COUR DE CASSATION

RAPPORT DE M. FLORÈS, CONSEILLER

Arrêt n° 23 du 10 janvier 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-15.782

Décision attaquée : 10 février 2022 de la cour d'appel d'Angers

la société Eurac
C/
M. [T] [L]

_____

RAPPORT COMPRENANT

- une proposition de rejet non spécialement motivé des deuxième et troisième moyens du pourvoi principal et du moyen du pourvoi incident en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

- une proposition de renvoi sans cassation conformément aux articles 627 CPC et L. 411-3 COJ, dans l'hypothèse où une cassation interviendrait sur le premier moyen du pourvoi principal.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [T] [L] a été engagé en qualité de coordinateur salons professionnels à l'international. Le contrat contenait une convention de forfait en jours (214) pour une rémunération de 3 160,69 euros outre une prime sur objectifs.

Par lettre du 4 juillet 2018, le salarié a été licencié pour insuffisance professionnelle.

Le 29, janvier 2019, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 6 décembre 2019, le conseil de prud'hommes de Laval a notamment dit que la convention de forfait en jours était valide, dit que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, condamné l'employeur au paiement d'un rappel de prime sur objectif et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et débouté le salarié de ses autres demandes.

Par arrêt du 10 février 2022, la cour d'appel d'Angers a confirmé le jugement sauf en ce qu'il a dit que la convention de forfait en jours était valide et condamné l'employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires et congés payés afférents, contrepartie financière liés aux déplacements professionnel, contrepartie obligatoire en repos, dommages-intérêts pour violation du repos hebdomadaire et violation de la durée maximale quotidienne et hebdomadaire de travail et rappel d'indemnité légale de licenciement.
L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 3 mai 2022. Le mémoire ampliatif a été déposé le 5 septembre 2022. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros. Le mémoire en défense avec pourvoi incident a été déposé le 23 novembre 2022. Le mémoire en réponse au pourvoi incident a été déposé le 23 décembre 2022.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Pourvoi principal

2.1.1. - Premier moyen

La Sarl Eurac fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir annulé la convention individuelle de forfait jours ;

1°) qu'applique valablement la convention de forfait en jours l'employeur qui a mis en place un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées et demi-journées travaillées lorsque le salarié a validé les documents de suivi mensuel ; qu'en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations selon lesquelles, s'agissant du respect des conditions posées à l'article L. 3121-65 du code du travail, l'employeur avait bien mis en place un document de contrôle faisant

apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées et que M. [L] reconnaissait avoir validé chaque suivi mensuel d'activité présenté par l'employeur, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-65 du code du travail ;

2°) et en tout état de cause, qu'en s'étant bornée à rappeler que le salarié alléguait « qu'il lui a été interdit de procéder à toute modification du document adressé par le service en charge des ressources humaines », sans avoir vérifié la réalité de cette allégation contestée par l'employeur, et en s'étant bornée à relever que le tableau de suivi ne reflète pas la réalité des jours travaillés de M. [L] et n'est pas renseigné correctement, sans avoir caractérisé en quoi les erreurs n'étaient pas imputables au salarié qui avait validé chaque suivi mensuel d'activité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-65 du code du travail ;

3°) que l'absence de preuve par l'employeur de l'exécution de l'obligation d'organiser un entretien portant sur la charge de travail du salarié, n'entraîne pas la nullité de la convention de forfait ; qu'en relevant que le document produit par l'employeur pour justifier de la tenue d'un entretien annuel n'avait pas de force probante, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-65 du code du travail.

2.1.2. Deuxième moyen

La Sarl Eurac fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à payer à M. [L] la somme de 25 489 euros à titre d'heures supplémentaires pour la période du 1er août 2016 au 4 juillet 2018 ;

1°) que le juge ne peut statuer par voie d'affirmation ; qu'en affirmant qu' « il apparaît assez flagrant que compte tenu de son statut de cadre, des missions qui lui ont été confiées, de ses nombreux déplacements professionnels dans la semaine mais également les week-ends, M. [L] a connu un horaire de travail dépassant largement les 35 heures hebdomadaire », sans indiquer sur quels éléments de preuve elle se fondait pour affirmer l'existence de ces faits, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) et en tout état de cause qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; qu'il ne suffit pas que le salarié présente des éléments relatifs à la réalisation d'heures supplémentaires et que l'employeur ne justifie pas de ses horaires pour que ses demandes soient intégralement accueillies dès lors qu'elles sont contestées ; qu'en s'étant bornée à constater que l'employeur pas d'élément de nature à contredire l'existence d'heures supplémentaires non rémunérées réalisées par M. [L], pour en déduire qu'il convenait « de faire intégralement droit à la demande de M. [L] au titre des heures supplémentaires », sans avoir ni recherché ni avoir évalué le nombre d'heures supplémentaires effectivement réalisées par la salariée, expressément contesté par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail.

2.1.3. - Troisième moyen

La Sarl Eurac fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'avoir condamnée à payer à M. [L] la somme de 18 300 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

1°) que si la lettre de licenciement doit énoncer des motifs précis et matériellement vérifiables, l'employeur est en droit, en cas de contestation, d'invoquer toutes les circonstances de fait qui permettent de justifier ce motif ; que la lettre de licenciement qui permet au salarié de connaître les griefs qui lui sont reprochés est suffisamment précise ; qu'en l'espèce, en retenant que la lettre de licenciement était rédigée dans termes particulièrement « imprécis » et que les reproches faits au salarié sur la qualité de son travail n'étaient pas illustrés par des exemples ou des situations clairement identifiés, cependant qu'était suffisamment motivée la lettre reprochant à M. [L] de ne pas remplir l'ensemble des objectifs de son poste, ne pas être en mesure d'assurer un suivi de qualité auprès des clients, le fait qu'à plusieurs reprises lors de ses présentations aux clients ses chiffres n'étaient pas à jour et qu'il n'était pas en mesure de répondre précisément aux questions, ne pas parvenir lors des points d'activité mensuelle avec son responsable de faire une analyse précise des données et de déterminer des plans d'actions pertinents, sa difficulté à planifier son travail et à s'organiser, à communiquer notamment auprès des clients, ce qui se traduisait aussi dans sa relation avec son responsable régulièrement amené à le relancer afin d'obtenir des informations sur son activité, alors qu'il devait faire preuve d'autonomie, la cour d'appel a violé l'article L. 1232-6 du code du travail ;

2°) qu'en matière prud'homale, la preuve est libre, et que rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal examine une attestation établie par un salarié supérieur hiérarchique du salarié licencié dans le litige l'opposant à l'employeur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a estimé que la Sarl Eurac n'apportait aucun élément pour justifier le licenciement en dehors de documents (comptes-rendus d'entretien, échanges de messages électroniques) dont M. [H], son manager, était à l'origine, et qu'ainsi, il convenait de considérer que l'insuffisance professionnelle reprochée à M. [L] n'était pas caractérisée (arrêt p. 20) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la Sarl Eurac était parfaitement recevable et fondée à produire des documents émanant de M. [H], la cour d'appel a violé les articles 201 et suivants du code de procédure civile, ensemble le principe selon lequel en matière prud'homale la preuve est libre.

2.2. - Pourvoi incident

M. [T] [L] fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué de l'avoir débouté de sa demande en paiement d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé :

1. Alors que la dissimulation partielle d'emploi salarié est caractérisée lorsqu'il est établi que l'employeur a imposé au salarié de travailler au-delà des jours prévus dans la convention de forfait en jours sans mentionner les jours de travail sur les bulletins de paie ; qu'en l'espèce, M. [L] soutenait expressément qu'il « avait travaillé en 2017 bien au-delà des 227 jours stipulés par son contrat de travail et l'avenant de rachat des RTT et même du maximum de 235 jours prévus par le code du travail » et que, « de ce seul fait, l'élément intentionnel du travail dissimulé est caractérisé

»1 ; que pour le débouter de sa demande en paiement d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, la cour d'appel a retenu que « l'élément intentionnel de dissimulation d'emploi salarié n'est pas démontré car l'employeur pouvait considérer, néanmoins à tort, que M. [L] bénéficiait d'une convention de forfait en jours » ; qu'en statuant ainsi par des motifs inopérants, sans répondre au moyen du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile,

2. Alors que la cour d'appel a constaté l'utilisation délibérée par l'employeur de documents de suivi des jours de travail ne rendant pas fidèlement compte des journées de travail à l'exécution desquelles M. [L] était tenu, le refus de celui-là de modifier lesdits documents de suivi selon les observations justifiées du salarié et le « désintérêt total » dont il avait fait preuve sur la question de la charge de travail de l'intéressé, ce dont il résultait l'intention de l'employeur de dissimuler une partie de l'activité salariée de l'intéressé ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- conditions d'application de l'article L. 3121-65 du code du travail et sanction applicable en cas de manquement

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Pourvoi principal

4.1.1. - Premier moyen

4.1.1.1. - Observations liminaires

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.

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.

Les dispositions transitoires contiennent un dispositif assez proche pour remédier aux convention de forfait en jours conclues antérieurement à la loi alors que l'accord collectif ne satisfait pas aux conditions légales. Ainsi, l 'article 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 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."

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 :

Dans ses conclusions, l'employeur soutenait que les stipulations contractuelles relatives au forfait en jours respectent les garanties de l'article L. 3121-65 du code du travail.

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 loiNote 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 jurisprudenceNote 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 lors que : « 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)

En l'espèce, la cour d'appel a retenu que la convention collective du commerce de détail non alimentaire, sur le fondement de laquelle la convention individuelle de forfait en jours avait été conclue ne répondait pas aux exigences légales, ce qui l'a conduit, ainsi qu'elle y était invoquée à vérifier si les conditions d'application de l'article L. 3121-65 étaient réunis.

Dans un arrêt du 14 décembre 2022, notre chambre a d'ailleurs jugé que la convention collective nationale du commerce non alimentaire de détail ne satisfaisait pas aux exigences de santé et de sécurité et que la convention individuelle de forfait en jours conclue sur son fondement était nulle :

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. 212-15-3 du code du travail alors en vigueur, 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 :

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

8. 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.

9. 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.

10. Pour dire que la convention de forfait en jours n'encourt aucune nullité, l'arrêt retient que l'accord du 5 septembre 2003, en son article 3.2.1. prévoit un nombre de jours travaillés par année civile ou période de 12 mois consécutifs, le droit à repos dès le premier trimestre suivant en cas de dépassement du plafond, ainsi que le droit au congé annuel complet, au repos hebdomadaire et quotidien et que contrairement aux affirmations du salarié, il comporte des limites et garanties, soit le contrôle du nombre de journées ou demi-journées travaillées, ou de repos/congés.

11. 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).

4.1.1.2. - L'établissement des documents de contrôle de l'article L. 3121-65 1er du code du travail

Les deux premières branches posent la question des conséquences à tirer lorsque le tableau prévu par le 1° de l'article L. 3121-65 du code du travail est renseigné par le salarié. En l'espèce, les deux branches invitent le juge à rechercher si le salarié n'est finalement pas comptable de l'irrégularité affectant la confection des tableaux de sorte que l'employeur ne devrait pas subir les conséquences de ces irrégularités imputables au seul salarié.

Du fait de l'autonomie du salarié soumis à un régime de forfait en jours et des marges de manoeuvre offertes aux partenaires sociaux pour mettre en place un système de suivi adapté aux missions confiées au salarié et aux modalités pratiques d'exécution de la prestation de travail, notre chambre n'a jamais condamné les dispositifs prévoyant la participation du salarié dans la confection des documents de contrôle. Elle a simplement exclu que cette charge puisse reposer sur le seul salarié, dans la mesure où le contrôle de la duré du travail relève de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur, laquelle n'est pas soluble dans les obligations qui peuvent peser sur le salarié :

"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).

"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).

"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 ; Bul. V, n° 191)

"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 ; Bul. V, n° 191)

"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. [W] 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).

Vu l'article L. 4121-1 du code du travail ;
Attendu que ***pour limiter le montant des dommages-intérêts alloués pour manquements de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat*** *et pour inexécution déloyale du contrat de travail, l'arrêt, après avoir relevé, que les certificats médicaux joints aux débats attestent des conséquences des conditions de travail de l'intéressée sur sa santé et que la société est manifestement fautive pour*

n'avoir pas pris en compte les risques d'un état de fait qu'elle connaissait, que pour autant, ***l'indemnisation due doit également inclure la propre attitude de la salariée, laquelle a elle-même concouru à son dommage en acceptant un risque qu'elle dénonçait dans le même temps, s'il correspondait à une augmentation de son salaire, et que si elle était dans son droit de le faire, il est néanmoins juste qu'elle en supporte également les incidences*** *;*
Qu'en statuant ainsi, ***alors que les obligations des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectent pas le principe de responsabilité de l'employeur,*** *la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* (Soc., 10 février 2016, pourvoi n 14-24.350, Bull. 2016, V, n 30)

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 :
6. Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles.
7. 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.
8. 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.
9. Pour débouter le salarié de sa demande tendant à ce qu'il soit jugé que la convention de forfait en jours était privée d'effet, l'arrêt retient que la convention collective du secteur de l'automobile prévoit un suivi effectif et régulier du salarié bénéficiant d'une convention de forfait en jours permettant d'assurer une durée raisonnable de son amplitude de travail et de préserver sa santé et sa sécurité.
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).

Eu égard aux rapports entre les règles relatives à la durée du travail avec le respect de la santé et de la sécurité des travailleurs, notre chambre retient que le manquement aux règles relatives au suivi de la charge de travail du salarié constitue un manquement à l'obligation de sécurité :

Attendu qu'ayant constaté que l'employeur s'était abstenu, en toute connaissance de cause, d'assurer un suivi de la charge de travail de la salariée, soumise à une durée du travail déraisonnable, la cour d'appel, qui a fait ressortir que l'employeur avait ainsi manqué à son obligation de sécurité et que ce manquement avait empêché la poursuite du contrat de travail, a légalement justifié sa décision ; (Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n 17-10.248, P).

Le législateur de 2016 paraît avoir repris cette solution en précisant dans l'article L. 3165-1 :
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.***

En outre ce document de contrôle ne suffit pas à satisfaire aux obligations de l'employeur puisque l'article L. 3121-65 CT ajoute :
2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

Or, ce 2° n'est que la reprise de l'obligation plus générale de l'article L. 3121-60 du code du travail, qui figure parmi les dispositions 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."*

Du reste, il faut souligner que l'obligation prévue par l'article L. 3121-65 1° CT n'a pas le même objet que celle prévue par l'article L. 3121-65 2° CT. En effet, les documents de contrôle laissant apparaître les journées ou demi-journées de travail ne renseignent en rien quant à la charge de travail, raisonnable ou non, sa bonne répartition dans le temps pesant sur le salarié ni sur le respect des repos quotidiens et hebdomadaires qui doivent être inclus dans ces journées de travail. Dès lors, satisfaire à l'obligation du 1° de l'article L. 3121-65 ne suffit pas en soi pour satisfaire également à l'article L. 3121-65 2° CT.

4.1.1.3. - La sanction applicable en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 3121-65 CT

Dans le cadre du régime antérieur à la loi du 8 août 2016, notre chambre avait défini deux sanctions selon la nature des règles éludées en matière de forfait en jours.

Les conditions de recours au forfait en jours étaient sanctionnées par la nullité de la convention individuelle :

- conditions d'éligibilité du salarié concerné au dispositif de forfait en jours (Soc., 23 janvier 2013, n° 11-12.323 ; Soc., 31 octobre 2007, n° 06-43.876, Bull. V, n° 180)
- existence d'un accord collectif permettant le recours à un forfait en jours (Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-14.685, Bull. 2006, V, n° 382)
- existence d'un accord collectif contenant les garanties suffisantes en termes de repos et de santé au travail (Parmi de nombreux exemples : Soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, Bull. V, n° 43 ; Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-23.222, B)
- existence d'une convention individuelle écrite, précisant le nombre de jours inclus dans le forfait (Soc., 26 mars 2008, n° 06-45.990 , Bull. civ. V, n° 71 ; Soc., 12 mars 2014, n° 12-29.141, Bull, V, n° 76).

En revanche, en cas de recours régulier au forfait en jours mais de manquement de l'employeur à ses obligations de suivi de la charge de travail du salarié telles qu'elles sont prévues par l'accord collectif ouvrant le recours au forfait en jours, la convention individuelle de forfait en jours est seulement privée d'effet, pendant la période de défaillance de l'employeur :

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se réfère à la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, garantissent le droit à la santé et au repos de tout travailleur.
En application de l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, 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, tant journaliers qu'hebdomadaires, telles que définies par le code du travail et selon les Directives communautaires de 1993 et 2003, dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.
Ne respectent pas ces principes les stipulations non étendues 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 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, et 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, dès lors qu'elles ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne réception, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié.
La cour d'appel aurait dû en déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet . (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, Bull. 2012, V, n° 250)

Vu 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. 212-15-3 ancien du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, 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 ;
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 des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;
Attendu que pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et de l'indemnité de fin de mission et limiter aux sommes de 88,42 euros et 97,26 euros la condamnation de l'employeur au titre d'un rappel de congés payés et de la prime de précarité, l'arrêt, après avoir constaté que le salarié travaillait sans respecter la durée maximale du travail, retient que ceci était conforme à son contrat de travail et aux accords collectifs régissant la profession et que le paiement des heures effectuées au-delà de la durée maximale quotidienne ne pouvait être imposé à l'employeur du fait de l'existence de la convention de forfait en jours ;
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)

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 ; (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. 2011, V, n° 181)

Mais attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;
Attendu, ensuite, qu'il résulte 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 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 ;
Et attendu, d'une part, que le titre III de l'accord national professionnel du 6 novembre 1998 relatif à l'organisation, à la réduction du temps de travail et à l'emploi dans le bâtiment, qui se borne à prévoir que le contrat de travail doit laisser aux salariés concernés la liberté dans l'organisation d'une partie de leur temps de travail, n'est pas de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours , et, d'autre part, que la cour d'appel a constaté que les modalités de mise en oeuvre de ces dispositions conventionnelles ont été fixées, non par accord collectif, mais par une note de service ; que par ces motifs substitués d'office, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux tirés de la violation des dispositions conventionnelles relatives au compte épargne-temps et justement critiqués par le moyen, l'arrêt se trouve légalement justifié ; (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-23.230, Bull. 2014, V, n° 307)

Vu les articles L. 3121-39 et L. 3121-46 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et l'article 14 de l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie, dans sa rédaction issue de l'avenant du 3 mars 2006 :
9. En application du premier de ces textes, la convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait en jours détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.
10. Aux termes du deuxième de ces textes, un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié.
11. Selon le dernier de ces textes, 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.
12. Pour prononcer la nullité de la convention de forfait en jours et condamner l'employeur au paiement d'une somme au titre du dépassement du nombre de jours maximal autorisé pour l'année 2013, l'arrêt retient que le décompte des jours travaillés était en pratique seulement effectué sur les bulletins de paie remis à la salariée au titre du mois précédent, qu'il n'est pas justifié d'un entretien annuel de l'intéressée avec son supérieur hiérarchique, que dans ces conditions, il y a lieu de

faire droit à la demande tendant à voir prononcer la nullité de la convention de forfait jours annuel.
13. L'arrêt ajoute qu'il ressort des bulletins de paie produits que la salariée a travaillé 235,5 jours pour l'année 2013, qu'il y a donc lieu de faire droit, sur la base de 20,5 jours restant dus et d'une majoration de 30 % en application de l'accord collectif applicable, à la demande au titre du dépassement du nombre de jours maximal autorisé pour l'année 2013.
14. ***Cependant, ni l'absence de mention sur les bulletins de paie du nombre de jours travaillés le mois de leur établissement, ni le défaut de respect par l'employeur de ses obligations légale et conventionnelle d'organiser un entretien annuel portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre la vie professionnelle et personnelle et la rémunération n'ont pour effet la nullité de la convention individuelle de forfait en jours.***
15. En outre, en cas d'annulation de la convention individuelle de forfait en jours, la durée de travail du salarié doit être décomptée en heures sur la semaine.
16. En statuant comme elle l'a fait, par des motifs impropres à caractériser un défaut de validité de la clause de forfait en jours susceptible d'entraîner son annulation, et alors, qu'ayant dit cette clause nulle, elle ne pouvait en faire application pour condamner l'employeur à un rappel de salaire au titre des jours de travail accomplis au-delà du forfait convenu, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 10 mars 2021, pourvoi n° 19-11.421)

Le défaut d'organisation des entretiens annuels prévus par la loi est également sanctionné par la privation d'effet de la convention individuelle de forfait en jours :

Mais attendu que l'article 19 III de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 n'a pour objet que de sécuriser les accords collectifs conclus sous l'empire des dispositions régissant antérieurement le recours aux conventions de forfait et que les dispositions de l'article L. 3121-46 du code du travail, issues de la même loi, sont applicables aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur ;

Et attendu que la cour d'appel ayant, sans violer le principe du contradictoire, constaté que l'employeur n'avait pas organisé d' entretien portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise et l'articulation entre la vie professionnelle et personnelle, a exactement décidé qu'il avait méconnu les dispositions de l'article L. 3121-46 du code du travail ; (Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-29.141, Bull. 2014, V, n° 76)

Vu l'article L. 212-15-3 III du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 :
27. Selon ce texte, la convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait en jours détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.
28. Pour confirmer le jugement en ce qu'il a dit que l'accord d'entreprise du 11 janvier 2001 était inopposable, jusqu'en 2014, aux salariés cadres ayant conclu une convention de forfait en jours , l'arrêt retient que l'absence de mise en oeuvre par la société de mécanismes de contrôle de la charge des cadres autonomes a rendu inopposable à ces personnels l'accord du 11 janvier 2001 jusqu'en 2014 inclus et que ceux-ci se trouvaient donc, dans les limites de la prescription, soumis à la réglementation de droit commun du temps de travail.

29. En statuant ainsi, alors que le non-respect par l'employeur des clauses de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés soumis au régime du forfait en jours n'entraîne pas son inopposabilité aux salariés, mais la privation d'effet des conventions individuelles conclues en application de cet accord, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 19-18.226)

Les effets sur l'exécution du contrat de travail de la nullité de la convention de forfait en jours ou de la privation d'effet de la convention individuelle sont de même nature, la durée du travail doit être décomptée en heures selon les règles de droit commun et le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires. Seuls les effets dans le temps de la sanction applicable diffèrent :
- la nullité est définitive, sauf conclusion d'une nouvelle convention individuelle régulière ;
- la privation d'effet ne dure qu'autant que dure le manquement de l'employeur à ses obligations, la convention reprend effet dès que l'employeur exécute à nouveau ses obligations.

La loi du 8 août 2016 a consolidé la jurisprudence de notre chambre, qui avait permis d'assurer la conformité du dispositif légal avec les exigences du droit de l'Union européenne et intégré un dispositif que l'on peut qualifier d'orthopédique, permettant, grâce à une dispositif d'équivalence prévu dans le cadre des dispositions supplétives du code du travail, aux entreprises ne disposant pas d'un accord collectif répondant aux exigences de pouvoir conclure malgré des conventions individuelles de forfait en jours.

Pour autant la sanction applicable en cas de défaut du dispositif supplétif reste inédite et entière car, dans le régie dérogatoire de l'article L. 3121-65 du code du travail, il n'y a pas de condition relative à l'existence d'un accord collectif, de sorte que, contrairement au droit commun, le forfait en jours ne repose pas, sans cette hypothèse, sur la confluence de la volonté des partenaires sociaux et de celle des parties au contrat de travail.

Il faut d'abord s'interroger sur la portée de l'article L. 3161-65 du code du travail :

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.

L'expression "peut être valablement conclue", signifie t-elle que la convention individuelle est possible, malgré l'absence d'accord collectif valable, mais que les conditions à exécuter sont celles prévues par la loi ou bien que la validité d'une telle convention individuelle est subordonnée à son exécution vertueuse. Dans le premier cas, la sanction de privation d'effet pourrait être retenue, dans le second, l'exécution défectueuse priverait la convention individuelle de sa condition de validité, de sorte que la nullité serait alors encourue. C'est la solution appliquée par la cour d'appel.

Une autre solution serait, comme le propose le moyen, de considérer que ce dispositif orthopédique de l'article L. 3121-65 CT relève de l'exécution de la convention de forfait en jours et de reprendre la sanction applicable dans le régime

institué par accord collectif valable, et donc de n'appliquer que la sanction de privation d'effet. C'est ce qui a été jugé par notre chambre dans le cadre du droit commun, avant la loi du 8 août 2016. Mais il faut noter que l'article L. 3121-65 du code du travail place les trois obligations sur le même plan, comme conditionnant la validité de la convention individuelle de forfait en jours. Cette solution aurait pour effet de d'appliquer la sanction de privation d'effet à une convention individuelle qui aurait été nulle, faute d'accord collectif valable, si l'employeur n'avait pas invoqué le bénéfice de l'article L. 3121-65 CT.

Il appartiendra à notre chambre de déterminer quelle est la sanction applicable en cas de défaut de reste de l'article L. 3161-65 du code du travail.

4.1.1.4. - Proposition de cassation sans renvoi

En cas de cassation sur le premier moyen du pourvoi principal, la chambre pourrait s'interroger sur l'éventualité d'une cassation sans renvoi en application des articles 627 CPC et L. 411-3 COJ.

En effet, si la sanction appropriée au manquement aux dispositions de l'article L; 3121-65 du code du travail, la Cour de cassation pourrait statuer sur le fond et en tire les conséquences sur les condamnations prononcées ensuite au titre des heures supplémentaires, des contreparties obligatoires en repos, les congés payés afférents et les violations des règles relatives au repos hebdomadaire et aux durées maximales, quotidienne et hebdomadaire, de travail.

Conformément à l'article 1015, les parties sont invitées à présenter leurs observations sur cette proposition de cassation sans renvoi dans le délai d'un mois suivant la mise en ligne du présent rapport.

4.1.2. - Deuxième moyen

Le régime probatoire en matière de temps de travail est fixé par l'article L. 3171-4 qui énonce *:*

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.
Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.
Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable

Par ailleurs, les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du code du travail déterminent les obligations de l'employeur, lesquelles doivent permettre le décompte du temps de travail.

C'est en se fondant sur ces textes que la chambre sociale s'est, dans un arrêt récent, rendu en sa formation plénière, et publié au rapport annuel de la Cour de cassation *(* Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 P + B + R), prononcée à

nouveau sur le régime probatoire des heures supplémentaires accomplies par le salarié :

Il résulte des dispositions des articles L. 3171-2, alinéa 1, L. 3171-3, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 3171-4 du code du travail, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, ***il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis*** *quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies* ***afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments****.* ***Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées****. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant*.

Cette règle a été réaffirmée le 27 janvier 2021 (Soc. 27 janvier 2021 pourvoi n°17-31.046, P R I L) et reprise ensuite (Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 17-11.131, 17-10.622 P) pour les salariés relevant de la convention collective du particulier employeur, ainsi que (Soc. 14 décembre 2022 pourvoi n° 21-18.036 à paraître au bulletin) pour les salariés agricoles.

En l'espèce, sous le couvert de griefs non fondés d'insuffisance de la motivation et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause le pouvor souverain des juges du fond qui, appréciant les éléments de fait et de preuve soumis par l'une et l'autre des parties, ont estimé que le salarié avait accompli des heures supplémentaires et ont fixé la créance s'y rapportant sans être tenus de préciser le détail de leur calcul.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

4.1.3. - Troisième moyen

La cour d'appel a retenu : *"Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le motif de licenciement pour insuffisance professionnelle n'a pas de consistance réelle. Il serait assez logique de reprocher à M. [L] de ne pas avoir rempli ses objectifs, notamment par rapport au chiffre d'affaires réalisés à l'occasion des salons. Il n'en n'est rien en réalité. Il est essentiellement reproché à M. [L] de ne pas avoir correctement procédé à des remontées d'informations alors qu'on ne peut pas à l'évidence lui imputer la responsabilité de ces manquements, notamment celui de la défaillance dans le suivi et la relance des fournisseurs suite aux salons, en raison des missions confiées par ailleurs aux acheteurs. Certains reproches comme le défaut de communication ont été évoqués au moment de la prise de poste, mais n'ont aucune réalité concrète au cours de l'année 2017. D'autres apparaissent même être reportés mécaniquement d'un mois sur l'autre dans les comptes-rendus d'entretien, en l'absence d'illustrations précises des manquements de M. [L]. Au surplus, la qualité du management de M. [H] interroge. En toute état de cause, la SARL Eurac n'apporte aucun élément pour justifier le licenciement en dehors de documents (comptes-rendus d'entretien, échanges de messages électroniques, dont M. [H] est à l'origine. Ainsi, il convient de considérer que l'insuffisance professionnelle reprochée à M. [L] n'est pas caractérisée dans un contexte avérée de surcharge de travail."*

La première branche, qui critique des motifs surabondants, est inopérante.

Sous le couvert d'un grief non fondé de violation de la loi, la seconde branche ne tend qu'à remettre en cause l pouvoir souverain des juges du fond qui, après avoir apprécié l'ensemble des éléments de fait et de preuve qui leur étaient soumis, ont estimé que les griefs invoqués par l'employeur au soutien de la décision de licenciement n'étaient pas fondés.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

4.2. - Pourvoi incident

L'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dispose :

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales. »

Pour allouer une indemnité pour travail dissimulé, les juges du fond doivent rechercher le caractère intentionnel de la dissimulation. Ce caractère intentionnel ne peut résulter du seul défaut de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-40.758, Bull. 2005, V, n° 222). Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de l'intention de l'employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (Soc., 20 juin 2013, pourvoi n° 10-20.507, Bull. 2013, V, n° 161).

La cour d'appel a énoncé : *"en l'espèce, l'élément intentionnel de dissimulation d'emploi salarié n'est pas démontré car l'employeur pouvait considérer, néanmoins à tort, que M. [L] bénéficiait dune convention de forfait en jours."*

Sous le couvert de griefs non fondés de vice de la motivation et de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond qui ont estimé que l'intention de dissimulation n'était pas établie.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.