

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

CFDT UTI

Lille Métropole

N°76 janvier 2017

- **Insolvabilité de l'employeur : Association de garantie des salaires**

En cas de faillite de votre entreprise, l'association de garantie des salaires se substitue à l'employeur pour vous payer vos salaires; Cependant vous devez faire très rapidement les démarches nécessaires pour faire connaître votre situation et donner à l'AGS les éléments prouvant le montant du salaire impayé.

L'AGS (assurance garantie des salaires) , gérée par délégation de l'UNEDIC , protège les salariés contre l'insolvabilité de leur entreprise en cas de redressement ou de faillite.

L'AGS fait l'avance des salaires et indemnités lorsque l'entreprise ne dispose pas des fonds nécessaires pour les payer.

Attention : il arrive que l'employeur "disparaisse" en laissant seuls les salariés : ceux-ci comme n'importe quels autres créanciers de l'entreprise doivent alors saisir le Tribunal de commerce pour faire nommer un liquidateur. Les salaires sont une créance privilégiée, ils seront payés en priorité si l'existence d'un lien de travail ne fait pas de doute. (si c'était votre premier mois travaillé voir notre article)

La plupart du temps, les employeurs en difficultés économiques mettent eux-mêmes en œuvre la procédure mais cela ne vous dédouane pas d'un certain nombre de démarches et notamment de la vérification de l'état des créances salariales pour vous assurer que votre créance est bien indiquée et pour le bon montant.

En effet, lors de l'ouverture d'une procédure collective, le représentant des créanciers désigné par le Tribunal de commerce établit, après vérification, les relevés des créances résultant des contrats de travail.

Ce relevé est établi sous le contrôle d'un représentant des salariés désigné par le Comité d'entreprise, à défaut par les délégués du personnel ou à défaut par les salariés eux mêmes. Le représentant des créanciers informe par tout moyen chaque salarié de la nature et du montant des créances admises ou rejetées, lui indique la date du dépôt au greffe du relevé des créances et lui rappelle que le délai de forclusion de 2 mois court à compter de la publication du relevé.

Chaque salarié doit donc s'assurer auprès de ce représentant que toutes les sommes qui lui restent encore dues figurent bien sur ce relevé.

En cas de contestation, le salarié dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé des créances résultant d'un contrat de travail établi par le représentant des créanciers peut saisir le conseil de prud'hommes dans un délai de 2 mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité dudit relevé.

Dans ce cas, il faudra bien sur appeler en la cause : les AGS, les ASSEDIC, le liquidateur, à défaut vous vous exposez à de longs délais de procédure.

Selon la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 25 juin 2002 N° de pourvoi: 00-44704 , la saisine tardive du conseil des prud'hommes par un salarié, au delà du délai de forclusion de 2 mois, est malgré tout recevable lorsque le représentant des créanciers n'a pas informé le salarié de son existence et de son point de départ.

En l'absence de cette information, le délai de forclusion ne court pas. La procédure de faillite démarre avec la mise en règlement judiciaire prononcée par le tribunal de commerce. Une période d'observation s'ouvre alors (examen de la situation, recherche de solutions) , au terme de laquelle le Tribunal de commerce :

- ✓ Soit élabore et adopte un plan de redressement,
- ✓ Soit prononce la liquidation de l'entreprise avec éventuellement poursuite provisoire de l'activité.

L'AGS ou association de garantie des salaires garantit les sommes prévues aux articles L3253-6 et suivants du code du travail :

- ✓ Toutes les sommes dues aux salariés à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Les rémunérations des 60 derniers jours de travail et les congés payés doivent ensuite être réglés par l'AGS dans les 15 jours , le reste des sommes dans les 3 mois et 8 jours.
- ✓ Les indemnités - de licenciement, - de préavis et de congés payés si le licenciement intervient - pendant la période d'observation, - dans le mois suivant l'adoption du plan de redressement, - dans les 15 jours suivant la liquidation et pendant la poursuite provisoire de l'activité.
- ✓ Lorsque la liquidation est prononcée, et dans la limite de 1 mois et demi de salaire , les rémunérations dues : - pendant la période d'observation, - pendant les 15 jours suivant la liquidation et pendant la poursuite provisoire de l'activité. Ces sommes sont soumises à un plafond de garantie (renseignement auprès de l'Inspection du travail ou des Assedic).

Il arrive que l'AGS suspecte une faillite frauduleuse et dans ce cas elle organise une enquête préalablement à la délivrance des attestations ASSEDIC et au paiement des salaires.

Lorsque simple salarié vous ne risquez pas d'être mis en cause dans le cadre de cette faillite, il convient de demander par courrier recommandé au Président du Tribunal de commerce de bien vouloir faire en sorte que votre situation financière n'ait pas à pâtir de faits qui ne vous regardent en rien. Voir également l'article 8-7-0 se défendre en cas de faillite frauduleuse

L'AGS doit garantir les sommes prévues aux Articles L3253-6 à 15 du code du travail ainsi que les sommes jugées à garantir par la jurisprudence et à titre d'exemples :

- ✓ Le paiement d'une prime à la création d'entreprise quand celle-ci est prévue dans le plan social comme aide au reclassement des salariés intéressés
- ✓ Les parts sociales des salariés détenues au titre de l'intéressement
- ✓ Les sommes dues au titre de l'intéressement : Article L3253-10
- ✓ Les sommes dues au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion,
- ✓ Ou en application d'un accord créant un fonds salarial

La Cour d'appel de Toulouse le 26 avril 2002 (aff. n°02-397 - CGEA c/ Mme Landreau et autres), a jugé que le droit au remboursement anticipé de la valeur de parts sociales constitue pour les salariés non associés un droit de créance sur la personne morale tenue à ce remboursement.

Dès lors, ces parts, étant issues d'un intéressement découlant des fruits de l'expansion de l'entreprise due au travail de ces salariés, le droit de créance en résultant se trouve bien en rapport direct avec l'exécution du contrat de travail et relève, en conséquence, de la garantie de l'AGS.

Ainsi, les parts sociales de la société détenus par un salarié non associé au titre de l'intéressement sont garanties par l'assurance des créances des salariés en cas de redressement ou de liquidation judiciaire

- **Règles particulières du CDD : le contrat et sa rupture**

Si l'on peut se passer d'un contrat pour l'emploi à durée indéterminée, l'emploi à durée déterminée parce qu'il déroge au droit commun du CDI est impérativement matérialisé par un contrat écrit et signé par le salarié et l'employeur qui doit être remis dans les deux jours ouvrables au salarié faute de quoi le salarié est réputé engagé en CDI (article L1242-13 du code du travail)

Toutefois la Cour de cassation a admis un court délai pour la présentation du contrat.
Que faire si on vous propose un contrat "rétroactif" ??

Si vous êtes d'accord pour le signer, vous précisez sa date EXACTE de signature et non une date fictive rétroactive ce qui vous permettra de pouvoir le contester si vous découvrez des irrégularités ultérieurement.

Si les conditions ne sont pas conformes aux engagements oraux de l'employeur sur la rémunération de base légale ou conventionnelle ou sur la nature des tâches prévues ou si le contrat prévoit une période d'essai que vous souhaitez ne pas faire ou encore si vous découvrez dans le contrat que le motif de recours à ce CDD est contestable vous utilisez la procédure en requalification du contrat en CDI que nous préconisons et vous demandez en même temps le respect des minimas légaux ou conventionnels s'il ne sont pas respectés.

Le contrat à durée déterminée doit obligatoirement comporter les mentions suivantes:

- ✓ La définition précise de son objet : voir article sur le motif de l'embauche
- ✓ Le poste de travail ou l'emploi occupé et en cas de remplacement, le nom et la qualification du salarié remplacé.
- ✓ La date d'échéance du contrat et le cas échéant une clause sur les conditions de son renouvellement ou sa durée minimale s'il est conclu sans terme précis
- ✓ L'intitulé de la convention collective applicable.
- ✓ La durée de la période d'essai
- ✓ Le montant de la rémunération et de ses différentes composantes (y compris primes et accessoire du salaire). Cette rémunération ne peut avoir des dispositions discriminatoires par rapport aux salariés en CDI dans l'entreprise : article 1242-15 du code du travail. I
- ✓ Il en est de même des avantages annexes au salaire sauf celle relative à la rupture du contrat qui est particulière pour les CDD : article L1242-14 du code du travail.
- ✓ Le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire et le cas échéant de l'organisme de prévoyance.

Le contrat à durée déterminée cesse de plein droit à l'arrivée du terme prévu.

- ✓ Sauf accord du salarié et de l'employeur laquelle vous prive des indemnités de POLE EMPLOI , il ne peut être rompu avant ce terme (article L1243-1 du code du travail)
- ✓ Qu'en cas de faute grave du salarié ,
- ✓ De force majeure ou L'insuffisance de rendement , l'insuffisance professionnelle, ne constituent ni une faute grave, ni un cas de force majeure et ne peut donc justifier la rupture avant terme.

La rupture anticipée du CDD est autorisée si vous avez trouvé un CDI en vertu de l'article L1243-2 du CT le préavis est au maximum de deux semaines.

L'employeur qui rompt le contrat avant terme en dehors de toute faute grave, force majeure ou inaptitude physique du salarié constatée par le médecin du travail s'expose à payer au salarié des dommages intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations que celui-ci auraient perçues jusqu'au terme du contrat.

Le salarié qui rompt le contrat avant terme s'expose à payer à l'employeur des dommages intérêts d'un montant proportionnel au préjudice subi.

Ces dispositions ne s'appliquent pas en cas de rupture du contrat pendant la période d'essai. Ces dispositions ne s'appliquent pas non plus si le salarié trouve un emploi à durée indéterminée alors qu'il en en CDD : En application de l'article L1243-2 du code du travail "Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1243-1, le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié, lorsque celui-ci justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter un préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu :

- ✓ De la durée totale du contrat, renouvellement inclus, lorsque celui-ci comporte un terme précis ;
- ✓ De la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis. Le préavis ne peut excéder deux semaines." Nous vous proposons une lettre de démission spécifique pour les CDD ayant trouvé une embauche en CDI - article 2380

Le seul fait que vous ayez été reconnu inapte au travail par le médecin du travail n'autorise pas votre employeur à mettre fin à votre CDD de manière anticipée. Le CDD se poursuit jusqu'à son terme sans toutefois que vous puissiez prétendre à une rémunération SAUF si votre inaptitude résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : vous comme votre employeur pourrez demander au juge la résiliation judiciaire du contrat et vous percevrez alors une compensation fixée par le juge.

- **Le cumul d'emplois**

La multiplication des temps partiels non choisis a amené un certain nombre de salariés à avoir une pluriactivité soit plusieurs activités salariées, soit une activité salariée et d'autres en tant qu'indépendant ou chef d'entreprise situation qui a été favorisée par le statut d'auto entrepreneur.

✓ **Le cumul de deux emplois salariés**

Il est possible pour un salarié de cumuler les temps de travail pour plusieurs employeurs sans autre condition que celle de respecter la durée maximale légale du travail qui s'établit à 48H hebdomadaires actuellement en application des règles européennes.

Les droits à cumul d'activités salariées ne sont pas les mêmes si vous êtes travailleurs du public ou du privé Pour les travailleurs du public le texte de référence est (mise à jour 2010) un Décret n°2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat

Ce décret va dans le sens d'une libéralisation de la possibilité d'exercer une activité privée rémunérée. Les fonctionnaires demeurent toutefois soumis aux limites et conditions ordinaires

- ✓ Préservation de leur indépendance,
- ✓ Ne pas porter atteinte au fonctionnement de leur service,
- ✓ Ne pas dépasser la durée légale ou réglementaire de travail et informer leur hiérarchie.

Pour le travailleurs du privé, il faut vérifier que votre contrat de travail n'ait pas de clause d'exclusivité (valable pour un temps plein) ce qui vous interdit d'avoir deux emplois. Si vous n'avez pas de clause d'exclusivité vous devez choisir votre activité complémentaire en respectant la clause de non concurrence éventuelle du contrat de travail.

✓ **Le cumul d'un emploi salarié et d'un emploi d'indépendant ou de chef d'entreprise**

Un salarié peut aussi travailler à temps complet pour un employeur et exercer une activité indépendante pendant son temps libre ou être lui même entrepreneur (les soirs, les week-ends et pendant ses congés) sous la même réserve que précédemment. Le gouvernement encourage la création d'entreprises et a pris un certain nombre de dispositions pour assurer la couverture sociale du créateur :

Il existe depuis 2009 un statut de l'auto entrepreneur (www.lautoentrepreneur.fr)

Ce statut permet de se mettre en règle par rapport à l'administration fiscale pour des compléments de revenus ne dépassant pas un certain seuil (en 2010 - 80 300 euros (HT) pour une activité d'achat / revente ; - 32 100 euros (HT) pour une activité de prestations de services)

Il n'est cependant pas exempt d'abus divers qui commencent à être soumis aux conseils des prud'hommes notamment quand on impose ce statut à un ex salarié que l'on fait ainsi travailler dans les mêmes conditions que précédemment mais en indépendant ; Des requalifications de statut de sous-traitants en contrats de travail sont envisagées.

Au delà de ces seuils de ressources déjà importants il faudra fonder une entreprise suivant le régime le plus approprié à votre situation. l'UNEDIC a édité une circulaire 36-02 du 31/7/2002 pour régler le problème de l'assurance sociale des personnes qui cumulent un mandat social et un contrat de travail par ailleurs l'UNEDIC fait paraître chaque année un guide de l'indemnisation du chômage (www.unedic.org/Juridique/l-indemnisation-du-chomage)

- **Les poursuites pénales engagées contre un salarié suspendent le délai de 2 mois dont dispose l'employeur pour le sanctionner**

L'arrêt N°07-41362 Cour de cassation du 15 mai 2008 a indiqué que lorsqu'un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales, et que l'action publique a été déclenchée sur l'initiative du ministère public, une plainte avec constitution de partie civile ou une citation directe de la victime, le délai de deux mois pour engager les poursuites disciplinaires est interrompu par la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à la décision définitive de la juridiction pénale. Le délai de prescription des fautes du salarié

Les articles L1332-4 et 5 du Code du travail déterminent les délais de prescription des faits fautifs des salariés du secteur privé.

Ainsi, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

De plus, aucune sanction antérieure de plus de 3 ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

Toutefois, lorsqu'un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales, et que l'action publique a été déclenchée sur l'initiative du ministère public, une plainte avec constitution de partie civile ou une citation directe de la victime, le délai de 2 mois, dont dispose l'employeur pour engager les poursuites disciplinaires, est interrompu par la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à la décision définitive de la juridiction pénale.

- **Rupture conventionnelle de contrat : Si le salarié invoque l'absence d'entretien devant une juridiction, il doit en apporter la preuve**

L'arrêt N°15-21609 de la Cour de cassation du 1er décembre 2016 a indiqué que si le défaut du ou des entretiens prévus lors d'une rupture conventionnelle de contrat entre un salarié et un employeur, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence. Dans ce litige, une juridiction avait donné raison à la demande de nullité de la convention de rupture formée par le salarié, celui-ci arguant de l'absence d'entretien. Toutefois, le jugement indiquait que la convention de rupture mentionnait la tenue de deux entretiens et que l'employeur ne produisait aucun élément matériellement vérifiable permettant d'en attester la réalité.

Dans son jugement, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et que c'était au salarié, qui invoquait l'absence des entretiens lors de la rupture conventionnelle, d'en établir la preuve.

La rupture conventionnelle de contrat

Les articles L1237-11 à 16 du Code du travail précisent la procédure d'une rupture conventionnelle de contrat dans le secteur privé.

Ainsi, l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.

Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat et est soumise aux dispositions prévues par le Code du travail qui sont destinées à garantir la liberté du consentement des parties.

De plus, les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister :

- ✓ Soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;
- ✓ Soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

En cas de litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention.

De plus, l'article 1353 du Code civil prévoit que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Ainsi, si le défaut du ou des entretiens prévus lors d'une rupture conventionnelle de contrat entre un salarié et un employeur, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.

Éric Charret

Commission Juridique

CFDT UTI Lille Métropole