par son employeur a droit à une indemnité spécifique calculée sur la base de la rémunération perçue et en fonction de la durée du contrat.

Le montant retenu pour le calcul de cette indemnité ne saurait cependant excéder celui qui aura été perçu par le salarié au titre des dix-huit derniers mois d'exécution de son contrat de travail. Son taux est de 6 %, ce qui signifie que :

- lorsque la rupture du contrat intervient au terme de la première année, l'indemnité est donc égale au montant des rémunérations perçues pendant cette année x 6 % ;

- lorsque le contrat est rompu au terme de la 2ème, 3ème ou 4ème année d'exécution, l'indemnité est égale à la rémunération perçue lors des dix-huit derniers mois x 6 %.

→ L' aide éducateur irrégulièrement licencié pour une cause réelle et sérieuse a droit, par dérogation aux dispositions de l'article L 122-3-8 al. 2, à la perception de dommages et intérêts correspondant au préjudice subi.

La loi du 16 octobre 1997 sanctionne ainsi spécifiquement la méconnaissance par l' employeur des règles légales de fond (cause réelle et sérieuse non constituée ou invoquée pour rompre en dehors de la période fixée par l' article L 322-4-20 II) et de forme (absence de notification de la rupture par lettre recommandée avec accusé de réception ou expédition moins d' un jour franc après la date arrêtée pour l' entretien préalable) légitimant un licenciement fondé sur un ce motif.

→ La sanction financière est identique lorsque le contrat a été rompu consécutivement à la dénonciation de la convention conclue avec les autorités académiques, en raison de sa violation par l' employeur (art. L 322-4-20, II, § 7 CT).

→ Bien que le contrat de travail des aides éducateurs soit à durée déterminée et ne soit donc, a priori, pas soumis aux dispositions de l'article L 122-14-4 CT, on peut néanmoins attirer l' attention des chefs d' établissement sur la troisième des sanctions qui y sont prévues pour défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement (condamnation de l' employeur au remboursement des allocations de chômage).

Dans l' hypothèse d' une adhésion de l' EPLE employeur au régime d' assurance-chômage, l' ASSEDIC ayant versé les allocations compensant la perte d' emploi au salarié dont le licenciement serait donc irrégulier pour défaut de cause réelle et sérieuse serait en effet susceptible de demander la condamnation de l' em-

ployeur à rembourser tout ou partie de ces paiements (dans la limite de six mois d' indemnités de chômage par salarié concerné).

IV - La procédure de licenciement

Tous les licenciements pour motif tenant à la personne du salarié (cf. faute grave, cause réelle et sérieuse) doivent être précédés d' une même procédure.

1 - L'entretien préalable

En vertu de l' article L 122-14 CT, l' employeur (ou son représentant) qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l' intéressé à un entretien préalable, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge, qui doit indiquer l' objet, la date, l' heure et le lieu de l' entretien (art. R 122-2 CT).

Lors de cet entretien préalable au licenciement, qui ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre, le salarié peut se faire assister par un conseiller de son choix, "inscrit sur une liste dressée par le préfet du département. Cette liste comporte le nom, l' adresse, la profession, ainsi que l' appartenance syndicale éventuelle des conseillers".

Cette faculté de se faire assister doit être mentionnée dans la lettre de convocation à l' entretien préalable, et il doit y être précisé l' adresse des services où cette liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés. Cette liste est disponible dans chaque section d' inspection du travail et dans chaque mairie. Elle est également publiée au recueil des actes administratifs du département.

L' employeur peut également se faire assister bien que la loi ne le prévoit pas, à la condition que ceci ne fasse pas grief aux intérêts du salarié.

Au cours de l' entretien préalable, l' employeur est tenu de faire connaître au salarié le ou les motifs de la décision de licenciement envisagée et de recueillir ses explications.

La notification de la décision de l' employeur de rompre le contrat de travail, par une lettre

recommandée avec demande d'avis de réception, ne peut être expédiée au salarié moins d'un jour franc après la date fixée pour l'entretien préalable. Les exigences légales quant à l'indication précise et exhaustive des motifs de la rupture doivent y être scrupuleusement respectées.

La date de présentation de cette lettre fixe le point de départ du délai-congé prévu par l'article L. 122-6 CT.

Ces règles s'imposent à l'employeur qui ne peut se dispenser de convoquer le salarié à l'entretien préalable, ni d'organiser cette entrevue, quand bien même il lui reprocherait d'avoir commis une faute grave (la convocation du salarié demeure obligatoire bien que celui-ci ait reconnu par écrit avoir commis les fautes qui lui sont reprochées, Cass. soc., 22 mars 1979).

En fait, si le salarié a commis une faute grave ou une faute lourde, l'employeur peut procéder à une mise à pied conservatoire de l'intéressé, dès qu'il a connaissance de la faute, dans l'attente de la mesure qui sera prise à l'issue de la procédure de licenciement. Cette mise à pied ne fait pas échec à la décision ultérieure de licenciement (cf. Cass. soc., 21 juin 1979, la mise à pied constituant une simple mesure provisoire, destinée à laisser un délai de réflexion, le licenciement ultérieur ne constitue pas une deuxième sanction pour les mêmes faits).

Si le salarié ne se présente pas à l'entretien auquel il a été régulièrement convoqué (notification dans les délais), quelle que soit la raison de son absence (refus ou état de santé), l'employeur pourra notifier le licenciement en respectant le délai devant s'écouler entre le jour prévu pour l'entretien et le jour de notification de ce licenciement.

2 - La notification du licenciement

Tout licenciement doit être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception. La date de présentation de cette lettre fixe le point de départ du délai-congé (art. L 122-14-1 CT). Un délai minimal d'un jour franc est requis par la

loi pour autoriser l'employeur à procéder à cette notification.

Cette lettre de licenciement doit comporter l'énonciation des causes du licenciement (art. L. 22-14-2 CT). En cas de contentieux, l'indication portée dans cette lettre fixe les limites du litige. Le juge ne peut en effet apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse qu'au vu des griefs ainsi exposés, il ne peut retenir les griefs simplement allégués par l'employeur en cours d'instance et qui ne seraient pas mentionnés dans la lettre de licenciement.

→ Les exigences en matière de motivation de la lettre de licenciement sont déterminantes de la régularité de la rupture du contrat de travail.

Le droit disciplinaire s'appliquant au contrat de travail à durée déterminée, sa rupture, pour faute grave ou lourde, doit en respecter les exigences, notamment en matière de motivation des sanctions (art. L 122-41 CT).

La motivation de la lettre de licenciement est un principe constamment réaffirmé par la Cour de cassation.

Cette lettre doit donc être précise.

La seule référence à des difficultés relationnelles ne constitue pas un motif suffisamment précis permettant au juge de contrôler la cause du licenciement (Cass. soc., 25 juin 1997, *Sté Dragon rouge c./M. Gaumier*).

Le fait pour un employeur d'adresser au salarié une lettre non motivée à l'effet de rompre le contrat de travail constitue une rupture abusive, donc susceptible d'ouvrir droit à indemnité pour le salarié, puisque la faute lourde ne peut être établie.

Peu importe que l'employeur ait indiqué à ce dernier au cours de l'entretien préalable les griefs formulés contre lui (Cass. soc., 23 janv. 1997, *M. Bardol c./M. Paris*).

Dès lors, le défaut d'énonciation de motif dans la lettre de licenciement ou la mention d'un motif imprécis équivaut à une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il faut noter qu'en cas de licenciement disciplinaire, l'article L 122-41 CT requiert que

le prononcé d'une sanction disciplinaire intervienne au plus dans le délai d'un mois depuis le jour fixé pour l'entretien préalable. Le licenciement pour faute relevant de cette catégorie de licenciement, l'employeur ne peut plus le notifier lorsqu'il a laissé s'écouler ledit délai d'un mois (cf. Cass. soc., 16 mars 1995).

3 - Le délai-congé

Le Code du travail impose également le respect d'un "délai-congé" (délai de préavis que doit respecter la partie au contrat de travail qui prend l'initiative de résilier unilatéralement ce contrat et pendant lequel le salarié continue son travail et touche son salaire) dont la durée est fixée par l'article L. 122-6 CT.

- Le salarié a droit à un délai-congé d'un mois si

son licenciement intervient après les six premiers mois et avant deux années d'exécution du contrat.

- Il est porté à deux mois, si le licenciement intervient à partir de la deuxième année de contrat.

4 - L'indemnité due salarié

Excepté l'hypothèse d'un licenciement pour une cause réelle et sérieuse (cf. art. L. 322-4-20, II, al. 5 CT) le salarié régulièrement licencié pour faute grave ou pour un cas de force majeure, de même que le salarié ayant pris l'initiative de rompre son contrat de travail ne peuvent prétendre à aucune indemnité (l'indemnité prévue à l'article L. 122-3-4 CT leur est en effet expressément refusée par le jeu du a) de l'alinéa 4 de cet article).