

à la une

Département : SOCIAL

L'article 95 de la loi du 2 août 2005 (n° 2005-882) en faveur des petites et moyennes entreprises permet désormais de mesurer en jours la durée du travail de certain salariés non-cadres.

L'article L 212-15-3, III du Code du travail prévoit dans son deuxième alinéa :

*« la convention ou l'accord peut également préciser que les **conventions de forfait en jours** sont applicables, à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit, aux salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être pré-déterminée **et** qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ».*

Le thème du mois : Le forfait jour des non-cadres

L'application du dispositif du forfait aux non-cadres a été initiée par la loi *Aubry II*, modifiée par la loi n°2003-47 du 17 janvier 2003.

Il s'agissait alors d'un forfait en heures.

Ce texte prévoyait que les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée **ou** qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées peuvent faire l'objet d'une convention **de forfait en heures** sur l'année. (article L 212-15-3, II, al.2)

Désormais le deuxième alinéa de l'article L 212-15-3, III du Code du travail prévoit l'application du **forfait en jours** à tous les non-cadres qui réunissent les **deux critères cumulatifs** suivants:

- leur durée du travail ne peut être prédéterminée,
- et ils disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

A/ Les conditions de mise en place du forfait en jours

La mise en place du forfait en jours exige d'avoir préalablement obtenu l'accord des partenaires sociaux et des salariés concernés.

1° La négociation d'une convention ou d'un accord collectif

Un certain nombre de mentions doivent être contenues dans le texte de l'accord ou de la convention.

Mention des salariés concernés

Par prudence, l'accord ou la convention sera d'une grande précision dans la détermination des non-cadres entrant dans le dispositif du forfait en jours.

(Cons. Const. 29 juillet 2005, n° 2005-523)

Mention du nombre de jours travaillés, décompte et repos

Ce nombre ne pourra dépasser le plafond de 218 jours. En outre, la convention ou l'accord précisera les modalités de décompte des journées ou des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos.

Mention des modalités d'affectation des jours de repos sur un compte épargne-temps

Cette affectation sera réalisée dans les conditions définies par l'article L 227-1 du Code du travail

Contrôle de l'application

L'accord ou la convention détermine les conditions de contrôle et de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

Faculté de renonciation du salarié

La convention ou l'accord peut accorder au salarié la faculté, en accord avec l'employeur, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire.

La convention ou l'accord détermine le montant de cette majoration ainsi que les conditions dans lesquelles les salariés font connaître leur choix.

2° L'exigence d'un accord écrit du salarié

Cette condition est expressément prévue par l'article 95 de la loi du 2 août 2005.

Il s'agit d'une condition de validité du forfait en jours à défaut de laquelle la convention de forfait ne peut exister.

En outre, le refus du salarié de souscrire une convention de forfait en jours ne pourra légitimer un licenciement pour motif personnel..

Qu'en est-il lorsqu'un motif économique motive la mise en place du forfait en jours et que le salarié le refuse ?

Un tel licenciement serait vraisemblablement fondé dès lors que ce sont les difficultés économiques qui sont invoquées dans la lettre de licenciement.

B/ L'exécution du forfait

L'article L 212-15-3, al. 2 du Code du travail prévoit que « *les salariés concernés ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L 212-1 et du deuxième alinéa de l'article L 212-7* » du Code du travail.

Sont donc inapplicables certaines durées aux salariés titulaires d'un forfait en jours. Il s'agit notamment de la durée légale du travail (35 heures), de la durée maximale quotidienne (10 heures), de la durée maximale hebdomadaire (48 heures et 44 heures sur une période de douze semaines consécutives) de travail.

Un certain nombre de questions continuent de se poser notamment sur la compatibilité entre le forfait jours et le travail à temps partiel.

Dans un arrêt en date du 9 juillet 2003 (Juris data n° 2003-019859) la Cour de cassation a considéré qu'un forfait en jours pouvait être conclu pour un nombre de jours inférieur au plafond prévu par l'article L 212-15-3, III du Code du travail soit 218 jours désormais.

Le dépassement de ce plafond est également prévu par le législateur dans l'hypothèse où des jours de repos ont été affectés sur un compte épargne temps ou lorsque les jours de congés payés ont été reportés d'une année sur l'autre dans les conditions prévues par l'article L 223-9 du Code du travail.

Il est cependant prévu que les salariés titulaires d'un forfait en jours bénéficient des durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire.

(articles L 220-1, L 221-2 et L 221-4 du Code du travail)

POINT JURISPRUDENTIEL SUR LA PERIODE D'ESSAI

1° Objet et durée de la période d'essai

L'objet de la période d'essai est double :

- permettre à l'employeur de juger des capacités professionnelles et d'adaptation du salarié,
- permettre au salarié d'apprécier si les conditions de travail lui conviennent.

Conditions de recours à une période d'essai

Dès lors qu'un salarié a exercé, en l'occurrence, du 1^{er} août 1999 au 13 décembre 1999 le même emploi auprès du même employeur qui a donc déjà eu l'opportunité de vérifier ses compétences professionnelles et d'adaptation, il ne peut être intégré une période d'essai dans le cadre d'un nouvel engagement par le même employeur.
Cass. Soc. 28 sept. 2005, n° 03-47.214 P

Pour permettre à la période d'essai de remplir son objet, l'article L 122-4 du Code du travail exclut l'application des règles protectrices qui régissent habituellement la rupture du contrat de travail.

Seul un contrat de travail ou une convention ou un accord collectif peuvent instituer une période d'essai.

A défaut d'une convention collective la rendant de plein droit, elle doit être fixée dans son principe et sa durée dès l'engagement du salarié

Période d'essai prévue par une convention collective

Toutefois, une convention collective qui fixe à trois mois la durée maximale de la période d'essai pour certains salariés, sans prévoir une telle période pour tout contrat n'institue pas une période d'essai obligatoire.

Dès lors un employeur ne peut se fonder sur cette disposition conventionnelle pour prétendre avoir rompu le contrat au cours de la période d'essai alors que le contrat de travail n'en avait prévu aucune.
Cass. Soc. 5 juillet 2005, n° 03-45.321 D

Il est important de distinguer la période d'essai de la période probatoire qui peut se substituer à la période d'essai.

Elle peut être prévue par la convention collective ou le contrat de travail.

Période d'essai et période probatoire

La Cour de cassation a posé le principe selon lequel « la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail »(Cass. Soc. 27 fév. 1997 ; Juris data n° 1997-007554).

Elle permet à l'employeur de juger les qualités professionnelles du salarié et ses capacités d'adaptation, le salarié doit, par conséquent, être placé en situation réelle de travail. Les juges excluent la qualification de période d'essai lorsque les tâches confiées au salarié ne sont pas exécutées dans les conditions normales d'emploi. (Cass. Soc. 4 jan 2000, Juris-data n° 2000-000004)

L'employeur qui fait précéder la période d'essai proprement dite de trois mois d'une période d'adaptation de six mois convenue avec le salarié et qui rompt le contrat de travail au bout du septième mois licencie le salarié.

En l'occurrence, la Cour de cassation a considéré qu'il ne s'agissait pas de la rupture de la période d'essai mais d'un licenciement.
Cass. Soc. 5 juill 2005, n° 03-47.038

La durée de la période d'essai doit être en relation avec le temps nécessaire permettant de tester les aptitudes d'un salarié compte tenu de sa qualification et de l'emploi proposé.

2° Rupture de la période d'essai

En vertu de l'article L122-4 du Code du travail, les règles qui régissent la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables en cas de rupture intervenue au cours de la période d'essai.

Une telle rupture ne constitue pas un licenciement, chacune des parties disposant d'un droit de résiliation discrétionnaire sans avoir à alléguer de motifs.

Toutefois, les dispositions de l'article L 122-45 du Code du travail relatives au principe de non-discrimination sont applicables à la période d'essai.

Ainsi la rupture du contrat de travail d'un salarié au cours de la période d'essai motivée par les problèmes de santé de ce dernier est nulle.
Cass. Soc. 16 fév. 2005, n° 02-43.402

Période d'essai et procédure disciplinaire

Par ailleurs, lorsque l'employeur invoque un motif disciplinaire pour mettre un terme à la période d'essai, il doit alors respecter la procédure disciplinaire.

Dans cette hypothèse, l'employeur aurait dû convoquer la salariée à un entretien préalable en application de l'article L 122-41 du Code du travail.

Cass. Soc. 10 mars 2004, n° 01-44750

Préavis au cours de la période d'essai

Les parties peuvent rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai sans préavis sauf si la convention collective applicable ou le contrat de travail en impose un.

Dès lors que la rupture a été signifiée au cours de la période d'essai, le terme du préavis pourra se situer au-delà de la durée initialement convenue.

Cass. Soc. 29 juin 1999, n° 97-41.132

Rupture de la période d'essai et abus de droit

Si une cause réelle et sérieuse justifiant la rupture n'est pas exigée l responsabilité de l'employeur qui rompt peut toutefois être engagée sur le terrain de l'abus de droit.

Cass. Soc. 6 mars 1980, n° 78-41.417

Pour sanctionner l'abus de droit, les juges prennent en compte les motivations invoquées pour la rupture et les circonstances au cours desquelles la rupture a été décidée et le salarié informé.

Période d'essai et salarié protégé

Une telle rupture pose la question de la conciliation de deux principes du droit du travail :

- le principe de la libre rupture du contrat de travail en période d'essai et,
- le principe de la protection particulière de certains salariés en raison d'un mandat ou de l'exercice de certaines missions en cas de rupture du contrat de travail.

L'employeur qui envisage de rompre le contrat de travail d'un salarié protégé au cours de la période d'essai est-il tenu de solliciter au préalable l'autorisation de l'Inspection du travail ?

Ce cas, bien que très rare, a été soumis à la Cour de cassation.

Les deux salariés exerçaient respectivement les fonctions de Conseiller du salarié et de médecin du travail.

Par deux arrêts, la Cour de cassation a posé l'obligation pour l'employeur de respecter la procédure spéciale de licenciement dans tous les cas de rupture du contrat de travail à son initiative.

Cass. Soc. 26/10/2005, n° 2308 FS-PBRI

Cass. Soc. 26/10/2005, n° 2309 FS-PBRI

Date de la rupture

La rupture d'un contrat de travail au cours de la période d'essai se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est à dire au jour de l'envoi de la lettre de rupture et non à la date de réception du courrier par le salarié.

Cass. Soc. 11 mai 2005, n° 03-40.650 et 03-40.651

La notification de la rupture qui interviendrait après l'expiration de la période d'essai donne à cette rupture la nature d'un licenciement

CONTACTS

Denis AGRANIER
Stéphane BURTHE
Patricia TALIMI

Avocats associés
Droit social

Tél : 33 (0) 1 44 05 21 21
Fax : 33 (0) 1 44 05 21 05