

# On peut toujours faire pire !

(Les forfaits en jours après la loi « Travail »)

par Philippe MASSON, collectif « Droits et libertés » de l'UGICT-CGT

## PLAN

- I. Où en étions-nous avant la loi « Travail » ?
- II. Une « sécurisation » en trompe l'œil
  - A. Quand un article chasse l'autre
  - B. Le blanchiment des accords illicites
- III. Les conséquences ne se sont pas fait attendre

**Condamné à quatre reprises pour violation de la Charte sociale européenne, sommé par la Cour de cassation de tenir compte de sa jurisprudence, le Gouvernement français allait-il se saisir de la loi « Travail » pour édicter une législation enfin respectueuse du droit à la santé et au repos des salariés soumis au régime des forfaits en jours (I) ? Hélas non. Pire encore, l'application du nouveau dogme de réécriture du Code du travail en trois séquences – ordre public, champ de la négociation collective, dispositions supplétives – conduit à un texte surréaliste, où l'article décrivant le contenu obligatoire des accords encadrant ces forfaits est immédiatement suivi d'un autre qui lui enlève toute portée. En l'état, il ne répond pas aux exigences des normes constitutionnelles ou internationales (II). Cependant, il apporte une apparence de sécurisation qui a déjà suscité un important mouvement de (re)négociation des accords. Dans cette situation singulièrement compliquée, la défense de la jurisprudence développée par la Cour de cassation depuis six ans est un enjeu essentiel (III).**

## I. Où en étions-nous avant la loi « Travail » ?

Rappelons que le forfait en jours, initialement prévu comme modalité de réduction du temps de travail pour des cadres disposant d'une certaine autonomie, est devenu le principal outil d'intensification du travail et d'envahissement de la vie personnelle, concernant 13,6 % des salariés, toutes catégories confondues, et plus de 50 % des cadres (1). Ce régime a été condamné par le Comité européen des Droits sociaux pour violation des articles 2 § 1 (droit à une durée raisonnable du travail) et 4 § 2 (droit à une rémunération équitable) de la Charte sociale européenne (2).

Le CEDS ne rejette pas le dispositif lui-même, mais constate que la seule limite à la durée hebdomadaire de travail découlant de la législation française est de 78 heures, « *manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable* », et que les salariés peuvent être amenés à effectuer un nombre excessif d'heures

supplémentaires non rémunérées. Le Comité accepterait que ces carences soient palliées par la négociation collective, mais considère que la loi n'impose ni un contenu suffisant aux accords encadrant ces forfaits, ni des modalités de négociation apportant les garanties nécessaires, du fait, notamment, de la place reconnue aux accords d'entreprise.

S'inspirant de cette approche et mobilisant le droit constitutionnel à la santé et au repos, la Cour de cassation (3) a jugé 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* » (4). Ces stipulations doivent notamment « *garantir que l'amplitude [des journées d'activité] et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* » (5).

(1) Jusqu'à 32,2 % des salariés dans les banques et assurances, près de 20 % dans les entreprises de plus de 500 salariés et 58,8 % des cadres dans les secteurs industriels (DARES Résultats n°080, décembre 2016).

(2) En dernier lieu, décisions du 23 juin 2010 n° 55/2009 et n° 56/2009.

(3) Pour une vue d'ensemble de son approche, voir « *Forfaits en jours : un encadrement presque parfait ?* », Philippe Masson, Droit Ouvrier n° 794, septembre 2014.

(4) Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, Dr. Ouv. 2011 p.728 n. E. Richard, Dr. Ouv. 2012 p.171 s. n. A. Lyon-Caen, M. Bonnechère, S. Baradel. Depuis l'arrêt *Hôtels, cafés, restaurants* (Cass. Soc. 7 juillet 2015, n° 13-26.444), la Chambre sociale précise qu'il s'agit des « *durées maximales raisonnables de travail* ».

(5) Formule adoptée à partir de Cass. Soc. 26 septembre 2012, n° 11-14.540, *Commerce de gros*.

En l'absence de telles dispositions, la Chambre sociale considère que l'accord collectif n'est « *pas de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours* ». Elle en déduit la nullité de toute convention individuelle signée sous l'empire de l'accord considéré, le salarié pouvant alors revendiquer le paiement d'heures supplémentaires et des dommages et intérêts pour dépassement des durées maximales de travail quotidiennes et hebdomadaires. Par ce moyen, le plus souvent soulevé d'office, la Cour a « retouqué » au moins treize conventions collectives de branche (6). Seuls ont été jugés conformes à ses exigences l'accord du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie (7), l'accord du 29 mai 2001 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail dans le secteur bancaire (8) et un accord d'entreprise (9).

Cette démarche a été approuvée par le CEDS. Dans son rapport 2014 sur le bilan de l'application de la Charte par l'État français, « le Comité constate que la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait-jours. Il considère, par conséquent, que l'article 2 § 1 sera respecté lorsque toutes les conventions collectives concernées auront été modifiées conformément à l'arrêt de la Cour ».

La Cour ne pouvait davantage admettre cette inconfortable situation où sa jurisprudence devait pallier les insuffisances du Code du travail. Dans la rubrique « *suggestions au législateur* » de son rapport 2014, elle exprime fermement son insatisfaction et conclut : « *Aussi le législateur est-il invité à se réapproprier la question pour énoncer de manière positive les dispositions que devrait comporter l'accord collectif ou la convention collective qui prévoit la possibilité de la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours pour répondre aux exigences constitutionnelles et européennes, en ce qui concerne le droit à la santé et au repos et la protection de la santé et de la sécurité du travailleur ; (...) ; Il serait souhaitable que la loi énonce clairement et précisément que l'accord collectif ou la convention collective auquel elle subordonne la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours doit prévoir des modalités propres à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié concerné demeurent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et qu'en toute hypothèse, les dispositions relatives au repos quotidien et hebdomadaire sont applicables aux salariés concernés par une convention de forfait en jours* » (10).

Mais quelques mois plus tard, le Gouvernement présentait un projet de loi « Travail » bien éloigné de ces sages recommandations...

## II. Une « sécurisation » en trompe l'œil

Selon la ministre du Travail, les dispositions concernant les forfaits en jours incluses dans la nouvelle loi visaient à inscrire dans le Code du travail protection des salariés et sécurité juridique des employeurs. Mais la lecture du texte effectivement adopté (11), écrit en trois parties, comme l'ensemble des dispositions concernant le temps de travail et son organisation, va réserver bien des surprises (A). La loi procède aussi à un sauvetage acrobatique des conventions signées antérieurement à sa publication (B).

### A. Quand un article chasse l'autre

Dans la sous-section 1 « Ordre public », le nouvel article L.3121-60 énonce : « *L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail* ». On note avec intérêt l'affirmation de la responsabilité de l'employeur, la mention de la régularité du contrôle et la place accordée à la charge de travail. La phrase évoque à l'évidence un des attendus de principe de la Chambre sociale, hélas amputé de la référence à l'amplitude des journées de travail, ignorant donc la question, pourtant prégnante,

(6) La dernière en date est celle de l'immobilier (Cass. Soc. 14 décembre 2016, n° 15-22.003).

(7) Cass. Soc. 29 juin 2011, prec. Plusieurs formulations utilisées dans cet accord ont été érigées par la Cour en attendus de principe.

(8) Cass. Soc. 17 décembre 2014, n° 13-22.890. Sur cet arrêt discutable, rendu en cassation d'une décision très mal motivée de la Cour d'appel de Paris, voir « *La ligne blanche est-elle franchie ?* », Philippe Masson, Semaine sociale Lamy n° 1661, 26 janvier 2015.

(9) Cass. Soc. 8 septembre 2016, n° 14-26.256, SDG.

(10) Le rapport annuel est disponible sur le site de la juridiction.

(11) Nous ne traiterons ici que des éléments les plus importants modifiés par la loi « Travail » : contenu des accords encadrant les conventions individuelles de forfait, responsabilités de l'employeur, introduction d'un « *droit à la déconnexion* ». La description des salariés éligibles – cadres ou non-cadres, leur exclusion du bénéfice des durées maximales ordinaires de travail et la possibilité pour les « salariés volontaires » de renoncer à une partie de leurs jours de congé demeurent inchangées. La primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche n'est pas, non plus, nouvelle. Quelques autres changements mineurs ont été apportés. Le lecteur trouvera en annexe à cet article l'intégralité de la nouvelle législation concernant les forfaits en jours.

des « *durées maximales raisonnables de travail* ». Mais conformément à la nouvelle logique rédactionnelle, cet article énonce un objectif dont la mise en œuvre est renvoyée aux sous-sections suivantes.

Dans la sous-section 2 « *Champ de la négociation collective* », on trouve donc deux articles qui confirment la nécessité de l'encadrement des forfaits par accord collectif et déterminent le contenu nécessaire de celui-ci :

– « *Les forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* » (L. 121-63) ;

– « *L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine : 1° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ; 2° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération, ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ; 3° Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L. 2242-8* » (L. 3121-64 II).

L'emploi répété du terme « *modalités* » réfère aux exigences de la Cour de cassation, qui censure les accords collectifs ne comportant que des buts à atteindre sans préciser les dispositions concrètes permettant d'y parvenir (12). Le point 2° remplace l'ancien article L. 3121-46, qui prévoyait un entretien annuel sur les mêmes thèmes, et on peut considérer que la périodicité de la communication prévue ne pourrait être supérieure à un an. Le point 3° rappelle, à juste titre, que le « *droit à la déconnexion* » est indispensable à un encadrement efficace du régime des forfaits en jours, mais la formule « *le salarié peut exercer son droit...* » atténue la responsabilité de l'employeur dans sa mise en place effective. Et on ne trouve toujours pas trace de l'amplitude de la journée de travail (13) ! Cependant, la confirmation, au point 1°, de la responsabilité de l'employeur et de la régularité du suivi est un acquit indéniable. Sans répondre à toutes les attentes (14), cette partie du texte, confortant des éléments clé de la jurisprudence de la Chambre sociale sans en contredire le surplus,

empruntait donc la voie d'une meilleure protection de la santé des salariés concernés.

Sauf qu'après la sous-section 2 vient la sous-section 3 « *Dispositions supplétives* », dont le premier article est ainsi rédigé : « *I.- À défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes : 1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ; 2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ; 3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.*

*II.- À défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3° du II de l'article L. 3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L. 2242-8* » (L. 3121-65).

Nous n'avions donc rien compris ! L'accord collectif que l'article L. 3121-63 érigeait en élément indispensable à la signature des conventions individuelles, et dont l'article L. 3121-64 précisait le contenu impératif (15), peut être contourné et remplacé par des dispositions peu contraignantes et déterminées en grande partie par décision unilatérale de l'employeur.

En effet :

– Le point I-1° ne fait que rappeler la responsabilité de l'employeur dans le décompte du temps de travail effectué par ses salariés, quelles qu'en soient les modalités.

– Le point I-2° ne limite la charge de travail qu'à sa compatibilité avec les repos minimaux quotidiens de 11 heures et hebdomadaires de 24 heures. Comme le remarque le CEDS, cela conduit à tolérer des semaines « *déraisonnables* » de 78 heures (16) et surtout ignore

(12) Voir par exemple les deux arrêts *cabinets d'experts-comptables et commissaires aux comptes* rendus le 14 mai 2014, n°12-35033 et n°13-10.637.

(13) Ce qui est d'autant plus fâcheux que, dans la législation antérieure à la loi du 20 août 2008, l'ancien article L. 3121-45 4° (recodification de l'article L. 212-15-3 créé par la loi *Aubry II*) exigeait de l'accord collectif qu'il comporte « *des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte* ».

(14) Les insuffisances que nous signalons à propos du contrôle du temps et de la charge de travail ne sont pas les seules. Les

questions évoquées à la note 11 ci-dessus ont également nécessité l'intervention créatrice de la jurisprudence, non transcrite dans la loi « Travail ».

(15) Rappelons que, selon les « *canons de la légistique* » qui ont présidé à la recodification du Code du travail en 2008, l'indicatif présente une valeur d'impératif.

(16) La Cour de cassation exprime la même idée en distinguant systématiquement « *le respect des durées maximales raisonnables de travail* » et celui « *des repos, journaliers et hebdomadaires* ».

les relations entre charge de travail, durée et intensité de celui-ci. Pour la plupart des salariés en forfait en jours, la charge de travail leur est imposée sous la forme d'objectifs à atteindre : une charge de travail excessive rend illusoire toute idée de maîtrise dans l'organisation de leur activité et impose nécessairement un temps et un rythme de travail inacceptables. Disparaît également toute notion de répartition de la charge de travail : or, l'accumulation de « journées à rallonge », même assortie de temps importants de repos, est un facteur de risque pour la santé et de perturbations pour la vie personnelle. On observera, en outre, que la régularité du contrôle a disparu dans l'énoncé de cette « disposition supplétive ».

– Ne reste, au point I-3°, que l'entretien annuel, auquel la Chambre sociale est très attachée, mais dont elle considère qu'il est complémentaire d'un suivi régulier. Plus généralement, elle juge insuffisantes les mesures ponctuelles de surveillance telles qu'« un suivi spécifique au moins deux fois par an » (17) et inopérantes les modalités qui renvoient à un contrôle *a posteriori*, comme « un examen trimestriel par la direction des informations communiquées par la hiérarchie » (18).

– Enfin, le point III donne à l'employeur toute latitude pour adapter les modalités du « droit à la déconnexion » à la situation des salariés en forfait en jours (19).

Les dispositions figurant dans cet article sont à l'évidence insuffisantes au regard des normes internationales, comme de la jurisprudence française.

Prise dans son ensemble, cette nouvelle législation est consternante. Il semble que ses auteurs aient eu quelques difficultés à maîtriser leur parti pris dogmatique d'une réécriture du Code du travail en trois séquences. Ainsi, une loi visant à la promotion de la négociation collective (20) en organise la caricature : où sont l'équilibre et la loyauté du dialogue social quand la partie patronale sait qu'en cas d'échec, elle ne serait tenue qu'à des obligations minimales ? Certes, la loi « Travail » ne semble pas remettre en cause « l'existence impérative » d'un accord, explicitement prévue par l'article L.3121-63 (21). Mais ce n'est pas une contrainte sérieuse, puisqu'il peut être conclu à n'importe quel niveau, de l'établissement à

la branche : les cas d'entreprises hors champ de tout accord prévoyant la mise en place de forfaits en jours doivent être rarissimes, si tant est qu'il en existe.

Si l'on s'en tient à la lettre du texte, les seules mesures réellement garanties en matière de protection de la santé des salariés sont les « dispositions supplétives » de l'article L.3121-65. L'objectif assigné par « l'article d'ordre public » L.3121-60 est privé de toute effectivité : en effet, selon le nouvel article L.3121-53, figurant également dans la sous-section 1, « La durée du travail peut être forfaitisée en heures ou en jours dans les conditions prévues aux sous-sections 2 et 3 de la présente section ». En l'absence d'un accord répondant aux conditions de l'article L.3121-64, un employeur respectant les « dispositions supplétives » sera donc réputé « s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ».

Mais le plus grave est le contournement de l'accord collectif introduit par la loi. Comme le rappelle le CEDS (22), « pour être jugé conforme à la Charte révisée, le système de flexibilité du temps de travail doit fonctionner dans un cadre juridique précis, qui délimite clairement la marge de manœuvre laissée aux employeurs et aux salariés pour modifier, par accord collectif, la durée du travail ».

Le Conseil constitutionnel, à propos d'une loi modifiant le régime des forfaits en jours, a également admis que le législateur délègue une partie de ses prérogatives aux partenaires sociaux (23) : « Considérant, en second lieu, qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 95 de la loi déferée pouvait renvoyer à des conventions ou accords collectifs de branche ou d'entreprise la définition des catégories de salariés concernés, ainsi que les modalités concrètes d'application des conventions de forfait en jours prévues par le III de l'article L.212-15-3 du Code du travail ».

(17) Cass. Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Syntec*, Dr. Ouv. 2013 p.611 n. E. Richard.

(18) Cass. Soc. 26 septembre 2012, n° 11-140540, *Commerce de gros*.

(19) Possibilité d'autant plus regrettable que la législation n'instaure pas un véritable « droit à la déconnexion » comportant des éléments objectifs opposables à l'employeur ; mais uniquement une obligation annuelle de négociation, débouchant soit sur un accord, soit sur une décision unilatérale de l'employeur sans contenu impératif (nouvel article L.2242-8).

(20) Rappelons que le titre II de la loi est intitulé « Favoriser une culture du dialogue et de la négociation » et son chapitre 1<sup>er</sup> « Des règles de négociation plus souples et le renforcement de la loyauté de la négociation ».

(21) Dans la version du projet de loi transmise pour avis au Conseil d'Etat, la validité des forfaits en jours en l'absence d'accord collectif était cependant prévue pour les entreprises de moins de cinquante salariés, sous réserve du respect par l'employeur des modalités figurant dans les sous-sections 2 et 3 du texte définitif. Cette exception a été levée, mais les « dispositions supplétives » alléguées pour toutes les entreprises.

(22) Décision du 23 juin 2010, paragraphe 52.

(23) Décision 2005-523 DC du 29 juillet 2005, considérants 8 et 9, validant la loi du 2 août 2005.

A *contrario*, la constitutionnalité d'un dispositif dérogatoire sans base légale, réglementaire ou conventionnelle, est plus que douteuse.

La Cour de cassation fait aussi d'un accord collectif consistant le palliatif indispensable aux carences du Code du travail.

Ce positionnement convergent des juridictions françaises et des instances européennes est pleinement justifié : dans une matière aussi prégnante que la sécurité et la santé des salariés, toute dérogation doit être rigoureusement encadrée et, s'ils délèguent une partie de leurs prérogatives aux partenaires sociaux, les pouvoirs publics doivent imposer un contenu minimal protecteur, lisible, opposable à tout employeur et créer les conditions d'une véritable négociation. Ce n'est évidemment pas le cas du dispositif retenu.

## B. Le blanchiment des accords illicites

Les rédacteurs de la loi « Travail » se sont aussi préoccupés des accords collectifs et des conventions individuelles de forfait signés antérieurement au 8 août 2016. Leur œuvre normative conduit à déclarer licites des conventions de forfait qui ne l'étaient pas, tout en ignorant l'avis des salariés concernés et en réduisant leurs possibilités de recours judiciaire.

Ainsi, l'article 12 de la loi énonce : « I. - *Lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement, conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours, est révisé pour être mis en conformité avec l'article L. 3121-64 du Code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié.*

(...) III. - *L'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord*

*d'entreprise ou d'établissement qui, à la date de publication de la présente loi, n'est pas conforme aux 1° à 3° du II de l'article L. 3121-64 du Code du travail peut être poursuivie, sous réserve que l'employeur respecte l'article L. 3121-65 du même code. Sous ces mêmes réserves, l'accord collectif précité peut également servir de fondement à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait ».*

Le paragraphe III de cet article est sans ambiguïté : quand les forfaits en jours reposent sur un accord collectif ne comportant pas les « *stipulations* » de la sous-section 2, point n'est besoin de les renégocier pour valider les conventions individuelles existantes ou en conclure de nouvelles. Il suffit que l'employeur respecte les fameuses « *dispositions supplétives* ». Le résultat est aberrant : un salarié signataire d'une convention individuelle régie par une des conventions collectives retoquées par la Chambre sociale et ayant engagé une procédure jugée avant le 8 août 2016 aurait obtenu l'annulation du régime de forfait et l'indemnisation correspondante (24). Maintenant, la même convention, fondée sur la même base, devient licite pour peu que l'employeur se conforme à l'article L. 3121-65. Et s'il ne le fait pas, la convention individuelle n'en est pas pour autant annulée : selon la jurisprudence actuelle de la Cour (25), elle est seulement inopposable au salarié tant que dure la carence de l'employeur ; lequel salarié n'a même pas le droit de dénoncer la convention. Cela ressemble à un jeu de bonneteau transféré sous les lambris dorés de la rue de Grenelle : un simple tour de passe-passe et le forfait qu'un observateur naïf pouvait croire illicite retrouve tout son éclat.

Le point I ne va pas non plus de soi : même dans le cas où l'accord collectif améliore la protection des salariés concernés, la signature d'une nouvelle convention individuelle nous paraît indispensable. Elle permet notamment de s'assurer que les intéressés sont bien informés des nouvelles modalités de contrôle et pourront en exiger l'application (26).

## III. Les conséquences ne se sont pas fait attendre

Avant la publication de la loi « Travail », très peu de (re)négociations de l'encadrement des forfaits en jours avaient été engagées, y compris dans les branches dont le dispositif conventionnel avait subi la censure de la Cour de cassation. En revanche, elles connaissent un

remarquable essor depuis quelques mois. L'apparence de sécurisation du dispositif par la loi « Travail » n'y est bien sûr pas étrangère. Ainsi que la souplesse des conditions de négociation qu'elle offre aux employeurs, tant sur leur périmètre que sur les thèmes abordés.

(24) On notera que la loi « Travail » n'envisage même pas le cas des conventions faisant l'objet d'une procédure en cours à la date de sa publication, alors qu'une telle situation est traitée dans la plupart des dispositifs de sécurisation. En l'absence de dispositions contraires, un jugement intervenant après le 8 août 2016 devrait appliquer la jurisprudence antérieure.

(25) Jurisprudence récemment confirmée par un arrêt du 22 juin 2016, n° 14-15.171.

(26) C'est pourquoi la Chambre sociale impose que la convention individuelle de forfait reprenne les éléments essentiels contenus dans l'accord collectif. Cf. Cass. Soc. 31 janvier 2012, n° 10-17.593.

L'exemple de la SNCF est particulièrement significatif : après avoir obtenu de certains syndicats la signature d'une convention collective du secteur ferroviaire autorisant les forfaits en jours, la direction a engagé des négociations sur le sujet à l'échelle de l'entreprise. Mais la campagne menée à l'initiative de la CGT et une étude diligentée par le CCE, démontrant les dégâts sur la santé de l'encadrement générés par des charges de travail excessives, ont dissuadé toutes les organisations de ratifier les propositions patronales. Résultat : la direction a décidé de mettre en place les forfaits en jours dans le cadre de l'accord de branche et d'appliquer unilatéralement les modalités rejetées par les syndicats, lesquelles intègrent les « *dispositions supplétives* » de la loi « Travail ».

Profitant d'aspirations légitimes de nombreux salariés et d'un certain effet de mode, des employeurs ont ouvert immédiatement une négociation sur le seul droit à la déconnexion, détaché des autres questions relatives aux forfaits en jours. Certains ont, à l'inverse, fait le choix d'une négociation globale sur l'aménagement du temps de travail de toutes les catégories de personnels, espérant tirer avantage de la diversité des situations et des oppositions entre salariés qu'elles pourraient susciter. D'autres, enfin, seront pleinement rassurés par l'opération de blanchiment décrite ci-dessus, notamment dans les entreprises (ou branches) dans lesquelles ce sujet préoccupe peu les organisations syndicales.

On assiste également à diverses campagnes tendant à revaloriser l'image des forfaits en jours, en relation avec l'autonomie dont sont censés disposer les salariés éligibles. Ainsi, ce régime serait un marqueur indispensable pour être reconnu comme un « vrai cadre », maîtrisant l'organisation de son travail et dégagé des contraintes imposées aux exécutants. Ce discours aboutit parfois à des résultats surprenant. Dans le cas de la SNCF, les forfaits en jours visent préférentiellement (27) :

- « *Les cadres des établissements de production (ou autres organismes à caractère opérationnel)* ;
- *Les agents de maîtrise des établissements de production (ou autres organismes à caractère opérationnel) dont les emplois présentent des caractéristiques en matière d'encadrement d'équipe et de responsabilités dans le fonctionnement d'une entité, similaires à des emplois classés dans le collège cadre* » ;
- ... c'est-à-dire des personnels chargés de tâches

(27) Article 2 du « *Référentiel-cadre relatif à la mise en place du forfait en jours* » rejeté par l'ensemble des syndicats et que la direction compte appliquer unilatéralement.

(28) Conformément à la directive n°2003-88 de l'Union européenne, qui figure aussi parmi les normes internationales visées par la Cour de cassation dans ses arrêts sur les forfaits en jours.

de management en liaison directe avec une équipe à encadrer et un planning à respecter, ce qui ne favorise guère la libre organisation de son temps de travail !

Dans ce paysage singulièrement compliqué, l'enjeu essentiel est la défense, voire le renforcement d'une jurisprudence imposant que « [les dérogations] *aux dispositions relatives à la durée du temps de travail* » ne soient permises que « *dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur* » (28).

Pour cette raison, la CGT et l'UGICT-CGT ont décidé d'introduire une nouvelle réclamation collective auprès du CEDS, pour violation de la Charte sociale européenne (29). Compte-tenu de sa jurisprudence constante sur le sujet, cette réclamation a de bonnes chances d'être accueillie favorablement. Il est principalement demandé au CEDS de constater que les conditions imposées par la loi aux accords collectifs (notamment l'absence d'exigences concernant les « *durées maximales raisonnables de travail* ») sont toujours insuffisantes et de considérer que le mécanisme de contournement des accords ne constitue pas un cadre acceptable pour organiser un « *système de flexibilité du temps de travail* ».

Comme il a été exposé ci-dessus, la nouvelle législation ne répond pas non plus aux exigences de la Cour de cassation. La situation n'est cependant pas si claire. Antérieurement à la loi « Travail », la Haute juridiction avait implicitement constaté que le seul respect des dispositions du Code du travail ne permettait pas « *d'assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours*. » Elle y avait ajouté des obligations supplémentaires, devant figurer dans les accords collectifs, justifiées par un faisceau de normes constitutionnelles et européennes. Sa démarche ne portait donc aucune critique explicite du droit écrit, ni, *a fortiori*, de décision *contra legem*.

Mais il y a maintenant l'article L.3121-65, qui valide des conventions individuelles de forfait en l'absence des obligations jurisprudentielles construites depuis six ans et dont les sources nationales et internationales demeurent intactes. Annuler de telles conventions revient à ne pas appliquer cet article. Cela pourrait être justifié par un argument de non-conformité aux engagements internationaux de la France, qui serait grandement facilité si la Cour acceptait de reconnaître

(29) Comme les précédentes, elle porte aussi sur la disposition, maintenue par la loi « Travail », qui assimile les périodes d'astreinte n'ayant pas donné lieu à intervention effective du salarié à un temps de repos. Il y est ajoutée la contestation du nouvel article L.3121-44 du Code du travail, autorisant l'aménagement du temps de travail sur une durée pouvant aller jusqu'à trois ans.

clairement l'applicabilité directe de la Charte sociale européenne, ce qui a déjà été le cas pour ses articles 5 et 6 (30). Une question prioritaire de constitutionalité serait aussi envisageable. Ou plutôt deux, l'une visant le non-respect du droit à la santé et au repos figurant au paragraphe 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'autre le principe de participation (paragraphe 8 du préambule), bien maltraité par le nouvel article L. 3121-65.

(30) Sur cette question, voir « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen

Il est vrai que la Chambre sociale a récemment procédé à de malencontreuses évolutions jurisprudentielles. Pour autant, on ne l'imagine guère s'aligner sur une législation particulièrement maladroite et ignorante du droit des salariés à la santé et à la sécurité.

**Philippe Masson**

des droits sociaux du 23 juin 2010 » par Jean-François Akandji-Kombé, Revue de Droit du Travail, avril 2011.

## Annexe

### La nouvelle législation concernant les forfaits en jours

L'article 8 de la loi réécrit ainsi les dispositions du code du travail concernant les forfaits en jours (3<sup>ème</sup> partie, livre 1, titre 2, chapitre 1, section 5 : Conventions de forfait ; ne sont reproduits ici que les articles relatifs à l'ensemble des forfaits ou aux forfaits en jours) :

#### Sous-section 1 : Ordre public

– Article L.3121-53. La durée du travail peut être forfaitisée en heures ou en jours dans les conditions prévues aux sous-sections 2 et 3 de la présente section.

– Article L.3121-54. Le forfait en heures est hebdomadaire, mensuel ou annuel. Le forfait en jours est annuel.

– Article L.3121-55. La forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit.

– Article L.3121-58. Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du 1 de l'article L.3121-64 :

1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;

2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

– Article L.3121-59. Le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit.

– Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %.

*Cet avenant est valable pour l'année en cours. Il ne peut être reconduit de manière tacite.*

– Article L.3121-60. L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.

– Article L.3121-61. Lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause conventionnelle ou contractuelle contraire, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification.

– Article L.3121-62. Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :

1° A la durée quotidienne maximale de travail effectif prévue à l'article L.3121-18 ;

2° Aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues aux articles L.3121-20 et L.3121-22 ;

3° A la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L.3121-27.

#### Sous-section 2 : Champ de la négociation collective

– Article L.3121-63. Les forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

– Article L.3121-64. I.- L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine :

1° Les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, dans le respect des articles L.3121-56 et L.3121-58 ;

2° La période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs ;

3° Le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours ;

4° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;

5° Les caractéristiques principales des conventions individuelles, qui doivent notamment fixer le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait.

II.- L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine :  
1° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;

2° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;

3° Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L.2242-8.

L'accord peut fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos en application de l'article L.3121-59. Ce nombre de jours doit être compatible avec les dispositions du titre III du présent livre relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise et avec celles du titre IV relatives aux congés payés.

### **Sous-section 3 : Dispositions supplétives**

– Article L.3121-65. I.- A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L.3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires :

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

II.- A défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3° du II de l'article L.3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L.2242-8.

– Article L.3121-66. En cas de renonciation, par le salarié, à des jours de repos en application de l'article L.3121-59 et à défaut de précision dans l'accord collectif

mentionné à l'article L.3121-64, le nombre maximal de jours travaillés dans l'année est de deux cent trente-cinq.

### **L'article 12 de la loi comporte les dispositions suivantes (non codifiées), relatives aux accords collectifs ou aux conventions individuelles de forfait signés antérieurement au 8 août 2016 :**

I. - Lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours est révisé pour être mis en conformité avec l'article L.3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié.

II. - Les 2° et 4° du I de l'article L.3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, ne prévalent pas sur les conventions ou accords de branche ou accords d'entreprise ou d'établissement autorisant la conclusion de conventions de forfait annuel en heures ou en jours et conclus avant la publication de la présente loi.

III. - L'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui, à la date de publication de la présente loi, n'est pas conforme aux 1° à 3° du II de l'article L.3121-64 du code du travail peut être poursuivie, sous réserve que l'employeur respecte l'article L.3121-65 du même code. Sous ces mêmes réserves, l'accord collectif précité peut également servir de fondement à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait.

(...)

### **L'article 55 de la loi ajoute un item à la liste des thèmes de négociation annuelle figurant à l'article L.2242-8 du code du travail :**

– Article L.2242-8. La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur :

(...)

7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.