

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 16 octobre 2019
M. V. contre la société DG Urbans (p. n°18-16539)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 mars 2018), que M. V... a été engagé en qualité de chef de cuisine par la société Bussy Saint-Georges Marne-la-Vallée à compter du 12 avril 2011 ; que le fonds de cette société placée en liquidation judiciaire ayant été cédé à la société DG Résidences, reprise par la société DG Urbans (la société) à compter du 10 mai 2012, le contrat de travail a été transféré à cette dernière ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale à l'effet d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail et le paiement de diverses sommes ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de constater la nullité de la convention de forfait en jours prévue au contrat de travail et de le condamner à payer au salarié certaines sommes au titre des heures supplémentaires, des repos compensateurs, des congés payés afférents, et à titre de dommages-intérêts pour non-respect par l'employeur des durées quotidienne et hebdomadaire de travail alors, selon le moyen, que l'avenant n°22 à la convention collective des hôtels, cafés et restaurant en date du 16 décembre 2014 ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension du 29 février 2016, a défini les nouvelles conditions de la convention individuelle de forfait en jours sur l'année pour un salarié cadre autonome ; que sans contester la validité de ces nouvelles dispositions, la cour d'appel a retenu qu'elles étaient applicables à compter du 1^{er} avril 2016, que la société ne pouvait s'en prévaloir du fait que la convention forfait en jours du salarié « avait été précédemment annulée » et qu'il appartenait donc à l'employeur de soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait conforme aux nouveaux accords ; qu'en statuant ainsi, cependant que l'avenant n°22 du 16 décembre 2014, dont la validité n'était pas contestée, prévoit que ses dispositions « se substituent aux dispositions de l'article 13.2 de l'avenant n°1 du 13 juillet 2004 », de sorte que cet avenant s'est, dès le 1^{er} avril 2016, appliqué immédiatement à la convention individuelle de forfait stipulée dans le contrat de travail de l'intéressé sous l'égide de la convention collective des hôtels cafés restaurants, et que la cour d'appel ne pouvait donc constater la nullité de la convention de forfait au moment où elle a statué, la cour d'appel a violé l'arrêté d'extension du 29 février 2016 et l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Mais attendu qu'après avoir fait ressortir que les dispositions de l'article 13.2 de l'avenant n°1 du 13 juillet 2004 relatif à la durée et à l'aménagement

du temps de travail, aux congés payés, au travail de nuit et à la prévoyance à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997 n'étaient pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail d'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, de son travail, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé de l'intéressé, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'à défaut d'avoir soumis au salarié une nouvelle convention de forfait en jours après le 1^{er} avril 2016, date de l'entrée en vigueur de l'arrêté d'extension de l'avenant n°22 du 16 décembre 2014 relatif aux cadres autonomes, l'employeur ne pouvait se prévaloir des dispositions de ce texte pour la période postérieure au 1^{er} avril 2016 ; qu'elle en a exactement déduit que la convention de forfait en jours était nulle ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen pris en sa première branche qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail et de le condamner au paiement de diverses sommes indemnitaires au titre de la rupture alors, selon le moyen :

1°/ que pour faire droit à la demande de résiliation judiciaire du salarié aux torts de la société, la cour d'appel a déclaré que l'atteinte aux droits du salarié en ce qui concerne l'organisation de son temps travail, son temps de repos et les conséquences inévitables que cette situation faisait peser sur sa vie personnelle constituait un motif suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail ; que ces griefs ont été invoqués par le salarié au soutien de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, demande que la cour d'appel a déclarée recevable en raison de la nullité de la convention de forfait stipulée dans le contrat de travail du salarié ; que dès lors, la cassation à intervenir du chef du premier moyen, dont il résulte que la cour d'appel ne pouvait constater l'annulation de la convention de forfait, ce qui excluait la recevabilité de la demande du salarié au titre des heures supplémentaires prétendument non rémunérées, devra, par voie de conséquence, et par application de l'article 625 du code de procédure civile, entraîner l'annulation de l'arrêt en ce qu'il a fait droit à la demande de résiliation judiciaire formulée par le salarié, avec les conséquences y afférentes ;

2°/ qu'en déclarant, pour prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail du salarié, que l'atteinte aux droits du salarié en ce qui concerne l'organisation de son temps travail, son temps de repos et les conséquences inévitables que cette situation faisait peser sur sa vie personnelle constituait un motif suffisamment grave pour justifier de la résiliation judiciaire du contrat de travail, sans rechercher si cette atteinte était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail, a fortiori dans la mesure où la cour d'appel a retenu des réclamations sur l'organisation du travail depuis 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1184 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du février 2016, et L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que le premier moyen ayant fait l'objet d'un rejet, le moyen tiré d'une cassation par voie de conséquence est sans portée ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a relevé une atteinte aux droits du salarié en ce qui concernait l'organisation de son temps travail, son temps de repos et les conséquences inévitables que cette situation faisait peser sur sa vie personnelle a, faisant ressortir que cette atteinte rendait impossible la poursuite du contrat de travail, pu retenir qu'elle constituait un motif suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société DG Urbans aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à M. V... la somme de 3 000 euros ;

(M. Cathala, prés. - Me Le Prado, Me Haas, av.)

Note.

Dans l'arrêt rendu le 16 octobre 2019, la Chambre sociale de la Cour de cassation se prononce sur la portée du dispositif dit de «sécurisation» ou de «consolidation» des conventions de forfait annuel instauré par la loi Travail du 8 août 2016 (1). Dans

(1) LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(2) Cass. Soc. 29 juin 2011, n°09-71-107.

On a parlé à l'époque du « sauvetage » par la Cour de cassation des forfaits jours après qu'une décision du Comité européen des droits sociaux (CEDS) a déclaré la réglementation française non conforme à la Charte sociale européenne. Dans cet arrêt très commenté (Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 P, D. 2011. 1830, et les obs. ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2011. Controverse. 474, B. Van Craeynest et P. Masson ; *ibid.* 481, étude M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours, Dr. ouvrier 2012. 171), la Chambre sociale

le prolongement des exigences posées par Cour de cassation dans son arrêt du 29 juin 2011 (2), le législateur a introduit des dispositions visant à renforcer l'encadrement conventionnel des conventions de forfait en jours. La validité d'une convention de forfait est donc subordonnée au contenu conventionnel sur lequel elle se fonde.

L'article 12 de la loi Travail a néanmoins prévu deux mécanismes destinés à « sécuriser » les conventions individuelles de forfait conclues sur le fondement d'un accord collectif conclu avant l'entrée en vigueur de la loi et, par là-même, non conforme aux nouvelles exigences légales. Aux termes de l'article 12 I -non codifié-, lorsqu'un accord collectif (3) « *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* ». Ce dispositif repose sur le postulat (4) selon lequel la révision de l'accord collectif fondateur entraînerait une modification du contrat de travail nécessitant normalement l'accord du salarié.

L'arrêt commenté vient préciser le champ d'application de ce dispositif de «sécurisation» de l'article 12-1 : la convention individuelle ne peut être «consolidée», c'est-à-dire se poursuivre sans que l'employeur ne soit tenu de requérir l'accord du salarié, qu'en présence d'un accord de révision conclu après l'entrée en vigueur du dispositif légal de sécurisation, soit *postérieurement* au 10 août 2016. Cette solution, plus ou moins prévisible, permet d'effectuer un retour sur ces dispositions, d'en approcher la logique, d'en soulever les potentielles difficultés et d'en dessiner le champ d'application.

I. Inapplicabilité du dispositif de « sécurisation » à l'accord de révision antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail

La Cour de cassation trace une limite à au jeu du dispositif légal de « sécurisation » des conventions

exigeait pour la première fois que « toute convention de forfait en jours [soit] 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 ».

(3) Plus précisément, en cas de convention, d'accord de branche, d'accord d'entreprise ou d'établissement.

(4) Certains auteurs interrogent ce point, soulevant que la révision de l'accord collectif portant sur les modalités de contrôle et de suivi de la charge de travail, il n'est pas si évident que le contrat en soit affecté (V. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2019, 33^e édition, p. 1058). Ce point ne sera pas discuté ici afin de ne pas alourdir le propos.

de forfait en jours conclus sur le fondement d'un accord antérieur à l'entrée en vigueur de la loi. Selon les termes employés dans la note explicative, « les dispositions légales de sécurisation sont inapplicables en présence d'un avenant antérieur à leur entrée en vigueur ». Ainsi, la révision d'un accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait, lorsqu'elle est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Travail, ne permet pas à l'employeur de se soustraire à l'obligation de conclure une nouvelle convention individuelle de forfait en application de l'accord révisé.

En l'espèce, un cadre autonome demandait l'annulation de sa convention de forfait pour insuffisance des garanties conventionnelles. Chef cuisinier, le salarié relevait de la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants (HCR) de 1997. La Cour d'appel de Paris (5) avait fait droit à sa demande, condamnant l'employeur à divers paiements et versements d'indemnités (6) dus à l'application rétroactive du droit commun du temps de travail. La convention de forfait du salarié était initialement fondée sur un avenant de 2004 à la convention collective HCR (7), avenant jugé par la Cour de cassation en 2015 (8) non-conforme aux garanties conventionnelles exigées par la jurisprudence (9). Un nouvel avenant à la convention collective HCR avait néanmoins été signé en 2014 puis étendu le 1^{er} avril 2016 et s'était donc substitué à l'avenant de 2004.

La cour d'appel considère que la convention individuelle avait « été précédemment annulée », ce qui obligeait l'employeur à soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait fondée sur le nouvel avenant.

L'employeur soutenait que l'avenant de 2014 s'était substitué, dès le 1^{er} avril 2016, à celui de 2004 et s'était appliqué automatiquement à la convention de forfait dont la nullité ne pouvait dès lors être constatée par la cour d'appel.

La question posée était de savoir si la convention de forfait initialement conclue en application d'un accord insuffisant pouvait se poursuivre, telle quelle,

une fois cet accord révisé et mis en conformité (avec les exigences jurisprudentielles et les futures dispositions légales) à partir du 1^{er} avril 2016.

La Cour de cassation répond par la négative et rejette le pourvoi. Rappelant que les dispositions de l'avenant de 2004 n'étaient pas de nature à assurer la protection de la santé et de la sécurité (10), elle considère qu'« à défaut d'avoir soumis au salarié une nouvelle convention de forfait en jours après le 1^{er} avril 2016, date de l'entrée en vigueur de l'arrêté d'extension du nouvel avenant de 2014 à la convention HCR, l'employeur ne pouvait se prévaloir des dispositions de cet avenant pour la période postérieure à son extension ». Et d'approuver la Cour d'appel d'avoir « exactement déduit que la convention de forfait en jours était nulle ». L'employeur était donc tenu de soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait en application de l'avenant de 2014, étendu à compter du 1^{er} avril 2016.

Au-delà du cas d'espèce, la Cour de cassation considère que le dispositif de «sécurisation» n'est pas rétroactif.

Tout d'abord, même si la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir conclu à la nullité de la convention de forfait, leurs raisonnements diffèrent. En effet, pour la cour d'appel, la convention individuelle avait déjà été annulée (11) et ne pouvait être «sauvée» de cette nullité consommée. La Cour de cassation se concentre sur la nécessité qu'il y avait de conclure une nouvelle convention individuelle pour se prévaloir du nouvel avenant.

Si son attendu est assez laconique, la note explicative (12) livre des précisions sur la portée de l'arrêt. Autorisée ici à s'affranchir des limites terminologiques imposées par les moyens du pourvoi (13), elle se réfère à l'article L. 3121-64 et à sa « béquille », l'article L. 3121-65, issu également de la loi Travail, dont pourtant l'arrêt ne souffle mot. L'article L. 3121-64 du Code du travail énumère les éléments que doit contenir l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait. Mais son contenu est en partie neutralisé par l'article

(5) Cour d'appel de Paris, 13 mars 2018.

(6) Paiements d'heures supplémentaires, repos compensateurs et congés payés calculés sur cette base, ainsi que des dommages et intérêts pour non-respect des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires.

(7) Article 13.2 de l'avenant n° 1 du 13 juillet 2004.

(8) Cass. Soc. 7 juillet 2015, n° 13-26.444, Bull. 2015, V. n° 140.

(9) Elles n'étaient « pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail (...) restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, de son travail, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé ».

(10) Cass. Soc. 7 juillet 2015, n° 13-26.444, Bull. 2015, V. n° 140.

(11) A notre avis, l'annulation de la convention individuelle découlerait, selon la cour d'appel, de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 juillet 2015 (déjà cité).

(12) Note explicative relative à l'arrêt n°1452 du 16 octobre 2019 (18-16.539) - Chambre sociale https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_43644.html

(13) F. Bergeron-Canut, « Révision d'un accord forfait en jours » avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 : l'employeur doit soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait », SSL 5 nov. 2019, n° 1881.

L. 3121-65 qui permet de pallier l'absence de certains de ces éléments (14) (relatifs notamment à la charge de travail), sous réserve du respect par l'employeur de plusieurs obligations unilatérales de suivi (15). De même, c'est seulement dans la note qu'est visé l'article 12- I de la loi Travail, pourtant au cœur du sujet.

Dans le prolongement de la solution préconisée par la doctrine (16), la note met en exergue la formulation de l'article 12- I : « *dans sa rédaction résultant de la présente loi* ». En effet, l'article 12- I dispose que l'accord du salarié n'est pas requis lorsque l'accord collectif autorisant la conclusion de conventions de forfaits annuels en heures ou en jours « *est révisé pour être mis en conformité l'article L. 3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi* ». Or, pour la chambre sociale, cette précision semble indiquer que l'accord de révision doit avoir été conclu après la loi Travail de 2016. Toutefois, on aurait pu comprendre que l'article 12-1 renvoyait au contenu matériel de L. 3121-64 du Code du travail, sans pour autant faire obstacle à la possibilité pour un accord révisé, certes *avant* 2016, mais néanmoins conforme aux exigences formulées par L. 3121-64, de bénéficier du dispositif de «sécurisation».

Ce n'est donc pas tant l'incise en question qui semble déterminante mais tout simplement le principe d'application des lois dans le temps. Dans le silence de la loi, cette dernière ne s'applique que pour l'avenir.

La note conclut que « *les dispositions légales de «sécurisation» de la convention de forfait en jours étaient ainsi inapplicables, en présence d'un avenant antérieur à leur entrée en vigueur* » (17). Dès lors, peu importe que la révision ne précède que de très peu la loi Travail ainsi que l'illustre le présent arrêt. Ici, l'arrêté d'extension de l'accord de révision de 2014 était entré en vigueur quatre mois avant l'entrée en vigueur du dispositif de « sécurisation ». Dans ce cas néanmoins, si l'employeur régularise rapidement la situation

(14) Il s'agit du 1^{er} et 2^o du II de l'article L. 3121-64 selon lesquels l'accord collectif doit déterminer « *les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié* » et celles 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* ».

(15) Trois obligations s'imposent alors à l'employeur qui, malgré les lacunes conventionnelles, souhaiterait conclure une convention de forfait : établir un document de contrôle des (demi-)journées travaillées ; s'assurer que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos ; organiser un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, l'organisation de son travail, l'articulation vie professionnelle-vie personnelle et sa rémunération.

(soit en requérant l'accord du salarié vis-à-vis de la révisions pré-loi Travail soit en opérant une révision post-loi Travail) les conséquences, notamment salariales avec le rappel des heures supplémentaires, seront circonscrites à une courte période.

La portée de l'arrêt se limite finalement à l'affirmation, pressentie (18), selon laquelle ce mécanisme dit de «consolidation» ne s'applique qu'après l'entrée en vigueur de la loi Travail qui l'institue. Ainsi, le champ d'application du texte se précise :

– d'une part, l'accord collectif « fondateur » à réviser doit être antérieur à 2016 – ce qui exclut logiquement les accords postérieurs à 2016 sans « excuses » pour être non-conformes à la loi ;

– d'autre part, l'accord de révision doit être postérieur à 2016 – ce qui exclut notamment les avenants de révision conclus avant la loi de 2016 pour s'adapter à la jurisprudence.

Cet arrêt peut servir de fondement à des demandes d'annulation de conventions individuelles de forfait conclues en application d'un accord collectif révisé avant l'entrée en vigueur de la loi Travail et pour lesquelles l'employeur n'a pas requis l'accord des salariés. En effet, l'accord de révision conclu avant l'entrée en vigueur de la loi Travail, dont la teneur est conforme aux nouvelles exigences légales, ne soustrait pas l'employeur à l'obligation de requérir l'accord du salarié. Ces conventions de forfait encourent donc la nullité, du moins à compter de l'entrée en vigueur de l'accord de révision.

Il convient de souligner que la portée de l'arrêt est très réduite dans la branche Hôtel, cafés, restaurants dans la mesure où l'avenant de 2014 a lui-même été remplacé par un avenant n° 22 bis en vigueur depuis le 1^{er} avril 2018 qui, de toute évidence, entre dans le champ d'application de l'article 12.

La solution, « *prévisible* » et « *justifiée* » (19) a été approuvée par la doctrine. En effet, plusieurs auteurs ont fait valoir que « *décider le contraire aurait conféré à la loi une portée rétroactive qu'elle n'a pas* » (20),

(16) F. Bergeron-Canut, *op. cit.* ; V. Ilieva, « Sécurisation des forfaits-jours : inopposabilité d'un avenant de révision antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail », D. 7 nov. 2019.

(17) Note explicative de l'arrêt, *op. cit.*

(18) V. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *op. cit.* p. 1057.

(19) F. Bergeron-Canut, *op. cit.*, n° 1881.

(20) *Ibid.* F. Bergeron-Canut renvoie à l'arrêt du 25 sep. 2013 (Cass. Soc. 25 sept. 2013, n°s 12-17.776 et 12-17.777, Bull. civ. V, n° 217), rendu à propos de la disposition de la loi Warsman du 22 mars 2012 qui déqualifie l'instauration d'une modulation de modification du contrat de travail, d'après lequel « *ce texte, qui, modifiant l'état du droit existant n'a ni un caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'est applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi.* ».

la Cour de cassation ayant somme toute réglé « de manière classique un conflit de lois dans le temps » (21). Convenait-il, néanmoins, d'écarter la rétroactivité des dispositions de la loi de 2016 dont le caractère de « loi de validation » (22) pouvait prêter à discussion (23) ?

II. Une question en creux révélée par l'arrêt : quelle conséquence de l'applicabilité de la « sécurisation » sur une convention de forfait fondée sur un accord collectif insuffisant jusqu'à sa mise en conformité ?

Si le dispositif de sécurisation est inapplicable en présence d'un avenant de révision conclu avant la loi de 2016, une autre question se pose : le dispositif permet-il de sécuriser les conventions de forfait fondées sur un accord collectif, certes non-conforme aux conditions posées par la jurisprudence avant 2016, mais ayant donné lieu à une révision après l'entrée en vigueur la loi de 2016 ? En d'autres termes, le salarié conserve-t-il, *au moins*, le droit de faire annuler (24) sa convention de forfait pour la période antérieure à la révision de l'accord collectif sur lequel elle se fonde ?

Une première approche consiste à « sécuriser » des conventions de forfait dont les accords collectifs fondateurs ont dû être révisés pour se conformer aux nouvelles dispositions légales qui s'imposent immédiatement à eux ; elle s'apparenterait à un *accompagnement* de la modification législative.

Bien différente est l'hypothèse d'une «sécurisation» des conventions de forfait fondées sur un accord collectif insuffisant au regard des exigences jurisprudentielles qui s'imposaient à son contenu dès avant 2016, mais dont la conformité aux nouvelles exigences légales résulte d'un accord de révision postérieur à la loi Travail. Dans ce cas, la « sécurisation » s'apparenterait à une *validation législative* d'accords antérieurs déjà insuffisants sous l'empire du droit antérieur.

M. Ph. Florès considère que « l'article 12 de la loi du 8 août 2016 solde le passé en instaurant un système de régularisation des conventions individuelles signées sur le fondement d'un accord collectif insuffisant conclu antérieurement à la loi » (25).

D'autres auteurs estiment, au contraire, que les salariés conservent le droit de saisir le juge pour réclamer les conséquences salariales (26) qui s'attachent à l'invalidité d'une convention de forfait conclue en application d'un accord insuffisant jusqu'à sa mise en conformité (27), et probablement les indemnités relatives au non-respect des durées maximales et du droit au repos. Toutefois, cette solution « suppose que la convention de forfait serait annulée pour une période, puis redeviendrait valable du fait de la révision de l'accord fondateur » (28). Visant la « poursuite » de l'exécution de la convention, la loi semblerait davantage « vouloir instaurer le maintien de la convention de forfait, et non autoriser l'institution d'une convention de forfait identique, sans l'accord du salarié » (29). On se trouverait donc face à une convention qui renaîtrait de sa nullité tel le Phoenix de ses cendres.

Enfin, une réponse spécifique s'impose s'agissant du salarié qui aurait saisi le juge antérieurement à la loi de 2016 d'une demande d'annulation de sa convention de forfait : le priver de la possibilité de faire valoir sa demande constituerait une atteinte au droit à l'accès au juge, consacré notamment par l'article 6§1 de la CEDH, qui ne s'entend pas d'une garantie purement formelle (saisir le juge) mais se doit d'être effectif (pouvoir réellement faire valoir son droit).

Il revient à la Cour de cassation de poursuivre son travail de délimitation du champ d'application de l'article 12 de la loi travail.

III. Une solution analogue pour l'application du dispositif «béquille» de l'article L. 3121-65 ?

A la lecture de cet arrêt, la question se pose également de savoir si la solution peut être transposée au dispositif dit « béquille » de l'article L. 3121-65. En effet, ce texte permet de « sécuriser » les conventions individuelles fondées sur un accord collectif insuffisant sous réserve du respect par l'employeur de certaines obligations unilatérales de suivi. Pour Madame le professeur F. Canut, ce dispositif « ne devrait pas empêcher les salariés d'invoquer l'invalidité de leur convention individuelle de forfait pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Travail » (30).

(21) V. Iliéva, *op. cit.*, 7 nov. 2019.

(22) La non-rétroactivité est certes posée en principe par l'article 2 du code civil mais comme tout principe simplement légal il est toujours possible d'y déroger par des lois spéciales dont font partie les lois de validation.

(23) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *op. cit.*, p. 1058.

(24) Terme utilisé par Cass. Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314 P.

(25) P. Florès, « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016 p 898.

(26) L'application du droit commun de la durée du travail pour la période de non-conformité du forfait jour qui entraîne quasi-nécessairement le paiement d'heures supplémentaires, des repos compensateurs afférents, les congés payés calculés sur cette base.

(27) G. Auzero et F. Canut, « Le juge et la modification du contrat », *Dr. soc.* 2017, p. 1 ; M. Morand, « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S* 2016, 1265.

(28) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *op. cit.*, p. 1059.

(29) *Ibid.*, p. 1059.

(30) F. Bergeron-Canut, *op. cit.*

Or, sur ce point, on relève une différence de formulation entre l'article 12 III qui permet de pallier l'insuffisance conventionnelle – et l'article L. 3121-65. En effet, des auteurs soutiennent que L. 3121-65 selon lequel « *une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes* » n'est applicable qu'aux nouvelles conventions conclues (31). Mais cette interprétation optimiste se heurte à la lettre de l'article 12 III de la loi Travail qui prévoit expressément, et prioritairement, que le respect de l'article L. 3121-65 permet de poursuivre une convention de forfait fondée sur un accord collectif non-conforme à la date de publication de la loi ; ce n'est que secondairement que la loi précise que la conclusion de nouvelles conventions de forfait fondées sur un accord insuffisant peut également bénéficier du dispositif. Le champ d'application de l'article L. 3121-65 ne semble donc pas se limiter aux conventions de forfait conclues après la loi de 2016.

En revanche, à l'instar de l'arrêt commenté, ce dispositif « béquille » ne pourrait pas être invoqué rétroactivement. Autrement dit, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Travail, l'insuffisance d'un accord collectif ne peut en aucun cas être « sauvée » par l'accomplissement par l'employeur d'un certain nombre d'obligations (avoir établi un document de contrôle des jours travaillés, s'être assuré de la compatibilité de la charge de travail du salarié avec le respect des temps de repos et avoir organisé un entretien annuel avec le salarié – c'est-à-dire avoir respecté, de fait, les dispositions de l'article L. 3121-65 qui n'existaient pas encore).

Enfin, rien ne s'oppose à ce que la nullité antérieure à la loi de 2016 puisse toujours être prononcée quand bien même la convention aurait été « sécurisée » depuis par le dispositif « béquille » (32).

Marianne Girier-Timsit,

Conseillère confédérale à DLAJ,
Doctorante à l'Université Paris-Nanterre

(31) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *op. cit.*, p. 1056.

(32) Ce que défend justement Florence Bergeron-Canut (V. F. Bergeron-Canut, *op. cit.*, n° 1881).



Les éditions de l'atelier
Octobre 2019
ISBN : 978-2-7082-4614-0
192 pages – 17 euros

FÉMINISTE, LA CGT ?

Les femmes, leur travail et l'action syndicale

par Sophie Binet, Maryse Dumas, Rachel Silvera

Mais qu'est-ce qu'elles veulent encore ? Un salaire égal pour un travail de valeur égale ? Oui ! Mais aussi la fin des violences et de toutes les discriminations. Rien de moins ! Le mouvement pour l'émancipation des femmes prend des visages multiples : lutte pour l'égalité des rémunérations et des carrières, action pour le respect de la dignité et de l'intégrité...

Quelle part y ont prise les syndicats, en particulier la CGT ? En 120 ans d'existence syndicale, les femmes ont, grâce au soutien des cégétistes et malgré les réticences initiales, progressivement conquis le droit au travail, pris des responsabilités et revendiqué l'égalité. Mais cela suffit-il à qualifier ce syndicat de féministe ? Si elle s'affirme désormais comme telle, la CGT en prend-elle vraiment la mesure dans son activité quotidienne ? De son côté, le mouvement des femmes accorde-t-il une place suffisante au travail dans son action ? Comment parvenir à ce que féminisme et mobilisations sociales se nourrissent mutuellement pour changer la société en profondeur ?

Ce livre prend ces questions à bras-le-corps. Les apports de ses trois auteures, de parcours divers et de générations différentes, permettent de comprendre comment mouvement féministe et syndicalisme, qui se sont longtemps regardés avec méfiance, peuvent et doivent aujourd'hui conjuguer leurs efforts. Pour que l'émancipation des femmes devienne, au présent, le combat de toutes et de tous.