

# Point de vue d'experts



**GMBA**  
**BAKER TILLY**

Membre indépendant de Baker Tilly France  
et de Baker Tilly International



► **Newsletter n°14 - Avril 2010**  
► **Actualités Sociales**

## **EDITO**

Voici notre lettre sociale n° 14. Vous trouverez dans ce numéro l'actualité relative aux thèmes suivants :

- Formation et portabilité du DIF : précision jurisprudentielle et décret d'application.
- Nouvelles dispositions conventionnelles pour les Hôtels Cafés Restaurants
- Chômage partiel et heures supplémentaires : nouveautés 2010
- Auto-entrepreneur : attention à la requalification en contrat de travail
- Plan d'actions senior – report au 30 Avril 2010
- PEE et Accord de participation : dernier avis

Nous avons souhaité revenir sur la nouvelle portabilité du Droit Individuel à la Formation et notamment sur les obligations d'information du salarié par l'employeur lors de la rupture ou de la fin de contrat. Ce nouveau formalisme imposé a, en effet, des conséquences en matière de paie via particulièrement le certificat de travail. Nous souhaitons donc souligner l'importance, d'autant plus grande aujourd'hui, des missions d'assistance relatives au suivi du DIF.

Nous continuons à surveiller pour vous les nouveautés sociales. Nous restons à votre disposition pour vous apporter toute information complémentaire.

**Le Groupe Social**

# **PORTABILITE DU DROIT INDIVIDUEL A LA FORMATION** **APPORT DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE**

Il nous a paru important de revenir sur la loi d'orientation et à la formation professionnelle et plus particulièrement le chapitre concernant la portabilité du droit individuel à la formation (DIF) auxquels ont été ajoutées les précisions apportées par le décret du 18 janvier 2010 et la jurisprudence du 17 février 2010.

Créé par la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, le mécanisme de la portabilité permet au salarié d'utiliser ses droits acquis au titre du DIF en cas de rupture de son contrat de travail, soit de manière immédiate, soit de façon différée chez un nouvel employeur ou pendant la période de chômage.

## **1. Utilisation immédiate des droits au DIF**

### Licenciement

Désormais, le salarié licencié pour faute grave peut demander à bénéficier de son DIF. Toutefois, le licenciement pour faute grave n'ouvrant droit à aucun préavis, les droits acquis au titre du DIF ne pourront pas en pratique être utilisés dans l'entreprise mais resteront acquis au salarié après la rupture de son contrat de travail.

Avant la loi du 24 novembre 2009, le financement du DIF par l'employeur se faisait sur la base de l'allocation de formation (soit 50 % du taux horaire net multiplié par le crédit DIF). Depuis la loi du 24 novembre 2009, le financement, dans le cadre du licenciement, est réalisé sur la base d'un forfait de 9,15 € x le nombre d'heures de DIF, sauf en cas de licenciement économique avec Convention de Reclassement Personnalisé (CRP) où le montant des droits n'est pas modifié et se fait toujours par référence à l'allocation de formation.

### Démission

En cas de démission, et en accord avec l'employeur, le salarié pourra demander à bénéficier de son DIF sous réserve que l'action de compétences, de VAE ou de formation soit engagée avant la fin du préavis.

### Départ à la retraite

En cas de départ à la retraite, le salarié ne pourra pas bénéficier de ses droits acquis au titre du DIF.

## **2. Utilisation différés des droits au DIF**

En cas de rupture du contrat de travail non consécutive à une faute lourde ou d'échéance à terme du contrat de travail qui ouvre droit à une prise en charge par le régime d'assurance chômage, le salarié conservera la possibilité d'utiliser son crédit DIF acquis chez son ancien employeur pour financer une formation suivie ultérieurement.

Ce financement sera égal au solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées multiplié par un montant forfaitaire de 9,15 €. Cette somme pourra être mobilisée dans les cas suivants :

### Pendant la période de chômage

Lorsque le demandeur d'emploi en fait la demande, la somme permettra de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation. La mobilisation de cette somme s'effectuera prioritairement au cours de la période d'indemnisation par le régime d'assurance chômage.

Dans cette hypothèse, le paiement de la somme est assuré par l'OPCA (organisme paritaire collecteur agréé) dont relève la dernière entreprise dans laquelle l'intéressé a acquis ses droits au DIF.

### Chez un nouvel employeur

Lorsque le salarié en fait la demande auprès de son nouvel employeur, au cours des deux années suivant son embauche, la somme correspondant à ses droits au DIF acquis chez son précédent employeur permettra de financer, après accord du nouvel employeur, tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation.

A défaut d'accord du nouvel employeur, cette somme permettra de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation relevant des priorités définies pour le DIF par accord de branche. Dans cette hypothèse, l'action devra se dérouler en dehors du temps de travail et ne donnera pas lieu au versement de l'allocation de formation par l'employeur.

Dans cette hypothèse, le paiement de la somme est assuré par l'OPCA dont relève la nouvelle entreprise du salarié.

## **3. Les mentions obligatoires**

### Sur la notification du licenciement

En cas de licenciement non consécutif à une faute lourde, l'employeur devra, dans la lettre de licenciement, informer le salarié de ses droits en matière de DIF :

- en lui indiquant le nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées.
- et la possibilité pour le salarié d'utiliser ce droit pendant le temps de préavis pour financer tout ou partie d'une action de compétences, de validation des acquis de l'expérience (VAE) ou de formation qui se déroulera pendant le temps de travail.

Dans le seul cas du licenciement pour motif économique, et en complément des mentions ci-dessus, la lettre de licenciement devra informer le salarié de la possibilité, à la date de rupture de son contrat, d'utiliser le reliquat de ses droits au DIF pour la mise en œuvre et le financement des actions prévues par la CRP. Ainsi la notification devra également préciser qu'en cas d'acceptation de la CRP la somme correspondante au nombre heures acquises au titre du DIF sera versée au Pôle emploi ; et que conformément à l'article L. 1233-66 du code du travail, la durée de ces droits sera doublée.

**Attention** : l'omission de la mention relative au DIF dans la lettre de licenciement « cause nécessairement un préjudice » au salarié et expose désormais de ce fait l'employeur à une condamnation au paiement de dommages et intérêts (Cas. Soc. 17.02.2010).

### Sur le certificat de travail

Le décret du 18 janvier 2010 précise que l'employeur doit désormais mentionner sur le certificat de travail, outre les mentions habituelles (dates d'entrée et de sortie, nature de l'emploi ou emplois successivement occupés et les périodes correspondantes), les éléments suivants :

- le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées
- la somme correspondant à ce solde (nombre d'heures DIF x 9,15€)
- l'OPCA dont relève l'entreprise, compétent pour verser cette somme, avec ses coordonnées.

## **NOUVELLES DISPOSITIONS HCR**

(avenant n°6 du 15 décembre 2009 étendu par arrêté du 19 février 2010)

### **1. Revalorisation des salaires minima**

La grille des salaires est revalorisée à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, avec l'engagement que le salaire horaire du premier échelon soit au moins égal au Smic +1%.

### **2. Création d'une prime liée à la réduction du taux de TVA**

Cette nouvelle prime conventionnelle est strictement conditionnée à l'application du taux de TVA réduit. La prime est applicable à l'ensemble des salariés (y compris les apprentis et les jeunes sous contrat de professionnalisation) sous réserve qu'ils remplissent les 2 conditions cumulatives suivantes :

- Avoir un an d'ancienneté à la date de versement de la prime,
- Etre présent dans l'entreprise le jour du versement.

Les salariés des entreprises saisonniers et les salariés saisonniers des établissements permanents bénéficieront de la prime au prorata de la durée de leur contrat de travail :

- A partir de 4 mois d'ancienneté au sein d'un même établissement,
- Sans condition d'ancienneté à l'expiration de la deuxième saison consécutive effectuée au sein d'un même établissement.

Le montant de la prime est égal à 2% du salaire de base annuel dans la limite de 500 € pour un temps complet (au prorata de la durée de leur contrat de travail pour les autres salariés). La prime est modulée en fonction de l'activité de l'entreprise déterminée par son code NAF :

Code NAF	Activité	Coefficient	Plafond
56.10A et 56.10B	Restaurants	100%	500 €
56.10 Z	Hôtels avec restaurant	50%	250 €
55.10Z 56.30Z 56.21Z 93.11Z 93.29Z	Autres entreprises	25%	125 €

Le premier versement aura lieu à l'échéance de la paye du **1<sup>er</sup> juillet 2010**. Les versements suivants se feront chaque année à la même date de la même échéance de paye.

**L'accord prévoit cependant une clause de non cumul en cas d'avantages de même nature accordés aux salariés. Ainsi des contreparties sociales équivalentes mises en place depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009 ne se cumulent pas avec la nouvelle prime conventionnelle, à due concurrence, dès lors qu'elles sont versées chaque année et de façon pérenne.**

### 3. Jours fériés

**Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010**, tous les salariés des établissements permanents ayant au moins un an d'ancienneté, bénéficient, en plus du 1<sup>er</sup> mai, de **10 jours fériés par an** au lieu de 8.

Six jours fériés sont « garantis », ce qui signifie qu'ils sont :

- Soit chômés et payés,
- Soit compensés en temps,
- Soit indemnisés.

Les quatre autres jours fériés sont accordés comme suit :

- Si le jour férié est chômé : aucune réduction de salaire.
- Seulement dans le cas où l'activité de l'établissement nécessite la présence du salarié : le salarié bénéficie d'un jour de compensation.
- Le jour férié coïncidant avec un jour de repos ne donne lieu ni à compensation ni à indemnisation.

Plus besoin de définir obligatoirement au préalable les jours fériés garantis. L'employeur devra vérifier en fin d'année civile que ses salariés ont eu au moins six jours fériés garantis. Si ce n'est pas le cas, il **doit informer par écrit le salarié** des droits qu'il lui reste à ce titre. Le salarié pourra avec l'accord de l'employeur et dans les 6 mois suivants soit les prendre, soit être indemnisé des jours restants. **Au terme de cette période de 6 mois, les jours restants dus sont obligatoirement rémunérés.**

Les salariées des établissements saisonniers ou sous contrats saisonniers des établissements permanents bénéficient en plus du 1<sup>er</sup> mai, des jours fériés au prorata de la durée de leur contrat de travail. Ces salariés doivent justifier de 9 mois d'ancienneté dans un même établissement au sens de l'article L1244 du code du travail. Au terme du contrat saisonnier l'employeur devra rémunérer les jours fériés garantis leur restant dus.

Les salariés à temps partiels bénéficient des droits à jours fériés dans les mêmes conditions que les salariés permanents. Cependant, la disposition conventionnelle prévoyant l'attribution d'un jour de compensation ou son indemnisation lorsque le jour férié coïncide avec un jour de repos hebdomadaire, est applicable aux salariés à temps partiel dont le temps de travail prévu au contrat est réparti sur 5 jours ou plus par semaine. Au contraire, lorsque le temps de travail prévu au contrat est réparti sur moins de 5 jours par semaine, les salariés à temps partiels bénéficient des jours fériés garantis au prorata temporis (*exemple : un salarié à temps partiel ayant 1 an d'ancienneté travaillant 2 jours par semaine bénéficie de 2/6 jours fériés garantis. S'il travaille 2 heures sur 5 jours dans la semaine, il bénéficie des 6 jours fériés garantis*).

#### 4. En prévision : une couverture frais de santé

Les partenaires sociaux ont prévu la création d'une couverture frais de santé (mutuelle) au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 2010.

## **CHÔMAGE PARTIEL ET HEURES SUPPLÉMENTAIRES** **NOUVEAUTÉS 2010**

### 1. Calcul de l'allocation conventionnelle

L'Accord National Interprofessionnel du 8 Octobre 2009 agréé par arrêté du 15 Décembre 2009 modifie les modalités de calcul de l'indemnisation complémentaire à la charge de l'employeur **pour les périodes de chômage partiel intervenant courant 2010**.

Pour l'année 2010, l'assiette de calcul de l'allocation correspond à **la rémunération brute servant au calcul de l'indemnité de congés payés** (soit la somme des rémunérations perçues de Juin 2008 à Mai 2009 pour une période de chômage partiel comprise entre le 1<sup>er</sup> Janvier et le 31 Mai 2010, y compris les heures supplémentaires ou complémentaires et primes rentrant habituellement dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés), **ramenée à un montant horaire à partir de la durée légale du travail ou, lorsqu'elle est inférieure, de la durée collective de travail ou celle stipulée au contrat** (cas des salariés à temps partiel).

Le montant de l'allocation conventionnelle correspondra à 60 % de la rémunération horaire brute ainsi calculée, sans pouvoir être inférieur à 6,84 Euros par heure.

**ATTENTION** : A ce jour, de nombreuses incertitudes demeurent, notamment pour les salariés ayant un horaire contractuel hebdomadaire supérieur à 35 heures, pour les salariés absents en cours de période, mais également sur l'assiette même de calcul à retenir, les Directions Départementales du Travail ayant des interprétations parfois radicalement différentes.

En conséquence, nous vous conseillons de vous rapprocher de votre administration locale pour vous faire confirmer la méthode de calcul retenue dans votre département.

### 2. Chômage partiel et acquisition des congés payés

L'Accord National Interprofessionnel du 8 Octobre 2009 précise également que les durées de chômage partiel doivent être prises en compte en totalité pour le calcul de la durée des congés payés. **Cette disposition s'applique à compter de la période de référence en cours au 8 Octobre 2009**, soit à compter du 1<sup>er</sup> Juin 2009, et prendra fin au 31 Décembre 2010.

## **AUTO-ENTREPRENEURS : ATTENTION A LA REQUALIFICATION EN CONTRAT DE TRAVAIL**

La loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 04/08/2008 Titre 1 du Chapitre 1 instaure le statut de l'entrepreneur individuel, communément appelé « l'auto-entrepreneur », avec comme date d'application le 1<sup>er</sup> Janvier 2009.

Ce régime connaît un succès croissant. Les entreprises ayant recours aux auto-entrepreneurs doivent néanmoins faire preuve de la plus grande vigilance.

En effet en cas litige mais aussi dans le cas, d'un contrôle Urssaf ce sera donc à l'entreprise (donneur d'ordre) de prouver qu'il n'y a pas "saliariat déguisé".

En effet, si l'auto-entrepreneur est placé, dans les faits, dans la même situation qu'un salarié, il peut solliciter la requalification de son contrat le liant à l'entreprise en contrat de travail. Au même titre, l'URSSAF est en droit de redemander la régularisation des cotisations à hauteur du régime salarié.

Ce sera le cas par exemple :

- si l'auto-entrepreneur est sous la responsabilité d'un seul employeur,

Et/ou

- s'il utilise les locaux et le matériel de ce dernier (machine, véhicule, etc),
- s'il respecte des horaires imposés par l'entreprise ou des tournées (cas du transport),
- s'il suit les règles imposées dans l'entreprise,
- s'il applique les tarifs définis par l'employeur,
- etc...

Dans le silence de la loi, la jurisprudence récente a caractérisé le lien de subordination par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Les conséquences financières peuvent se révéler très lourdes pour l'entreprise, qui risque notamment de se voir reprocher de recourir au travail dissimulé.

### **PLAN D' ACTIONS SENIOR – REPORT AU 30 AVRIL 2010**

Une Circulaire de l'Acoss du 8 février 2010 vient rappeler les conditions de mise en œuvre de la pénalité pour les entreprises non couvertes par un accord ou un plan d'actions pour l'emploi des seniors.

Elle est venue également confirmer que les entreprises ou groupes de 50 à 300 salariés, non couverts par un accord de branche, disposaient de 3 mois supplémentaires jusqu'au 31 mars 2010, pour conclure et déposer un accord d'entreprise ou de groupe ou un plan d'actions relatif à l'emploi des seniors.

La pénalité, fixée à 1 % de la masse salariale, est due pour chaque mois entier au cours duquel l'entreprise n'est pas couverte par un accord ou un plan d'actions. Ainsi, en pratique l'entreprise a jusqu'au **30 avril 2010** pour être couverte par un tel accord ou plan d'action.

La pénalité de 1 % de la masse salariale, ne sera donc due, à partir du 1er avril 2010 qu'en l'absence d'accord ou de plan d'actions déposé au 30 avril 2010.

## **PEE ET ACCORD DE PARTICIPATION : DERNIER AVIS**

Rappel de deux récentes obligations :

**PARTICIPATION** : La loi du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail a prévu la possibilité d'un déblocage immédiat de la participation.

Les salariés peuvent désormais demander à libérer, pour tout ou partie, leur participation au lieu qu'elle soit bloquée pendant une durée de 5 ans. Il s'agit là, d'une mesure pérenne.

- Participation concernée : la participation des exercices clos après le 3 décembre 2008.
- Régime social et fiscal de ces sommes : les sommes débloquées immédiatement sont exonérées de cotisations sociales mais soumises à la CSG CRDS. Néanmoins, contrairement aux sommes bloquées, elles sont assujetties à l'impôt sur le revenu.

Les accords de participation doivent être modifiés, afin de préciser les modalités d'information des salariés, par voie d'avenant déposé au plus tard le 30 avril 2010.

PEE : Possibilité d'investir dans un FCPE solidaire. Tout règlement de PEE déposé depuis le 1er décembre 2008, doit prévoir la faculté pour ses adhérents d'affecter une partie de leur épargne à l'acquisition de parts de fonds communs de placement d'entreprise investis dans les entreprises solidaires.

Les règlements de PEE qui ne satisfont pas à cette possibilité devaient faire l'objet d'une mise en conformité avant le 1er janvier 2010. Il est donc indispensable si cela n'a pas déjà été fait, de se rapprocher de l'organisme gestionnaire du PEE pour savoir si cette formalité a bien été respectée.

**En cas de non respect de ces deux obligations, l'URSSAF serait en droit de réintégrer dans l'assiette des cotisations les participations d'une part et les participations, intéressements, abondements versés dans le PEE, d'autre part.**



Membre indépendant de Baker Tilly France  
et de Baker Tilly International

53, avenue Hoche - 75008 PARIS

Tél : 01 48 74 28 18 - Fax : 01 48 74 96 41

E-mail : [paris@gmba.fr](mailto:paris@gmba.fr)

Site Internet : [www.gmbabti.com](http://www.gmbabti.com)