

La lettre *prud'homale*

Lettre d'information - N°22 - mai 2009

Sommaire

1. Des nouvelles de l'UPA
2. Harcèlement
3. Modernisation du marché du travail
4. Temps de travail
5. Rupture conventionnelle

Formations ANAFOP

Nous vous rappelons que les conseillers prud'homaux élus au titre de l'UPA disposent de formations organisées dans le cadre de l'ANAFOP au niveau local ou national. Les conseillers nouvellement élus ou n'ayant pas ou peu participé aux précédentes formations, sont prioritaires pour assister aux formations. Vous êtes invités à participer en priorité aux actions de formations réalisées dans votre région ou département lorsqu'elles existent.

Les prochaines formations nationales en 2009 (les thèmes des stages vous ont été adressés par courrier) :

Dates	Thèmes
8 et 9 juin 2009	5 et 6
21 et 22 septembre 2009	7 et 8
12 et 13 octobre 2009	9
23 et 24 novembre 2009	10



DES NOUVELLES DE L'UPA

L'UPA demande que le régime de l'auto-entrepreneur ne s'applique plus aux activités artisanales

Les représentants de l'UPA qui participaient le 6 mai à la première réunion du groupe de travail sur le régime de l'auto-entrepreneur mis en place par Hervé Novelli à la demande du président de la République, ont mis l'accent sur les effets pervers de ce régime et lui ont demandé d'exclure les activités artisanales de son champ d'application.

Le premier défaut du régime de l'auto-entrepreneur est d'instaurer des distorsions de concurrence. Il n'est pas acceptable que les auto-entrepreneurs bénéficient d'avantages fiscaux et sociaux dont sont privées les entreprises de droit commun. De la même façon, la franchise de TVA accordée aux auto-entrepreneurs offre un avantage concurrentiel tout à fait injuste à l'égard des entreprises soumises à TVA. Il convient de respecter la règle : mêmes droits, mêmes charges, pour l'exercice d'une même activité.

En outre, si ce régime instaure des simplifications fiscales et sociales, il ne garantit en rien un avantage financier pour les auto-entrepreneurs. En effet, dans la majorité des cas le forfait fiscal et social, fondé sur le chiffre d'affaires et non sur le résultat, est défavorable à l'auto-entrepreneur. De même, la franchise de TVA instaurée par le régime n'est pas bénéfique dans toutes les

situations, loin s'en faut. Le non assujettissement à la TVA peut générer une perte.

Par ailleurs, l'impossibilité de vérifier réellement la qualification de l'auto-entrepreneur et l'absence d'inscription au Répertoire des métiers sont deux éléments qui contribuent à maintenir l'auto-entrepreneur hors des exigences de qualité et à l'écart de toute possibilité de conseil, de formation ou d'aide au développement. Ainsi, le régime de l'auto-entrepreneur ne s'inscrit pas dans une logique d'entrepreneuriat ni de progression vers une véritable création d'entreprise.

Dans ce contexte, l'UPA a demandé :

- que l'artisanat soit exclu du champ d'application du régime de l'auto-entrepreneur ;
- que le gouvernement engage le travail de simplification du régime juridique de l'entreprise individuelle et qu'il mette en place une réglementation permettant à l'ensemble des entrepreneurs de bénéficier de la formule : « zéro chiffre d'affaires = zéro charges ».

L'UPA se réserve la possibilité d'engager une procédure auprès de l'Autorité de la concurrence visant à contester la légalité du régime de l'auto-entrepreneur et des décrets à venir relatifs à sa mise en œuvre.

La Cour de cassation contrôle la qualification du harcèlement moral

L'existence d'un harcèlement moral ne relève plus de l'appréciation souveraine des juges du fond. Opérant un revirement de jurisprudence dans trois arrêts du 24 septembre 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de contrôler les conséquences que tirent les juges du fond de leurs constatations.

LES DÉCISIONS

En se déterminant par des motifs inopérants, alors que la salariée invoquait le retrait arbitraire de son statut de cadre, la stagnation de sa rémunération, la suppression de primes et d'éléments de salaire et la détérioration progressive de ses conditions de travail, la cour d'appel, qui devait rechercher si de tels éléments étaient établis et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du même code, n'a pas donné de base légale à sa décision. **Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.579**

En se déterminant sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du même code. **Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747**

Il résulte d'une part de l'article L. 1154-1 du Code du travail, et d'autre part, de l'article L. 1152-1 en matière de harcèlement, interprété à la lumière de la directi-

ve CE/2000/78 du conseil de l'Union Européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. **Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.504**

CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DES FAITS

Introduit dans le Code du travail par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, l'article L. 122-49, devenu l'article L. 1152-1 du Code du travail, définit le harcèlement moral par trois éléments. Pour être reconnu, le harcèlement moral suppose :

- des agissements répétés ;
- à l'origine d'une dégradation des conditions de travail ;

- dégradation susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié ou d'altérer sa santé, physique ou mentale, ou encore de compromettre son avenir professionnel.

Cette définition légale permet difficilement de déterminer avec certitude les contours du harcèlement moral. Incertitude renforcée par le désengagement de la Cour de cassation en 2004. La Haute juridiction a en effet laissé aux

juges du fond le soin d'apprécier souverainement l'existence d'un harcèlement moral, se limitant quant à elle à un contrôle de motivation (Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 04-41.008). Opérant un revirement de jurisprudence, désormais la Haute juridiction vérifie que les faits établis sont de nature à faire présumer un harcèlement moral et que les éléments apportés par l'employeur sont de nature à combattre cette présomption.

CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA QUALITÉ DE LA PREUVE

Outre un contrôle de qualification, la chambre sociale contrôle désormais l'application faite par les juges du fond de la règle de preuve.

Sous l'empire de la loi du 17 janvier 2002, le salarié devait présenter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement » moral. Ce mécanisme de preuve a fait l'objet d'une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel, ce dernier estimant que les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse « ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants [...] » (Décision du 12 janvier 2002). C'est sans doute la raison qui a

conduit le législateur à renforcer la charge probatoire de la victime dans une loi du 3 janvier 2003 : le salarié ne doit plus seulement présenter mais aussi établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement » (C. trav., art. L. 1154-1). Le juge doit prendre en compte l'ensemble des pièces produites par le salarié pour dire si les faits permettent de faire présumer un harcèlement. Une fois que le salarié a établi la matérialité de faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement, le ren-

dant donc plausible mais pas certain, l'employeur doit prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs de harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Il suffit que l'employeur établisse que la décision s'explique par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le principe de contrôle posé, reste à la chambre sociale à définir quelles situations relèvent de la qualification de harcèlement moral et quelles situations n'en relèvent pas.

Circulaire DGT n° 2009-05 du 17 mars 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires concernant la modernisation du marché du travail

La DGT (Direction générale du travail) fait le point, dans une circulaire, sur la réforme de la modernisation du marché du travail. Ce document passe notamment en revue trois dispositifs de la loi du 25 juin 2008 : la période d'essai, le CDD à objet défini et le reçu pour solde de tout compte.

La loi du 25 juin 2008 qui procède aux modifications de nature législative rendues nécessaires, en matière de relation du travail, a repris les dispositions de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail signé par l'UPA.

Elle est complétée par les décrets du 18 juillet 2008 comportant des dispositions relatives au montant de l'indemnité de licenciement, à la désignation de l'autorité administrative compétente en matière d'homologation des ruptures conventionnelles, à la phase de conciliation

prud'homale, au délai de carence en matière d'indemnisation de la maladie, au calendrier de consultation du comité d'entreprise sur le plan de formation de l'entreprise.

Période d'essai

Tout en fixant la durée maximale des périodes d'essai, la loi précise l'articulation de ces dispositions avec les accords de branche conclus avant son entrée en vigueur, en particulier ceux fixant des durées plus courtes. Les stipulations de ces derniers restent applicables jusqu'au 30 juin 2009. Toutefois, selon la DGT, cette disposition transitoire ne concerne que la durée de la période d'essai, et pas son renouvellement. Les dispositions de l'accord de branche prévoyant la possibilité de renouvellement restent applicables si c'est un accord étendu, mais pas s'il n'est pas étendu.

Reçu pour solde de tout compte

L'établissement de ce reçu est obligatoire à

l'occasion de toute rupture du contrat de travail. Il a un caractère libératoire au-delà de six mois à l'issue de sa signature, pour les sommes qui y figurent.

Contrat à durée déterminée à objet défini

L'employeur peut rompre ce contrat pour un motif réel et sérieux, au bout de 18 mois, puis à la date d'anniversaire de sa conclusion, soit au 24^{ème} mois. Dans ce dernier cas, la loi prévoit expressément que le salarié a droit à une indemnité spécifique d'un montant égal à 10 % de la rémunération totale brute. Pour la DGT, cette indemnité est également due en cas de rupture au bout de 18 mois. Par ailleurs, en dehors des cas prévus par la loi, les dispositions relatives à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée de droit commun (accord des parties, force majeure et faute grave ou lourde) s'appliquent.

TEMPS DE TRAVAIL

La journée de solidarité

Depuis la loi du 16 avril 2008, le lundi de Pentecôte est redevenu un jour férié chômé normal.

Au sein de l'entreprise, ou à défaut de la branche, les partenaires sociaux peuvent désormais fixer les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité. Cette journée est devenue un temps supplémentaire qui peut, le cas échéant, être fractionné. En l'absence d'accord, l'employeur en détermine les conditions d'accomplissement.

L'accord collectif (ou l'employeur, à défaut d'accord) peut prévoir, au choix (C. trav., art. L. 3133-8, al. 2) :

- soit le travail d'un jour férié précédemment chômé autre que le 1^{er} mai ;
- soit le travail d'un jour de RTT dans les entreprises appliquant un dispositif de RTT sous forme de journée de repos, ou le

travail d'un jour de repos accordé au titre d'un accord collectif organisant la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ;

- soit toute autre modalité permettant le travail de sept heures précédemment non travaillées en application des dispositions conventionnelles ou de l'organisation de l'entreprise.

En revanche, la journée de solidarité ne peut pas correspondre à un jour de congé payé légal, ou à un jour de repos compensateur, ce dernier ne pouvant être assimilé à un jour précédemment non travaillé (Circ. DRT du 20 avril 2005).

La date de la journée de solidarité est fixée par l'accord collectif, ou, à défaut par l'employeur et s'applique à l'ensemble des salariés de l'entreprise. Un accord collectif ou

l'employeur ne peuvent pas fixer plusieurs journées de solidarité (par exemple, des journées différentes dans chaque atelier de l'entreprise), sauf cas particuliers.

Le travail de la journée de solidarité n'est pas une modification du contrat de travail. Il s'impose au salarié, sans qu'il soit nécessaire de recueillir son accord. L'administration autorise l'employeur à pratiquer une retenue sur salaire en cas d'absence injustifiée lors de la journée de solidarité (Circ. DRT du 20 avril 2005). Cette position a été récemment confirmée par la Cour de cassation (Cass. soc., 16 janvier 2008, nos 06-42.327 et 06-43.124). Du fait de l'instauration de la journée de solidarité, la durée annuelle légale du travail est désormais de 1 607 heures (au lieu de 1 600). Le nombre annuel légal de jours de travail pour les conventions de forfait annuel en jours, est de 218 jours (au lieu de 217).

Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée

L'article 5 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail résultant de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 signé par l'UPA, instaure un nouveau mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée : la rupture conventionnelle (articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail).

Ces dispositions prévoient que l'employeur et le salarié, parties au contrat de tra-

vail à durée indéterminée, peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture de la relation de travail qui les lie.

La validité de la convention de rupture est subordonnée à son homologation par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, procédure reposant sur l'envoi du formulaire de demande d'homologation, tel que défini par l'arrêté du 18 juillet

2008. Le formulaire de demande d'homologation, ainsi que celui d'autorisation relatif à la rupture conventionnelle d'un salarié protégé contiennent en leur partie 3 la convention de rupture.

Cependant, si les parties le souhaitent, ce formulaire peut être éventuellement complété par des feuillets annexes explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture.

LES PRINCIPAUX POINTS

Champ d'application

1. Issue du droit civil, la rupture amiable a été depuis longtemps reconnue par la jurisprudence comme l'un des modes de rupture du contrat de travail. La rupture conventionnelle, comme toute rupture amiable, procède d'une initiative commune de l'employeur et du salarié de rompre d'un commun accord le contrat de travail.

2. En ce qui concerne la conclusion d'une rupture conventionnelle pendant une suspension du contrat de travail, il convient de distinguer :

- les cas de suspension ne bénéficiant d'aucune protection particulière (congé parental d'éducation, congé sabbatique, congé sans solde, etc.), aucune disposition n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle.
- les cas où la rupture du contrat de travail est rigoureusement encadrée durant certaines périodes de suspension du contrat (par exemple durant le congé de maternité en vertu de l'article L. 1225-4, ou pendant l'arrêt imputable à un accident du travail ou une maladie professionnelle en vertu de l'article L. 1226-9, etc.), la rupture conventionnelle ne peut, en revanche, être signée pendant cette période.

3. La rupture conventionnelle et la procédure qu'elle implique ne sont pas davantage applicables lorsqu'il existe déjà, de par la loi

ou l'accord collectif, des dispositifs visant à garantir et à organiser la liberté de consentement du salarié et la protection de ses droits (accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou dans le cadre de la mise en oeuvre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE)).

4. Un contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un PSE circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle.

Délais procéduraux

Le délai de rétractation court à compter du lendemain de la date de la signature de la convention de rupture, et celui d'instruction à partir du lendemain de la réception de la demande d'homologation par le DDTEFP. Lorsque ces délais expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Formulaire de demande d'homologation

Les parties doivent vérifier que l'ancienneté portée sur le formulaire de demande d'homologation tient bien compte de la date effective prévue pour la rupture. Elles doivent aussi s'assurer que les rémunérations du salarié jusqu'à la date effective de la rupture ne modifient pas en sa défaveur la base de calcul de l'indemnité convenue, les

parties ne pouvant qu'inscrire les 12 salaires versés précédemment à la demande d'homologation.

Indemnité de rupture

La détermination de sa base de calcul est identique à celle utilisée pour l'indemnité de licenciement (moyenne des trois ou 12 derniers salaires bruts mensuels). Lorsque le salarié a perçu des sommes exceptionnelles au cours de ces mois, il faudra reconstituer le salaire brut mensuel moyen perçu en lissant au prorata ces sommes. Si le salarié a moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence.

Contentieux

La convention de rupture signée par les parties doit, pour devenir effective, être homologuée par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (article L. 1237-14, 3^{ème} alinéa du Code du travail). En aucun cas, le conseil de prud'hommes ne peut accorder l'homologation. Les litiges relatifs à la convention de rupture, l'homologation ou le refus d'homologation relèvent de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif, ainsi que le précise le 4^{ème} alinéa de l'article L. 1237-14 du Code du travail.

