



COUR DE CASSATION

**RAPPORT COMPLEMENTAIRE
DE M. FLORES, CONSEILLER**

Arrêt n° 413 du 24 avril 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-20.539

Décision attaquée : 22 juin 2022 de la cour d'appel de Montpellier

Mme [W] [R]

C/

la société Ernst & Young Société d'Avocats

Rapport contenant un moyen relevé d'office en application de l'article 1015 du code de procédure civile.

Le présent rapport complémentaire ne portera que sur le quatrième moyen qui a justifié le renvoi devant la FS4.

Le quatrième moyen est relatif aux conditions dans lesquelles un forfait en jours peut être poursuivi régulièrement en application de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

La première question se pose est donc celle de la validité des accords collectifs, relatifs au recours au forfait en jours, applicables dans l'entreprise.

L'arrêt relève que le recours au forfait en jours est autorisé par un avenant à la convention collective des avocats du 4 juillet 2000, que l'accord d'entreprise signé

le 14 mai 2007 contient l'ensemble des mentions légalement prévues et met en place des garanties suffisantes et que l'avenant du 25 mai 2012 à la convention collective des avocats valide cette convention de forfait en jours. L'arrêt ajoute que le dispositif conventionnel a été complété par une charte des bonnes pratiques, conformément à la loi du 8 août 2016.

La convention individuelle de forfait en jours a été incluse dans le contrat de travail du 5 novembre 2013.

L'arrêt repose sur deux séries de motifs, la première reconnaissant la conformité aux exigences légales des accords collectifs applicables, la seconde à l'effet de l'action de l'employeur, au travers de la charte des bonnes pratiques, qui peuvent séparément justifier légalement la décision.

Il convient donc, d'abord d'examiner l'environnement conventionnel sur le fondement duquel l'entreprise a recouru au forfait en jours avant d'évoquer les conséquences de la loi du 8 août 2016 sur l'exécution de la convention individuelle de forfait en jours.

1. Conditions de validité de l'accord collectif permettant le recours au forfait en jours

1.1. - Règles générales

Aux termes de l'article L. 3121-39 CT, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, applicable au litige, une convention collective ou un accord collectif peut prévoir la conclusion de convention de forfait en jours. L'accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi et fixe les caractéristiques principales de ces conventions.

L'article L. 3121-43 du code du travail précise les catégories qui peuvent recourir au forfait en jours, à savoir :

- les cadres disposant 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 il sont intégrés ;
- 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.

Depuis l'origine du forfait en jours, la jurisprudence a retenu que l'accord collectif devait prévoir les modalités de contrôle et de suivi (Soc. 13 décembre 2006, n° 05-14.685, Bull. civ. V, n° 382). Mais, l'accord collectif prévoyant la convention de forfait peut être complété par un accord d'entreprise (Soc., 26 mai 2004, n° 02-10.733, Bull. civ. V, n° 144). L'accord collectif ne suffit pas pour soumettre le salarié à une convention de forfait et une convention individuelle écrite, fixant le nombre de jours inclus dans le forfait, est nécessaire (Soc., 26 mars 2008, n° 06-45.990, Bull. civ. V, n° 71).

C'est dans un arrêt du 29 juin 2011, que la chambre sociale a indiqué les conditions que devaient respecter l'accord collectif permettant le recours au forfait en jours, et la convention individuelle de forfait conclue en conséquence (Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Bull. civ. V, n° 181) :

Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ;

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

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

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

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

Attendu que pour rejeter les demandes du salarié au titre d'heures supplémentaires et de travail dissimulé, l'arrêt retient que le contrat de travail fixait la durée du travail "conformément à l'accord collectif signé le 23 mai 2000 - article 6. 20 - que M. X... est classé dans la catégorie des cadres jouissant d'une large autonomie dans la gestion et l'organisation de leur temps de travail, catégorie bénéficiant d'une convention de forfait en jours déterminé sur la base de 217 jours de travail par an, qu'il est donc soumis au type d'horaire prévu par l'accord pour cette catégorie", que cette disposition par laquelle le salarié a accepté le bénéfice d'une convention de

forfait sur la base de 217 jours par an s'interprète comme excluant la rémunération de toute heure supplémentaire dès lors qu'il était soumis à une convention de forfait en jours de travail telle que déterminée par cet accord et excluant les dispositions légales sur la durée du travail exprimée en heures ; que la référence dans les bulletins de paie à un horaire de 151,67 heures de travail par mois de même que les insuffisances de l'employeur en matière de contrôle du nombre de jours travaillés ou en suivi de l'organisation et de la charge de travail, à les supposer établies, ne sont pas de nature à remettre en cause la convention de forfait fixé en jours ; que cette convention exclut les dispositions sur la durée légale du travail, les heures supplémentaires et des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail et donc un décompte de la durée du travail en heures ;

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

Avec cet arrêt, notre chambre a assuré une combinaison entre les normes européennes et constitutionnelles, qui posent les principes de sécurité au travail, et la loi organisant le forfait en jours. Elle a ainsi permis au Comité européen des droits sociaux d'abandonner une partie des critiques qu'il avait formulé contre le dispositif légal français en application de la Charte sociale européenne (révisée).

Ces exigences appliquées à d'autres accords collectifs qui ne remplissaient pas les conditions exigées.

Ont été successivement considérés comme insuffisants les accords collectifs suivants :

- **Industrie chimique** : *Qu'en statuant ainsi, alors que ni les stipulations non étendues de l'article 12 de l'accord cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique, qui, dans le cas de forfait en jours, ne déterminent pas les modalités et les caractéristiques principales des conventions susceptibles d'être conclues mais renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en oeuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité du cadre avec sa hiérarchie, ni celles de l'accord d'entreprise du 3 février 2000, qui se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire, ne sont de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont elle devait vérifier l'existence et le nombre, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;* (Soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, en cours de publication).

- **Commerce de gros** : *“Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'article 2.3 de l'accord ARTT du 14 décembre 2001 pris en application de la convention collective nationale de commerces de gros du 23 juin 1970, qui, dans le*

cas de forfait en jours , se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné, un entretien annuel avec son supérieur hiérarchique, ni les stipulations de l'avenant du 26 janvier 2000 à l'accord d'entreprise du 17 février 1999, qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, **ne prévoient qu'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, ne sont de nature à garantir** que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (Soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540, Bull. V, n° 250).

- **Syntec** : “Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, pris en application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, ni les stipulations des accords d'entreprise des 22 décembre 1999 et 5 novembre 2004, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (Soc., 24 avril 2013, n° 11-28.398, Bull. V, n° 117).

- **Expert-comptables et commissaires aux comptes** : “Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 8.1.2.5 de la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes du 9 décembre 1974, qui se bornent à prévoir, en premier lieu, **que la charge de travail confiée ne peut obliger le cadre à excéder une limite de durée quotidienne de travail effectif fixée à dix heures et une limite de durée hebdomadaire de travail effectif fixée à quarante-huit heures et que le dépassement doit être exceptionnel et justifié par le cadre, en deuxième lieu, laisse à l'employeur le soin de prendre les mesures pour assurer le respect des repos quotidiens et hebdomadaires, et, en troisième lieu, que le cadre disposant d'une grande liberté dans la conduite ou l'organisation des missions correspondant à sa fonction et dans la détermination du moment de son travail, le cadre et l'employeur examinent ensemble, afin d'y remédier, les situations dans lesquelles ces dispositions prises par l'employeur pour assurer le respect des repos journaliers et hebdomadaires n'ont pu être respectées, ne sont de nature à garantir** que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (Soc., 14 mai 2014, n° 12-35.033, Bull. V, n° 121).

- **Bâtiment et travaux publics** : “Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions du titre III de l'accord national du 6 novembre 1998 relatif à la durée du travail dans les entreprises de bâtiment et travaux publics ni les stipulations de l'accord d'entreprise qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de

travail qui en résulte, prévoient seulement qu'il appartient aux salariés de tenir compte des limites journalières et hebdomadaires et d'organiser leurs actions dans ce cadre et en cas de circonstances particulières d'en référer à leur hiérarchie de rattachement, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (Soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985, Bull. V n° 137).

- **Notariat** : *“Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 8.4.2. de la convention collective nationale du notariat du 8 juin 2001, qui se bornent à prévoir, en premier lieu, que l'amplitude de la journée d'activité ne doit pas dépasser 10 heures sauf surcharge exceptionnelle de travail, en second lieu que chaque trimestre, chaque salarié concerné effectue un bilan de son temps de travail qu'il communique à l'employeur et sur lequel il précise, le cas échéant, ses heures habituelles d'entrée et de sortie afin de pouvoir apprécier l'amplitude habituelle de ses journées de travail et de remédier aux éventuels excès, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (Soc., 13 novembre 2014, n° 13-14.206, Bull. V, n° 262).*

- **Commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire** : *“Et attendu que ni les dispositions de l'article 5.7.2. de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, qui dans le cas de forfait en jours , se limitent à prévoir, s'agissant du suivi de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné, un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique, ni celles de l'accord d'entreprise du 26 janvier 2000 qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, prévoient seulement l'organisation sur cinq jours de l'activité des salariés concernés, aux fins qu'ils puissent exercer utilement leur droit au repos hebdomadaire et l'établissement d'un document récapitulatif leur présence sur l'année, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; qu'il en résulte que la convention de forfait en jours était nulle ;” (Soc., 4 février 2015, n° 13-20.891, Bull. V, n° 23).*

- **HCR (accord du 13 juillet 2014)** : *“Qu'en statuant ainsi, alors que ni 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, qui, dans le cas de forfait en jours , se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné, en premier lieu, que l'employeur établit un décompte mensuel des journées travaillées, du nombre de jours de repos pris et de ceux restant à prendre afin de permettre un suivi de l'organisation du travail, en second lieu, que l'intéressé bénéficie du repos*

quotidien minimal prévu par la convention collective et du repos hebdomadaire, ni les stipulations de l'accord d'entreprise du 19 mai 2000, qui ne prévoient que l'obligation de respecter les limites légales de la durée quotidienne de travail et qu'un entretien annuel entre l'intéressé et son supérieur hiérarchique portant sur l'organisation du travail et l'amplitude des journées de travail, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que les stipulations du contrat de travail relatives au forfait en jours étaient nulles, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;" (Soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444, Bull. V, n° 140).

- Automobile, cycle, motocycle et activités annexes : "Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 1.09 f alors applicables de la convention collective du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981, étendue par arrêté du 30 octobre 1981, qui se bornent à prévoir que le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées d'activité, que cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail des intéressés ainsi que l'instauration d'un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées et la qualification des journées non travaillées par voie d'un calendrier mensuel à remplir par le salarié lui-même, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;" (Soc., 9 novembre 2016, n° 15-15.064, Bull. Civ. V, n° 214).

Réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes et contrôle technique automobile (dans la version issue de l'avenant du 3 juillet 2014) : La convention collective du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981, étendue par arrêté du 30 octobre 1981, dans leur rédaction issue de l'avenant du 3 juillet 2014, 10. En statuant ainsi, alors que les dispositions des articles 1.09 f et 4.06 de la convention collective du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981, étendue par arrêté du 30 octobre 1981, dans leur rédaction issue de l'avenant du 3 juillet 2014, qui se bornent à prévoir que la charge quotidienne de travail doit être répartie dans le temps de façon à assurer la compatibilité des responsabilités professionnelles avec la vie personnelle du salarié, que les entreprises sont tenues d'assurer un suivi individuel régulier des salariés concernés et sont invitées à mettre en place des indicateurs appropriés de la charge de travail, que compte tenu de la spécificité du dispositif des conventions de forfait en jours, le respect des dispositions contractuelles et légales sera assuré au moyen d'un système déclaratif, chaque salarié en forfait jours devant renseigner le document de

suivi du forfait mis à sa disposition à cet effet, que ce document de suivi du forfait fait apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que le positionnement et la qualification des jours non travaillés et rappelle la nécessité de respecter une amplitude et une charge de travail raisonnables, que le salarié bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique dont l'objectif est notamment de vérifier l'adéquation de la charge de travail au nombre de jours prévu par la convention de forfait et de mettre en oeuvre les actions correctives en cas d'inadéquation avérée, en ce qu'elles ne permettent pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-23.222, B).

- Immobilier : *“Attendu, enfin, que les dispositions de l'article 9 de l'avenant n° 20 du 29 novembre 2000 relatif à l'ARTT, dans sa rédaction issue de l'avenant n° 20 bis du 6 novembre 2001, à la convention collective nationale de l'immobilier du 9 septembre 1988, qui, dans le cas de forfait en jours , **se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné que l'employeur et l'intéressé définissent en début d'année, ou deux fois par an si nécessaire, le calendrier prévisionnel de l'aménagement du temps de travail et de la prise des jours de repos sur l'année et établissent une fois par an un bilan de la charge de travail de l'année écoulée, ne sont pas de nature à garantir** que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; qu'il en résulte que la convention de forfait en jours était nulle ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;” (Soc., 14 décembre 2016, n° 15-22.003, Bull. V, n° 253).*

- Cabinets d'avocats : *“Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail, alors applicable, à la convention collective des avocats salariés (cabinets d'avocats) du 17 février 1995, qui, dans le cas de forfaits en jours , se limitaient à prévoir, en premier lieu, que le nombre de journées ou demi-journées de travail sera comptabilisé sur un document établi à la fin de l'année par l'avocat concerné et précisant le nombre de journées ou de demi-journées de repos pris, en second lieu, qu'il appartient aux salariés concernés de respecter les dispositions impératives ayant trait au repos quotidien et au repos hebdomadaire, le cabinet devant veiller au respect de ces obligations, ni les stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 **qui se bornent à prévoir qu'un suivi du temps de travail sera effectué pour tout collaborateur sur une base annuelle, que toutefois, autant que faire se peut, la direction cherchera à faire un point chaque trimestre et à attirer l'attention des collaborateurs dont le suivi présente un solde créditeur ou débiteur trop important afin qu'ils fassent en sorte de régulariser la situation au cours du trimestre suivant, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de***

travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;" (Soc. 8 novembre 2017, n° 15-22.758 ; Bull. V, n° 191)

- **Entreprises de commission, de courtage et de commerce intra-communautaire** : "Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 10.3.2 de l'accord RTT du 7 juin 2000 pris en application de la convention collective nationale des entreprises de commission, de courtage et de commerce intra communautaire et d'importation exportation de France métropolitaine du 18 décembre 1952 qui se bornent à prévoir que le salarié doit bénéficier d'un temps de repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives et d'un temps de repos hebdomadaire de 24 heures auquel s'ajoute le repos quotidien de 11 heures, sauf dérogation dans les conditions fixées par les dispositions législatives et conventionnelles en vigueur, que le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, que l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que la qualification des jours de repos en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail, ce document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur et, enfin, que le salarié ayant conclu une convention de forfait en jours bénéficie chaque année d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé, l'amplitude de ses journées d'activité, ne sont, **en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé**, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;" (Soc.17 janvier 2018, n° 16-15.124, Bull. V, n° 2).

- **Organismes gestionnaires de foyer et services pour jeunes travailleurs** : "Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 9 de la convention collective nationale des organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs du 16 juillet 2003 prévoit que, pour les directeurs, l'organisation du travail peut retenir le forfait en jours dans la limite de deux cent sept jours par an, que l'avenant n° 2 du 21 octobre 2004 à cette convention collective, relatif à l'aménagement du temps de travail des cadres, se limite à prévoir, en son article 2, que dans l'année de conclusion de la convention de forfait, la hiérarchie devra examiner avec le cadre concerné sa charge de travail et les éventuelles modifications à y apporter, que cet entretien fera l'objet d'un compte rendu visé par le cadre et son supérieur hiérarchique, que les années suivantes, l'amplitude de la journée d'activité et la charge de travail du cadre seront examinées lors de l'entretien professionnel annuel, en son article 3 que les jours travaillés et les jours de repos feront l'objet d'un décompte mensuel établi par le cadre et visé par son supérieur hiérarchique qui devra être conservé par l'employeur pendant une durée de 5 ans, **que ces dispositions, en ce qu'elles ne prévoient pas de suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs de temps travaillé transmis, permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement**

incompatible avec une durée raisonnable, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;" (Soc. 6 novembre 2019, n° 18-19.752, en cours de publication).

- **Bricolage** : Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-39 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

9. Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles.

10. Il résulte des articles susvisés de la directive de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.

11. Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

12. Pour débouter la salariée de ses demandes en rappels de salaire à titre d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et d'indemnité pour travail dissimulé pour les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 et du 1er juin 2014 au 4 juillet 2014, l'arrêt retient que les dispositions conventionnelles concernant les conditions de travail des cadres autonomes soumis à un forfait en jours sont bien de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail des salariés en forfait en jours restent raisonnables.

13. En statuant ainsi, **alors que l'article 3 II de l'accord du 23 juin 2000 relatif à l'application de la RTT dans le secteur du bricolage, qui se borne à prévoir, d'une part, que le chef d'établissement veille à ce que la charge de travail des cadres concernés par la réduction du temps de travail soit compatible avec celle-ci, d'autre part, que les cadres bénéficient d'un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives et ne peuvent être occupés plus de six jours par semaine et qu'ils bénéficient d'un repos hebdomadaire d'une durée de 35 heures consécutives, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés.** (Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-12.208)

- **Crédit agricole** : En statuant ainsi, alors que les dispositions de l'annexe 2 -durée et organisation du temps de travail- à la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987, issue de l'accord sur le temps de travail au Crédit agricole du 13 janvier 2000, qui se bornent à prévoir que le nombre de jours travaillés dans l'année est au plus de 205 jours, compte tenu d'un droit à congé payé complet, que le contrôle des jours travaillés et des jours de repos est effectué

dans le cadre d'un bilan annuel, défini dans le présent accord et qu'un suivi hebdomadaire vérifie le respect des règles légales et conventionnelles les concernant en matière de temps de travail, notamment les onze heures de repos quotidien, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 19-20.561, B)

- Commerces de détail non alimentaires : *En statuant ainsi, alors que l'article 3.2.1. de l'accord du 5 septembre 2003, attaché à la convention collective nationale des commerces de détail non alimentaires du 9 mai 2012, qui se borne à prévoir que le décompte des journées travaillées ou des jours de repos pris est établi mensuellement par l'intéressé, que les cadres concernés doivent remettre, une fois par mois à l'employeur qui le valide, un document récapitulant le nombre de jours déjà travaillés, le nombre de jours ou de demi-jours de repos pris et ceux restant à prendre, qu'à cette occasion doit s'opérer le suivi de l'organisation du travail, le contrôle de l'application du présent accord et de l'impact de la charge de travail sur leur activité de la journée, que le contrôle des jours sera effectué soit au moyen d'un système automatisé, soit d'un document auto-déclaratif et que dans ce cas, le document signé par le salarié et par l'employeur est conservé par ce dernier pendant trois ans et tenu à la disposition de l'inspecteur du travail, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-10.251, 20-20.572, B)*

- Personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire : *En statuant ainsi, alors que l'article 2.8.3. de l'accord du 11 avril 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail, attaché à la convention collective nationale du personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire du 13 août 1999, qui se borne à prévoir que l'employeur est tenu de mettre en place des modalités de contrôle du nombre des journées ou demi-journées travaillées par l'établissement d'un document récapitulatif faisant en outre apparaître la qualification des jours de repos en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels ou jours de réduction du temps de travail, ce document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur, et que les cadres concernés par un forfait jours bénéficient chaque année d'un entretien avec leur supérieur hiérarchique, au cours duquel il sera évoqué l'organisation du travail, l'amplitude des journées d'activité et de la charge de travail en résultant, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours*

était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-23.387, B)

En revanche, d'autres accords collectifs importants ont été jugés comme offrant des garanties suffisantes :

- **Banque** : *“Attendu, enfin, que l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 prévoit que "Le décompte des journées et demi-journées travaillées se fait sur la base d'un système auto-déclaratif", que "l'organisation du travail de ces salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharges de travail", que "dans ce cas, il y aura lieu de procéder à une analyse de la situation, de prendre le cas échéant toutes dispositions adaptées pour respecter, en particulier, la durée minimale du repos quotidien prévue par l'article L. 220-1 du code du travail et de ne pas dépasser le nombre de jours travaillés, et ce dans les limites prévues au dernier alinéa de l'article L. 212-15-3, III, dudit code", que "La charge du travail confiée et l'amplitude de la journée d'activité en résultant doivent permettre à chaque salarié de prendre obligatoirement le repos quotidien visé ci-dessus" et que "la durée minimale de ce repos est fixée légalement à 11 heures prises d'une manière consécutive et, le cas échéant, selon les modalités de l'article 63 de la convention collective nationale de la banque." ;*

Attendu que pour dire que la convention de forfait en jours doit être considérée comme illicite, l'arrêt retient que l'avenant au contrat de travail du salarié mentionne que "l'organisation du travail du salarié fera l'objet d'un suivi régulier avec sa hiérarchie afin que la durée minimale de repos quotidien soit respectée et que le nombre de jours travaillés ne soit pas dépassé. En cas de surcharge de travail, M. [X] devra informer dès que possible sa hiérarchie", et qu'il apparaît ainsi que ces dispositions contractuelles, prises en application de l'accord de branche, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps de travail de l'intéressé et donc à assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié, qu'en effet, le système auto-déclaratif qui tend en réalité à faire peser sur le salarié la garantie de son droit à la santé et au repos ne saurait être considéré comme licite puisqu'il appartient à l'employeur, seul, soumis à une obligation de sécurité de résultat de veiller à garantir le droit à la santé et au repos de ses salariés ;

*Qu'en statuant ainsi, alors que répondent aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, les dispositions de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 **imposant notamment à l'employeur de veiller à la surcharge de travail et d'y remédier, de sorte qu'est assuré le contrôle de la durée maximale raisonnable de travail**, la cour d'appel, qui s'est référée au seul contrat de travail, a violé les textes susvisés ;”* (Soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890, Bull. V, n° 301).

Notons que notre chambre a procédé à une interprétation de cet accord collectif dans son conclusif pour retenir que celui-ci apportait les garanties nécessaires. Elle a également précisé que ce qui devait être respecté, ce n'est pas une durée particulière dont le plafond serait fixé de façon précise, le cas échéant par référence à la loi, mais une durée raisonnable, ce qui induit une certaine souplesse, notamment par référence à l'intensité du travail des salariés et aux rythmes auxquels ils sont soumis.

- **Crédit Foncier de France** : *“Attendu, ensuite, que répond aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, l'accord conclu le 11 juillet 2008 au sein de la société relatif à l'organisation du temps de travail des cadres relevant du statut d'autonomie, selon lequel ces personnels sont soumis à un forfait annuel en jours évalué à deux cent neuf jours par an, en ce qu'il prévoit, d'une part que les cadres sont tenus de déclarer régulièrement dans le logiciel « temps » en place dans l'entreprise le nombre de jours ou de demi-journées travaillées ainsi que le nombre de jours ou de demi-journées de repos et qu'une consolidation est effectuée par la direction des ressources humaines pour contrôler leur durée de travail, d'autre part qu'au cours de l'entretien annuel d'appréciation, le cadre examine avec son supérieur hiérarchique la situation du nombre de jours d'activité au cours de l'exercice précédent au regard du nombre théorique de jours de travail à réaliser, les modalités de l'organisation, de la charge de travail et de l'amplitude de ses journées d'activité, la fréquence des semaines dont la charge a pu apparaître comme atypique, que toutes mesures propres à corriger cette situation sont arrêtées d'un commun accord et que s'il s'avère que l'intéressé n'est pas en mesure d'exercer ses droits à repos, toute disposition pour remédier à cette situation sera prise d'un commun accord entre le cadre concerné et son manager ;”* (Soc, 22 juin 2017, n° 16-11.762, Bull. V, n° 106).

- **Employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment** : *En statuant ainsi, alors que l'article 4.2.9 prévoit également que l'organisation du travail des salariés fait l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veille notamment aux éventuelles surcharges de travail et au respect des durées minimales de repos, qu'un document individuel de suivi des journées et demi-journées travaillées, des jours de repos et jours de congés (en précisant la qualification du repos : hebdomadaire, congés payés, etc.) est tenu par l'employeur ou par le salarié sous la responsabilité de l'employeur, que ce document individuel de suivi permet un point régulier et cumulé des jours de travail et des jours de repos afin de favoriser la prise de l'ensemble des jours de repos dans le courant de l'exercice, de sorte que répondent aux exigences relatives au droit à la santé et au repos et assurent ainsi le contrôle de la durée raisonnable de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires les dispositions de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment du 12 juillet 2006, dans sa version issue de l'avenant n° 3 étendu du 11 décembre 2012, qui imposent notamment à l'employeur de veiller au risque de surcharge de travail du salarié et d'y remédier, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* (Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-23.294, B)

Notre jurisprudence applique le principe d'effectivité des mesures prévues par l'accord collectif : celles-ci ne doivent pas se présenter comme une pétition de principe, mais être de nature à assurer un suivi effectif et régulier de la charge de travail du salarié afin de permettre à l'employeur d'intervenir réellement et en temps utile si celle-ci s'avère finalement incompatible avec une durée de travail raisonnable. Notons que c'est en raison de cette jurisprudence que le Comité européen des droits sociaux, organe mis en place pour vérifier l'application de la Charte sociale européenne (révisée), a abandonné certaines de ses précédentes critiques contre le dispositif légal du forfait en jours. Ainsi dans ses conclusions de 2014, il a considéré 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 en jours » (CEDS, conclusions 2014 - France - Art. 2-1).

De son côté, le législateur a repris à son compte les exigences jurisprudentielles puisque, à la suite de la loi El Khomry, il a introduit plusieurs dispositions dans le code du travail précisant les obligations de l'employeur :

- L'article L. 3121-60 du code du travail, dans le cadre du dispositif d'ordre public, dispose : "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".

- L'article L. 3121-63 du code du travail qui prévoit que l'accord collectif est mis en oeuvre par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, par accord de branche.

- L'article L. 3121-64 II, qui relève du champ de la négociation collective : "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 (...)."

- L'article L. 3121-65 I 2°, inséré dans la partie consacrée aux dispositions supplétives (dispositif dit de "béquille") : "l'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des repos quotidiens et hebdomadaires".

Rappelons enfin, qu'eu égard aux exigences de santé sur lesquelles repose la réglementation du forfait en jours et son caractère dérogatoire au regard des règles de contrôle de la durée du travail, notre jurisprudence considère que le juge doit examiner d'office les conditions de recours par l'entreprise concernée au forfait en jours, et notamment la conformité de l'accord collectif permettant le recours au forfait en jours : Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.876, Bull. 2007, V, n° 180 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, Bull. 2012, V, n° 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, Bull. 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, Bull. 2013, V, n° 117 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, Bull. 2014, V, n° 121 ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, Bull. 2014, V, n° 137 ; Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.206, Bull. 2014, V, n° 262 ; Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° 18-19.752, B ; Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 19-20.561, B).

Enfin, les arrêts précédemment cités révèlent que lorsqu'elle statue sur les conditions conventionnelles de recours au forfait en jours d'une entreprise, notre chambre examine l'ensemble des accords collectifs applicables, le cas échéant cumulativement.

1.2. - Environnement conventionnel de l'employeur

Dans un arrêt du 8 novembre 2017, rendu dans un litige concernant déjà la société Ernst & Young, notre chambre a jugé que ni l'accord de branche, ni l'accord d'entreprise ne satisfaisaient aux exigences légales :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors

applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

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

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

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

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que l'avenant du 26 octobre 2005 à son contrat de travail stipule une convention de forfait en jours, que les avocats salariés sont soumis à une convention collective dont un avenant prévoit le dispositif du forfait jour avec des garanties dont les parties conviennent qu'elles sont insuffisantes, que toutefois la société a conclu un accord d'entreprise le 14 mai 2007 qui précise les modalités d'organisation du temps de travail et son décompte, qu'il indique l'obligation d'un suivi de la durée individuelle du travail dans un cadre annuel et rappelle les règles applicables en matière de congés annuels ainsi que celles relatives aux repos, que ces éléments permettent de valider la convention de forfait jour et que la salariée n'apporte aucun élément de nature à établir un manquement de l'employeur aux dispositions conventionnelles ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail, alors applicable, à la convention collective des avocats salariés (cabinets d'avocats) du 17 février 1995, qui, dans le cas de forfaits en jours, se limitaient à prévoir, en premier lieu, que le nombre de journées ou demi-journées de travail sera comptabilisé sur un document établi à la fin de l'année par l'avocat concerné et précisant le nombre de journées ou de demi-journées de repos pris, en second lieu, qu'il appartient aux salariés concernés de respecter les dispositions impératives ayant trait au repos quotidien et au repos hebdomadaire, le cabinet devant veiller au respect de ces obligations, ni les stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 qui se bornent à prévoir qu'un suivi du temps de travail sera effectué pour tout collaborateur sur une base annuelle, que toutefois, autant que faire se peut, la direction cherchera à faire un point chaque trimestre et à attirer l'attention des collaborateurs dont le suivi présente un solde créditeur ou débiteur trop important afin qu'ils fassent en sorte de régulariser la situation au cours du trimestre suivant, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 8 novembre 2017, pourvoi n° 15-22.758, Bull. 2017, V, n° 191)**

Notons toutefois que l'accord de branche a été modifié le 25 mai 2012, avant la conclusion de la convention individuelle de forfait en jours objet du litige. Ainsi l'avenant n° 15 du 25 mai 2012, relatif au forfait annuel en jours dispose :

Article 3 (limite à la réglementation de la durée du travail)

Il est rappelé que les salariés en forfait jours ne sont pas soumis, en application de l'article L. 3121-48 du code du travail, à (1) :

– la durée légale hebdomadaire du temps de travail prévue à l'article L. 3121-10 du code du travail, soit 35 heures par semaine civile ;

– la durée quotidienne maximale prévue à l'article L. 3121-34 du code du travail, soit 10 heures sauf dérogation ;

– aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues au premier alinéa de l'article L. 3121-35 (48 heures hebdomadaires, exceptionnellement 60 heures), et aux 1er et 2e alinéas de l'article L. 3121-36 (44 heures sur une période quelconque de 12 semaines consécutives, le cas échéant 46 heures sur cette même période en cas de dispositions d'un accord de branche).

Il est précisé que compte tenu de la nature du forfait jours, l'avocat salarié n'est pas soumis à un contrôle de ses horaires de travail.

L'avocat salarié devra toutefois prendre en compte les contraintes organisationnelles du cabinet dans la gestion de son temps de travail.

Article 4 (garantie d'un équilibre en charge de travail et durée du travail) :

L'avocat est autonome dans l'organisation de son emploi du temps et, corrélativement, dans la maîtrise de la charge de travail confiée par le cabinet, qui doit être compatible avec le respect des différents seuils définis ci-dessous et rester dans des limites raisonnables.

4.1. Durée quotidienne de travail

Afin de garantir une durée raisonnable de travail, l'avocat doit organiser son travail pour ne pas dépasser 11 heures journalières, sous réserve des contraintes horaires résultant notamment de l'exécution des missions d'intérêt public.

4.2. Temps de repos

4.2.1. Repos quotidien

En application des dispositions de l'article L. 3131-1 du code du travail, la durée du repos quotidien est au minimum de 11 heures consécutives, sauf dérogation dans les conditions fixées par les dispositions législatives et conventionnelles en vigueur.

4.2.2. Repos hebdomadaire

En application des dispositions de l'article L. 3132-2 du code du travail, et bien que le temps de travail puisse être réparti sur certains ou sur tous les jours ouvrables de la semaine, en journée ou demi-journée de travail, l'avocat salarié doit bénéficier d'un temps de repos hebdomadaire de 24 heures consécutives auxquelles s'ajoutent les heures de repos quotidien ci-dessus prévues.

Il est rappelé que, sauf dérogations, et dans l'intérêt de l'avocat salarié, le jour de repos hebdomadaire est le dimanche, sous réserve des contraintes résultant de l'exécution des missions d'intérêt public.

Il résulte du dispositif légal du forfait jours, qui fixe le nombre maximum de jours de travail à 218 par année civile, que l'avocat salarié bénéficie en moyenne de l'équivalent de 2 jours de repos par semaine. Afin de garantir la santé de l'avocat salarié et de favoriser l'articulation de la vie privée et de la vie professionnelle, il est préconisé que la durée du repos hebdomadaire soit de 2 jours consécutifs.

Chaque avocat salarié a droit au respect de son temps de repos, y compris par l'absence de communications technologiques.

Article 5 (décompte des jours travaillés) :

Pour le décompte du nombre de jours travaillés par année civile, chaque employeur a la faculté de tenir compte des incidences des accords collectifs ou usages internes.

Le nombre de journées ou de demi-journées de travail sera comptabilisé sur un document de contrôle établi à échéance régulière par l'avocat salarié concerné selon une procédure établie par l'employeur.

Ce document rappellera l'obligation pour l'avocat salarié de le remettre, dûment rempli, à l'employeur selon la périodicité prévue ; sa non-remise n'aura pas pour conséquence de remettre en cause la convention de forfait en jours.

Devront être identifiées dans le document de contrôle :

- la date des journées ou des demi-journées travaillées ;*
- la date des journées ou des demi-journées de repos prises. Pour ces dernières, la qualification de ces journées devra impérativement être précisée : congés payés, congés conventionnels, repos hebdomadaire, jour de repos...*

Un espace relatif à la charge de travail devra être prévu dans le document de contrôle afin que l'avocat salarié puisse y indiquer ses éventuelles difficultés.

Ces documents de comptabilisation du nombre de journées de travail annuelles effectuées seront tenus à la disposition de l'inspecteur du travail pendant une durée de 3 ans.

Article 6 : renonciation à des jours de repos

(...)

Article 7 (entretien annuel) :

En application de l'article L. 3121-46 du code du travail, l'avocat salarié bénéficiera annuellement d'un entretien avec sa hiérarchie au cours duquel seront évoquées :

- l'organisation du travail ;*
- la charge de travail de l'intéressé ;*
- l'amplitude de ses journées d'activité ;*
- l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale ;*
- la rémunération de l'avocat salarié.*

Lors de cet entretien, le supérieur hiérarchique et l'avocat salarié devront avoir copie, d'une part, des documents de contrôle des 12 derniers mois et, d'autre part, le cas échéant, du compte rendu de l'entretien précédent.

Le compte rendu de l'entretien sera établi et remis à l'avocat salarié.

Article 8 (dispositif de veille et d'alerte) :

Dans le souci de prévenir les effets d'une charge de travail trop importante sur la santé, il est proposé de mettre en place un dispositif de veille et d'alerte.

L'employeur ou son représentant devra analyser les informations relatives au suivi des jours travaillés au moins une fois par semestre. S'il apparaît que la charge de travail et l'organisation du salarié révèlent une situation anormale, il recevra l'avocat salarié concerné à un entretien, sans attendre l'entretien annuel prévu ci-dessus, afin d'examiner avec lui l'organisation de son travail, sa charge de

travail, l'amplitude de ses journées d'activité, et d'envisager toute solution permettant de traiter les difficultés qui auraient été identifiées.

Pour sa part, l'avocat salarié pourra alerter sa hiérarchie s'il se trouve confronté à des difficultés auxquelles il estime ne pas arriver à faire face.

Le moyen soutient que ni l'accord de branche du 17 février 1995, ni l'accord d'entreprise du 14 mai 2007, ne répondent aux exigences légales, pour conclure à un grief de manque de base légale, la cour d'appel n'ayant pas vérifié que la charte des bonnes pratiques répondait aux exigences légales. En revanche, le moyen ne soutient pas que l'accord de branche, pourtant appliqué par la cour d'appel, ne répond pas aux exigences légales.

Toutefois, pour mobiliser les dispositions de la loi du 8 août 2016, il est nécessaire de constater que l'ensemble du dispositif conventionnel en application duquel la convention de forfait en jours a été conclu est invalide.

Notre chambre pourrait donc relever d'office le moyen, tiré de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-39 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, selon lequel ni l'accord de branche du 7 avril 2000, ni l'accord d'entreprise du 14 mai 2007, ni l'accord de branche du 25 mai 2012, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont la cour d'appel aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle.

Les parties sont invitées à présenter leurs observations dans le délai d'un mois suivant la mise en ligne du présent rapport.

2. - L'application des dispositions transitoires de l'article 12 de la loi du 8 août 2016

En matière de forfait en jours, les dispositions d'ordre public de l'article L. 3121-60 du code du travail prévoient que *“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”*.

L'article L. 3121-64 II du code du travail, qui appartient au “champ de la négociation collective”, dispose :

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. 2242-17.

Avec la loi du 8 août 2016, le législateur a consolidé les acquis de notre jurisprudence, telle qu'elle avait été initiée avec l'arrêt du 29 juin 2011. Il a aussi mis en place un certain nombre de dispositions « palliatives », qualifiées de « béquilles » par les travaux parlementaires, de nature à permettre à l'employeur, conformément à un accord collectif invalide et qui n'est pas en mesure d'en négocier un nouveau répondant aux exigences légales, l'organiser la poursuite des conventions individuelles de forfait en jours, sous réserve de mettre en oeuvre, de façon unilatérale, des mesures vertueuses répondant aux exigences légales.

C'est d'abord l'objet de l'article L. 3121-65 du code du travail, inséré dans la sous-section consacrée aux "dispositions supplétives" ajoute :

I - A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle peut être valablement conclue sous réserve 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.*

L'article 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 complète l'article L. 3121-65 du code du travail avec des mesures transitoires. Il dispose :

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.

IV. - Cessent d'être applicables aux accords collectifs conclus avant la publication de la présente loi les dispositions relatives à la détermination d'un programme indicatif prévues :

1° Au 4° de l'article L. 212-8-4 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail ;

2° A l'article L. 212-2-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ;

3° A l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ;

4° Au 1° de l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ;

5° A l'article L. 713-16 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction antérieure à la même loi.”

Le rapport de M. Sirugue devant l'Assemblée nationale exposait :

Néanmoins, le texte proposé reprend pour l'essentiel les dispositions existantes. Les seules modifications apportées sur le fond sont les suivantes :

– Pour le forfait en jours sur l'année, la possibilité pour le salarié de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire fait l'objet d'un avenant qui est valable seulement pour l'année en cours, et qui ne peut être reconduit de manière tacite.

*– **L'employeur est tenu, en cas de forfait jours, de s'assurer que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. Cet ajout par rapport au droit existant a vocation à entériner les exigences de la jurisprudence :** en effet, depuis un arrêt de principe du 29 juin 2011, la Cour de cassation juge de manière constante que les stipulations d'un accord collectif instaurant un forfait jours doivent assurer le respect du droit à la santé et à la sécurité du salarié et, pour ce faire, doivent garantir que sa charge de travail reste raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.*

En outre, lorsque l'employeur a fixé des échéances et une charge de travail compatibles avec le respect des repos quotidien et hebdomadaire et des congés du salarié, sa responsabilité ne peut être engagée au seul motif que le salarié n'a, de sa propre initiative, pas bénéficié de ces repos ou congés. Cette précision vise à éviter qu'un employeur ne soit abusivement mis en cause par un salarié qui lui reprocherait le non-respect de ses droits à repos et congés alors qu'il choisit lui-même de ne pas en bénéficier. On peut toutefois s'interroger sur les conséquences du tempérament apporté à ce sujet par le projet de loi, au regard en particulier de l'obligation générale incombant à l'employeur de veiller au respect de la charge de travail des salariés.

– La mise en place de forfaits annuels (en heures ou en jours) reste soumise à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à un accord de branche, celui-ci devant déterminer la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs. L'accord doit également spécifier le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait dans la limite de 218 jours pour le forfait jours, ce plafond demeurant inchangé par rapport au droit existant. La nouvelle rédaction proposée prévoit également que l'accord doit fixer les conditions de prise en compte, pour

la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période, ainsi que les caractéristiques principales des conventions individuelles, en particulier le nombre d'heures ou de jours compris dans chaque forfait individuel.

Dès lors qu'est prévue la conclusion de forfaits jours, l'accord doit également fixer les modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié au forfait, ainsi que les modalités d'échange sur la charge de travail du salarié, l'articulation entre sa vie personnelle et son activité professionnelle, sa rémunération et l'organisation du travail dans l'entreprise (1). L'accord détermine également les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion. Il peut également fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos.

– Enfin, s'agissant du forfait jours, dans l'hypothèse où un accord collectif ne prévoit pas de dispositions spécifiques concernant le suivi de la charge de travail du salarié et l'échange périodique entre l'employeur et le salarié, l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle du nombre de jours travaillés – celui-ci peut être établi par le salarié, sous le contrôle de l'employeur – ; il doit également s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire, et organiser une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, l'organisation de son travail, l'articulation entre sa vie professionnelle et sa vie personnelle, ainsi que sa rémunération. Cet entretien annuel est déjà prévu par la loi dans le droit actuel.

Le rapport de MM. Gabouty, Lemoyne et Forissier devant le Sénat, exposait :

B. Cet article sécurise certaines conventions individuelles de forfait

Le présent article prévoit un double dispositif de sécurisation qui doit permettre d'inciter les branches et les entreprises à mettre leurs accords et les conventions individuelles qui y sont adossées en conformité avec les dispositions protégeant le droit au repos du salarié, consacré par la nouvelle rédaction de l'article L. 3121-62.

Tout d'abord, le paragraphe I dispose que, lorsqu'une convention ou un accord de branche, 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. 3121-62 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.

Dès lors, si une branche ou une entreprise négocie une modification de son accord pour le mettre en conformité, les conventions individuelles de forfait d'ores et déjà conclues sur son fondement ne nécessiteront pas la signature d'un avenant par le salarié. A contrario, la modification d'un autre paramètre de l'accord collectif entraînera obligatoirement une révision de la convention individuelle et requerra l'accord du salarié concerné.

Le paragraphe II du présent article aménage ensuite un dispositif de « béquille », selon le terme retenu dans l'étude d'impact, pour les accords individuels existant à ce jour et qui, bien qu'adossés à des accords collectifs non conformes avec le nouveau droit, mettraient d'ores et déjà en oeuvre les nouvelles dispositions supplétives (fixées à l'article L. 3121-63) en matière de protection du droit du salarié au repos.

Il dispose ainsi que 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 la publication de la présente loi, n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 3121-62 (nouveau) relatives au suivi de la charge de travail du salarié et à l'échange périodique entre l'employeur et le salarié, peut être poursuivie sous réserve que l'employeur respecte les dispositions supplétives fixées à l'article L. 3121-63 (nouveau).

Cette disposition est donc une incitation pour les employeurs à se mettre en conformité avec l'obligation de suivi de la charge de travail alors même qu'un accord de branche ou d'entreprise ne serait pas encore trouvé.

C. Cet article sécurise également les accords collectifs conclus au titre de l'ancien dispositif de modulation du temps de travail

Le paragraphe III du présent article prévoit que les dispositions relatives à la mise en place obligatoire d'un programme indicatif dans le cadre des accords collectifs de modulation du temps de travail cessent d'être applicables.

Avant 2008, les accords collectifs de modulation du temps de travail devaient comporter une clause obligatoire précisant le programme indicatif de mise en oeuvre de la modulation. Ce programme consistait pour l'employeur à présenter au salarié le volume de production et la charge de travail lui incombant et ce pour les douze mois à venir.

Ce mécanisme a été remplacé par la loi du 20 août 2008 qui instaure la possibilité d'aménager le temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

Les accords signés antérieurement à cette loi peuvent toutefois continuer à s'appliquer et demeurent ainsi toujours soumis à l'obligation de prévoir un programme indicatif de modulation du temps de travail. En effet, le juge examine la légalité des accords de modulation au regard du droit applicable lors de leur conclusion et non du droit applicable au moment de leur dénonciation^{186()}.*

Ce programme indicatif était prévu dans une série de dispositions du code du travail et du code rural et de la pêche maritime aujourd'hui abrogées. Il s'agit :

- du 4° de l'article L. 212-8-4 et de l'article L. 212-2-1 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ;

- de l'article L. 212-8 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au code du travail ;

- du 1° de l'article L. 3122-11 du code du travail et de l'article L. 713-6 du code rural et de la pêche maritime, dans leur rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Le III précise donc que ces dispositions ne s'appliquent plus aux accords collectifs conclus avant la publication de la présente loi.

Les débats parlementaires démontrent la volonté de consolider la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait permis l'abandon, sous conditions, par le Comité européen des droits sociaux, de certaines de ses critiques à l'encontre du dispositif légal relatif au forfait en jours :) : « Le Comité constate que la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée de 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 » (CEDS, conclusions 2014 - France - Art. 2-1).

Notons toutefois que de nouvelles critiques ont fait jour (CEDS, 19 mai 2021, Réclamation n° 149/2017) :

« Le Comité note que les parties invoquent les notions de durée de travail et de charge de travail. Le Gouvernement, d'une part, affirme que l'obligation de surveiller régulièrement la charge de travail, en tant que condition préalable à la protection de la santé des salariés, représente une garantie importante d'une durée raisonnable

de travail. Par conséquent, le respect des périodes de repos journalier et hebdomadaire, combiné aux dispositions relatives au suivi et à l'évaluation réguliers par l'employeur de la charge de travail du salarié, garantissent une durée raisonnable de travail.

Cependant, les organisations réclamantes, pour leur part, allèguent que la charge de travail et durée temps de travail ne sont que des concepts complémentaires mais qu'il n'y a pas de lien automatique entre eux. Un même temps de travail peut correspondre à des intensités d'activité différentes et par conséquent, le suivi d'une charge de travail par l'employeur ne garantit pas une durée raisonnable de travail.

141. Toutefois, le Comité prend note d'une nouveauté, dont font état les deux parties, à savoir l'obligation imposée à l'employeur de contrôler régulièrement la charge de travail d'un salarié soumis au régime de forfait en jours. Cette obligation figure dans plusieurs dispositions révisées du code du travail, telles que l'article L.3121-60 (disposition d'ordre public), L.3121-64 (disposition relevant du champ de la négociation collective) et L.3121-65 (disposition supplétive). Selon le Gouvernement, grâce à ce - 35 - cadre juridique, l'employeur demeure garant d'une charge de travail raisonnable et bien répartie dans le temps.

142. De plus, le Comité constate que la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, expressément indiqué que les accords collectifs qui ne respectent pas la durée raisonnable de travail devaient être frappés de nullité et que toute convention individuelle de forfait en jours devait prévoir des garanties de respect des durées maximales de travail ainsi que de repos journaliers et hebdomadaires. La Cour a également censuré une convention dont les dispositions 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, du travail de l'intéressé (voir par exemple : Cour de Cassation, Chambre sociale, arrêt du 7 juillet 2015, no 13-26.444). La Cour a également censuré les stipulations d'un accord collectif au motif qu'elles étaient insuffisantes à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés. Par ailleurs, la Cour de cassation a indiqué que l'accord collectif doit prévoir des outils de suivi régulier de la charge de travail des salariés en convention de forfait en jours.

143. Le Comité considère qu'en l'absence de limitations légales à la durée maximale autorisée de travail hebdomadaire dans le régime de forfait en jours et indépendamment de l'obligation légale de l'employeur de surveiller la charge de travail, un contrôle a posteriori par un juge d'une convention de forfait en jours n'est pas suffisant pour garantir une durée raisonnable de travail.

144. Par conséquent, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 2§1 de la Charte en ce qui concerne la durée raisonnable de travail des salariés relevant d'un régime de forfait en jours. »

Commentant les dispositions de la loi du 8 août 2016 relatives au forfait en jours, M. Morand écrivait :

"7. - Si, globalement, la nouvelle rédaction reprend le cadre antérieur, quelques aménagements sont intégrés en vue d'assurer une parfaite sécurisation à cette nouvelle rédaction des conventions de forfait en jours, aménagements qui tiennent compte de l'architecture à trois niveaux consacrée par l'article 8 de la loi.

8. - En premier lieu, pour le niveau « ordre public », le législateur consacre les principes jurisprudentiels permettant d'assurer la conformité du dispositif du forfait en jours avec les textes nationaux ou supranationaux contenus dans le « visa » de l'arrêt fondateur de juin 2011 et repris par la suite dans chacune des décisions de la Cour de cassation. **Ainsi, le nouvel article L. 3121-60 du Code du travail décide que « 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 ».** Cette obligation de contrôle permanent, de contrôle au fil de l'eau selon l'expression du conseiller Florès, impose donc à l'employeur de procéder périodiquement (par des entretiens réguliers, par exemple) aux vérifications tenant à l'amplitude de travail, au nombre de jours travaillés, au respect du repos quotidien et hebdomadaire. **Intégrer cette obligation dans la partie « ordre public » du dispositif répond aux objectifs de protection du droit à la santé et au repos exigé par les textes et la jurisprudence. Cela revient à frapper d'inefficacité la convention de forfait (avec ses conséquences) si ces mesures régulières ne sont pas effectuées.**

9. - En second lieu, la consécration par l'article 8 de la loi du 8 août 2016 de la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche conduit à autonomiser l'accord d'entreprise autorisant le recours au dispositif du forfait. Autrement dit, on peut penser qu'un accord d'entreprise qui définit un forfait en heures ou en jours travaillés supérieur à celui prévu antérieurement ou postérieurement par un accord de branche pourra prévaloir sur cet accord de branche. La seule réserve concerne la rémunération, laquelle devrait comporter une comparaison entre la rémunération du salarié pour le forfait défini par l'accord d'entreprise et le forfait défini par l'accord de branche au regard du salaire conventionnel correspondant.

10. - Enfin, **la partie supplétive (le troisième niveau) comporte un dispositif de sécurisation des forfaits en jours en cas de carence de l'accord collectif, rappelle le seuil maximum de 235 jours travaillés (en l'absence d'accord collectif prévoyant un nombre de jours supérieur) et définit ce qui s'impose à l'employeur si l'accord collectif n'a pas organisé les modalités pour le salarié de son droit à la déconnexion (C. trav., art. L. 3121-65).** Ce nouveau droit, issu du rapport Mettling remis le 15 septembre 2015, qui fait son entrée dans le Code du travail, s'agissant des conventions de forfait, suppose d'être encadré par l'accord collectif à l'origine du forfait et **à défaut par l'employeur. Celui-ci devra dans cette hypothèse l'organiser et informer les salariés par tout moyen.** Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion devront être conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L. 2242-8 du Code du travail".

(...)

"21. - Afin de ne rien laisser au hasard, le texte décide également de sécuriser les conventions individuelles de forfait en jours en cas d'accord collectif incomplet. Tout d'abord, s'agissant des accords antérieurs à la publication de la loi qui seraient incomplets car ne comportant pas, par définition, les dispositions nouvelles que devraient intégrer les nouveaux accords négociés postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi^{Note 17}, celle-ci autorise la poursuite ou la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait en jours, sous réserve que l'employeur comble ces carences. Autrement dit, alors que la

jurisprudence Note 18 interdisait cette régularisation par une décision unilatérale de l'employeur, le III de l'article 12 de la loi, qui renvoie à l'article L. 3121-65 du Code du travail, permet à l'employeur de combler les lacunes de l'accord collectif.

22. - Il pourra aussi le faire aux mêmes conditions si l'accord collectif conclu après la publication de la loi est également incomplet sur les mêmes éléments. En effet, pour les accords conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, l'article L. 3121-65 du Code du travail autorise la conclusion de conventions individuelles de forfait en cas de carence de l'accord collectif s'agissant des thèmes prévus au 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64 du Code du travail (évaluation et suivi régulier de la charge de travail ; communication périodique sur la charge de travail, l'articulation entre activité professionnelle et vie personnelle, rémunération et organisation du travail).

23. - Cette intervention régulatrice de l'employeur, qui peut se comprendre en cas d'accord collectif de branche défaillant sur les thèmes précités, est plus surprenante s'il s'agit d'un accord d'entreprise auquel il aura nécessairement participé. Dans les deux situations, l'accord collectif incomplet, antérieur ou postérieur à la publication de la loi, pourra néanmoins permettre la poursuite ou la conclusion des conventions individuelles de forfait en jours, dès lorsque : « 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 ou 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 » (C. trav., art. L. 3121-65).

24. - **Le non-respect de ces obligations aura probablement pour conséquence, par transposition de la jurisprudence antérieure, de priver d'effet les conventions individuelles de forfait induisant des conséquences sur le plan notamment du droit aux heures supplémentaires, ceci jusqu'à ce que l'employeur se conforme à ces obligations.**

25. - **La régularisation unilatérale par l'employeur peut s'opérer lorsque l'accord collectif est défaillant en ce qui concerne certaines dispositions désormais imposées par l'article L. 3121-64 du Code du travail, et ceci quelle que soit la date de la conclusion de l'accord collectif.** Toutefois, une nuance apparaît s'agissant du 3° du II de l'article L. 3121-64 qui concerne le droit à la déconnexion. Ce droit nouveau, désormais intégré dans l'accord collectif, ne pouvait pas, par définition, figurer dans les accords conclus avant la loi. Pour répondre à cette situation, le II de l'article L. 3121-65 du Code du travail permet à l'employeur, au titre des dispositions supplétives, de répondre à cette absence de clauses dans l'accord collectif.

26. - Le dispositif de sécurisation mis en place est complet. S'agissant des accords antérieurs à la loi, le législateur n'a en effet pas omis de se préoccuper de la situation des clauses nouvelles que doit contenir l'accord collectif (ce qui s'applique aux conventions de forfaits en jours et en heures). L'article 12-II décide ainsi que le 2° (période de référence du forfait) et le 4° (condition de prise en compte pour la rémunération des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période) du I de l'article L. 3121-64 du Code du travail « ne prévalent pas » sur les accords collectifs, de branche ou d'entreprise, conclus avant la publication de la loi. Il est évident que les accords ne pouvaient pas comporter ces

nouvelles dispositions, si bien qu'ils en sont en quelque sorte dispensés, sans qu'il soit nécessaire de les réviser ; leur absence ne devrait avoir aucune conséquence sur les conventions individuelles de forfait. Reste que la formulation utilisée par le législateur – « ne prévalent pas » – n'est pas heureuse, même si on en comprend la signification et l'intérêt.

27. - En conclusion, ce qui ressort de ces nouvelles dispositions c'est essentiellement la volonté de préserver et de sécuriser le dispositif créé par la loi du 19 janvier 2000. De ce point de vue, ce n'est pas trop s'avancer que d'affirmer que les rédacteurs de cette partie de la loi ont été particulièrement efficaces. Néanmoins, si le contentieux du contenu de l'accord collectif risque de se tarir, va s'amplifier en revanche celui de son application, si bien que ce dispositif continuera d'alimenter les chroniques juridiques. Notons enfin qu'il est prévu (article 13 de la loi) que, dans un délai de 9 mois suivant la promulgation de la loi, le Gouvernement doit présenter au Parlement un rapport sur l'utilisation et l'harmonisation des notions de jour et en tant que de besoin l'adaptation de la quantité des jours dans la législation du travail et de la sécurité sociale."

(Source Lexis 360 Intelligence - Revues - La Semaine Juridique - Social n° 35 du 6 septembre 2016 - Durée du travail - Clarification et sécurisation des conventions de forfait - Etude par Michel Morand)

4.2.3. - L'effet de la loi du 8 août 2016 sur les conventions individuelles de forfait en jours en cours

Notons que sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 8 août 2016, notre chambre n'avait pas admis que l'absence des garanties que doit contenir l'accord collectif ne pouvait pas être suppléée par le contrat de travail :

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les stipulations non étendues de l'article 12 de l'accord cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique, qui, dans le cas de forfait en jours, ne déterminent pas les modalités et les caractéristiques principales des conventions susceptibles d'être conclues mais renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en oeuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité du cadre avec sa hiérarchie, ni celles de l'accord d'entreprise du 3 février 2000, qui se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire, ne sont de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont elle devait vérifier l'existence et le nombre, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, Bull. 2012, V, n° 43)

En l'espèce, l'employeur a invoqué la charte des bonnes pratiques adoptée par lui et la cour d'appel a considéré que ces mesures répondaient aux exigences de la loi du 8 août 2016 et venaient compléter les accords collectifs en vigueur dans l'entreprise.

Il convient dès lors d'examiner l'effet de cette charte des bonnes pratiques sur la poursuite des convention individuelles, pour le cas où les accords collectifs invoqués par l'employeur de satisferaient pas aux exigences légales.

Notre chambre a eu à connaître récemment des dispositions « palliatives » de la loi du 8 août 2016. Notre jurisprudence a réaffirmé l'exigence d'effectivité de mesures relatives à la santé et à la sécurité du travail et fait de l'article L. 3121-60 du code du travail, la pierre angulaire de la construction issue de la loi du 8 août 2016. Ainsi, pour pouvoir bénéficier des dispositions palliatives de la loi du 8 août 2016, l'employeur doit justifier avoir satisfait à l'ensemble des obligations mises à sa charge par ce texte :

Vu les articles L. 3121-60, L. 3121-64 II du code du travail, 2.4 de l'avenant n° 22 du 16 décembre 2014 à la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997, relatif aux cadres autonomes, étendu par arrêté du 29 février 2016 et 2.4 de l'avenant n° 22 bis du 7 octobre 2016, relatif aux cadres autonomes, étendu par arrêté du 9 mars 2018 :

9. Aux termes du premier de ces textes, dont les dispositions sont d'ordre public, 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.

10. Selon le deuxième, l'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine 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.

11. Selon les deux derniers, chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours devra bénéficier chaque année d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées la charge de travail du salarié, l'amplitude de ses journées d'activité, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale ainsi que sa rémunération.

12. Pour débouter le salarié de ses demandes au titre de la convention individuelle de forfait en jours, l'arrêt, après avoir constaté qu'aucun entretien annuel n'avait eu lieu en 2018, retient que l'employeur justifie qu'en raison de la démission de son directeur général, le 31 décembre 2018, et de la prise de fonction le 21 janvier 2019 du nouveau directeur des opérations, les directeurs des différents hôtels ont été convoqués à l'entretien individuel de suivi du forfait cadre au titre de l'année 2018, en mars 2019. Il ajoute qu'eu égard à la nécessité de décaler l'ensemble des entretiens des directeurs du fait des contraintes de la société, le recul de la date d'entretien du salarié au 6 mars 2019 était admissible et légitime.

13. En statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de contraintes internes à l'entreprise, alors qu'elle avait constaté que, lors de l'entretien réalisé en 2017, le salarié avait signalé l'impact sérieux de sa charge de travail et le non-respect ponctuel du repos hebdomadaire, que le repos hebdomadaire n'avait pas été respecté à plusieurs reprises en 2018 et que les convocations pour l'entretien pour 2018 n'avaient été adressées qu'en mars 2019, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 10 janvier 2024, pourvoi n° 22-13.200, B)

M. Morand a commenté cet arrêt de la façon suivante (« Forfaits en jours : nouvelles prescriptions de la Cour de cassation », Semaine sociale Lamy, 29 janvier 2024, p. 10) :

« Au centre de cette nouvelle prescription jurisprudentielle, l'article L. 3121-

60 du Code du travail dont la Cour de cassation se plaît à rappeler qu'il figure dans la partie ordre public des dispositions relatives au forfait en jours.

Cet article impératif donc, précise que « 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 ».

Cette rédaction, issue aussi directement des exigences jurisprudentielles, est éclaircie par l'appréciation temporelle qu'en fait la Cour de cassation au regard des faits de l'espèce. Les mesures à mettre en place de « nature à remédier en temps utile à la charge de travail incompatible avec une durée raisonnable de travail », doivent s'entendre comme contemporaines avec le constat effectué. Il ne s'agit pas de mettre en place des mesures sur les exercices suivants, mais bien, si possible dans l'exercice couvert par la convention de forfait. La posologie d'application de l'article L. 3121-60 du Code du travail est précisée. »

En cas de non respect des dispositions « palliatives » de la loi du 8 août 2016, notre chambre a jugé que le convention de forfait en jours était nulle :

6. Aux termes de l'article L. 3121-65 I du code du travail, à défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle peut être valablement conclue sous réserve 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.

7. En cas de manquement à l'une de ces obligations, l'employeur ne peut se prévaloir du régime dérogatoire ouvert par l'article L. 3121-65 du code du travail. Il en résulte que la convention individuelle de forfait en jours conclue, alors que l'accord collectif ouvrant le recours au forfait en jours ne répond pas aux exigences de l'article L.3121-64 II 1° et 2° du même code, est nulle.

8. Après avoir retenu à bon droit que l'accord collectif du 5 septembre 2003, qui permettait le recours au forfait en jours, n'était pas conforme aux dispositions de l'article L. 3121-64 du code du travail, la cour d'appel a vérifié que les dispositions de l'article L. 3121-65 du même code avaient été respectées. Elle a, d'abord, constaté que les tableaux de suivi ne reflétaient pas la réalité des jours travaillés par le salarié, peu important qu'ils aient pu être renseignés par l'intéressé dès lors que ceux-ci doivent être établis sous la responsabilité de l'employeur et a estimé que, dans ces conditions, il apparaissait impossible à l'employeur de s'assurer que la charge de travail était compatible avec le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire. La cour d'appel a, ensuite, constaté que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation d'organiser avec le salarié un entretien annuel pour évoquer sa charge de travail.

9. La cour d'appel en a exactement déduit que la convention individuelle de forfait en jours était nulle. (Soc., 10 janvier 2024, pourvoi n° 22-15.782, B)

Cet arrêt a également été commenté par M. Morand (« Forfaits en jours : nouvelles prescriptions de la Cour de cassation », Semaine sociale Lamy, 29 janvier 2024, p. 10) :

« Ce qui est donc essentiel dans cette appréciation, c'est que l'accord collectif insuffisant par les manquements aux dispositions de l'article L. 3121-64-II-1° et 2° du Code du travail n'est « réparé » que par une application totale du dispositif dérogatoire ou supplétif de l'article L. 3121-65 du même code. Une application partielle (le seul document de contrôle, comme en l'espèce) est insuffisante, car elle ne permet pas de répondre à l'essentiel de ce que souhaite la Cour de cassation, c'est-à-dire le contrôle permanent, effectif et régulier de la charge de travail. Nous avons écrit, commentant ce dispositif dérogatoire, « que les différentes obligations obligations sont cumulatives et, si l'une d'entre elles fait défaut, la réparation est défailante » (M. Morand, Comment sécuriser le forfait en jours, Semaine sociale Lamy n° 2057, p. 10). La cause est entendue. Le dispositif dérogatoire de l'article L. 3121-65-I du Code du travail, en cas d'insuffisance de l'accord collectif doit être respecté dans l'intégralité de ses dispositions à peine de nullité de la convention de forfait. »

La cour d'appel a énoncé :

Toutefois la société Ernst & Young société d'avocats répond que la convention de forfait en jours est autorisée par l'avenant 7 2000-04-07 relatif à la réduction du temps de travail de la convention collective des avocats salariés dans la limite de 217 jours par an, que l'accord d'entreprise signé le 14 mai 2007 contient l'ensemble des mentions légalement prévues et mettant en place les garanties suffisantes, que l'avenant numéro 15 du 25 mai 2012 relatif au forfait annuel en jour de la convention collective des avocats salariés qui est applicable au sein du cabinet, valide cette convention de forfait, et que conformément aux dispositions de la loi travail du 8 août 2016 elle a complété l'ensemble des dispositions conventionnelles par une charte des bonnes pratiques en matière d'organisation du temps de travail, il est donc inexact d'affirmer qu'aucun outil de contrôle de la charge de travail n'a été mis en place par l'employeur pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle et de la vie personnelle des salariés.

La cour d'appel a donc retenu que la charte des bonnes pratiques complétait les dispositions conventionnelles conformément à la loi du 8 août 2016. Notons toutefois que la cour d'appel ne précise pas le contenu de cette charte et n'indique pas si les dispositifs en question ont effectivement été mis en oeuvre.

Cette charte des bonnes pratiques a été produite avec le mémoire en défense. Elle énonce :

« (...) en conséquence, l'amplitude d'une journée de travail ne pourra pas dépasser 13 heures. Les parties rappellent qu'il convient d'entendre par amplitude de travail le nombre d'heures entre le commencement et la fin de journée de travail. En outre le collaborateur soumis à une convention de forfait doit organiser son travail pour ne pas dépasser 11 heures de travail effectif, sous réserve des contraintes horaires résultant notamment de l'exécution des missions d'intérêt public.

Ernst § Young société d'avocats veillera à ce que ces dispositions soient respectées par chacun et à ce que le charge de travail soit adaptée en conséquence.

Dès lors, le cabinet insiste sur le fait qu'il appartient à chaque collaborateur de faire en sorte, eu égard à l'heure à laquelle il cesse son travail effectif au sein du cabinet, de ne reprendre son travail le lendemain qu'après avoir observé un repos d'un repos d'une durée minimale de 11 heures et qu'en cas d'incapacité ressentie à observer cette durée, il doit en informer son associé responsable ou son interlocuteur RH.

En cas de difficultés rencontrées dans le cadre de l'exécution des missions, le cabinet devra en toute circonstance s'assurer que ce repos minimum puisse être respecté.

(..)

Dans le souci de prévenir les effets d'une charge de travail trop importante, le cabinet entend mettre en place un dispositif de veille et d'alerte.

A la fin de chaque semestre, la direction des ressources humaines sera chargée d'analyser les informations relatives au suivi du temps travaillé pour chaque collaborateur.

Si cet examen fait apparaître qu'un collaborateur a réalisé un total d'heures chargeables supérieur ou égal à 750 heures sur le semestre et qu'il justifie de 11 chargeables à plus de cinq reprises, il sera reçu par l'associé responsable de la ligne de service sans attendre l'entretien annuel prévu ci-dessus.

En tout état de cause, le collaborateur, s'il estime faire face à une difficulté inhabituelle portant sur l'organisation et sa charge de travail, aura la possibilité d'émettre par écrit une alerte auprès de la direction des ressources humaines. Dans cette hypothèse, le collaborateur sera obligatoirement reçu par l'associé responsable de la ligne de service dans les 3 jours ou son délégué.

Au cours de cet entretien, seront examinées les difficultés occasionnelles rencontrées et les moyens de les résoudre.

En cas de difficulté, une fiche d'entretien sera établie et remise au collaborateur concerné et aux RH pour leur dossier. (...) ».

Cette charte reprend l'organisation d'un examen semestriel de l'activité du salarié par le supérieur hiérarchique et prévoit son intervention lorsque l'activité du salarié dépasse 750 heures chargeables. Notons toutefois que la notion d'heures chargeables correspond, selon les conclusions soutenues par l'employeur devant la cour d'appel, correspondent aux heures directement facturées au client, mais qu'à côté des heures chargeables il existe également des heures passées en activité professionnelle, (conception de supports de formation, animation de formations, participation aux forums écoles, prospection commerciales, élaboration de proposition commerciale, travaux de recherche, projets internes, etc...) non facturables sur des clients, qui selon l'employeur constituent aussi du temps de travail effectif .

Il appartiendra à notre chambre de vérifier si la motivation de la cour d'appel est conforme aux principes d'effectivité attachés par notre jurisprudence aux dispositions des articles L. 3121-60 et L. 3121-65 du code du travail.