



Jsa

Juristes en Droit Social Associés

www.j-s-a.eu

BULLETIN DE LIAISON
ET D'INFORMATIONS SOCIALES

Bulletin à diffusion interne exclusivement réservé aux
clients des associés du GROUPE J.S.A.

SOMMAIRE

1 EDITORIAL

Les heures supplémentaires un régime qui pèse sur l'entreprise

2 ACTUALITÉS

Loi du 06 août 2012 sur le harcèlement sexuel

Circulaire du 30 juillet 2012 sur la rupture conventionnelle et les salariés protégés

3 JURISPRUDENCE

Travail à domicile : précision sur l'indemnisation du salarié

Visite médicale d'embauche et contrats précaires

Le refus par le salarié d'une vaccination obligatoire imposée par l'activité justifie le licenciement

Une organisation collective de travail basée sur le benchmark compromet la santé des salariés

Clause de mobilité

JSA c'est aussi le site INTERNET



www.j-s-a.eu

OCTOBRE 2012

Bulletin rédigé par
par **Isabelle CHEVRE** et **Laurence SERAFFIN**,
Avocats au Barreau de Nantes

SELARL Isabelle Chèvre Avocat
Immeuble Manny - 19 bis rue La Noüe Bras de Fer
44200 NANTES

1 EDITORIAL

Les heures supplémentaires : un régime qui pèse sur l'entreprise

Feu la loi TEPA

La loi de Finances rectificative du 16 août 2012 a mis un frein au recours aux heures supplémentaires alors que la loi TEPA (en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat) en date du 21 juillet 2007 avait pour vocation, entre autres, de réduire le coût du travail et encourager l'investissement dans les PME.

La loi dite TEPA avait été, en outre, présentée par ses initiateurs comme ayant vocation à permettre de créer un "choc de confiance" sans oublier l'éternel souci - pourtant de pleine actualité en ces jours - de freiner le départ des capitaux vers l'étranger.

Parmi ces mesures, figuraient :

- la défiscalisation des heures supplémentaires à partir de la 36^{ème} heure
- l'exonération partielle des charges salariales et patronales sur les heures supplémentaires, outil considéré comme complexe voir anxiogène, par rapport aux lourdeurs déjà imposées par le Code du Travail, les conditions particulières de la convention collective, l'annualisation du temps de travail, les forfaits jours...

La loi de Finances rectificative du 16 août 2012

La loi de Finances rectificative du 16 août 2012 a supprimé l'allègement des charges salariales sur les heures supplémentaires et complémentaires pour tous les salariés à compter du 1er septembre 2012, sous réserve de situations particulières dans le cas où la période de décompte de la durée du travail prendrait fin au 31 décembre 2012.

Ces dérogations ont depuis été précisées dans **une circulaire DSS/5B du 18 août 2012** (annualisation du temps de travail concernant les rémunérations des heures supplémentaires effectuées au-delà de 1607 heures).

Aussi, toute période de décompte de la durée du travail s'achevant après le 31 décembre 2012, entraînera de facto, application des dispositions de la nouvelle Loi de Finances rectificative. Les heures supplémentaires réalisées en 2012 ne seront pas éligibles aux allègements de charges salariales ou à la déduction patronale.

Les entreprises de 20 salariés et moins continuent, par contre, à bénéficier de la déduction forfaitaire patronale.

Les 1,50 euros de déduction accordés par heure supplémentaire, déjà accordés aux entreprises de 20 salariés et moins, sont confirmés dans le **Décret n° 2012-1074 du 21 septembre 2012**.

La loi de Finances rectificative du 16 août 2012 a supprimé également les exonérations fiscales pour les heures supplémentaires (et complémentaires) effectuées à compter du 1^{er} août 2012.

Les heures supplémentaires et le forfait jours au regard du Code du Travail et du contrat de travail

Les heures supplémentaires accomplies au delà de la durée légale hebdomadaire donnent lieu à une majoration de salaire, voire, à une contrepartie en repos en cas de dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires.

Dans quels cas le salarié peut-il prétendre au paiement de ses heures supplémentaires lorsque l'employeur a mis en œuvre un forfait jours ?

Jamais, serait-on tenté de répondre.

Le Code du Travail, depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (article L.3121-45 du code du travail), dispose simplement qu'en présence de conventions de forfait jours, il convient d'appliquer une majoration pour tout travail supplémentaire au nombre maximal annuel de jours travaillés.

Dans ce cas, un avenant à la convention de forfait doit être conclu entre le salarié et l'employeur, pour déterminer le taux de majoration qui ne saurait être inférieur à 10 %. Le texte ne précise pas si ces dépassements se comptabilisent alors en heures ou en jours ; selon les différents avis recueillis, il semblerait que la référence porte, non pas sur un nombre d'heures, mais un nombre de jours, la majoration étant calculée à partir d'un salaire journalier.

Toute convention de forfait jours doit faire l'objet d'un écrit.

En l'absence de dispositions contractuelles, la Cour de Cassation, depuis un arrêt du 28 février 2012, décide qu'appliquer le forfait jours sans un accord écrit du salarié, peut-être constitutif de travail dissimulé dans la mesure où les heures supplémentaires ne figurent pas dans le bulletin de paye. (**Cass. Soc., 28 février 2012, n°10-27.839, Sté MCS routage façonnage et a. c/Rivol et a**).

La Cour de Cassation pose en outre pour principe que la convention individuelle de forfait, obligatoirement passée par écrit, ne peut résulter d'un renvoi général dans le contrat de travail à l'accord collectif sur l'aménagement du temps de travail. Le contrat de travail doit mentionner les caractéristiques principales du système auquel est soumis le salarié, en nommant expressément le forfait jours et en renvoyant à l'accord collectif qui en fixe les conditions de mise en œuvre.

A défaut, le salarié (en l'espèce un DRH) se trouve parfaitement en droit de réclamer le paiement de ses heures supplémentaires. (**Cass. Soc.31 janvier 2012, n°10-17.593 FS-PB**)

Les heures supplémentaires et le forfait jours au regard du contrat de travail et de l'accord collectif

Toute convention individuelle de forfait figurant dans le contrat de travail, doit répondre à une condition substantielle, à savoir que «*la conclusion individuelle de forfait est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention et un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle de travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions* » (**article L.3121-39 du Code du Travail**).

C'est ainsi que par un Arrêt du 31 janvier 2012, la Cour de Cassation a estimé que les stipulations de **l'accord cadre de l'Industrie chimique** sur l'organisation et la durée du travail concernant les forfaits jours, n'étaient pas de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés au forfait, l'accord se contentant de renvoyer à la convention individuelle de forfait conclue entre l'employeur et le salarié pour la fixation des moyens de mise en œuvre. Les conventions individuelles de forfait deviennent alors privées d'effet, ouvrant ainsi la porte à nombre d'actions en rappel d'heures supplémentaires. (**Cass. Soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807 FS-PBR**).

A l'occasion de cet arrêt du 31 janvier 2012, il paraît utile de rappeler que tout accord collectif pour être valide, doit avoir été respecté par l'employeur, en ce sens qu'il doit avoir mis en œuvre les dispositions y figurant. (**Cass. Soc.29 juin 2011, n°09-71.107, PBRI**)

Les entreprises ont tout intérêt à faire en sorte que la rédaction des clauses de forfait jours soit faite avec minutie, devant en outre, faire en sorte qu'il soit vérifié que l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, la convention et un accord de branche répondent aux conditions posées par la jurisprudence.

Or, nombreux accords d'entreprise ou d'établissement souvent rédigés à l'occasion de la mise en place des 35 heures et du dispositif créé par la loi du 19 janvier 2000, n'ont pas été révisés depuis.

De même, la rédaction des contrats de travail ou encore d'avenants au contrat de travail ne répondent pas aux exigences de la jurisprudence; pis encore, beaucoup de salariés ont omis de rapporter leur avenant signé...

La Cour de Cassation fait preuve d'une rigueur telle, que peu importe que l'irrégularité du forfait n'ait pas été soulevée par les parties au litige. Si les conditions ne sont pas remplies pour bénéficier d'un forfait en jours, ni le régime de ce dernier, ni les avantages liés à la classification conventionnelle requise pour accéder à cette convention de forfait ne peuvent être appliqués. (**Cass. Soc.3 novembre 2011, n°10-14.637**)

Les procédés de preuve en matière d'heures supplémentaires

L'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

En matière de forfaits jours, l'employeur se trouve nécessairement en difficulté. Compte tenu du processus probatoire, il suffit au salarié d'apporter des élé-

ments précis, sachant qu'un simple décompte manuscrit est admis. (**Cass. Soc. 24 novembre 2010, n°09-40.928 FP-PBR**).

Si l'employeur n'est pas à même de fournir des décomptes horaires, le rappel d'heures supplémentaires devient inévitable.

Le forfait jours étant à la fois flexible et dérogoire au droit de la durée du travail, celui-ci a dû être mis en conformité avec les normes internationales et européennes.

Dans ce contexte, outre la fin des exonérations sociales, la jurisprudence facilite le recours et le succès aux actions intentées par les salariés. Parmi eux, aujourd'hui figurent bon nombre de salariés soumis à des forfaits jours non conformes aux exigences légales et jurisprudentielles.

Or, il convient de rappeler que les rappels de salaire se prescrivant par cinq années, les dispositions prises initialement pour alléger le coût du travail et rétablir la confiance dans les entreprises, s'effilochent de jour en jour. Aussi faut-il considérer avec sérieux les obligations mises à la charge de l'entreprise.

2 ACTUALITÉS

Publication de la loi n° 2012-594 du 6 août 2012 sur le harcèlement sexuel

La loi du 6 août 2012, sur le harcèlement sexuel qui a fait l'objet de l'éditorial du bulletin des mois de juillet et août 2012, a été publiée au JO du 7 août 2012. Le même jour, le Ministère de la Justice a publié une circulaire présentant les nouvelles dispositions légales. (**Circulaire CRIM 2012 -15 / E8 - 07.08.2012**)

Cette loi, applicable aux faits commis à compter du 8 août 2012 remédie au vide juridique laissé et à ses incidences. L'article L.1153-1 du Code du Travail est modifié, en reprenant quasiment à l'identique la définition de l'article 222-33 du Code Pénal.

La loi contient aussi des dispositions relatives au harcèlement moral dont les sanctions sont doublées. Le harcèlement moral dans les relations de travail est désormais uniquement sanctionné par l'article 222-33-2 du Code Pénal et non plus par l'article L.1155-2 du Code du Travail.

Rupture de contrat des salariés protégés :

Lorsqu'elle est conclue avec un représentant du personnel, la rupture conventionnelle est subordonnée à une **autorisation de l'inspection du travail** et non à une simple homologation.

La circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 apporte

des précisions sur les salariés visés par la procédure d'autorisation administrative.

L'article L.1237-15 du Code du Travail vise les salariés bénéficiant d'une protection au titre des articles L.2411-1 et 2411-2, à savoir les représentants du personnel **titulaires d'un mandat en cours** et les **représentants conventionnels**, sous réserve que ceux-ci bénéficient déjà d'une protection légale.

La circulaire précise que la protection doit porter pour tous salariés protégés.

Sont donc également visés :

- les salariés ayant **demandé l'organisation d'élections** professionnelles
- les **candidats** à ces élections
- les **anciens détenteurs de mandats**
- le **représentant de la section syndicale** qui bénéficie d'un régime de protection équivalent à celui du délégué syndical
- le **médecin du travail**

L'administration réserve néanmoins cette protection aux salariés dont le mandat a été porté à la connaissance de l'employeur au plus tard à la date de la convocation au premier entretien préparatoire

Cette précision a été faite suite à une décision du Conseil Constitutionnel (**Const. 14-5-2012 n°2012-242**) dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité qui a précisé :

"Considérant que la protection assurée au salarié par les dispositions contestées découle de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise ; que, par suite, ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement"

Par un Arrêt du 14 septembre 2012, la Cour de Cassation (**Cass. Soc. 14 septembre 2012 n° 11-28.269 FS-PB**) a alors opéré un revirement de jurisprudence, revirement dicté par la Jurisprudence constitutionnelle adoptée dans le cadre de la QPC ci-dessus visée (**Conseil Const. 14 mai 2012, décision déc. N° 2012-242 QPC JO 15 mai**).

En effet, le salarié ne peut plus se prévaloir du statut protecteur attaché à un mandat détenu à l'extérieur de l'entreprise s'il n'en a pas informé l'employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement (ou avant la notification de la rupture lorsqu'un entretien n'est pas nécessaire). A défaut, le salarié devra prouver que son employeur avait eu connaissance de son mandat.

Travail à domicile : précision sur l'indemnisation du salarié

Un salarié avait installé à son domicile en 2003, à la demande de son employeur un laboratoire à partir duquel il exécutait les projets et missions confiés. Celui-ci avait attendu novembre 2007 pour réclamer une indemnité d'occupation de son domicile.

La Cour de Cassation a rappelé, que dès lors qu'il y a occupation du domicile à la demande de l'employeur, le salarié a droit à l'indemnité et peut la réclamer même plusieurs années après le début de l'occupation. Le défaut de réclamation ne vaut pas prescription. (Cass.soc. 11 juillet 2012 n° 10-28.847)

Visite médicale d'embauche et contrats précaires

L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité résultat doit en assurer l'effectivité, en sorte que le manquement à son obligation cause nécessairement un préjudice au salarié dont le juge doit fixer la réparation.

La Cour de Cassation précise que manque à cette obligation l'employeur qui n'a pas pris les dispositions nécessaires pour soumettre un salarié à une **visite médicale d'embauche** et ce même à l'occasion de la conclusion **d'un contrat à durée déterminée de quelques journées**. (Cass.soc., 11 juillet 2012, n°11-11709)

Prudence ainsi est recommandée aux employeurs.

Le refus par le salarié d'une vaccination obligatoire imposée par l'activité justifie le licenciement

La Cour de Cassation a jugé justifié le licenciement d'un salarié ayant refusé le **vaccin contre l'hépatite B, vaccin rendu obligatoire par la réglementation applicable**, en l'espèce, au secteur des pompes funèbres.

Le salarié opposait à son employeur que cette **vaccination** l'exposait à un **risque de maladie grave** (sclérose en plaques), de sorte qu'il était en **droit de s'y opposer**.

La Cour d'Appel n'avait pas suivi le salarié dans son argumentation. Pour la Cour de Cassation un risque ne suffit pas, le salarié doit justifier d'une véritable contre-indication médicale pour opposer son refus. (Cass. Soc., 11 juillet 2012 n°10-27.888)

Une organisation collective de travail basée sur le benchmark compromet la santé des salariés

Le Tribunal de Grande Instance de Lyon a imposé à la

Caisse d'Épargne de Rhône-Alpes Sud de mettre fin à son organisation du travail fondée sur le «**Benchmark**». Cette méthode issue du marketing consiste à **évaluer et comparer publiquement et en permanence leurs résultats, avec pour seul objectif donné celui de "faire mieux que les autres"**.

Le tribunal a considéré qu'en l'absence de définition précise des objectifs à atteindre et en raison des risques psychosociaux qu'il engendre, **un tel système compromet gravement la santé des salariés**. (TGI Lyon, ch.1, sect.2, 4 septembre 2012, n°11/05300)

Clause de mobilité

La Cour d'Appel de Versailles rappelle que lorsque l'employeur projette de mettre en œuvre la clause de mobilité inscrite au contrat de travail d'un salarié, il doit prendre en compte la situation personnelle de l'intéressé et éviter de porter atteinte à son **droit à une vie personnelle et familiale**. (CA Versailles, 17^{ème} chambre, 5 septembre 2012, n°11/00637)

En l'espèce, cette atteinte consistait à faire prendre successivement par une jeune mère de famille quatre transports en commun différents pour une durée de transport trois fois plus importante que pour le poste précédent. Cette contrainte ne répondait pas aux exigences jurisprudentielles, lesquelles pour valider une clause de mobilité impose que la mise en œuvre de la clause soit justifiée par la tâche à accomplir au sein de l'entreprise et proportionnée au but recherché par l'employeur.

Pour la Cour d'Appel, ces modifications **étaient incompatibles avec les obligations familiales impérieuses** de Mme N., de garder sa petite fille très tôt le matin, le **licenciement** fondé sur «le refus de mutation» a alors été considéré comme **dépourvu de cause réelle et sérieuse**.

Par contre, la Cour de Cassation dans une autre espèce (Cass. Soc. 11 juillet 2012 n° 10-30.219) précise qu'il n'est pas nécessaire de rédiger une clause de mobilité en bonne et due forme pour imposer des déplacements professionnels aux salariés dont les fonctions impliquent, par elles-mêmes, de la mobilité.

En effet, le déplacement refusé par un salarié, déplacement qui s'inscrit dans le cadre habituel de son activité n'exige pas d'indication particulière dans son contrat et plus précisément en ce qui concerne le périmètre délimitant la zone de mobilité. Dans ce cas, le salarié ne peut pas refuser le déplacement.

Avec cette décision, il convient de s'interroger sur la portée des limites relevées dans la première espèce concernant un déplacement pouvant être considéré comme **incompatible avec les obligations familiales impérieuses**.