

Forfait jours : l'accord collectif au secours de la loi (à propos de Soc. 29 juin 2011, PBRI)

par Emmanuelle RICHARD, Juriste syndicale

PLAN

- I. Les fondements de l'arrêt : le droit à la santé
- II. Le renvoi à l'accord collectif

« Il faut sauver le forfait jours ! » s'exclamaient d'aucuns (1) au lendemain de la condamnation, par le Comité européen des droits sociaux fondamentaux, du système issu de la loi du 20 août 2008. Ce n'était pas la première fois que le CEDS soulignait les insuffisances de la loi française (2) et cela n'avait pourtant pas arrêté le législateur. Légalisées en 2000 (loi Aubry II), assouplies en 2003 (loi Fillon II) et élargies aux non-cadres en 2005 sous le gouvernement Villepin (3), cette évolution législative a été parachevée par la loi du 20 août 2008 qui simplifie un peu plus le recours aux conventions de forfait.

Initialement, la loi « jouait sur plusieurs registres : la réduction collective de la durée du travail, certes, mais aussi l'adoption pour les cadres d'une approche du temps de travail dérogée des contraintes quantitatives et fondée sur une autre logique. L'innovation (...) permettait déjà de prédire le temps de travail de demain. Mais en prônant la réduction de la durée du travail au plan collectif, tout en ouvrant la porte à une approche individuelle du temps de travail pour les cadres, la loi était source de contradictions (...). L'extension du domaine du forfait jours, mesure en apparence modeste, contribue à cette mutation d'un droit de la durée du travail [de tous] vers un droit des temps de travail [de chacun] » (4).

« L'histoire ultérieure sera celle d'une expansion du dispositif des forfaits et tout spécialement des forfaits annuels établis en heures ou en jours ». Le développement des conventions individuelles de forfait s'explique en effet par « la recherche d'une plus grande flexibilité dans la gestion de la durée du travail, associée à une volonté politique non voilée de sortir des 35 heures » (5).

Il s'agissait, dans l'espèce ayant fait l'objet de l'arrêt retentissant du 29 juin 2011 (6), d'un salarié engagé comme responsable commercial sur une zone internationale. En application d'un accord de réduction et d'aménagement du temps de travail daté du 23 mai 2000, le contrat de travail du salarié stipulait qu'en sa qualité de « cadre autonome », il était soumis à une convention de forfait fixée à 217 jours par an. Raison pour laquelle sa rémunération mensuelle incluait « les heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures », majorations comprises. Après avoir démissionné, le salarié avait saisi le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir, entre autres demandes, le paiement d'heures supplémentaires ainsi que le versement de l'indemnité pour travail dissimulé. Les juges du fond avaient rejeté sa demande. Pour la Cour d'appel, en effet, la convention de forfait en jours que le salarié avait signée en application d'un accord collectif valable a justement pour objet d'exclure le décompte de la durée du travail en heures. Pas de paiement d'heures supplémentaires, donc.

Alors qu'un salarié sur dix est au forfait jours (7) (40 % des cadres sont concernés), la position de la Cour de

(1) Jean-Emmanuel Ray, *Liaisons sociales magazines*, mai 2011, p. 57.

(2) Le CEDS a été saisi à trois reprises par la CFE-CGC (en 2000, 2003 et 2009) et deux fois par la CGT (en 2003 et 2009). Le 23 juin 2010, le CEDS a estimé que le système français du forfait jours tel qu'il résulte de la loi du 20 août 2008 est contraire à l'article 2, § 1, de la Charte sociale européenne révisée, lequel impose de fixer une durée « raisonnable » au travail journalier et hebdomadaire. L'article 4 prévoit, quant à lui, « le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers » (sur cette décision, v. F. Akandji-Kombé, RDT 2011 p. 233).

(3) F. Meyer « Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non-cadres "autonomes" » Dr. Ouv. 2005 p. 528.

(4) Françoise Favennec-Héry, « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », p. 1126.

(5) Pierre-Yves Verkindt, « Les conventions de forfait », Dr. Soc. n° 4, avril 2010, p. 387 et 388.

(6) Reproduit ci-après p. 728.

(7) 12% si l'on ne considère que les salariés à temps complet. *DARES Indicateurs*, septembre 2011, n° 070, « Activité et conditions d'emploi de la main d'œuvre au 2^e trimestre 2011 – Résultats définitifs ».

cassation était bien sûr attendue. Allait-elle reprendre à son compte l'argumentation du CEDS et invalider le dispositif, permettant ainsi aux salariés concernés d'obtenir le paiement de milliers d'heures supplémentaires ? Avant même que la Chambre sociale ne se prononce, chacun marquait son camp. Tandis que la CGT « se réservait la possibilité d'ouvrir des contentieux devant les tribunaux pour obtenir la suppression de dispositions d'accords collectifs contraires à la Charte [sociale européenne révisée] » (8), les partisans d'une approche strictement individuelle des relations de travail (ou plutôt des économies du paiement d'heures supplémentaires qui vont avec (9)) prédisaient déjà « un arrêt de mort » qui constituerait ni plus ni moins un « retour au millénaire dernier » ! Si la Cour de cassation faisait le choix de la censure du dispositif, les conséquences, disait-on, allaient être terribles pour les salariés concernés : ne fallait-il pas envisager, à l'avenir, de mettre des « puces électroniques partout » pour « décompter à la minute près » le temps de travail des cadres « souvent montés par le rang et fiers de ne plus pointer ! » (sic) ? (10) La rhétorique du temps par essence non mesurable « est redoutable, et largement utilisée afin d'échapper à la réglementation (...) » : à quoi bon, en effet, des durées maximales de travail si le temps n'est pas quantifiable ? (11)

Quoi qu'il en soit, « le tsunami en matière de temps de travail des cadres ne s'est pas abattu sur les patrons français » (12). A travers cet arrêt daté du 29 juin 2011, la Cour de cassation a certes encadré le dispositif, mais pour mieux le valider. Même si était en cause le système en vigueur avant 2008, la large publicité qui a entouré la décision et la façon dont celle-ci est rédigée ne trompent pas : la solution de l'arrêt « a vocation à être générale » (13). Il n'est donc (pour l'instant ?) pas question de remettre en cause la validité du système dans sa globalité mais de l'encadrer un peu mieux, afin d'assurer au salarié le respect des garanties minimum prévues par la loi. Et tant pis si celles-ci, à mesure que les lois se succèdent, se réduisent comme peau de chagrin...

I. Les fondements de l'arrêt : le droit à la santé

« Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, § 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1 et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie (...) » : ces visas sont impressionnants. Trop, sans doute, et pas que pour le lecteur profane. Cette rédaction ne doit en tout cas rien au hasard, elle assoit pour partie la décision. Cet amoncellement de textes, dont on peut penser que certains ne font pas immédiatement sens pour l'utilisateur quotidien du droit du travail, qui plus est imbriqués les uns dans les autres, en deviendrait presque suspect. Comme si la Cour de cassation essayait de faire oublier au lecteur que la solution à laquelle l'arrêt conduit est, elle, finalement pas si impressionnante ?

Quant au fond, le droit communautaire est utilisé par la Cour de cassation comme un fondement qui joue à plusieurs niveaux : il est tout d'abord directement invoqué (« Vu... l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »). Puis il permet de renvoyer à un autre ordre juridictionnel (le Traité renvoyant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs), tout en faisant l'économie du débat sur l'applicabilité directe de la première Charte (14) et la portée juridique de la seconde (15). Enfin, il est utilisé comme norme d'interprétation du droit national (« l'article L. 3121-45 du Code du travail (...) interprété à la lumière de la directive (...) du 23 novembre 1993 (...), de la directive (...) du 4 novembre 2003 (...) et de la Charte des droits fondamentaux »).

(8) Déclaration de Bernard Thibault le 17 janvier 2011.

(9) Il faut relever au passage que l'intervention volontaire du MEDEF a été rejetée par la Cour de cassation, celui-ci ne « justifiant pas d'un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir la société Y..., défenderesse au pourvoi ».

(10) Jean-Emmanuel Ray, « Il faut sauver le forfait jours ! », *Liaisons sociales magazines*, mai 2011, p. 56.

(11) Pascal Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », Dr. Ouv. septembre 2009, p. 419, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(12) *L'Humanité* du 30/06/11.

(13) Françoise Favennec-Héry, « La validité du forfait jours : le grand écart », *RJS* 8-9/11, p. 589.

(14) Michel Miné, *Semaine Sociale Lamy* 2011, n° 1475, p. 7 ; Michel Morand, *JCP S.* 2011, p.1225 ; Françoise Favennec-Héry, *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1494, p. 5.

(15) « Cette Charte confère-t-elle des droits subjectifs ou pose-t-elle uniquement des principes d'interprétation dont le juge ne peut que s'inspirer ? L'arrêt commenté n'invoque la charte qu'au titre d'une interprétation conforme et contourne donc l'obstacle. » Françoise Favennec-Héry, « La validité du forfait jours : le grand écart », préc. p. 587.

Toutes ces normes ont en commun de se fixer pour objectif de limiter la durée maximale de travail, au nom d'impératifs de santé et de sécurité des travailleurs :

– l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne évoque en effet l' « *amélioration des conditions de vie et de travail* » ;

– l'article 6 de la directive du 4 novembre 2003 limite la durée maximale hebdomadaire de travail à 48 heures, sauf exceptions prévues à l'article 17 « *dans le respect des principes généraux de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs* » ; étant précisé que la directive « temps de travail » est « *une directive particulière d'application de la directive-cadre du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir "l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail"* » (16) ;

– l'article 2 de la Charte sociale européenne exige une durée « *raisonnable* » de travail journalier et hebdomadaire, afin d'assurer aux travailleurs des conditions de travail « *équitables* » ;

– l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne requiert quant à lui des « *conditions de travail justes et équitables respectant la santé, la sécurité, la dignité du travailleur et comportant le droit à une limitation de la durée maximale du travail, à des périodes de repos et de congés quotidiennes, hebdomadaires et annuelles.* »

La Cour de cassation, dans son premier attendu, va dans le même sens, en convoquant le droit constitutionnel à travers le Préambule de 1946 : « *le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles* ». Rejoignant ainsi le Conseil constitutionnel, qui avait jugé en 2005 que, s'il était loisible au législateur d'étendre le régime des conventions de forfait aux salariés non-cadres, il se devait néanmoins de respecter « *les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946* » (17).

Le message de la Cour de cassation est donc clair : *la loi doit avoir pour mesure la préservation de la santé*. Reste à savoir si l'affirmation de ce principe est susceptible de protéger plus efficacement les salariés. A l'inverse, s'il s'agit effectivement d'un principe en train de « *surplomber tout le droit du travail* » (18), si toute la relation de travail a vocation à être analysée uniquement à l'aune de l'état de santé du salarié, est-ce que cela ne

pourrait pas avoir pour effet de repousser un peu plus loin le curseur entre ce que l'employeur peut imposer et ne pas imposer (sur le mode : « tout ce qui ne nuit pas à la santé est autorisé »), mais aussi d'individualiser un peu plus la relation de travail, en mettant l'accent sur les effets que peuvent avoir sur telle ou telle personne des conditions de travail qui relèvent pourtant de logiques et d'une organisation collectives ?

II. Le renvoi à l'accord collectif

Selon l'article L. 3121-40 du Code du travail alors applicable (version antérieure à la loi du 20 août 2008), « *la conclusion de conventions de forfait est prévue par une convention ou un accord collectif de travail étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement. Cette convention ou cet accord prévoit les catégories de cadres susceptibles de bénéficier de ces conventions individuelles de forfait, ainsi que les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues.* »

L'article L. 3121-45 imposait, quant à lui, un certain nombre de mentions devant obligatoirement figurer dans l'accord collectif : « *Pour les cadres mentionnés à l'article L. 3121-38, la convention ou l'accord collectif de travail qui prévoit la conclusion de conventions de forfait en jours fixe le nombre de jours travaillés. Ce nombre ne peut pas dépasser le plafond de deux cent dix-huit jours. Cette convention ou cet accord prévoit :*

1° *Les catégories de cadres intéressés (...)* ;

2° *Les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos ;*

3° *Les conditions de contrôle de son application ;*

4° *Des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journée d'activité et de la charge de travail qui en résulte (...)* ».

Dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, était applicables un accord d'entreprise conclu le 23 mai 2000 ainsi qu'un accord de branche étendu daté du 28 juillet 1998 (modifié en 2000 et 2003). Conformément à la législation alors en vigueur, ce dernier instaurait des modalités de contrôle du nombre de jours travaillés (document permettant de décompter les journées ou demi-journées de travail ou de repos établi par l'employeur) et imposait à l'employeur de suivre l'organisation du travail (suivi régulier par le supérieur hiérarchique, entretien annuel) afin que

(16) Pierre-Yves Verkindt, « Les conventions de forfait », préc. p. 389. Sur la compatibilité du forfait jours avec la directive 2003/88 sur le temps de travail, voir également le commentaire de l'arrêt *Blue green* de Karim Hamoudi, Dr. Ouv. mars 2008, n° 716, p. 148.

(17) Cons. Const. n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, JO du 3 août. Dans le même sens : Cons. Const. n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, AJDA 1989, p. 796.

(18) Jean-Emmanuel Ray, « Forfait jours, pas forfait nuits et week-ends », *Liaisons sociales magazine*, septembre 2011, p. 64. Sur le recours aux droits fondamentaux comme « principe de rénovation du droit du travail », voir Michel Miné, « Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne », Dr. Ouv. janvier 2011, p. 40, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

l'amplitude et la charge de travail demeurent « raisonnables » et assurent une « bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé ».

L'accord collectif en question reprenait donc bien les mentions obligatoires prévues par la loi, *mais l'employeur n'en respectait pas le contenu*. C'est précisément cela que la Cour de cassation sanctionne dans cet arrêt du 29 juin 2011, et elle le fait lourdement : alors que, dans pareille situation, le salarié devait jusqu'à présent se contenter de dommages et intérêts (19), elle prive désormais d'effet la convention de forfait jours. Elle permet ainsi au salarié de prétendre au paiement des heures supplémentaires dont il a été privé. Le décompte de celles-ci ne sera peut-être pas aisé puisque, justement, la convention de forfait avait pour but de faire disparaître toute référence horaire. Mais le salarié bénéficie d'un régime probatoire aménagé : « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments* » (20).

En décidant que « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* », la Cour de cassation fait de l'accord collectif le garant du droit à la santé et à la sécurité, principe dont elle inscrit la stabilité à la fois dans le droit communautaire, le droit européen et le droit constitutionnel. La formule n'aurait-elle que l'apparence de la fermeté ? Car lorsque la Cour de cassation prétend, à l'instar du Conseil constitutionnel, « *donner toute sa place aux accords collectifs* » (21), n'est-elle pas plutôt en train de sauver un dispositif légal ne comportant pas de garanties suffisantes grâce à l'accord collectif ?

« *S'agissant du cas particulier des forfaits, le droit contemporain laisse une place importante à l'accord collectif, mais opère pour cette raison un transfert de responsabilité du législateur vers les partenaires sociaux* » (22). Alors même que la protection de la santé est avant tout une prérogative des pouvoirs publics : « *Le droit de la durée du travail (...), longtemps apanage du législateur, a fait au fil du temps une part grandissante à l'accord collectif au point que l'on a pu regretter un*

effacement de l'ordre public en ce domaine » (23). Effacement ? Pire : c'est aujourd'hui là où la déréglementation opère le plus efficacement (24).

Ce transfert de responsabilité du législateur vers les interlocuteurs sociaux semble d'autant plus problématique que la loi du 20 août 2008 a, entre autres, inversé la hiérarchie des normes (l'accord de branche ne s'applique qu'à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement) et fait disparaître les quelques clauses protectrices obligatoires qui figuraient à l'article L.3121-45 (25). L'accord collectif peut désormais se contenter de fixer les catégories de salariés concernées par le forfait jours, la durée annuelle du travail ainsi que « *les caractéristiques principales de ces conventions* » (art. L. 3121-39). Tant mieux si les détails sont réglés par l'accord collectif lui-même (cela suppose que les organisations syndicales de salariés sont en mesure d'imposer dans l'accord un certain nombre de mesures contraignantes, donc un rapport de forces qui leur est favorable).

Mais en sera-t-il toujours ainsi ? L'accord collectif doit, nous dit la Cour de cassation, assurer « *la garantie du respect des durées maximales de travail* ». Peut-être s'agit-il de créer des garanties conventionnelles là où les garanties légales font défaut. Mais, au fait, de quelles « *durées maximales* » s'agit-il exactement ? D'une durée hebdomadaire ? Journalière ? Voire annuelle ? « *Ceci conduit-il à réintroduire, par voie conventionnelle, ce dont l'article L. 3121-48 du Code du travail permet à l'employeur d'être dispensé* » (26) (durée quotidienne maximale et durée hebdomadaire maximale) ? Pour Françoise Favennec-Héry, « *la Cour de cassation semble imposer d'ajouter, conventionnellement, une durée maximale de travail qui pourrait être mensuelle ou annuelle, journalière et non pas horaire* ». Lorsque la Cour de cassation « *semble imposer* » des limites dont on ne connaît pas la nature, il y a peu de chance pour qu'on puisse réellement parler d'instauration de garanties supplémentaires pour les salariés.

On citera en écho la critique adressée par le CEDS au législateur de 2008 : « *La loi n'impose pas que les conventions collectives prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire (...). Même si les partenaires sociaux ont en pratique la possibilité de le faire, il n'est plus prévu que lesdites conventions*

(19) Voir par exemple : Cass. soc. 13 janvier 2010, n° 08-43.201.

(20) Cass. Soc. 25 mai 2011, ci-après p. 741 ; Cass. Soc. 24 novembre 2010, n° 09-40.928, RJS 2/11, n° 142.

(21) Communiqué de presse de la Cour de cassation, 29 juin 2011.

(22) Pierre-Yves Verkindt, préc. p. 392.

(23) Françoise Favennec-Héry, « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », Dr. Soc. n° 12, décembre 2005, préc., p. 1129.

(24) Pascal Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme objet de règles (deuxième partie) »,

Dr. Ouv. septembre 2009, p. 419, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(25) Sur le volet « temps de travail » de cette loi, M. Grévy « Où en est le temps de travail ? », Dr. Ouv. 2009 p. 192 (et rect. 255), disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier> ; F. Canut « Le nouvel ordonnancement juridique » Dr. Soc. 2010 p. 379.

(26) Françoise Favennec-Héry, « La validité du forfait jours : le grand écart », RJS 8-9/11, chronique p. 589.

collectives fixent les modalités de suivi et notamment la durée de travail quotidienne et la charge de travail (...). Le comité considère que, de ce fait, la procédure de négociation collective n'offre pas de garanties suffisantes pour que l'article 2 § 1 soit respecté » (27).

Mais peut-être espère-t-on (pieusement) qu'indépendamment du contenu de l'accord collectif, employeur et salarié se mettent d'accord pour encadrer le dispositif lors de la « négociation » de la convention individuelle de forfait, puisque celle-ci requiert l'accord écrit du salarié (art. L. 3121-40 du Code du travail) ? Cela va en tout cas dans le sens d'une évolution (consistant, ni plus ni moins, à revenir en arrière) qui a les faveurs du gouvernement actuel : la dérogation par le contrat de travail. Pour mieux « concilier » la protection des travailleurs et une vision partielle, donc partielle, de « l'efficacité économique », la réduction du droit réglementaire au profit du droit conventionnel et contractuel serait, nous dit-on régulièrement, « la seule voie crédible » (28).

Bien sûr, « nul n'aura la naïveté de croire qu'une telle clause dans le contrat initial ou qu'un tel avenant fait toujours l'objet d'une négociation approfondie entre les parties, quand bien même le salarié serait un cadre » (29). A fortiori quand il ne l'est pas (30) ! Ne restera alors plus, en guise de « garantie », qu'un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique destiné à faire le point sur « la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale du salarié » (mais le principe de respect de la vie privée risque fort de limiter les échanges), ainsi que sur sa rémunération (art. L. 3121-46 du Code du travail).

Quelques pistes de réflexion, en guise de conclusion. Sur la forme, tout d'abord, la Cour de cassation fait effectivement fi de toutes les difficultés : « défendre la validité du forfait jours tout en respectant les exigences de fond du droit constitutionnel et du droit communautaire ; appliquer le droit européen du Conseil de l'Europe sans trancher la question épineuse de l'effet

direct de la Charte sociale européenne ; encadrer un dispositif législatif sans se substituer au législateur ; inciter les partenaires sociaux à parfaire leurs conventions sans bouleverser les accords existants (...) » (31). On saluera le numéro d'équilibriste de la Chambre sociale. C'est quand même se réserver le beau rôle : donner l'impression que l'on arrive à concilier l'inconciliable sans être accusé de prendre partie. Sauf que la solution de l'arrêt n'a rien de la neutralité bienveillante affichée.

Sur le rôle que l'on veut faire tenir à la négociation collective, ensuite. Il ne semble pas inutile de dire quelques mots sur l'évolution dans laquelle cette décision s'insère. Lorsque l'accord collectif devient le moyen, non pas de sécuriser les avancées obtenues en faveur des salariés, en déterminant un statut collectif applicable à une collectivité de salariés plus favorable que les règles en vigueur (en d'autres termes, la raison d'être historique de la négociation collective...), mais plutôt un outil de flexibilisation à disposition de l'employeur lui permettant de fixer ses propres règles, en les individualisant en fonction de ses besoins, y compris en dérogeant aux règles de portée supérieure (32), on comprend que les représentants des employeurs aient subitement le souci de la « légitimité » des organisations syndicales. L'ossature de la loi du 20 août 2008 est à ce titre extrêmement révélatrice : d'une part, essayer de faire en sorte d'avoir des organisations syndicales dont la légitimité n'est pas contestable (premier volet de la loi : réforme des règles de représentativité syndicale), ou plutôt « légitimer » les accords collectifs qu'elles sont susceptibles de signer (mais pas n'importe lesquels !). Et d'autre part, simplifier les règles relatives à l'aménagement du temps de travail, tout en inversant la hiérarchie des normes entre accords collectifs (deuxième volet de la loi : réforme du temps de travail). Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si, parallèlement, la loi et la jurisprudence (33) ont tendance à réduire le rôle du délégué syndical à la seule négociation collective.

(27) CEDS, 23 juin 2010, Confédération française de l'encadrement CFE-CGC c/ France.

(28) Pour un exemple parmi tant d'autres, voir le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, intitulé « Refondation du droit social », remis à Xavier Darcos le 19 janvier 2010.

(29) Pierre-Yves Verkindt, préc. p. 389.

(30) Ainsi, par exemple, les techniciens du service après-vente Darty Ile-de-France, qui relèvent de la catégorie employés, sont soumis depuis des années au forfait jours, alors que les cadres de l'entreprise sont aux 35 heures.

(31) Françoise Favennec-Héry, « La validité du forfait jours : le grand écart », RJS 8-9/11, chronique p. 592

(32) Sur l'affaiblissement conventionnel des intérêts des salariés induit par les lois Aubry, voire notamment I. Daugareilh, P. Iriart et V. Lacoste : « Le contenu des accords collectifs

d'entreprise sur les 35 heures (observations à partir de 300 accords signés en Aquitaine) », Dr. Ouv. juillet 2001, p. 288 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(33) Si le délégué syndical est avant tout celui qui négocie les accords collectifs, il n'est pas utile de le désigner au plus près des salariés : ainsi, la définition de « l'établissement distinct » qui sert de base à la désignation du DS est en train de changer : Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.383. Voir Pascal Rennes « Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : une combinaison téléologique », Dr. Ouv. septembre 2011, p. 577, ainsi que ci-après p. 730 «Le périmètre de désignation des délégués syndicaux». Il n'est pas plus utile d'accorder des moyens supplémentaires pour faciliter notamment l'implantation syndicale (la loi du 20/08/08 n'évoque à aucun moment ces questions). Tant pis si les salariés, surtout dans le commerce et les services, sont de moins en moins rassemblés sur un même site de travail.

Sur le rapport au temps, enfin. « *Si l'on n'y prête garde, les évolutions contemporaines du droit du travail changeront radicalement le visage du droit du temps de travail, jusqu'à sa probable marginalisation* » (34). Travail à la tâche, à la mission, au rendement, en fonction des résultats de l'entreprise... La référence quantitative au temps serait le temps « des mineurs », bref, le temps du passé (35). Il nous faudrait désormais raisonner en termes « qualitatifs » (36). Cette vision prétendument moderne, qui consiste à ne plus faire du temps la mesure du travail, a pour conséquence d'atténuer la frontière entre vie privée et vie au travail, puisqu'est valorisée la disponibilité permanente. Au passage, notons que cet impératif est plus difficile à atteindre pour les

femmes, car celles-ci assument encore majoritairement les tâches domestiques (37).

Mais en amputant du temps de travail tous les temps vacants non productifs (le salarié est payé pour une tâche ou une mission à réaliser, indépendamment du temps qu'il met pour la mener à son terme) et en rendant le salarié responsable de sa tâche, l'employeur fait coup double. Sous des dehors d'autonomie, il s'agit en réalité de faire naître un investissement supplémentaire, un surcroît de motivation, évidemment plus profitable à l'employeur qu'au salarié. Cette prétendue autonomisation, apparente, du salarié ne va-t-elle pas de pair avec l'individualisation – manifeste – des rapports sociaux ?

Emmanuelle Richard

(34) Pascal Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme unité de mesure (première partie) », Dr. Ouv. septembre 2009, p. 419.

(35) Pour une illustration, voir les articles précités de Jean-Emmanuel Ray.

(36) L'hypothèse est envisagée par F. Favennec-Héry, « La validité du forfait jours : le grand écart », préc. p. 589.

(37) Catherine Halpern, « Peut-on en finir avec le plafond de verre ? », *Sciences Humaines* n° 195, juillet 2008.

Annexe

TEMPS DE TRAVAIL – Forfait jours – Condition de validité – Accord collectif – Contenu – Durée maximale de travail et temps de repos – Conséquences – Paiement des heures supplémentaires.

RÉMUNÉRATION – Caractère variable – Objectifs – Détermination – Modification – Accord du salarié – Nécessité (oui) – Paiement *pro rata temporis* (oui).

TRIBUNAUX – Cour de cassation – Intervention volontaire – Condition – Conservation de ses propres droits par le soutien à une partie.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 29 juin 2011

X contre **Société Y** (pourvoi n° 09-71.107)

Sur la recevabilité de l'intervention de l'association Mouvement des entreprises de France (MEDEF) examinée d'office :

Vu les articles 327 et 330 du Code de procédure civile ;

Attendu que, selon ces textes, les interventions volontaires sont admises devant la Cour de cassation, si elles sont formées à titre accessoire, à l'appui des prétentions d'une partie, et ne sont recevables que si leur auteur a intérêt pour la conservation de ses droits à soutenir une partie ;

Attendu que le pourvoi formé par M. X... est dirigé contre un arrêt qui, notamment, a rejeté sa demande en paiement d'heures supplémentaires et d'une indemnité pour travail dissimulé ; que le MEDEF ne justifie pas d'un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir la société Y..., défenderesse au pourvoi ; que l'association n'est donc pas recevable en son intervention volontaire ;

Sur le pourvoi :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé le 19 janvier 2001 par la société Y... en qualité de cadre autonome comme responsable commercial sur une zone internationale ; que son contrat de travail stipulait une convention de forfait en jours telle que prévue à l'accord sur l'organisation du travail du 28 juillet 1998 conclu dans la

branche de la métallurgie ; que le salarié bénéficiait d'une rémunération composée d'une partie fixe et d'une partie variable liée à la réalisation d'objectifs ; qu'il a démissionné le 30 janvier 2006 ; que se prévalant notamment des insuffisances de l'employeur quant au contrôle du nombre de jours travaillés ou de suivi de son organisation et de sa charge de travail et soutenant qu'en conséquence il n'avait pas perçu toutes les sommes auxquelles il pouvait prétendre au titre de l'exécution de son contrat de travail, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur le premier moyen :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14

de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, encore, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu, enfin, que, selon l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie, le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, afin de décompter le nombre de journées ou de demi-journées travaillées, ainsi que celui des journées ou demi-journées de repos prises ; que l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail ; que ce document peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur ; que le supérieur hiérarchique du salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours assure le suivi régulier de l'organisation du travail de l'intéressé et de sa charge de travail ; qu'en outre, le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées d'activité ; que cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé ;

Attendu que pour rejeter les demandes du salarié au titre d'heures supplémentaires et de travail dissimulé, l'arrêt retient que le contrat de travail fixait la durée du travail "conformément à l'accord collectif signé le 23 mai 2000 - article 6. 20 - que M. X... est classé dans la catégorie des cadres jouissant d'une large autonomie dans la gestion et l'organisation de leur temps de travail, catégorie bénéficiant d'une convention de forfait en jours déterminé sur la base de 217 jours de travail par an, qu'il est donc soumis au type d'horaire prévu par l'accord pour cette catégorie", que cette disposition par laquelle le salarié a accepté le bénéfice d'une convention de forfait sur la base de 217 jours par an s'interprète comme excluant la rémunération de toute heure supplémentaire dès lors qu'il était soumis à une convention de forfait en jours de travail telle que déterminée par cet accord et excluant les dispositions légales sur la durée du travail exprimée en heures ; que la référence dans les bulletins de paie à un horaire de 151,67 heures de travail par mois de même que les insuffisances de l'employeur en matière de contrôle du nombre de jours travaillés ou en suivi de l'organisation et de la charge de travail, à les supposer établies, ne sont pas de nature à remettre en cause la convention de forfait fixé en jours ; que cette convention

exclut les dispositions sur la durée légale du travail, les heures supplémentaires et des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail et donc un décompte de la durée du travail en heures ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les stipulations de l'accord collectif du 28 juillet 1998 dont le respect est de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours n'avaient pas été observées par l'employeur, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont elle devait vérifier l'existence et le nombre, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article L. 1221-1 du Code du travail ;

Attendu que le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément qui ne peut être modifié sans son accord ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement de primes contractuelles quantitatives pour l'exercice 2003-2004, l'arrêt retient que le bonus défini le 17 janvier 2002 et fondé sur une augmentation du chiffre d'affaires des ventes a été remplacé par un bonus quantitatif fondé sur une croissance de la marge ;

Qu'en statuant ainsi, sans avoir constaté l'accord du salarié sur la modification des objectifs dont la réalisation détermine le montant de la part variable de la rémunération prévue au contrat de travail pour les exercices 2003-2004 et 2005-2006, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le second moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement prorata temporis de la prime qualitative de l'exercice 2005-2006, l'arrêt retient que, quand bien même elle a été constamment payée sur les trois exercices antérieurs, cette prime ou bonus à périodicité annuelle était versée à la fin de chaque exercice et que cet avantage dépendait d'éléments subjectifs appréciés par l'employeur ne découlant pas directement de l'activité du salarié ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations que la prime qualitative prévue par le contrat de travail constituait un élément de la partie variable de la rémunération versée au salarié en contrepartie de son activité, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Dit irrecevable l'intervention volontaire de l'association Mouvement des entreprises de France (MEDEF) ;

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 septembre 2009, entre les parties, par la Cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris.

(Mme Collomp, prés. - M. Ballouhey, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Nicolas, de Lanouvelle et Hannotin, av.)