

Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme

par *Antoine LYON-CAEN*,

Professeur à l'Université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense,
Directeur d'études à l'EHESS

PLAN

- I. Enumération
- II. Combinaison
- III. Actions

Au départ, un litige plutôt banal : un cadre dit autonome soumis, à un régime de forfait en jours, réclame le paiement d'heures supplémentaires. Il invoque, pour justifier sa demande, la méconnaissance par son employeur du dispositif de contrôle et de suivi prévu par l'accord collectif pour accompagner le recours aux forfaits en jours.

Rappelons, sans y insister, que la loi s'est mêlée de cette pratique contractuelle qui a pour effet de dispenser d'un décompte du temps de travail. La première intervention date de la loi du 19 janvier 2000, dont les dispositions ont ensuite été assouplies par la loi du 2 avril 2005, puis par la loi du 20 avril 2008. L'actuelle rédaction, des articles L. 3121-38 et suivants du Code du travail est l'œuvre de cette dernière loi.

Ce n'est pourtant pas en contemplation de ce seul dispositif législatif qu'a été rendu l'arrêt, très signalé (1), qui a mis fin à ce litige. Son visa, majestueux, fait référence à une floraison de textes.

La générosité des références que comporte le visa contraste avec la précision et l'ascétisme du pourvoi. Cet écart livre sans doute un message. Avec cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation entend non seulement régler les conditions de recours aux forfaits en jours, mais choisit aussi d'exposer une méthode de règlement.

La générosité ne doit pas susciter une feinte surprise. L'arrêt, en effet, s'inscrit dans un contexte qui, sans commander cette multiplicité de références, en donne quelques facteurs explicatifs. D'une part, la mention, dans les arrêts de la Chambre sociale, des textes internationaux et européens appartient dorénavant à sa pratique rédactionnelle. La Chambre sociale est résolument entrée dans l'ère du droit international et du droit européen. D'autre part, le système du forfait en jours a fait l'objet de trois condamnations du Comité européen des droits sociaux pour défaut de conformité avec les dispositions de la Charte sociale européenne (2). La Chambre sociale non seulement ne pouvait ignorer ces critiques ; elle devait surtout, tôt ou tard, prendre parti sur la place qu'elle accordait à la Charte sociale européenne qui figure dans la légalité au respect de laquelle elle veille.

Si l'arrêt du 29 juin 2011 mérite une attention qui dépasse l'intérêt du sujet qu'il règle, s'il constitue ici un guide, c'est pour une triple raison. Son visa contient une énumération (I) de textes, qui, pour la majorité, sont des sources supra législatives. Autant d'étoiles qu'il faut identifier. Mais l'énumération recèle-t-elle un ordre ? Autrement dit, les étoiles forment-elles une constellation (II) ? Identifier les textes est un premier pas ; découvrir comment les articuler, un deuxième pas. Mais qui agit sous cette voûte céleste, doit se demander ce que ce visa apporte comme lumière pour l'action (III).

(1) Soc. 29 juin 2010, dont on lira avec profit les importants commentaires : M.-F. Mazars, S. Laulom, et C. Dejours, *in* RDT 2011-481 ; J.-Ph. Lhernould, LSE, oct. 2011, suppl. n° 287, p. 27 ; F. Favennec-Hery, RJS 8.9/11, p. 589 ; M.-F. Mazars et Ph. Flores, SSL n° 1499 ; E. Richard, Dr. Ouv. 2011 p. 723.

(2) Décis. CEDS, 16 nov. 2001, recl. collective 9/2000 ; décis. CEDS 12 oct. 2004, recl. collective 16/2003 et 22/2003 ; décis. CEDS 21 juin 2010, recl. collective 55 et 56/2009 ; v. J.-F. Akandji-Kombé, RDT 2011-233, et S. Laulom, RDT 2011-298.

I. Enumération

L'écriture a ses contraintes : les textes sont donc cités les uns après les autres. Ne prêtons cependant pas trop vite un sens à cet ordre. Le premier cité est l'alinéa 11 du Préambule de la **Constitution** de 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 : « Elle [la Nation] *garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

Ce n'est pas la première fois, loin s'en faut, que la Chambre sociale use de référence constitutionnelle (3). Ce qu'il faut néanmoins noter, c'est l'appartenance des droits que ce texte reconnaît et annonce garantir à la catégorie des "droits-à", ou droits-créances selon une terminologie courante. Ce ne sont pas des droits-libertés. La mention de "droits-à" confirme, s'il en est encore besoin, leur aptitude à produire certains effets de droit, notamment à servir à des fins de contrôle de la production normative.

Le deuxième texte cité est l'article 151 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, en ce qu'il se réfère à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Dans le texte de l'article 151, la référence est, en vérité, peu appuyée, car il y est seulement dit que « *L'Union et les Etats membres, conscients des droits fondamentaux tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne...* ».

Cette manière d'intégrer la Charte sociale européenne dans le visa n'est pas innocente. Il faut en effet rappeler une nouvelle fois que le Comité européen des droits sociaux, organe de contrôle de l'application de la Charte, a – trois fois – souligné le défaut de conformité du dispositif français des forfaits en jours avec la Charte et que de fortes voix réclamaient qu'enfin la Charte, éclairée par les décisions du Comité européen des droits sociaux, se voit reconnaître une efficacité juridique en droit interne. Avec la rédaction retenue, la Cour de cassation ne consacre pas l'efficacité juridique directe de la Charte, mais l'a fait entrer, moyennant la médiation du droit de l'Union européenne, dans le monde de ses références. Une référence directe aurait pu valoir reconnaissance d'une efficacité directe avec, sauf à prétendre qu'il commet une erreur, la leçon que le Comité européen des droits sociaux administre, c'est-à-dire la non-conventionalité du dispositif français. Le dispositif français échappe donc à cette indignité. Mais la référence

médiate faite à la Charte a le double avantage de conférer un certain rôle à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et une certaine efficacité à la Charte.

Le texte ensuite cité est l'article L. 3121-45 du Code du travail (abrogé et remplacé avec la loi de 2008), ce qui ne mériterait pas même d'être relevé s'il n'était indiqué qu'il est interprété « *à la lumière* » de deux directives de l'Union européenne et de l'article 31 de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**.

Cette interprétation « *à la lumière* » du droit de l'Union européenne signale sans doute la clé de l'arrêt, mais la clé n'est formellement utilisée que pour définir les rapports entre le texte de droit interne et les directives ainsi que la Charte des droits fondamentaux (dite la Charte de Nice) : cette clé, c'est *l'interprétation conforme*.

En bref, cette exigence, qui est issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, reprise avec sagesse par la Cour de cassation (4), se traduit dans l'obligation pour les juges nationaux de conformer la règle déduite d'un texte de droit interne à la règle déduite d'un texte de droit de l'Union européenne. Elle régit donc, comme son nom l'indique, l'activité d'interprétation. La Chambre sociale de la Cour de cassation fait un large usage de cette exigence d'interprétation conforme (5). Il s'agit, il est vrai, d'une des voies de transfusion du droit de l'Union européenne dans le droit national et elle constitue une voie douce, car elle échappe aux chocs des contrariétés.

L'arrêt ne limite pas aux directives et à leur interprétation les sources de l'examen de conformité. Il s'étend à l'article 31 de la Charte, dont la formulation est ambitieuse (6). Cette extension n'est en rien usurpée. L'invocation des droits fondamentaux consignés dans la Charte est parfaitement justifiée lorsqu'il s'agit d'apprécier une action normative de l'Union européenne ou l'action d'un Etat membre dans sa mise en œuvre du droit de l'Union. La Charte, en son article 31, vient d'ailleurs plutôt en renfort des directives dont l'objet direct porte sur les règles relatives au temps de travail dans leurs rapports avec la santé et la sécurité des travailleurs.

Le visa comporte encore une référence à l'**accord collectif applicable**. Les parties en discutaient la portée

(3) V. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Droit du travail » in *Dictionnaire de droit constitutionnel comparé* (D. Chagnollaud et M. Troper, dir.), Dalloz t. III, à paraître 2012.

(4) V. l'exemple historique de l'article L. 122-12 du Code du travail, devenant L. 1224-1, Ass. plén. 16 mars 1990, *GADT* 4^e édition n° 63, D. 1990.305 et la note, Dr. soc. 1990.339, concl. H. Dontenville, notes G. Couturier et X. Prétot, Dr. Ouv. 1990.217, note E. Wagner.

(5) V. les illustrations citées par J.-Ph. Lhernould, *LSE*, oct. 2011, précit.

(6) « *Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité ; tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période de congés payés.* »

et la sanction. Autrement dit, cette référence ne pouvait être omise.

L'arrêt aurait pu être plus économe et ne se référer qu'au texte législatif en vigueur et à l'accord collectif applicable. Il aurait pu, selon un modèle aujourd'hui familier, faire appel aux normes de l'Union européenne. Le choix, on l'a vu, a été autre : il a, au moins de prime

abord, consisté à remonter vers les normes de source supra législative et, en allant vers elles, à intégrer des formulations plus concises parce que destinées à fixer une direction, et non pas seulement une réglementation détaillée. En somme, à procéder à une remontée en généralité.

Mais, par delà cette ascension, qu'aperçoit-on ?

II. Combinaison

Dès que sont citées des dispositions de valeur constitutionnelle ou des dispositions de l'Union européenne, la tentation existe de repérer dans l'énumération, qui les vise, le rappel d'une **hiérarchie**.

Si tel était le cas, il faudrait encore s'entendre sur la hiérarchie dont il s'agit. Car les règles qui sont visées dans l'énumération peuvent donner lieu au jeu d'au moins deux hiérarchies.

Une première est fondée sur le **contenu** des règles. Cette hiérarchie s'exprime dans les rapports entre droits fondamentaux et réglementation, regardés les uns comme des objectifs, les autres comme leur mise en œuvre. Et encore faut-il noter qu'en droit de l'Union européenne, singulièrement dans le domaine social, ont été découverts par la Cour de justice, à distance des droits fondamentaux, des « *principes ou règles... d'une importance particulière* », dont le droit au congé payé annuel, ou la limitation de la durée hebdomadaire à 48 heures sont des illustrations intéressantes (7).

Cette hiérarchie, fondée sur le contenu des règles, laisse une place pour l'invalidation de la réglementation contraire aux droits fondamentaux, ou aux « *principes ou règles d'une importance particulière* », lorsque droits fondamentaux ou principes d'importance particulières se voient dotés d'un statut qui rende possible cette invalidation.

Une seconde hiérarchie est fondée sur l'**autorité** des règles. Rappelons alors les règles dont il est fait état dans la belle énumération que comporte le visa commenté : règles constitutionnelles, règles issues de traités internationaux, avec une mention spéciale pour les règles issues des traités instituant ou assurant le fonctionnement de l'Union européenne, règles de droit secondaire de l'Union, règles de source législative... Si la combinaison des règles citées était à rechercher dans une hiérarchie fondée sur leur autorité, on devine les redoutables questions qu'il faudrait aborder. Deux suffiraient à la joie et aux difficultés des juristes contemporains : la première a trait aux rapports entre

règles constitutionnelles et règles de l'Union européenne, la seconde aux rapports entre règles de l'Union européenne et règles de source internationale dans le domaine des droits fondamentaux. Les rapports suscitent, on le sait, de vigoureuses controverses.

Il n'est pas exclu que, dans l'ordre des citations, l'arrêt ait esquissé une hiérarchie.

Mais rien n'est moins sûr. Car la combinaison qui inspire l'arrêt du 29 juin 2011 n'est pas dictée par le respect d'une règle de hiérarchie, mais par une quête de conciliation.

Le résultat le plus saillant de l'examen du dispositif français de forfait en jours auquel procède la Cour de cassation réside dans non pas, à proprement parler, sa conformité aux règles supra législatives mentionnées dans le visa, mais dans son absence de non-conformité à ces règles.

Il y avait virtuellement place pour un contrôle de conventionalité : le dispositif français est-il conforme aux dispositions de la Charte sociale européenne ? L'absence de conformité aurait conduit à la paralysie du dispositif français (8).

Il y avait virtuellement place pour un contrôle de sa conformité au droit de l'Union européenne. L'absence de conformité aurait, de la même manière, débouché sur la paralysie du dispositif français.

Il y avait même une place possible pour un examen de conformité à la Constitution, qui aurait peut-être provoqué une question prioritaire de constitutionnalité. Aucun de ces contrôles n'a été mis en œuvre. Ce que le visa majestueux qui introduit l'arrêt commenté a amorcé, c'est une dynamique d'interprétation : l'identification d'une règle – la signification d'un énoncé – doit tenir compte des autres règles, de source variable, d'autorité variable et, autant qu'il est possible, la même dynamique doit être à l'œuvre pour articuler les règles de niveau supra législatif, règles constitutionnelles et règles internationales.

(7) V. la liste établie par J.-Ph. Lhernould, in *LSE*, oct. 2011.

(8) Sur la sanction du contrôle de conventionalité, v. X. Dupré de Boulois, RFDA, 2008-499 ; A. Lyon-Caen, « Dispersion des

compétences et cohérence du droit : les leçons du CNE », in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, J.-F. Akandji-Kombé (dir.) Montchrestien, 2011, p. 116

Pour qualifier une telle dynamique d'interprétation, plusieurs expressions ont été utilisées : interprétation intertextuelle, interprétation systémique... Ce qui compte, c'est la lumière que les autres règles jettent sur la fixation de la signification d'un énoncé. Cette

dynamique ne met pas nécessairement toutes les règles sur un même pied, ou plutôt ne leur accorde pas, par principe, le même poids. Et c'est cette différenciation des règles et des valeurs qu'elles expriment qui se trouve au cœur des combats interprétatifs.

III. Actions

Il est une leçon qu'administre de façon immédiate l'arrêt du 29 juin 2011. Cette leçon concerne l'office des juges.

Moins que jamais les juges sont soumis. L'ont-ils été un jour ? La quête historique est ouverte. En tout cas, de l'arrêt, il ne reste rien de l'image des juges, purs agents d'application...

A ceux qui en doutaient encore, il est, exemple à l'appui, montré que l'interprétation est création : il s'agit d'agencer des textes ou, mieux les règles qui en résultent.

Le sort du dispositif français des forfaits en jours se prêtait à des choix. Un contrôle de constitutionnalité aurait donné lieu à une confrontation abstraite de règles. Un contrôle de conventionalité aurait introduit des facteurs de contextualisation. La dynamique de l'interprétation conforme, qui inspire résolument la Cour de cassation, fonde des modelages et remodelages des règles. Et un dernier espace de choix apparaît clairement avec la conjugaison des règles. Certains juges peuvent se borner à examiner ce qu'une directive livre comme orientations pour interpréter les textes internes ; d'autres peuvent montrer leur sensibilité à l'invocation des droits

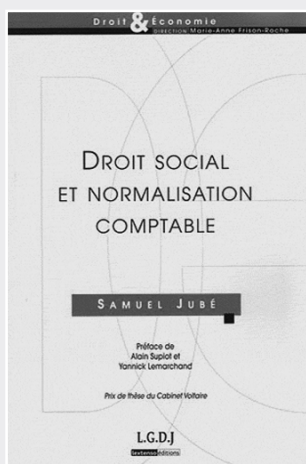
fondamentaux, mieux, à l'invocation de ces droits tels qu'ils sont consignés dans des textes différents. N'est-il pas temps d'admettre que « *la répétition sous de multiples supports textuels d'un même droit fondamental est loin d'être insignifiante* » (9) ?

Quant aux **protagonistes sociaux** et à ceux qui les conseillent, leur pouvoir de proposition est à la mesure des marges de choix dont disposent les juges. L'horizon des juges s'est ouvert ; l'horizon des protagonistes sociaux aussi.

Bien sûr, l'usage de ce pouvoir de proposer des interprétations doit être maîtrisé, contrôlé, réfléchi. Tout litige ne se prête pas à une remontée en généralité, sur l'exemple que donne l'arrêt du 29 juin 2011. Le pluralisme des références utiles est une chance, mais son maniement est délicat. Ainsi, le recours aux droits fondamentaux recèle faiblesse et force. Faiblesse par la formulation générale et abstraite des énoncés qui constitue une limite parfois difficile à surmonter. Force, néanmoins, par ce que les normes fondamentales n'ont pas, en principe, le cynisme des réglementations.

Antoine Lyon-Caen

(9) J. Porta, Dr. Ouv. 2010-720.



Droit social et normalisation comptable, par Samuel Jubé

La normalisation comptable a profondément bouleversé la fonction sociale de la comptabilité et ses rapports avec le droit. Jusque-là, la comptabilité était un instrument de responsabilisation de l'entrepreneur. Depuis, elle est devenue un instrument de normalisation de l'entreprise. Bien qu'elle s'intègre dans l'ordre juridique étatique, la normalisation comptable suit un modèle d'« économie dirigée non étatique », visant à remplacer l'intervention rigide de l'État par l'interposition constante d'une information commune générant l'ajustement spontané des entreprises. Les normes comptables organisent un système de comparaison interentreprises, destiné à mettre en valeur la moindre variation des marchés pour contraindre les entreprises à réagir par des réorganisations de plus en plus fréquentes.

Ces analyses éclairent d'un nouveau jour l'essor des normes comptables internationales IAS-IFRS, leur adoption récente par l'Union européenne et leur articulation avec les processus nationaux de normalisation comptable. Elles mettent également à jour les effets de la normalisation comptable sur l'ensemble des branches du droit relatives à la gouvernance d'entreprise et particulièrement le droit social. Alors qu'à la Libération, elle avait suscité de grands espoirs, notamment chez les syndicats, la normalisation comptable vient progressivement prendre à revers les dispositifs institués par le droit social et les prive parfois de toute efficacité (parallèlement, le modèle comptable pénètre le droit social. Le « non-

comptable » s'efface au profit du « comptable » : régulation des relations par de nouveaux modes de rémunération, renouvellement profond des modes de gestion des régimes de Sécurité sociale, adoption de nouveaux outils (bilan social, bilan de compétences, crédit formation, etc.). Peut-on pourtant se fier aux normes comptables pour fournir une image fidèle des relations de travail ?

Mettant en évidence d'importantes lacunes dans la production de cette image, tant à l'actif qu'au passif du bilan, cet ouvrage propose des pistes pour réconcilier droit social et normalisation comptable.

L.G.D.J. coll. Droit et Economie - ISBN : 978-2-275-03687-8 - 680 pages - 68 euros