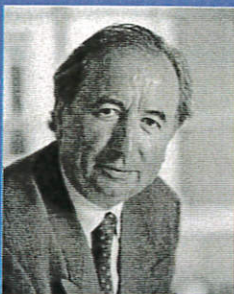


TRAVAIL

Forfaits jours : la querelle excessive ^{222g1}

L'essentiel

Rappelons les propos forts et pleins de bon sens du conseiller doyen honoraire Bernard Boubli : « Le forfait jours a deux effets : il fixe une rémunération forfaitaire qui dispense du débat sur les heures supplémentaires ; il laisse au salarié le soin de fixer librement, dans la limite des contraintes impérieuses relatives à sa tâche (réunions...), une liberté d'organisation qui l'autorise à fixer la frontière entre vie professionnelle et vie personnelle » (SSL, 30 sept. 2013). L'occasion de faire un point sur les difficultés que soulève le forfait jours.



Libres propos par
Alain SAURET
Avocat au barreau de
Paris, spécialiste en
droit social et en droit
de la sécurité sociale et
de la protection sociale,
président du conseil
scientifique de FIDERE
Avocats

La réforme voulue par Madame Aubry à propos, principalement, du temps de travail des cadres, et souhaitée par quelques représentants avisés des grandes entreprises lors des réformes de 1998 et de 2000, a eu comme conséquence de moderniser la relation de travail tout entière. Les critiques autour de l'éventuelle absence de protection des horaires en jours des cadres oublient une chose : ces fameux accords de branche que la Cour de cassation précarise, et même parfois ridiculise, ont prévu de ramener le nombre de jours annuels de travail,

selon les variables, de 227 ou 228 jours à 218, 216, 208, 206, voire 202 jours. Alors, forcément, les collaborateurs ayant approuvé une convention en jours sont plutôt bien lotis en temps de repos par rapport à leurs homologues étrangers, qui ont souvent trouvé extravagant que soient fixées des réunions de travail en commun qui excluaient, en priorité et par principe, les jours de repos programmés pour les seuls cadres... français.

Car lorsqu'on parle, de manière tatillonne, de contrôle des charges de travail, on fait totalement fi de l'abaissement de la charge annuelle de travail pour les collaborateurs ayant le bénéfice de travailler en jours. Cela n'entre pas – ou alors ce n'est pas perceptible – dans le raisonnement des tribunaux. La santé et le repos passent aussi par la volumétrie du nombre de jours travaillés : certains accords annulés affirmaient par exemple la garantie des deux jours de repos par semaine.

Partons de l'hypothèse suivante : Temps de repos : 104 jours + congés payés (25 jours ouverts sur 5 semaines) + jours hors forfait (de 10 à 20 jours, incluant des jours fériés chômés) + congés conventionnels d'ancienneté (de 1 à 5 jours).

Ainsi, le temps de travail de ces « forçats » modernes que seul le juge peut – selon lui – sauver de cet enfer, a comme contrepartie, selon le décompte ci-dessus, entre 150 et 164 jours de repos. Reste donc en réalité, pour les cadres français, entre 215 et 201 jours de travail, soit en-dessous des 218. Assurément le baigne... qui, pourtant,

en raison des aires de repos qui leur sont garanties, hors tout contrôle de l'employeur, fait l'envie de leurs collègues *world wide*, eux-mêmes non soumis à un contrôle de leur charge quotidienne de travail mais ayant entre 3 et 4 semaines de congés seulement par an, en sus des repos du week-end (quand il est de deux jours).

Voilà la vraie révolution de la loi *Aubry*, amendée et raisonnablement libéralisée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail qui a créé des conditions allégées de mise en œuvre des forfaits jours (v. *infra* II), que refusent pourtant de reconnaître certains juges, favorisant une précarisation excessive des relations de travail par la nullité des conventions sur les forfaits jours d'essence conventionnelle et contractuelle. Cela crée ainsi un risque économique majeur par le travestissement des règles légales, conventionnelles et contractuelles, c'est-à-dire de trois niveaux cumulatifs de garanties. Fort heureusement, il n'y a pas de contentieux à propos de la nouvelle possibilité de travailler plus que le forfait (C. trav., art. L. 3121-45).

I. L'INCOMPRÉHENSION DE LA MODERNITÉ DE LA RÈGLE

Cette jurisprudence sur les forfaits jours fait le lit des conventions passées dans un cadre libéral où l'expert intervenant va facturer des honoraires à l'entreprise parce qu'il est maître de son temps et de son art – deux notions qu'on avait placées au cœur du débat juridique en 1998 et en 2000. C'est parce que l'expertise gagnait du terrain dans le cadre de l'entreprise, en puissance et en qualité, et était assortie de missions souvent longues, que l'appréciation d'une activité – encore qualifiée de salariée – en jours a permis de moderniser la vieille notion de « subordination », en la rapprochant de celle d'« expertise ». En la contestant, on renvoie au « tout libéral ».

En permettant aux partenaires sociaux de fixer une relation de travail et une rémunération équilibrées, le législateur a ainsi opéré un audacieux rapprochement de situation entre l'expert libre, qui va facturer des honoraires négociés, et l'expert salarié qui est garanti par une rémunération adaptée, aussi proche du travail à forfait (B. Boubli, préc.) que du forfait dont les contours sont constants (A. Sauret, D. trav. 1993, n° 8-9, p. 6).

II. LE DROIT POSITIF

Le schéma Aubrien de l'origine a été conservé à l'occasion du toilettage par la loi du 20 août 2008 précitée, même si l'approche libérale ressort franchement, tout en préservant l'essentiel des garanties.

Le droit de conclure une convention individuelle de forfait en jours (ou en heures sur l'année) doit être prévu par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

Le rôle dévolu par le législateur à l'accord collectif est essentiel et relativement défini. En vertu de l'article L. 3121-39 du Code du travail, l'accord collectif préalable détermine :

- les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait ;
- la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi ;
- les caractéristiques principales de ces conventions.

Le premier sujet ne soulève pas de difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer les catégories de salariés par ailleurs autorisées par la loi [C. trav., art. L. 3121-43]. La règle, pour sa part, est doublement cadencée par la loi [C. trav., art. L. 3121-39 et s.).

Le deuxième thème est également clair : l'accord collectif détermine la durée annuelle de travail à partir de laquelle le forfait est établi. Ne s'oppose pas à cette condition l'accord collectif qui indique que le forfait de jours de travail est de 216 mais qu'il peut atteindre 217 jours en raison de la configuration des jours fériés. Cela existe bien pour les salariés en heures ! Ce serait impossible, dit le juge : il faut une règle intangible pour que le forfait en jours soit établi. Il n'apparaît pas qu'une telle variable, aussi réduite et tenant compte de l'origine des jours de travail, qui sont définis par différence avec les jours payés moins les jours non travaillés, ne soit pas autorisée à la lecture de la loi.

Enfin, et il est dommage que le législateur de 2008 n'ait pas été aussi précis que celui de 2000 sur ce point, l'accord collectif préalable fixe les caractéristiques principales de ces conventions [C. trav., art. L. 3121-39]. Toute la difficulté vient ici de la formulation, mais ce n'est pas solliciter la loi que de dire que la fixation de ces caractéristiques principales est le seul apanage des partenaires sociaux : l'accord « fixe », donc, si l'on s'en tient au sens du verbe utilisé, arrête définitivement et établit de manière durable.

On perçoit mal la raison juridique qui autorise le juge à s'immiscer dans le rôle premier et unique des partenaires sociaux : fixer les caractéristiques principales de ces conventions individuelles : au nom d'une délégation pleine et entière de la loi, l'immixtion du juge ne paraît pas possible ici ; l'inventivité créatrice du juge est ici *contra legem* et est à l'origine de nullités injustifiées. Les arguments invoquant à tort la protection de la santé et de la sécurité des salariés ne sont que la façon de se parer d'une fausse vertu, surtout lorsque le nombre de jours de présence se trouve déjà assorti du respect de deux jours de repos par semaine et du respect de la durée légale hebdomadaire et quotidienne du travail (garanties pourtant non applicables du fait de l'article L. 3121-48 du Code du travail).

En outre, l'article L. 3121-46 éclaire sur l'intention du législateur de 2008 : à l'occasion de l'entretien annuel individuel du salarié avec l'employeur ayant conclu une convention de forfait en jours, sont évoquées :

- la charge de travail ;
- l'organisation du travail dans l'entreprise (en compatibilité avec les conventions en jours) ;

- l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale ;

- ainsi que la rémunération du salarié (en lien avec l'analyse sur la sujétion correspondante fixée à l'article L. 3121-47 du Code du travail).

Si ces quatre thèmes sont l'essence de la relation contractuelle, ils n'ont pas nécessairement besoin d'être définis en tant que caractéristiques principales de ces conventions. Le fait que ces sujets soient débattus oralement incite logiquement à en déduire qu'ils ne relèvent pas du domaine de l'accord collectif. Cela ne signifie nullement qu'on se situe en contradiction avec les principes fondamentaux des conventions internationales, lesquelles, au demeurant, ne se sont jamais intéressées à l'amélioration considérable des temps de repos qu'apporte à un collaborateur en jours le cumul des temps également payés mais non travaillés.

III. LA RÉMUNÉRATION

Il y a matière à réflexion sur l'appréhension du juste équilibre entre rémunération et sujétions réelles qui naissent de l'accord collectif et de sa déclinaison en convention individuelle de forfait jours. La simple lecture de la loi et la compréhension basique de l'esprit du législateur voudraient que tous ces accords réputés non conformes par le juge le redeviennent automatiquement.

À un moment où la Cour de cassation réaffirme solennellement le principe de sécurisation juridique dans ses trois arrêts du 27 janvier 2015 (Cass. soc., n°s 13-22-179, 13-25-437 et 13-14-773, PB) concernant les accords collectifs signés par les partenaires sociaux à l'occasion, desquels elle revient sur certains errements juridiques passés, il serait temps non seulement qu'elle fasse le même *aggiornamento* et qu'elle renoue avec l'esprit de la jurisprudence des années 2004, plus en phase avec la réalité du rôle des partenaires sociaux, mais aussi qu'elle intègre le contenu de la nouvelle économie de la loi de 2008, à propos de laquelle il n'est pas vain de rappeler qu'elle instaure en outre pour les forfaits jours un contrôle annuel par le comité d'entreprise.

IV. POUR CONCLURE

La définition du temps de travail en jours est moderne, apte à rendre réelles l'autonomie et la liberté d'agir pour des salariés responsables et d'un niveau certain. Les forfaits en jours sont encadrés, en vertu de la loi, par au moins un accord collectif, et mis en œuvre par contrat de travail. Le dialogue individuel en cours de période de travail et *a posteriori* est une nécessité ; le bilan collectif est une nouvelle source de garantie.

Il est grand temps que les juges rendent homogène – sur les thèmes qui le justifient – leur toute nouvelle déférence faite aux partenaires sociaux, en les laissant gérer seuls les règles qu'ils respectent et ne dévoient pas. On sait la grande attention portée par les négociateurs des organisations syndicales de salariés aux temps de travail et, par suite, à la signature et à la mise en œuvre de règles qui, au quotidien, ont rejoint le chemin de l'évidence. Quel dommage qu'on en fasse un chemin parsemé d'embûches, le juge, comme le rappelle encore Bernard Boubli, ajoutant en ce domaine aux dispositions de l'article L. 3121-39 du Code du travail, pourtant claires.