

## Résumé du dossier „Arbeitsrecht“

Ce document est le résumé d'un mémoire (version 02.2010) écrit par Christian Lentföhr avocat spécialisé dans le droit du travail, le droit commercial et le droit des sociétés au sein du cabinet Schuster, Lentföhr & Zeh, réalisé avec un grand merci à Mlle. Stud. Iur. Pauline Lucas.

Avec plaisir, nous vous fournissons le mémoire complet, s.v.p., ne hésitez pas de nous demander.

### Les sources du droit du travail

Le droit du travail allemand a diverses sources. Il provient majoritairement du code civil allemand (BGB) relativement aux relations individuelles dans le travail. La liberté contractuelle régit les relations entre les parties au **contrat de travail** (*Arbeitsvertrag*) qui s'engagent au titre du § 611 BGB.

Le droit du travail est soumis aux dispositions générales du BGB sur l'interprétation et l'expression du consentement, les règles sur la capacité contractuelle ainsi que celles sur les vices du consentement et enfin la conclusion du contrat de travail en particulier concernant les conditions générales d'un contrat (§§ 305 ff. BGB).

Le droit du travail provient également des **règles collectives** telles que la législation applicables aux conventions collectives (*Tarifrecht*), la loi relative aux relations salariés/entrepreneurs au sein des entreprises (*Betriebsverfassungsrecht*) et des diverses lois concernant la participation des salariés dans les entreprises. On peut aussi parler de l'influence des syndicats et des conseils d'entreprise (*Betriebsräte*, qui ne sont pas l'équivalent des comités d'entreprises, en France, qui ont seulement un rôle consultatif sur l'élaboration de la loi.

Le législateur a également édicté des **lois protectrices** des salariés dans le code du commerce allemand (*Handelsgesetzbuch*, HGB) ainsi que dans le code relatif à l'exercice des professions artisanales, commerciales et industrielles (*Gewerbeordnung*), notamment en matière de protection de la santé, du travail, du travail des femmes et de la protection des mères, du travail des jeunes et des handicapés.

**Les conventions collectives** sont également une source importante du droit du travail allemand, elles s'appliquent soit quand le contrat de travail mentionne leur utilisation, elles viennent combler ses lacunes, soit parce que la convention est déclarée devoir obligatoirement s'appliquer, de manière générale. Elles régissent par exemple les heures supplémentaires, les congés (payés), le chômage partiel (*Kurzarbeit*)...

### Le contrat de travail

Selon le § 105 du code relatif à l'exercice des professions artisanales, commerciales et industrielles, la liberté contractuelle préside à la conclusion du contrat de travail, tant dans sa forme que dans son contenu, lorsqu'il n'existe pas de limites imposées par la loi, par les conventions collectives ou les accords au sein de l'entreprise.

### **Définition du contrat de travail**

Le contrat de travail est un contrat de droit privé par lequel les parties s'engagent réciproquement. Le salarié s'engage à exécuter des tâches sous la direction de l'employeur

qui s'engage quant à lui à verser la rémunération convenue dans le contrat. A travers sa conclusion, naît entre les parties un lien juridique (*Arbeitsverhältnis*).

### **Nature juridique**

Le contrat de travail est une convention qui suit les règles du droit des obligations et en particulier des contrats synallagmatiques, il a toutefois des particularités. Il se différencie d'une convention par la relation de subordination avec l'employeur.

Le salarié peut seulement être une personne physique ou bien un ensemble de personnes qui travaillent en groupe, l'employeur peut être une personne physique ou morale.

### **Capacité de contracter**

Les parties doivent avoir la capacité de contracter, un contrat de travail peut cependant être conclu avec un mineur tant que celui-ci a un représentant (les mineurs entre 7 et 18 ans) et que le représentant a manifesté son accord.

### **Forme du contrat de travail**

Le principe est la liberté de forme, le consensualisme. Le contrat peut donc être oral ou écrit ou sa conclusion peut se déduire d'un comportement.

Néanmoins, le principe connaît une limite avec le contrat de travail à durée déterminée qui doit impérativement être sous forme écrite sous peine d'être considéré comme un contrat à durée indéterminée. En outre si la loi, la convention collective ou l'accord d'entreprise l'exige, le contrat devra aussi être écrit.

Si ces dispositions ne sont pas respectées, le contrat encourra, en vertu du § 125 1 BGB, la nullité. La nullité pour vice de forme peut être écartée lorsqu'un comportement des parties continu dans le temps a confirmé la validité du contrat.

### **Conclusion du contrat de travail**

Le contrat de travail est formé après offre et acceptation (§§ 145 ff. BGB). Les parties doivent se mettre d'accord sur le type d'emploi occupé et le début du contrat. Si le temps de travail n'est pas mentionné, il peut être déterminé à partir des conventions collectives ou des accords d'entreprise.

En ce qui concerne la durée du contrat de travail, si elle n'est pas mentionnée, on considère alors qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée.

### **Contrôle du contenu du contrat de travail**

Le contrat est conclu librement, sa forme est en principe libre, de même que son contenu. Fondamentalement, il existe une inégalité entre les parties lors de la conclusion du contrat de travail. Ainsi, nonobstant la liberté contractuelle, le juge joue un rôle important dans le contrôle du contenu du contrat de travail.

Les conditions générales d'un contrat sont les conditions posées par l'une des parties à l'autre lors de la conclusion du contrat (§ 305 BGB).

Le juge peut être amené à examiner des clauses telles qu'une clause de non concurrence, le préavis de licenciement, la clause attributive de compétence... Si le juge estime qu'une seule clause du contrat est nulle, le contrat demeure pour le reste valable.

### **La preuve du contrat de travail**

La preuve du contrat de travail est régie par une loi spéciale (*NachwG, Nachweisgesetz*). Bien que la liberté de forme soit la règle, l'écrit facilite la preuve. Le contrat écrit devra contenir les mentions suivantes : noms et adresses des parties, date de l'entrée en vigueur du contrat, la durée du contrat pour les CDD, le lieu de l'emploi et une précision dans le cas où le travail ne s'effectue pas toujours au même endroit, une description du poste occupé, les horaires de travail, la durée des congés payés, et le cas échéant la convention collective ou l'accord d'entreprise qui a vocation à s'appliquer.

L'employeur qui emploie plus de 20 salariés a l'obligation d'employer au moins 5% de personnes gravement handicapées (c'est-à-dire handicapées à plus de 50%). Il existe également des lois, des conventions collectives, etc. qui restreignent l'embauche de certaines catégories de personnes comme les enfants.

### La notion de salarié

Selon une définition constante donnée par la jurisprudence, le salarié est celui qui en vertu d'un contrat de droit privé s'engage envers une autre personne, il est tenu de respecter ses directives et lui est subordonné.

Une personne contractuellement liée avec une agence de travail temporaire et employée par un tiers est quand même liée par un contrat de travail. En revanche, il faut établir la distinction avec le contrat de droit public qui lie le fonctionnaire à la personne de droit public, ce dernier relève du contrat de droit public. De même que le travailleur familial, il est soumis aux règles du droit de la famille (§§ 1356, 1619 BGB).

**La notion de travail** doit être comprise, quant à elle, dans un sens économique. Il s'agit de toute activité, comportement qui visent à la satisfaction d'un besoin et qui peuvent être qualifiés de travail dans la vie économique. Le salarié n'est pas libre de déterminer son travail et ses horaires de travail, outre le lien de subordination existant, la jurisprudence pour déterminer si une personne peut être considérée ou non comme salariée, se réfère à un faisceau d'indices.

La qualification ne dépend pas de la volonté des parties mais du contenu du contrat. De cette notion dépendent notamment le droit de l'assurance maladie ou le droit de fiscal relatif au salaire.

Il existe aussi d'autres notions se rapprochant de celle de l'employé, par exemple le travailleur indépendant ou le stagiaire. Toutefois il s'agit de statuts différents. Le travailleur indépendant est une personne physique qui exerce une activité, de quelle que nature que ce soit, de manière indépendante pour une entreprise qui lui est étrangère.

### **La candidature**

La candidature montre l'intérêt de l'employé pour l'établissement d'une relation contractuelle. Pour chaque candidature, il se forme un lien juridique, ce qui implique la création de droits.

### **Un choix personnel**

L'employeur est en principe libre de sa décision. Toutefois, la loi et la jurisprudence ont limité cette liberté de l'employeur dans la sélection des candidats pour un poste. Il doit, en effet, respecter certaines règles qui concernent la protection de certains salariés.

Il est par exemple soumis à une limitation législative, en ce qu'il doit l'obligation d'engager des personnes handicapées.

En vertu de normes de l'Union Européenne, les discriminations en fonction de la race, de l'origine, du sexe, de la religion, des opinions, de l'identité sexuelle ou encore de l'âge, sont interdites. Les travailleurs d'un pays membre de l'Union Européenne ont le même droit d'accès à l'emploi que les nationaux du pays membre.

Les candidats peuvent être recrutés après un entretien d'embauche et un questionnaire personnel. Les questions posées lors de l'un ou l'autre doivent être pertinentes relativement à la sélection d'un candidat pour un poste donné, dans le sens où elles ne doivent pas aller à l'encontre du droit à la vie privée. Ces questions doivent respecter un équilibre entre l'intérêt de l'employeur de juger au mieux les capacités du candidat et le droit de ce dernier au respect de sa sphère privée. Le candidat doit répondre aux questions avec sincérité.

À titre d'illustration, il n'y a pas d'obligation pour une femme de faire état de sa grossesse ou pour une personne atteinte d'une maladie de faire mention de celle-ci.

L'employeur a le droit de poser des questions sur l'emploi précédent mais pas sur l'état de santé ni sur les convictions religieuses ou l'appartenance à un parti politique. Il peut questionner sur les condamnations antérieures si cela est pertinent (condamnation pour des affaires de mœurs, etc.).

La violation de ces interdictions, pour l'employeur, peut entraîner le versement de dommages-intérêts au candidat qui a subi un préjudice. Si le salarié n'a pas respecté son obligation de répondre sincèrement aux questions, l'employeur peut contester la validité du contrat pour dol.

Des analyses graphologiques peuvent être pratiquées toutefois, le consentement du candidat est requis. En revanche les examens, analyses et test psychologiques sont interdits.

La rupture des négociations contractuelles peut entraîner le versement de dommages-intérêts pour le candidat éconduit subitement alors que le poste lui était promis.

### **Obligations spécifiques relatives au début de la relation contractuelle**

L'échange des papiers de travail est obligatoire. Par exemple, le salarié doit présenter le document qui permet le prélèvement de l'impôt sur le salaire (*Lohnsteuerkarte*), la carte d'assurance social, les employés étrangers doivent présenter un permis de travail et les jeunes travailleurs un certificat médical.

### **Période d'essai**

Il s'agit d'une période qui sert à l'employeur et au salarié, à estimer s'il semble possible de travailler ensemble sur une plus longue période. Cette période s'étend généralement de un à quatre mois, mais elle n'est fixée par la loi que pour les contrats de formations professionnelles (un mois), sinon il faut se référer aux conventions collectives.

#### Les contrats de travail particuliers

### **Le contrat à durée déterminée**

Il s'agit d'un contrat dans lequel un employeur emploie un salarié pour une durée fixée dans le contrat de travail, que ce soit une durée mesurable en temps ou que cela ait un rapport avec une mission à accomplir indépendamment du temps.

Ce type de contrat est autorisé mais la mention d'une durée est soumise à condition. En effet, elle doit être justifiée par une raison, par exemple celles figurant dans la liste du § 14 de la loi sur le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée (TzBfG, *Teilzeit- und Befristungsgesetz*). Le contrat de travail à durée indéterminée peut être prolongé trois fois pour une durée totale de 2 ans. Le prolongement doit intervenir avant la fin de la période contractuelle. Dans ce cas, seule la durée du contrat change, pas les conditions contractuelles.

Le contrat se termine à la date fixée ou le cas échéant lorsque la mission est remplie (§ 15 TzBfG). Un licenciement peut avoir lieu lorsqu'elle est prévue dans une convention collective ou pour d'autres raisons.

### **Le contrat de travail à temps partiel**

L'emploi à temps partiel est un emploi dans lequel le temps de travail hebdomadaire est plus court comparé à un emploi à temps plein. Cette solution est adoptée lorsque les horaires à plein temps ne sont pas compatibles avec la situation. L'employé à temps partiel a le même type de relations contractuelles et occupe la même ou une fonction semblable à celle d'un employé à temps plein. Les conditions de travail de l'employé à temps partiel ne doivent pas être défavorisantes, il peut prétendre à l'égalité de traitement. Il existe des dispositions législatives en vertu desquelles l'employé peut prétendre à une réduction de son temps de travail par exemple dans le cadre des congés parentaux.

### **La convention de prêt de personnel**

Par cette convention, le loueur (*Verleiher*) met la force de travail d'un employé à la disposition d'une autre entreprise (*Entleiher*). Des relations contractuelles n'existent qu'entre le travailleur prêté et son employeur habituel, mais en aucun cas avec l'entreprise bénéficiant du prêt. L'employé, en application du § 613 Satz 2 du BGB, doit consentir à un tel prêt.

### **Les obligations de l'employé**

Le salarié doit accomplir les tâches mentionnées dans le contrat pendant ses horaires de travail. Le salarié doit exécuter son contrat de travail de bonne foi, il a également une obligation de discrétion. Il ne doit pas se comporter de manière déloyale ou encore doit s'abstenir de faire de la concurrence durant l'exécution de son contrat.

### **Salaire**

Selon le § 611 du BGB, l'obligation principale de l'employeur est de verser la rémunération du salarié. La rémunération peut également résulter de primes récompensant l'atteinte d'un résultat, du paiement des heures supplémentaires, de primes d'ancienneté ou des gratifications à des moments particuliers : Noël, mariage... ou en fonction de la motivation de l'employé.

L'employé est en droit d'exiger sa rémunération en échange du travail qu'il fournit, un retard dans son versement entraînera le paiement d'intérêts.

### **Les empêchements au travail**

L'employé conserve son droit à rémunération lorsqu'il est, pour une courte période, dans l'incapacité de remplir ses fonctions (§ 616 BGB). Les cas concernés par le § 616 sont par exemples l'enterrement d'un proche, l'accouchement de sa femme, une assignation à comparaître en justice...

Le maintien de la rémunération en cas d'empêchement pour cause de maladie est traité par une loi spéciale (*Entgeltfortzahlungsgesetz, EFZG*) en ce qui concerne les apprentis et les employés. Pour qu'il y ait effectivement un droit à la continuité de la rémunération, il faut : une relation contractuelle ininterrompue depuis au moins quatre semaines, une incapacité due à une maladie et aucune faute de l'employé. Ce dernier a le droit de conserver 100% de son salaire pour un arrêt jusqu'à six semaines, sur la base des horaires du contrat de travail. Un certificat médical peut être exigé pour absence d'une durée supérieure à 3 jours. Les jours considérés comme fériés en Allemagne doivent être normalement rémunérés.

### **La législation concernant la protection des mères et des femmes enceintes**

La protection des mères est principalement régie par la *Mutterschutzgesetz (MuSchG)*, elle vaut pour toutes les femmes qui ont un contrat de travail. Cette loi découle notamment de la transposition d'une directive européenne.

Pour qu'une femme puisse bénéficier de la protection législative, l'employeur doit être prévenu de toute grossesse et du jour probable de l'accouchement, un certificat médical doit être produit et ce dès que la femme a connaissance de son état. La détermination médicale du début de la grossesse est capitale, elle est estimée à 280 jours avant le terme fixé par le médecin dans le certificat et porte à conséquence si la femme enceinte est licenciée dans cette période. C'est la période de protection (*Schutzfrist*).

Le lieu de travail doit être adapté à une femme enceinte ou à une femme pratiquant l'allaitement. Aucune femme ne doit travailler si un avis médical précise que cela peut mettre en danger la santé de la mère ou celle de l'enfant. Le médecin devra rédiger un document mentionnant l'interdiction de travailler pour la femme enceinte. Le travail durant les six semaines qui précèdent l'accouchement est interdit sauf si la femme enceinte fait une déclaration expresse de sa capacité à travailler, qui peut être par la suite révoquée. Après l'accouchement, la période de repos est de 8 semaines, ou 12 pour les mères ayant accouché avant le terme.

Les femmes enceintes et les femmes qui allaitent ne doivent pas faire d'heures supplémentaires, ne doivent ni travailler de nuit (entre 20h et 6h) ni travailler les dimanches et jours fériés. Il existe des exceptions pour les professions du spectacle, de l'agriculture... En outre, les femmes enceintes et les femmes qui allaitent ne doivent pas exercer des fonctions qui nécessitent un important effort physique ou travailler dans des conditions dangereuses (poussière, gaz, humidité, chaleur, froid, bruit...).

### **La protection des mères contre le licenciement**

La loi sur la protection de la maternité interdit le licenciement d'une femme enceinte, elle tente de protéger les femmes enceintes contre la perte de leur emploi et les conséquences tant psychologiques qu'économiques qu'elle entraîne.

L'employeur, au regard du droit communautaire et en particulier de la jurisprudence de la CJCE, n'a pas le droit de questionner une femme sur son éventuelle grossesse. La juridiction allemande compétente en matière de droit du travail a suivi cette décision de la Cour Européenne, et cela vaut également pour la discrimination d'une femme enceinte à l'embauche. En outre, selon la jurisprudence de la Cour Fédérale Allemande du Travail

(*Bundesarbeitsgericht*), le fait qu'une femme enceinte mente sur son état ne peut conduire à la justification de la contestation de la validité du contrat de travail pour dol.

Le licenciement d'une femme pendant sa grossesse ou dans les 4 mois qui suivent son accouchement est interdit lorsque l'employeur était au courant de la grossesse ou de l'accouchement ou bien lorsque ceux-ci sont annoncés dans un délai de deux semaines après le licenciement. La protection cesse en cas de fausse-couche mais pas en cas de naissance d'un enfant mort-né.

La protection s'étend lorsque la femme prend un congé parental. Durant la durée de la protection, durant la grossesse ou le congé parental, la mère peut mettre un terme au contrat de travail avant la fin de celui-ci.

### **Droit à rémunération**

Les droits évoqués ci-dessous sont à la charge des caisses d'assurance maladie.

#### *La protection du salaire des mères*

Les femmes qui cessent de travailler sans bénéficier d'une interdiction de travailler en raison d'un avis médical ne peuvent prétendre au versement d'indemnités de maternité. De plus une femme enceinte qui ne doit pas travailler en raison d'une interdiction édictée par la loi, peut être obligée d'accepter d'être réaffectée à un travail moins pénible.

Le certificat du médecin doit préciser le cas échéant l'incapacité médicale de la femme à travailler, elle ne pourra dans cette hypothèse pas avoir le droit à son salaire.

Les femmes qui sont socialement assurées au titre du régime légal d'assurance ont le droit, à partir de leur accouchement, à des indemnités de maternité.

Les femmes qui ne sont pas socialement assurées au titre du régime légal d'assurance obtiennent durant la durée de protection, des indemnités versées par l'Etat.

Les femmes qui ne peuvent pas prétendre au versement d'indemnités de maternité peuvent obtenir une somme de 77,00 € à leur accouchement.

Les femmes qui sont assurées socialement au titre du régime légal d'assurance ont droit à des prestations supplémentaires : garde, d'enfant, sages-femmes, aide à domicile...

Les mères perçoivent une aide financière de la part de leurs employeurs sauf quand ces derniers sont dans l'impossibilité de payer en raison d'une insolvabilité (procédure collectives...).

### **Le congé parental**

Le congé parental (*Elternzeit*, auparavant *Erziehungsurlaub*) a été réformé par une loi entrée en vigueur en 2008.

Les salarié(e)s, les personnes en formation professionnelle, les travailleurs à domicile et assimilés ont le droit de demander dans les trois premières années de leur enfant un congé allant jusqu'à douze mois, prolongeable jusqu'aux huit ans de l'enfant.

Le congé peut être prolongé sous certaines conditions précisées par la loi sur les allocations familiales et les congés parentaux (*BEEG, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*) par exemple si l'enfant nécessite des soins à plein temps ou lors de l'adoption d'un enfant.

Le congé peut être pris par un ou par les deux parents en même temps et il est limité à trois ans par enfants.

Les parents en congé peuvent travailler durant cette période si l'emploi ne dépasse pas 30 heures hebdomadaires. S'ils travaillent pour une autre entreprise, l'employeur devra donner son accord.

Le congé parental doit être sollicité auprès de l'employeur par écrit au moins sept semaines avant son début. La demande doit préciser la durée du congé.

### **Droits et obligations**

Durant le congé parental, les obligations contractuelles sont suspendues, c'est pourquoi l'employé n'a plus l'obligation d'effectuer son travail et l'employeur de le rémunérer. Le travail à temps partiel est également une possibilité sous certaines conditions que nous avons mentionnées *supra*.

### **Protection contre le licenciement**

L'employeur ne peut pas licencier sa salariée à partir des huit semaines précédant le congé, puis pendant le congé. La salariée peut pendant son congé mettre un terme à son contrat de travail en démissionnant, le préavis est de trois mois avant la fin du congé.

### **Devoir d'assistance de l'employeur**

L'employeur a le devoir d'agir en préservant ses intérêts de son salarié, ceux de l'entreprise et des autres salariés et également d'agir de bonne foi. Ce devoir commence pendant la négociation du contrat de travail et se poursuit même après la fin du contrat. Il inclut les déclarations sociales, la liberté dans la recherche d'emploi, la délivrance des papiers de travail et les renseignements sur les employeurs précédents.

L'employeur s'engage aussi à protéger la vie et la santé de son salarié (par exemple lutte contre le tabagisme passif...). Cette protection passe par l'instauration de règles et de l'aménagement du lieu de travail (§618 BGB). Il a l'obligation suite à une directive européenne qui a été transposée en droit allemand par la loi sur la protection au travail (*Arbeitsschutzgesetz, ArbSchG*), de prendre des mesures concrètes prenant en compte les avancées techniques, la médecine du travail et l'hygiène, afin d'assurer la meilleure sécurité possible à ses employés.

### **Le harcèlement moral ou « Mobbing »**

Le harcèlement moral souffre souvent de problèmes probatoires. Il s'agit de diverses formes d'atteintes aux droits de l'employé qui résultent de la répétition de comportements ou d'agissements qui ensemble constituent une atteinte mais qui souvent pris séparément n'ont pas de signification juridique.

Le harcèlement peut résulter d'intimidations, d'attaques, d'humiliations... qui portent atteinte à la dignité d'une personne. Le harcèlement n'est pas une notion juridique mentionnée dans le BGB, pour cette raison, la personne harcelée ne peut invoquer des droits

qu'en vertu de son contrat de travail pour comportement prohibé par la loi (§§ 823 BGB sur l'obligation de réparer un dommage).

Le harcèlement peut donner lieu à des poursuites pénales et à l'engagement de la responsabilité du collègue responsable de tels agissements ainsi que de l'employeur. Notons que l'employeur, viole non seulement la loi en ayant un tel comportement à l'égard de son salarié mais viole aussi son obligation de protection du salarié.

Le harcèlement est apprécié au cas par cas, en fonction des circonstances, des habitudes de l'entreprise, des relations entre le personnel ou avec les subordonnés.

### **Droit de l'employeur en cas de mauvaise exécution du travail**

Lorsque le salarié exécute mal son travail, il peut être tenu au versement de dommages-intérêts (§ 280 BGB) à son employeur. La charge de la preuve en ce qui concerne l'inexécution de l'obligation de l'employé revient à l'employeur (§ 619 BGB).

Lorsque l'employé a commis une faute lourde, il endosse l'entière responsabilité et paie tous les dommages-intérêts. La faute lourde est qualifiée par ces comportements : conduite en état d'ivresse, non respect du code de la route, délit de fuite...

### **Responsabilité en cas de dommage causé à un tiers**

Lorsqu'un employé cause un dommage à un tiers dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, il engage sa responsabilité au titre des §§ 823 et suivants du BGB. Sa responsabilité est réduite dans le cadre des relations contractuelles qu'il a avec son employeur. Il peut se retourner contre son employeur afin de s'exonérer de sa responsabilité (*Freistellungsanspruch*). Le tiers qui a subi le dommage peut également se retourner directement contre l'employeur en vertu du principe de la responsabilité du fait de son préposé (*Hafungsbeschränkungen*).

### **Responsabilité de l'employé pour un dommage causé à un collègue**

#### Pour les dommages personnels :

En principe, le salarié qui cause un dommage à un de ses collègues dans le cadre d'un accident du travail ne voit pas sa responsabilité engagée, sauf s'il l'a délibérément provoqué.

En principe, c'est donc l'assurance de celui qui a causé le dommage qui prend en charge l'indemnisation de celui qui l'a subi, en cas de faute lourde et dans la limite des dommages-intérêts du code civil.

#### Pour les dommages matériels :

Le salarié est en principe responsable des dommages matériels qu'il cause. Mais il peut se retourner contre son employeur dès lors que l'employeur est obligé d'endosser la responsabilité en raison du principe de la responsabilité du fait de son préposé (*Hafungsbeschränkungen*).

### **Responsabilité de l'employeur à l'égard de son préposé**

En cas de dommage personnel causé au salarié, l'employeur en porte la responsabilité (§104 SGB, *Sozialgesetzbuch*, code allemand de la sécurité sociale). La responsabilité est sans faute mais la faute de l'employé peut être prise en compte (§254 BGB).

### **Fin du contrat de travail**

Les raisons qui permettent de mettre fin à un contrat de travail sont de plusieurs nature, il peut s'agir de :

- de la résolution du contrat

- de la démission de l'employé
- du licenciement
- du terme du contrat de travail à durée déterminée
- de la mort de l'employé
- de la contestation du contrat de travail

Le contrat de formation professionnelle se termine avec la fin de la formation et l'obtention des examens. La prolongation en cas d'échec est possible pour un an.

Lorsqu'un employé est licencié, le conseil d'entreprise (*Betriebsrat*) s'il y en a un, doit être réuni et doit en cas de licenciement extraordinaire (*außerordentlich*) décider du licenciement à l'unanimité.

Comme tout autre contrat, le contrat de travail peut aussi prendre fin par résiliation, d'un commun accord des parties. Un contrat de départ volontaire est basé sur la volonté commune de l'employé et de l'employeur qui décident de mettre fin au contrat à une date déterminée. Toutefois, les parties ne peuvent conclure d'une telle fin lors de la conclusion du contrat. Ce contrat de résolution doit être sous forme écrite sous peine de nullité.

### **Licenciement**

Le licenciement a des causes fixées par la loi mais il existe cependant des causes extraordinaires qui permettent de licencier un salarié (sauf en cas de protection législative spécifique comme la protection des mères).

Le licenciement, selon le § 15 III TzBfG, n'est autorisé que dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. Il existe des interdictions de licencier pour : les femmes enceintes et venant d'accoucher, les personnes qui ont pris un congé parental 8 semaines avant le début et pendant le congé, les délégués du personnel de l'entreprise pendant leurs mandats, les personnes en formation professionnelle lors de la période d'essai. En outre, le licenciement d'une personne lourdement handicapée requière l'approbation de l'autorité chargée de l'intégration des personnes handicapées en Allemagne (*Integrationsamt*).

### **Le délai de licenciement**

Pour un contrat de travail qui a duré jusqu'à deux ans, le préavis est de 4 semaines. Les délais de préavis augmentent en fonction de la durée du lien contractuel entre le salarié et l'employeur. Il peut aller jusqu'à sept mois lorsque le contrat de travail a duré vingt ans.

Le code civil allemand prévoit aussi que le délai de préavis peut être plus court avec l'accord des deux parties.

### **La protection législative du licenciement (*Kündigungsschutz, KSchG*)**

Dans les petites entreprises et pour un contrat qui a duré moins de six mois, le licenciement peut se faire sans justifications légales, le contrat de travail ne bénéficie pas de la protection légale. Il faut savoir avant tout licenciement si cette loi a vocation à s'appliquer.

### **Le licenciement en raison du comportement de l'employé**

Le licenciement doit être motivé par un comportement de l'employé, il doit être justifiée (§ 1 Abs, 2 KSchG) : *sozial gerechtfertigt*.

Un licenciement pour cause de comportement fautif de l'employé doit répondre aux conditions suivantes : une violation des obligations contractuelles, une faute, de mauvaise perspective d'avenir, une confrontation des intérêts, une mise en demeure.

- Il doit donc y avoir violation des obligations contractuelles résultant du contrat de travail que ce soit dans le cadre ou hors des fonctions du salarié.
- Il doit ensuite y avoir faute du salarié engageant sa responsabilité.
- La mise en demeure du salarié de corriger son comportement fautif est indispensable. Elle doit expliciter le reproche de l'employeur en résumant les faits et doit être datée.
- En outre, il est nécessaire qu'il y ait une confrontation des intérêts entre l'employeur et son salarié. Le comportement du salarié doit conduire à un trouble de l'entreprise. L'employeur peut évoquer la discipline, le maintien de la réputation de l'entreprise ou la protection des autres employés. Le salarié peut invoquer la gravité et la fréquence du comportement fautif, son comportement antérieur, le partage de la faute avec l'employeur, les circonstances, la situation sur le marché du travail...

C'est l'employeur qui supporte la charge de la preuve.

### **Le licenciement pour motif personnel**

Il s'agit d'un licenciement dans lequel ce n'est plus la situation qui le justifie, mais il repose sur des raisons qui touchent à la personne elle-même. Les traits de caractères ou les capacités de l'employé sont directement concernés.

### **Licenciement pour cause de maladie**

Un licenciement pour cause de maladie peut être fondé, néanmoins sa justification est examinée en trois étapes.

- Diagnostique négatif de l'état de santé de la personne
- L'état de santé du salarié doit causer des troubles dans le fonctionnement de l'entreprise ou constituer une charge économique : prise en cause des intérêts de l'entreprise
- Le licenciement permet-il de mettre un terme à ces troubles

Si le salarié n'est pas en mesure d'accomplir son travail, alors le licenciement est justifié. La charge de la preuve revient à l'employeur.

En outre, les absences du salarié malade doivent être contraires aux intérêts de l'entreprise. Cette perturbation est une justification du licenciement, elle peut résulter de difficultés d'organisation, d'une atteinte à la bonne ambiance de travail et engendrer des coûts supplémentaires (heures supplémentaires, embauches de travailleurs supplémentaires, maintien du salaire de l'employé malade...).

Il doit y avoir une relation de cause à effet, entre les perturbations subies par l'entreprise et le licenciement.

Enfin, le licenciement pour motif personnel peut être justifié par un conflit d'opinions, défaut de capacité, peine de prison, détérioration des relations de couple dans un contrat de travail entre époux...

### **Licenciement pour motif tenant à l'entreprise**

La justification de ce type de licenciement est contrôlée en quatre étapes :

- Si le licenciement est nécessaire (fondement) et urgent pour l'entreprise, raisons extérieures ou internes
- Que des postes libres et équivalents ne soient pas disponibles, sinon pas de licenciement possible
- Les critères sociaux : ancienneté, âge, handicap, capacité au travail...

L'employeur devra pouvoir apporter la preuve qui justifie de ce type de licenciement. Il devra communiquer les raisons qui de son point de vue justifient sa décision de licencier le salarié.

Le conseil d'entreprise doit approuver le licenciement et sa notification ne doit pas intervenir avant que la décision n'ait été prise.

### **Le licenciement sans préavis**

Il s'agit d'une procédure extraordinaire (*Außerordentliche Kündigung*) qui ne tient pas compte du délai ordinaire de préavis lors d'un licenciement. Le licenciement sans préavis peut être justifié par une utilisation abusive d'un certificat d'incapacité au travail, la simulation de maladie, un comportement portant une atteinte à la concurrence ou contraire à l'intérêt de l'entreprise, le harcèlement sexuel selon les circonstances, etc. La possibilité de recourir aux délais ordinaires ou la nécessité d'un licenciement sans préavis s'apprécie au cas par cas.

### **Les licenciements échappant à la loi de protection du licenciement**

Tout licenciement contrevenant à une loi impérative ou à un droit fondamental est nul (§134 BGB). De même, s'il ne respecte pas les conditions de forme, il est également nul (§125 BGB) ou encore si le conseil d'entreprise n'a pas été consulté comme il se devait (§ 102 BetrVG), enfin s'il comporte un caractère immoral ou s'il est contraire à la bonne foi.

Habilitation à licencier : Le licenciement doit être signifié par l'employeur ou par un mandataire fondé à agir en son nom.

Forme : Le principe est l'exigence d'un écrit, le licenciement et la volonté de mettre fin aux relations contractuelle doit être clairement et sans doute possible signifié.

### **Démission de l'employé**

Le préavis est le même que pour un licenciement (§622 BGB), quatre semaines. Il existe également une démission sans préavis de l'employé, dans des cas particuliers comme le retard répété ou non, dans le paiement de la rémunération, une violation grave de ses obligations par l'employeur, mise en danger grave de la santé par la poursuite du contrat de travail...

### **Obligations lors de la fin des relations contractuelles**

La fin des relations contractuelles est marquée par l'exécution de certaines obligations :

- Remise de documents à l'employé : attestation d'assurance, fiche fiscal (sur laquelle figure la catégorie d'imposition de l'employé...
- L'employeur doit restituer le matériel et les clés à l'employeur

- L'employeur doit produire un certificat écrit sur lequel doit figurer le type d'emploi, la durée du contrat de travail.

### **Caractéristiques des relations collectives de travail (*Kollektives Arbeitsrecht*)**

Des relations contractuelles entre employé et employeur peuvent être librement consenties. La législation applicable aux conventions collectives est régit par une loi : *Tarifvertragsgesetz (TVG)*. Cette législation non impérative est applicable aux employés. Le conflit social est caractérisé par la prise de mesures par les employés contre l'employeur, qui perturbent les relations de travail, dans le but d'atteindre un résultat précis ; il s'agit par exemple de mouvements de grève. Un conflit social pour être légitime doit satisfaire plusieurs conditions : capacité des parties à s'opposer dans un conflit social, un objet du conflit social qui n'est pas contraire aux conventions collectives, égalité des parties, légitimité des mesures.

Lors d'un conflit social légitime, les obligations contractuelles des parties qui s'opposent sont suspendues. Elles seront rétablies sans besoin de conclure un nouveau contrat, dès la fin du conflit.

L'Etat a un devoir de neutralité, il ne doit pas prendre partie dans un conflit social (§ 146 I SGB III)

Au moins cinq employés âgés de plus de dix-huit ans peuvent élire un comité d'entreprise. Il est constitué de 5 à 20 personnes. Le conseil d'entreprise et la direction doivent se réunir au moins une fois par mois, ils doivent travailler ensemble dans une relation de confiance. Il doit favoriser le dialogue entre employeur et employés.

Des accords entre personnel et direction peuvent être conclus. L'accord du comité d'entreprise est requis en certaines occasions par exemple le licenciement sans préavis : Il bénéficie d'un droit à être informé.

### **Cession d'entreprise**

Le § 613 BGB régit les droits et obligations des employeurs et salariés dans une situation de cession d'entreprise, notamment envers l'acquéreur.

La cession d'une entreprise se caractérise par le changement de propriétaire de l'entreprise celui qui organise le travail, qu'il s'agisse d'un groupement, d'une personne morale ou physique.

L'ancien propriétaire et le nouveau sont solidairement responsables des relations contractuelles pendant l'année suivant la cession. Durant la transition, en principe tout licenciement est proscrit.

### **Principes de l'assurance sociale**

La couverture obligatoire

Le principe est la couverture sociale obligatoire, c'est-à-dire la contribution à la protection au cas de maladie et pour la vieillesse, ainsi que la solidarité envers les personnes qui n'ont pas de couverture santé.

Définition de l'emploi : être employé signifie avoir un contrat de travail, selon la jurisprudence il s'agit d'une relation de dépendance vis-à-vis d'un tiers.

Toutefois, les travailleurs indépendants au sens de § 7 IV SGB IV (SGB : *Sozialgesetzbuch*, code allemand de l'assurance maladie), les personnes en formations professionnelles et les dits « Mini-jobs » sont aussi soumis à ce principe.

L'obligation d'être assuré social découle du § 5 SGB, il existe un droit à l'assurance maladie pour tout emploi au bénéfice de du salarié et des personnes en formation professionnelle.

Un assuré social peut également prétendre à l'allocation chômage.

Les cotisations à l'assurance maladie vont vers des caisses d'assurance maladie librement choisies.

Les prestations maladie (*Krankengeld*) sont le lien entre le contrat de travail et l'assurance maladie. La maladie au sens donné par l'assurance maladie peut être corporelle, psychique.

Le droit aux prestations maladies résulte des §§ 44 I et 45 SGB V, dans les cas d'incapacité au travail lié à une maladie, les séjours à l'hôpital, la rééducation, l'obligation de soigner un enfant de moins de 12 ans...

En cas de faute de l'assuré social, la caisse d'assurance peut se retourner contre lui et exiger le remboursement de tout ou partie des sommes versées.

La durée du versement des prestations maladie est limitée dans le cas d'empêchement au travail, à trois ans. Les prestations s'élèvent de 70 à 90 % du salaire net.

### **Couverture santé en cas d'accident du travail**

Cette assurance couvre les accidents et les maladies du travail, les personnes concernées sont les porteurs de cette assurance mentionnés aux §§ 2 et suivants SGB VII. Au contraire des autres assurances, cette assurance dépend de la volonté de l'employeur qui y souscrit librement. Les cas d'utilisation sont régis par la loi. Cette assurance couvre les frais de rééducation, les compensations financières suite à un arrêt de travail...

### **Assurance retraite**

Les §§ 1 et suivants du SGB VI définissent les catégories de personnes couvertes par l'assurance retraite. Cette assurance est obligatoire pour les personnes salariées ou en formation professionnelle, ainsi que pour les travailleurs indépendants (qui ne sont pas salariés par un employeur soumis à une obligation de cotiser), les personnes en congé parental lors des 3 premières années de l'enfant et toute personne de 16 ans révolus qui souhaite librement cotiser.

Il existe trois types de pension de retraite : en raison de l'âge, d'une incapacité au travail ou les pensions attribués aux proches de personnes décédées (veufs/veuves, enfants...). La loi limite le montant de la pension à un maximum de 66 000,00 € par an, soit 5 500 € par mois. Pour pouvoir prétendre au versement d'une pension, il faut avoir atteint la durée de cotisation requise (*Beitragszeiten*), les congés parentaux, le chômage et le service militaire sont compris dans le calcul de cette durée.

L'âge légal de départ en retraite est en principe 67 ans (§ 35 SGB VI) sauf exception pour certaines professions (pour les mineurs par exemple l'âge de la retraite est abaissé à 50 ans) ou encore dans certains cas (pour les personnes lourdement handicapées).

La somme versée est calculée en fonction d'une formule : rémunération x facteurs modérateurs de la pension x taux actuel des retraites.

### **Assurance chômage et encouragement au travail**

L'assurance chômage est vouée aux personnes qui n'ont pas d'emploi. Les employeurs comme les salariés ont des devoirs et des obligations au titre de l'encouragement au travail (*Arbeitsförderung*). L'employé peut par exemple bénéficier de la formation continue, d'une allocation chômage... Ces mesures relèvent de la *Bundesagentur für Arbeit*, l'organisme qui pourrait correspondre à notre « Pôle Emploi » français (ou aux anciennes ASSEDIC).

Pour pouvoir prétendre à l'allocation chômage, il faut :

- Être sans emploi
- S'être enregistré en tant que tel auprès de la *Bundesagentur für Arbeit*
- Avoir travaillé pendant une durée déterminée

Être sans emploi pour une personne signifie : ne pas être employé, s'efforcer de mettre fin à cette situation et d'être disposé à en référer à la *Bundesagentur für Arbeit* (être disponible en cas de proposition de travail).

Ce statut se rapporte également aux personnes en situation d'emploi à moins de 15 heures par semaines, aux personnes qui sont en cours de licenciement.

Le chômeur doit s'efforcer de sortir de cette situation en s'engageant à l'insertion, à utiliser les moyens d'information mis à sa disposition par la *Bundesagentur für Arbeit (AA)*.

La disponibilité du chômeur doit se manifester à travers des comportements tels que la prise de contact avec les employeurs éventuels, la consultation de la AA, l'acceptation d'un poste proposé, il doit être joignable par la AA.

Le § 121 III SGB III régit les sommes versées à titre d'allocations.

La notion « *zumutbare Beschäftigung* » se rapporte au fait que l'on puisse proposer tel ou tel emploi à un chômeur et qu'il soit en droit de refuser car cela n'entre pas pour différentes raisons : raisons personnelles, raisons qui tiennent au poste même... Par exemple un chômeur lors des trois premiers mois de chômage n'est pas tenu d'accepter un emploi qui le rémunère à moins de 80% de ce qu'il perçoit grâce à l'allocation chômage. Entre le troisième et le sixième mois de chômage, le pourcentage se réduit à 70%. Après le septième mois, le chômeur n'a plus le droit de refuser un poste (*Unzumutbarkeit*)

Le chômeur qui est dans l'incapacité de travailler en raison d'une maladie (cause extérieure donc il n'est pas fautif) ne se voit pas son allocation retirée. Pour les femmes enceintes, elles ne perdent par leur allocation si aucun emploi adapté à leur situation n'est disponible sur le marché du travail, de plus elles ont droit à l'allocation maternité.

### **Inscription au chômage, enregistrement en tant que demandeur d'emploi**

Le chômeur doit personnellement s'inscrire à l'agence pour l'emploi (*Bundesagentur für Arbeit*) compétente. L'obligation disparaît lorsque le chômage est interrompu par plus de six semaines par l'occupation d'un emploi, une activité professionnelle indépendante ou en tant qu'aide familial.

L'obligation de déclarer est valable pour toutes les relations contractuelles pour éviter tout abus dans le versement des prestations.

L'enregistrement en tant que demandeur d'emploi est à différencier de l'inscription au chômage. Elle peut être prévue d'après le terme du contrat de travail. Les personnes qui connaissent le terme de leur contrat de travail disposent de 3 mois précédant la fin des relations contractuelles pour s'enregistrer en tant que demandeur d'emploi.

### **Acquisition du droit**

Une personne peut prétendre à l'allocation chômage lorsqu'elle a avant la période de chômage été assurée pendant au minimum un an (durée d'affiliation à une caisse d'assurance).

### **Durée du droit**

La durée du droit à l'allocation chômage dépend de la durée d'affiliation à une caisse d'assurance.

### **Montant de l'allocation**

En principe, on calcule le montant de l'allocation en tenant compte du salaire brut hebdomadaire que le chômeur a perçu en moyenne durant sa dernière année d'emploi.

Il existe une période où le chômeur n'a pas le droit à l'allocation chômage (*Sperrzeit*) en raison d'un certain comportement contraire à l'assurance chômage (*versicherungswidriges Verhalten*). Il peut s'agir par exemple de la résiliation des liens contractuels, en cas de comportement fautif ayant conduit au licenciement, de démission de l'employé...

Un lien de cause à effet entre le licenciement et la faute de l'employé est requis. Cette absence de droit à l'allocation chômage peut également intervenir en raison du refus d'accepter un poste (*Arbeitsablehnung*).

[www.wsp.e](http://www.wsp.e)