

Liaisons sociales Les Thématiques

LE FORFAIT ANNUEL EN JOURS

Mettre en place et sécuriser le dispositif

LE FORFAIT EN HEURES

82 | OCTOBRE
2020

Liaisons sociales Les Thématiques

14, rue Fructidor
75814 Paris Cedex 17
Tél. : 01 85 58 30 00
liaisons-sociales.fr

Président, directeur de la publication
Hubert Chemla

**Directrice générale du pôle
Droit et Réglementation**
Isabelle Bussel

Directrice de l'infocentre Droit social
Sylvie Duras

**Directrice adjointe des rédactions
Presse droit social**
Rachel Brunet

RÉDACTION

Rédactrice en chef
Sandra Limou (3819)

Rédactrice
Farah Nassiri Amini (3469)

Secrétaire de rédaction unique
Catherine Ducroux (3147)

ABONNEMENTS

Service Clients contact@wkf.fr

N° Cristal 09 69 39 58 58

APPEL NON SURTAXÉ

Librairie en ligne www.wkf.fr
Service lecteurs 01 85 58 37 20

FABRICATION

Directrice de production
Marie-Hélène Draber

Responsable de production
Christine Buonmano

Imprimé par

Roto Champagne - 52000 Chaumont
Origine du papier : Suède
Taux de fibres recyclé : 0 %
Eutrophisation : Ptot 0.010 kg/tonne



Crédit photos Getty Images

Routage

ARS : 9, rue du Filage
55310 Tronville-en-Barrois

ÉDITEUR

Wolters Kluwer France
SAS au capital de 75 000 000 €
Siège social : 14, rue Fructidor
75814 Paris Cedex 17
RCS Paris 480 081 306

Associé unique

Holding Wolters Kluwer France

Prix de l'abonnement aux Thématiques
546,23 € TTC/an

(10 numéros/an + archives on-line
des deux dernières années)

Prix de vente au numéro : **54,62 € TTC**

Commission paritaire : **1224 T 91609**

ISSN : **2428-9884**

ISBN : **978-2-37148-191-6**

Dépôt légal : à parution

 **Wolters Kluwer**

Le forfait annuel en jours

Selon une étude récente de la Dares, pour près de 14 % des salariés à temps complet, le temps de travail est décompté sous la forme d'un forfait en jours. Dans les entreprises de plus de 500 salariés, ce chiffre atteint près de 20 %*.

Depuis sa création par la loi du 19 janvier 2000, le succès de ce dispositif ne se dément pas. Et pourtant, les règles encadrant le forfait en jours sont particulièrement complexes, et les risques juridiques nombreux : inopposabilité ou nullité des conventions individuelles de forfait ayant pour conséquence le paiement de toutes les heures supplémentaires accomplies au-delà de 35 heures,

versement de dommages-intérêts pour manquement au droit au repos, sanctions pénales et civiles ou encore administratives en cas de travail dissimulé... Bien connaître le cadre juridique du forfait en jours est un impératif pour préserver la santé des salariés et éviter le risque de contentieux.

Bien connaître le cadre juridique du forfait en jours est un impératif pour préserver la santé des salariés et éviter le risque de contentieux

Une exception française

Le forfait en jours est une création juridique française dont la logique est très éloignée du droit européen. D'ailleurs, la question de la compatibilité de ce dispositif avec les textes européens, et notamment avec la Charte sociale européenne, s'est fréquemment posée. Il consiste à

décompter le temps de travail non pas selon une référence horaire, mais selon le nombre de jours travaillés dans l'année. Ainsi, ne sont pas applicables aux salariés concernés les dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire de 35 heures, celles relatives aux heures supplémentaires, aux durées maximales quotidienne et hebdomadaire. En revanche, ils bénéficient du repos quotidien minimum de onze heures, du repos hebdomadaire, des jours fériés et des congés payés.

Deux étapes indispensables pour sa mise en place

Le dispositif des forfaits jours n'est pas ouvert à tous les salariés. Seuls ceux répondant aux critères fixés à l'article L. 3121-58 du Code du travail peuvent y avoir recours. L'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps constitue le critère essentiel. Dans le cadre de sa jurisprudence, la Cour de cassation précise le profil des publics éligibles. Deux conditions sont indispensables à la mise en place du forfait en jours :

* Dares, Indicateurs n° 28, Évolution des salaires de base et conditions d'emploi dans le secteur privé, sept. 2020.

- la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoyant. À défaut, un accord de branche applicable à l'entreprise suffit. Le législateur a listé les différentes dispositions devant obligatoirement y figurer ;
- la signature par chacun des salariés concernés d'une convention individuelle de forfait. Ce document doit notamment fixer le nombre précis de jours compris dans le forfait. Le plafond légal est de 218 jours par an. Il est également possible de prévoir un forfait réduit, inférieur à celui prévu dans l'accord collectif. Pour autant, le salarié ne bénéficiera pas des dispositions relatives au temps partiel.

Les obligations à la charge de l'employeur

Si l'employeur est dispensé du décompte des heures de travail, il doit comptabiliser les jours de travail, et est tenu de veiller au respect des repos quotidien et hebdomadaire. Le Code du travail permet au salarié, sur la base du volontariat, de renoncer à une partie de ses jours de repos en échange d'une majoration déterminée par avenant à la convention individuelle de forfait, dont le taux ne peut être inférieur à 10 %.

Par ailleurs, l'employeur doit s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié en forfait jours est raisonnable et permettre une bonne répartition dans le temps de son travail. L'accord collectif doit d'ailleurs fixer les modalités selon lesquelles l'employeur assure cette évaluation et ce suivi, ainsi que les conditions d'organisation de l'entretien permettant aux deux parties de communiquer périodiquement sur la charge de travail du salarié et sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle. Le non-respect du contrôle de la charge de travail tel que prévu par l'accord collectif a pour conséquence de rendre inopposable la convention individuelle de forfait. Le salarié peut alors solliciter le paiement des heures supplémentaires réalisées.

Point spécial : Le forfait en heures

Le forfait en heures (hebdomadaire, mensuel ou annuel) permet d'intégrer dans la durée du travail du salarié un certain nombre d'heures supplémentaires qu'il accomplit régulièrement. Ces dernières sont rémunérées avec les majorations prévues par le Code du travail. Le forfait peut aussi ne pas inclure d'heures supplémentaires. Cette hypothèse vise en particulier le forfait annuel (il est alors de 1 607 heures pour un temps complet), permettant d'adapter le rythme de travail des salariés aux besoins de l'activité.

Contrairement au forfait en jours, dans le cadre du forfait en heures, la durée légale hebdomadaire de 35 heures doit être respectée, tout comme les durées maximales de travail quotidienne et hebdomadaire. Quel que soit le type de forfait en heures, l'accord du salarié doit être formalisé dans le cadre d'une convention individuelle. Seul le forfait annuel nécessite la conclusion préalable d'un accord collectif d'entreprise, d'établissement ou, à défaut, de branche.

Les Thématiques

Sommaire

Le forfait annuel en jours

HORS TEXTES

Comment s'imputent les heures de délégation sur le temps de travail d'un élu au forfait en jours ?
Page 51

Récapitulatif de l'impact des absences sur le nombre de jours travaillés
Page 52

Modèle d'avenant à la convention individuelle de forfait sur le rachat de jours de repos
Page 58

Inopposabilité de la convention individuelle de forfait	37
Délit de travail dissimulé	37
Délai pour agir en justice	38
<i>Annexe</i>	
→ <i>Modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement mettant en place un forfait en jours</i>	40
→ <i>Modèle de convention individuelle de forfait en jours</i>	48

3 Mise en œuvre 49

Décompte du temps de travail	50
Règles applicables aux salariés en forfait jours	50
Calcul et détermination du nombre de jours travaillés	50
Impact des absences	51
Incidence des entrées et sorties en cours d'année sur le nombre de jours travaillés	53
Temps de déplacement professionnel	53
Forfait jours et astreintes	55
Forfait jours réduit dans le cadre d'un congé parental	56
Forfait jours et retraite progressive	56
Dépassement du forfait en jours	57
Principe	57
Dépassement de forfait prévu par la loi	57
Dépassement en dehors des cas prévus par la loi :	

indemnisation selon le préjudice subi	60
Contrôle et preuve des jours de travail et de repos	61
Contrôle de la durée du travail des salariés au forfait en jours	61
Charge de la preuve des jours travaillés	62
Charge de la preuve du respect des stipulations de l'accord collectif	62
Sanction applicable en cas de non-respect des stipulations de l'accord collectif	63
Rémunération	64
Notion de rémunération en rapport avec les sujétions liées au forfait en jours	64
Exemples jurisprudentiels	64
Forfait jours et égalité de traitement	65
Obligation de réguler la charge de travail	65
Un contrôle imposé par le législateur	65
Les exigences de la Cour de cassation	67
Les sanctions	68
Les bonnes pratiques	68

Annexe

→ <i>Demande du salarié de renonciation à des jours de repos</i>	72
→ <i>Réponse de l'employeur à la demande de renonciation à des jours de repos</i>	73
→ <i>Exemple de document de contrôle mensuel de la charge de travail</i>	74
→ <i>Compte rendu de l'entretien de suivi sur le forfait annuel en jours</i>	75

LE POINT SPÉCIAL

Le forfait en heures

PRÉSENTATION	80	Quelles sanctions en cas de non-respect de ces conditions ?	85
Définition	80	La rémunération des salariés	86
Deux types de forfait en heures	80	Réglementation applicable	87
FORFAIT EN HEURES SUR LA SEMAINE OU SUR LE MOIS	80		
Salariés visés	80		
Conditions de validité	80		
Fonctionnement	81		
FORFAIT EN HEURES SUR L'ANNÉE	82		
Salariés concernés	82	→ <i>Modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement sur la mise en place du forfait annuel en heures</i>	90
Conditions de validité	83	→ <i>Modèle de convention individuelle de forfait annuel en heures</i>	95



1

Présentation

Le dispositif du forfait annuel en jours permet de décompter le temps de travail en jours ou en demi-journées sur l'année et non en heures sur la semaine civile, par exception au principe fixé aux articles L. 3121-27 et suivants du Code du travail. Ainsi, ne sont pas applicables aux salariés en forfait jours les dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire de 35 heures, celles relatives aux heures supplémentaires, aux durées maximales quotidienne et hebdomadaire. En revanche, ces salariés bénéficient du repos quotidien minimum de 11 heures, du repos hebdomadaire de 24 heures et des jours fériés et congés payés.

Si ce dispositif permet une grande flexibilité dans l'organisation du temps de travail, l'employeur doit être vigilant et veiller au respect des impératifs de santé et de sécurité fixés par la Cour de cassation, puis consacrés par le législateur. En effet, il doit effectuer un contrôle du temps de travail, c'est-à-dire veiller à ce que le salarié bénéficie des temps minimum de repos, et que sa charge de travail soit raisonnable.

1 ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

Le forfait annuel en jours a été introduit par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 (L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, JO 20 janv.). Il imposait notamment la conclusion d'un accord collectif et visait exclusivement les cadres. Ce dispositif a été étendu, par la loi du 2 août 2005 (L. n° 2005-882, JO 3 août), aux non-cadres dont la durée du temps de travail ne pouvait être prédéterminée et disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur étaient confiées.

Il a ensuite été modifié par la loi du 20 août 2008 (L. n° 2008-789, JO 21 août) tout en maintenant l'exigence d'un accord collectif, puis par celle du 8 août 2016 (L. n° 2016-1088, JO 9 août). Ce dernier texte a précisé le contenu de l'accord collectif autorisant le recours au forfait annuel en jours, et permis aux entreprises dont l'accord collectif était lacunaire en matière d'évaluation et de suivi de la charge de travail de sécuriser juridiquement leur situation.

Enfin, selon l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JO 23 sept.), l'accord de performance collective peut modifier une convention annuelle de forfait en jours.

2 CARACTÉRISTIQUES DU DISPOSITIF

Le dispositif du forfait en jours a comme principal atout d'apporter une flexibilité et une souplesse dans la relation de travail. Le salarié accomplit une durée du travail plus importante dans le cadre de missions autonomes et non contrôlées en heures, assortie de jours de repos supplémentaires.

Il confère de nombreux avantages pour l'employeur puisqu'il lui permet de s'abstraire de

certaines contrôles, notamment horaires. En effet, ce mode de décompte du temps de travail exonère l'employeur des dispositions relatives aux heures supplémentaires et à la durée maximale journalière et hebdomadaire de travail. Seules doivent être respectées les règles applicables au repos journalier (11 heures consécutives), au repos hebdomadaire d'au moins 24 heures (auxquelles s'ajoutent 11 heures de repos quotidien, soit au moins 35 heures de repos par semaine).

De leur côté, les salariés sont libres d'organiser leur travail comme ils l'entendent et ils bénéficient d'une rémunération forfaitaire en principe plus avantageuse que les autres salariés soumis au régime horaire.

Le forfait annuel en jours ne distingue pas ce qui relève ou non du temps de travail effectif (repas d'affaires, missions et voyages professionnels...).

Une journée ou demi-journée comportant pour partie du temps de travail, même quelques heures, est une journée ou demi-journée travaillée ; de même une journée avec une amplitude de travail de 13 heures à un autre moment de la semaine compte tout autant pour une seule journée de travail.

Certaines conventions collectives prennent ainsi en compte la spécificité du forfait en jours en prévoyant des salaires plus élevés, pour un niveau de poste donné, que les salaires minima conventionnels applicables. Par exemple, dans la métallurgie, l'accord national sur l'organisation du travail de 2006 prévoit que le salaire des personnels non-cadres occupant certaines fonctions, et liés par une convention individuelle de forfait, ne peut être inférieur au salaire minimum de leur catégorie majoré de 30 %.

Ainsi, le rapport entre le salaire et le temps se trouve distendu et nécessite que soient identifiés de nouveaux référents pour comparer le salaire perçu avec le temps travaillé. C'est ici que la notion de « charge de travail » a commencé à s'étoffer juridiquement.

Dans ses premières décisions la Cour de cassation contrôlait essentiellement la qualité de cadre et le consentement personnel du salarié (*Cass. soc.*, 31 oct. 2007, n° 06-43.876 P).

Puis dans un arrêt fondateur, visant pas moins de dix normes de niveau international, national et conventionnel, la Haute Juridiction a jugé que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires » (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-71.107 P).

C'est cette construction qui focalise aujourd'hui l'essentiel du contentieux.

3 IMPÉRATIFS DE SANTÉ ET DE SÉCURITÉ

À partir de 2011, la Cour de cassation a bâti des protections impératives sur le fondement du droit à la santé, à la sécurité et au repos des salariés. Certaines sont consacrées par le législateur, alors que d'autres font l'objet de développements jurisprudentiels purs :

- l'accord collectif instituant le forfait annuel en jours doit garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restent raisonnables. Il doit également assurer une bonne répartition dans le temps du travail et donc la protection de la sécurité et de la santé du salarié (*Cass. soc.*, 26 sept. 2012, n° 11-14.540) ;

- l'organisation d'un simple entretien annuel prévu par l'accord de branche est insuffisante pour réaliser le suivi de la charge de travail (*Cass. soc.*, 4 févr. 2015, n° 13-20.891 P), même lorsque cet accord est complété par un accord d'entreprise prévoyant un suivi plus régulier, semestriel (*Cass. soc.*, 24 avr. 2013, n° 11-28.398 P) ;

- l'existence d'un relevé autodéclaratif des journées travaillées ne constitue une garantie suffisante que s'il est prévu que ce relevé serve de support à un suivi régulier, par l'employeur, de la charge de travail du salarié afin qu'elle reste raisonnable (*Cass. soc.*, 17 déc., 2014, n° 13-22.890 P) ;

- même en présence d'un accord qui satisfait pleinement aux exigences européennes et nationales, une convention de forfait en jours peut

être privée d'effet si l'employeur n'est pas en mesure de prouver qu'il contrôle effectivement la charge de travail et l'amplitude du temps de travail (*Cass. soc.*, 19 déc. 2018, n° 17-18.725 P) ;

- une convention collective nationale organisant le recours au forfait en jours dans la branche n'est pas de nature à garantir que la charge et l'amplitude de travail des salariés soumis à ces forfaits sont raisonnables, en ne prévoyant qu'un entretien annuel et le décompte des jours de travail et de repos dans un document conservé par l'employeur, sans organiser un suivi régulier, par ce dernier, de la charge de travail des intéressés (*Cass. soc.*, 6 nov. 2019, n° 18-19.752 P).

Ces décisions sont notamment fondées sur le 11^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la chambre sociale rappelant que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles. Elle rejoint ainsi le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 29 juillet 2005 (n° 2005-523 DC), a considéré que, dans le cadre du forfait en jours, les salariés ne peuvent pas être privés des garanties légales relatives au droit à la santé et au repos.

Enfin, pour compléter le tableau d'ensemble et comprendre les enjeux sous-jacents de la construction jurisprudentielle française, c'est-à-dire les aspects de santé et de sécurité, les sources du droit européen doivent être évoquées.

4 INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN SUR LE DISPOSITIF DE FORFAIT EN JOURS

Le dispositif de forfait en jours est une création juridique française dont la logique et la construction n'ont jamais reflété l'esprit du droit européen. Aussi, la question de la compatibilité de ce dispositif avec les textes européens et notamment avec la Charte sociale européenne s'est fréquemment posée.

◆ Influence passée

▶ Comité européen des droits sociaux

De 2001 à 2014, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) n'a cessé de déclarer que la réglementation française sur le forfait en jours n'était pas conforme à la Charte sociale européenne que ce soit dans ses décisions suite à des réclamations collectives présentées par la CFE-CGC (*réclam. n° 9/2000, réclam. 16/2003, réclam. n° 56/2009*) et la CGT (*réclam. n° 22/2003, réclam. n° 55/2009*) ou dans ses rapports annuels.

Dans un rapport, publié en décembre 2010 (*Comité européen des droits sociaux, conclusions déc. 2010*), le CEDS rappelle une nouvelle fois que la réglementation française sur le forfait en jours, issue de la loi du 20 août 2008, ne respecte pas deux articles de la Charte sociale européenne :

– l'article 2, § 1 de la Charte sociale européenne au motif que le temps de travail maximum (78 heures par semaine) pour les salariés soumis au régime de forfait annuel en jours serait manifestement excessif et ne pourrait pas en conséquence être qualifié de raisonnable au sens de l'article 2, § 1 de la Charte. En effet, comme la loi française ne fixe pas la durée hebdomadaire maximale de travail pour ces salariés, c'est le temps de repos hebdomadaire minimum qui permet de connaître ce plafond, soit 78 heures de travail. La procédure de négociation collective ne serait pas une garantie suffisante pour que l'article 2, § 1 soit respecté, dans la mesure où la loi du 20 août 2008 n'impose pas que les conventions collectives prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire ;

– l'article 4, § 2 de la Charte au motif que les heures de travail effectuées par les salariés au forfait en jours qui ne bénéficient, au titre de la flexibilité de la durée du travail, d'aucune majoration de rémunération seraient anormalement élevées.

Appréciant la validité du régime des conventions de forfait en jours sur l'année au regard de cette Charte, le Comité européen des droits sociaux énonce ensuite, dans sa décision du 23 juin 2010 (*réclam. n° 55/2009, CGT c./ France*), que les mesures de flexibilité du temps de travail doivent répondre à trois critères :

– empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ;
– comporter des garanties suffisantes ;
– prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne du travail.

En 2014, le CEDS reconnaît que la jurisprudence de la Cour de cassation (*Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 P*) donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait en jours. Mais il précise que l'article 2, § 1 de la Charte ne sera respecté que lorsque toutes les conventions collectives concernées auront été modifiées pour prendre en compte la jurisprudence de la Cour de cassation (*CEDS, conclusions 2014, France*).

Notons que de son côté, le Conseil d'État a écarté tout effet direct de certaines dispositions de la Charte sociale européenne (*CE, 24 août 2011, n° 332.876*).

► **Le droit de l'Union européenne**

Le droit de l'UE fixe des durées minimales et maximales de travail mais définit un groupe dérogatoire pour lequel ces durées peuvent être écartées.

Conformément à l'article 3 de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003, les travailleurs bénéficient « au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives ». Ainsi, la durée journalière du travail ne peut excéder treize heures.

L'article 6 dispose, quant à lui, que pour chaque période de sept jours, la durée moyenne du travail ne doit pas excéder 48 heures.

Pour autant, les États membres peuvent déroger à ces durées maximales, aux temps de repos, de pause, au travail de nuit lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée, ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome. Dans cette situation, la directive ne fixe pas de plafond ultime à la durée du travail en cas de dérogations aux seuils qu'elle pose.

Toutefois les dérogations envisagées par les États membres doivent impérativement respecter les principes généraux relatifs à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs (*Dir. 2003/88, 4 nov. 2003, art. 17*).

En France, le dispositif du forfait annuel en jours nécessite d'être rattaché à cette dernière hypothèse de travailleurs afin de pouvoir valablement s'affranchir des durées maximales de travail européennes. En effet, en pratique, le calcul de la durée du travail, non en heures mais en jours, peut conduire à excéder la durée maximale hebdomadaire de travail de 48 heures fixée à l'article 6 de la directive.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) considère que « le droit de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire constitue non seulement une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, mais est aussi expressément consacré à l'article 31, § 2, de la Charte

[des droits fondamentaux de l'Union européenne] » (CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18).

Il n'est d'ailleurs nullement requis la preuve d'un préjudice (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09). Il est évident que le système français du forfait en jours est alors sur la sellette, même si la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur la nécessité du plafonnement ultime d'une durée de travail dérogatoire.

La Cour de cassation, en tant que juge européen de droit commun, assure cet office. Se fondant sur plusieurs sources internationales et notamment le droit de l'Union européenne, elle juge qu'il est nécessaire à la validité des conventions de forfait en jours qu'elles fixent une durée raisonnable maximale de temps de travail ou des garanties permettant un tel plafonnement (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 P).

Par ailleurs, il est également requis qu'un mécanisme de contrôle et de suivi soit mis en place pour vérifier la charge de travail effective et permettre une intervention rapide de l'employeur, un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur l'amplitude des journées de travail et la charge de travail étant insuffisant (Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540 P).

Le recours à l'interprétation conforme permet à la Cour de cassation d'intégrer au droit français des solutions qui découlent logiquement des principes généraux du droit de l'Union. Cette démarche est consacrée en 2016 par le législateur français (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO 9 août) qui requiert désormais l'existence de telles garanties lors de la mise en place conventionnelle d'un forfait en jours, alors même que ce dernier échappe toujours aux durées légales maximales de travail.

Mais l'extension du régime du forfait en jours à d'autres catégories de travailleurs que sont les non-cadres peut altérer la compatibilité du droit français au droit européen, l'appréciation de l'autonomie dont disposent les individus dans l'organisation de leur emploi du temps étant différente.

◆ Influence à venir

Dans son arrêt du 14 mai 2019 (CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18), la Cour de justice de l'Union européenne, saisie par une juridiction espagnole, s'est prononcée pour la première fois sur l'obligation mise à la charge de l'employeur de mesurer la durée quotidienne du travail des travailleurs. Les salariés soumis au dispositif de

forfait en jours en France sont concernés par cette jurisprudence européenne.

À cet égard, la Cour a affirmé que :

– « l'importance du droit fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire » exige une « détermination objective et fiable du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire » ;

– « il incombe aux États membres [...] de définir [...] les modalités concrètes de mise en œuvre d'un tel système, en particulier la forme que celui-ci doit revêtir, et cela en tenant compte, le cas échéant, des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné, voire des spécificités de certaines entreprises, notamment leur taille ». Il faut donc comprendre de cette décision que la réglementation des États membres doit imposer aux employeurs la mise en place d'un système déclaratif permettant de mesurer la durée du travail journalière effectuée par chaque travailleur. Autrement dit, l'employeur doit prévoir la remise d'un document par le salarié faisant état, non seulement des demi-journées ou journées de travail ou de repos, mais également du nombre d'heures réalisées par jour et par semaine (J. Cavallini, *L'influence du droit de l'Union européenne sur la durée du travail en France*, JCP S 2019, 1324. ; Y. Pagnerre et J. Verneret, *Forfait en jours: de l'illicéité à la sécurisation des dispositifs conventionnels*, JCP S 2019, 1351).

À l'heure actuelle, soulignons que l'état du droit français n'est pas exactement conforme à la jurisprudence de l'Union européenne puisque l'article D. 3171-10 du Code du travail se limite à une vérification annuelle par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées et non du nombre d'heures.

Pour autant, l'état du droit français en vigueur n'est pas si éloigné de la jurisprudence européenne de 2019 et leur différence de position doit, il nous semble, être mesurée.

En effet, la Cour de justice justifie sa décision de mettre à la charge des employeurs une obligation de décompte horaire sur le fondement de la protection de la santé et du droit au repos des travailleurs. Or on connaît l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation exigeant des garanties destinées à protéger le droit à la santé et au repos des titulaires d'une convention de forfait annuelle en jours. Finalement, la problématique réside, en réalité, dans la vérification du respect du repos journalier du

salarié (*C. trav. L. 3131-1* : repos minimal de 11 heures consécutives). Or une telle démonstration nécessite de déterminer le début et la fin de l'activité journalière et donc d'identifier précisément les horaires de travail, en tout cas le début et la fin (*M. Morand, Faut-il contrôler la durée journalière du travail ?, JCP S 2019, 1177*). Il se pourrait, à l'avenir, que la Cour de cassation modifie sa jurisprudence pour la mettre en conformité avec le droit européen si des salariés en forfait en jours devaient agir sur le fondement d'un manquement à l'obligation de contrôle de l'horaire quotidien de travail par l'employeur.

L'avenir des forfaits en jours en France pourrait potentiellement évoluer. Dans une telle situation, les documents de contrôle des journées travaillées conçus par les employeurs aujourd'hui pourraient ainsi se révéler insuffisants dans le futur et nécessiter de préciser les décomptes horaires permettant de prouver le respect du repos quotidien des salariés en forfait en jours et, pourquoi pas, des durées maximales du travail.

C'est en tout cas sous l'angle de la santé et de la sécurité que doit être appréhendée la validité de ces dispositifs. ■

2

Mise en place

Profils éligibles

Nécessité d'un accord collectif

La convention individuelle de forfait

Seuls les salariés répondant à certains critères peuvent être soumis à un forfait en jours. Parmi ces derniers, fixés à l'article L. 3121-58 du Code du travail, l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps constitue le critère essentiel. Dans le cadre de sa jurisprudence, la Cour de cassation précise le profil des publics éligibles. En outre, le recours au forfait annuel en jours est subordonné à la double condition :

– d'avoir conclu un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoyant. À défaut, un accord de branche applicable à l'entreprise suffit. Le Code du travail n'exige pas que l'accord de branche soit étendu ;
– d'avoir fait signer aux salariés concernés une convention individuelle de forfait. L'accord des salariés fait généralement l'objet d'une clause du contrat de travail, ou d'une convention dédiée annexée au contrat.

PROFILS ÉLIGIBLES

CRITÈRES FIXÉS DANS LE CODE DU TRAVAIL

Au moment de sa création par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 (L. n° 2000-37, JO 20 janv.), le dispositif du forfait annuel en jours était exclusivement réservé aux cadres. La loi du 2 août 2005 (L. n° 2005-882, JO 3 août) a ensuite étendu son application aux non-cadres. Les critères retenus par le législateur sont aujourd'hui fixés à l'article L. 3121-58 du Code du travail.

5 L'AUTONOMIE: UN CRITÈRE ESSENTIEL

Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé par l'accord collectif (C. trav., art. L. 3121-58) :

- les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intéressés ;
- les salariés (non cadres) 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.

Cette dernière catégorie peut concerner les salariés itinérants.

Que le salarié soit cadre ou non-cadre, un critère doit impérativement être respecté : l'autonomie.

6 L'AUTONOMIE DANS L'ORGANISATION DE L'EMPLOI DU TEMPS

◆ Notion d'autonomie

Lorsqu'on interroge les directeurs et responsables de ressources humaines sur l'autonomie dont dispose le salarié à qui va être proposé une convention de forfait en jours, la réponse est quasiment toujours la même : il est très autonome dans ses fonctions et responsabilités. Mais ce n'est pas cette autonomie qui est visée par l'article L. 3121-58 du Code du travail.

Un salarié, cadre, peut parfaitement être autonome dans ses fonctions et pour autant être soumis à l'horaire collectif de l'entreprise ou du service auquel il appartient. Car c'est bien de l'horaire dont il s'agit lorsque l'article L. 3121-58 du Code du travail évoque : l'« autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps », « la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif » et la « réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ».

Parler d'autonomie pour un salarié au forfait en jours, c'est d'abord et surtout parler d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, peu important l'autonomie dont dispose le salarié dans ses fonctions. Il n'est pas imaginable qu'un salarié autonome dans l'organisation de son emploi du temps ne soit pas autonome dans l'exercice de ses fonctions ; il faut une certaine autonomie dans ses fonctions et responsabilités pour pouvoir organiser son emploi du temps. Mais, à l'inverse, un salarié autonome dans l'exercice de ses fonctions n'est pas forcément autonome dans l'organisation de son emploi du

temps et peut être tenu de respecter l'horaire collectif.

La première question à se poser est la suivante : le salarié est-il tenu de suivre les horaires de l'entreprise ? En d'autres termes, le salarié peut-il arriver à 10 heures au travail, alors que l'horaire collectif fixe une plage de 8 h 30 à 9 h 30 ? Si la réponse est négative, alors le salarié ne peut être soumis au dispositif du forfait en jours.

Obliger le salarié à suivre les horaires de l'entreprise est antinomique avec la notion de forfait en jours. Un salarié en forfait jours organise son emploi du temps comme il l'entend pour parvenir à un but : réaliser les missions afférentes à son poste.

◆ Exemples jurisprudentiels

La Cour de cassation a été amenée à statuer sur la validité de dispositifs de forfait en jours au regard du critère de l'autonomie : elle a jugé, dans les affaires suivantes, que les dispositions relatives au forfait en jours sont inopposables aux salariés, en l'absence d'autonomie dans l'organisation du temps de travail.

➡ S'agissant de salariés d'un casino :

Des salariés cadres membres d'un comité de direction de machines à sous d'un casino disposent, en leur qualité de cadre autonome, de conventions individuelles de forfait annuel en jours. En effet, l'accord d'entreprise auquel ils sont rattachés réserve le bénéfice du forfait en jours aux cadres autonomes. Contestant leurs conventions individuelles et sollicitant le paiement des heures supplémentaires effectuées, ces salariés ont demandé en justice la requalification de leur statut de cadre autonome en celui de cadre intégré. La Cour de cassation accueille leur demande jugeant que l'intégration des salariés dans les plannings imposant leur présence au sein des salles de jeux est antinomique avec la notion de cadre autonome. Ainsi les conventions de forfait en jours leur sont inopposables (*Cass. soc.*, 23 janv. 2013, n° 11-12.323 ; arrêt confirmé plus de trois ans plus tard sur renvoi après cassation : *Cass. soc.*, 15 déc. 2016, n° 15-17.568).

➡ ou encore s'agissant d'un moniteur de golf responsable d'enseignement :

La Cour de cassation juge que le moniteur de golf dont l'emploi du temps est déterminé par la direction et son supérieur hiérarchique, (lesquels définissent le planning de ses interventions auprès des clients), et qui ne dispose

pas du libre choix de ses repos hebdomadaires ne dispose d'aucune liberté dans l'organisation de son travail (*Cass. soc.*, 31 oct. 2007, n° 06-43.876 P).

➡ et concernant un technicien service après-vente relevant de la convention collective de la métallurgie :

À l'occasion de son licenciement, un technicien service après-vente conteste la validité de sa convention de forfait en jours et sollicite le paiement d'heures supplémentaires et de dommages-intérêts pour violation des règles sur le repos compensateur.

L'employeur ne définissait pas les horaires de travail du salarié, ni ne déterminait par avance le temps de chaque intervention. Le salarié prenait directement contact avec le client, une fois son plan de travail arrêté, pour lui communiquer ses jour et heure d'arrivée sur site et pour organiser les conditions de son intervention sans aucune directive de l'employeur, notamment quant à ses horaires de travail ou la durée de l'intervention. Pour autant, cela est insuffisant pour la Cour de cassation. Elle relève que le supérieur hiérarchique déterminait le planning des interventions du salarié auprès des clients, et en conclut qu'il était bien à l'origine de la détermination de l'emploi du temps du salarié. Ainsi, le salarié ne disposant d'aucune liberté dans l'organisation de son travail n'était pas susceptible de relever du régime du forfait en jours qui lui avait été appliqué (*Cass. soc.*, 31 oct. 2012, n° 11-20.986).

➡ En revanche, la Cour de cassation rejette la demande d'une salariée accompagnatrice-interprète chargée d'effectuer des missions ponctuelles d'accueil de personnalités étrangères.

La salariée invoquait l'absence d'autonomie dans la gestion de son emploi du temps du fait qu'elle intervenait selon un programme préétabli. La Cour de cassation estime que si la salariée intervenait effectivement selon un programme préétabli, elle est néanmoins habilitée, sous réserve de l'impact financier des mesures proposées nécessitant l'accord de l'employeur, à modifier ce programme. La durée du temps de travail de la salariée ne pouvait donc être déterminée à l'avance (*Cass. soc.*, 9 juill. 2003, n° 01-42.451 P)

On peut noter un point commun à toutes ses décisions et notamment aux plus récentes : dès lors que le salarié travaille selon un planning ou un emploi du temps déterminé par son employeur ou son supérieur hiérarchique, il n'est plus autonome dans l'organisation de son emploi du temps. En

conséquence, le salarié ne peut pas conclure de convention de forfait en jours.

7 AUTONOMIE EFFECTIVE

L'autonomie doit être effective, comme le rappelle la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 27 mars 2019, n° 17-31.715 P). En l'espèce, un salarié engagé en qualité de régisseur son a signé une convention individuelle de forfait annuel en jours. Au cours de sa carrière professionnelle, il exerce en dernier lieu la fonction de « concepteur son événementiel ». Il affirme qu'il ne dispose d'aucune réelle autonomie dans l'organisation de son travail, car il est constamment tenu de coopérer avec les autres corps de métiers intervenant sur ces événements. La durée de son travail est prédéterminée, ses fonctions s'appliquant à des événements dont les modalités sont connues au préalable. Des plannings précis comportent notamment les jours et tranches horaires dans lesquels doivent être effectuées chacune des opérations afin que l'événement se déroule bien et laisse la place au suivant. Le salarié soutient que la convention de forfait en jours lui est inopposable.

La Cour de cassation donne raison au salarié et approuve les juges du fond d'avoir jugé que « le salarié ne disposait pas d'une autonomie réelle dans l'organisation de son travail qui était en fait totalement organisé et imposé par l'employeur ».

Il appartient au juge prud'homal de vérifier si le salarié est réellement autonome dans l'organisation de son emploi du temps, peu important les dispositions de la convention de forfait en jours conclue entre les parties.

Dès lors que l'employeur organise, notamment par le biais de planning, l'emploi du temps du salarié, ce dernier n'est pas autonome et ne peut donc pas relever du régime du forfait en jours.

8 AUTONOMIE NE SIGNIFIE PAS TOTALE INDÉPENDANCE

L'exigence de l'autonomie du salarié dans l'organisation de son travail ne signifie pas totale indépendance. Ce dernier soumis à un forfait en jours reste salarié ; rappelons que le contrat de travail se caractérise par le lien de subordination du salarié vis-à-vis de l'employeur qui dispose du pouvoir de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner en cas de carence.

Le salarié en forfait en jours se doit d'exécuter les missions afférentes à son poste. Il ne peut pas arguer de son autonomie pour échapper à ses obligations.

Notamment, dès lors que l'employeur organise une réunion de travail, le salarié ne peut pas invoquer son autonomie dans l'organisation de son temps de travail pour justifier son absence.

Le salarié en forfait en jours reste également soumis à une obligation de loyauté, comme le rappelle la Cour d'appel de Toulouse (*CA Toulouse*, 4^e ch., sect. 2, 13 juill. 2018, n° 16/00835). En l'espèce, un directeur d'agence d'une banque est licencié parce qu'il passait une après-midi par semaine au golf, sur son temps de travail. À l'appui de sa contestation, le salarié invoque entre autres arguments, le fait qu'étant soumis au forfait en jours, il dispose d'une grande liberté pour organiser son emploi du temps.

La Cour d'appel juge le licenciement fondé et rejette l'argument du salarié tiré de la convention de forfait en jours, et retient que :

- le décompte du temps de travail du salarié soumis au forfait en jours n'autorise pas celui-ci à vaquer par demi-journées à ses occupations personnelles durant le temps de travail effectif : bien que non soumis à des horaires définis, le salarié reste soumis à la législation sur les congés payés et autres causes d'absence ;
- la liberté d'organisation de l'emploi du temps du cadre au forfait en jours ne peut être illimitée et permettre au salarié de s'abstenir de travailler hors période de congés ;
- la qualité de directeur d'agence implique d'être présent dans l'agence et lors des réunions et rendez-vous clientèle, de rester joignable (à la disposition de l'employeur), alors que le salarié s'absente pour jouer au golf et n'est pas joignable.

ATTENTION

Le motif du licenciement n'est pas le non-respect des horaires ou de la durée du travail, mais l'exécution défectueuse ou déloyale du contrat de travail.

9 AUTONOMIE ET ASTREINTE

Un salarié en forfait en jours peut-il être d'astreinte ?

La définition et le régime de l'astreinte sont prévus à l'article L. 3121-9 du Code du travail : « Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition

permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.

La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif. La période d'astreinte fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos.

Les salariés concernés par des périodes d'astreinte sont informés de leur programmation individuelle dans un délai raisonnable. »

L'astreinte peut être perçue comme une entrave à la liberté d'organiser son emploi du temps. Elle semble totalement antinomique avec l'autonomie dont disposent les forfaits en jours.

Toutefois, comme le rappellent les tribunaux, autonomie ne signifie pas totale indépendance. Peut-on alors considérer que le salarié en forfait en jours peut être tenu d'assurer une astreinte comme il peut être tenu d'assister à des réunions organisées par son employeur, à un horaire déterminé par ce dernier ?

Pour la Cour de cassation, l'astreinte ne semble pas incompatible avec le forfait annuel en jours (*Cass. soc.*, 12 juill. 2018, n° 17-13.029).

Un directeur d'agence qui reste en permanence disponible à l'aide de son téléphone portable en dehors de ses heures de travail réclame à son employeur un rappel d'indemnité d'astreinte prévue par accord collectif. Il invoque notamment l'absence de dispositions relatives aux astreintes dans son contrat de travail, et le fait qu'il est soumis à un forfait annuel en jours qui n'est pas de nature à dispenser l'employeur du règlement de cette astreinte. La question de la compatibilité de l'astreinte avec le forfait en jours n'est pas directement posée à la Cour de cassation, mais cette dernière fait droit à la demande du salarié. Elle considère qu'il était bien en astreinte du fait que son employeur en charge des appels d'urgence disposait spécifiquement de ses coordonnées dans le document « Procédure des gestions des appels d'urgence », et qu'en sa qualité de directeur d'agence, il devait rester en permanence disponible à l'aide de son téléphone portable pour répondre à d'éventuels besoins, et se tenir prêt à intervenir si nécessaire.

CRITÈRES FIXÉS DANS LES CONVENTIONS OU ACCORDS COLLECTIFS

10 DIFFÉRENTS CRITÈRES

L'autonomie n'est pas le seul critère permettant de déterminer les salariés qui pourront bénéficier d'une convention individuelle de forfait en jours.

Il convient de se référer à l'accord collectif de branche ou d'entreprise qui fixe :

- les catégories de salariés susceptibles d'être soumis au régime du forfait en jours ;
- d'autres critères tels qu'une classification minimale ou une rémunération minimale.

Tel est le cas notamment des conventions collectives suivantes.

11 EXEMPLES DE CONVENTIONS COLLECTIVES

◆ Bureaux d'études techniques (Syntec)

La convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils prévoit que bénéficient d'une convention de forfait en jours :

- « les personnels exerçant des responsabilités de management élargi ou des missions commerciales, de consultant ou accomplissant des tâches de conception ou de création, de conduite et de supervision de travaux, disposant d'une large autonomie, de liberté et d'indépendance dans l'organisation et la gestion de leur temps de travail pour exécuter les missions qui leur sont confiées » ;

- « les salariés concernés doivent obligatoirement disposer de la plus large autonomie d'initiative et assumer la responsabilité pleine et entière du temps qu'ils consacrent à l'accomplissement de leur mission caractérisant la mesure réelle de leur contribution à l'entreprise. Ils doivent donc disposer d'une grande latitude dans leur organisation du travail et la gestion de leur temps ;

- « ils relèvent au minimum de la position 3 de la grille de classification des cadres de la convention collective nationale ou bénéficient d'une rémunération annuelle supérieure à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale ou sont mandataires sociaux » (*CCN*, 15 déc. 1987,

IDCC 1486 : accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, art. 4.1).

L'accès à la position 3 de la grille de classification de la convention collective Syntec est subordonnée à la justification d'une ancienneté minimale. Si le salarié ne parvient pas à justifier du minimum d'ancienneté requis, il ne peut pas se voir octroyer la position 3 et, par conséquent, n'est pas susceptible de relever du régime du forfait en jours (*Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.637 P; voir n° 14 et encadré p. 22*).

◆ Secteur privé du spectacle vivant

La convention collective nationale du spectacle vivant prévoit qu'une convention de forfait en jours peut être proposée à « tout salarié occupant des fonctions relevant des niveaux de qualification cadre groupe 1 ou cadre groupe 2 de la grille de classification » (*art. 6. 1 de la conv. coll.*).

S'agissant du régisseur général, il est précisé que compte tenu de l'ensemble de ses fonctions, il ne peut être soumis à un planning contraignant répondant à des horaires prédéterminés (*CCN, 3 févr. 2012, art. 8. 11, IDCC 3090*).

◆ Commission, courtage et commerce intracommunautaire et import-export

Sont éligibles à la conclusion d'une convention individuelle de forfait annuel en jours les cadres relevant de la convention collective nationale des entreprises de commission, de courtage et de commerce intracommunautaire et d'importation-exportation qui :

- exercent des fonctions itinérantes (commerciaux, techniciens cadres itinérants, etc.), des fonctions en relation avec la clientèle en avant-vente ou en après-vente (chefs de produits, cadres commerciaux, chefs de mission etc.), des fonctions supports (assistants de direction, chefs comptables, responsables juridiques ou réglementaires, directeurs administratifs et financiers etc.) ou des fonctions techniques ou hiérarchiques ;

- relèvent des coefficients C13 à C20 de la grille de classification de la convention collective.

Ces deux conditions sont cumulatives (*CCN, 18 déc. 1952, IDCC 43 : avenant 24 avr. 2018, art. 2*).

◆ Casinos

Bénéficient de forfaits établis sur une base annuelle en jours de travail selon les dispositions de la convention collective nationale des casinos les cadres autonomes de niveaux VII (qui ne sont pas des cadres dirigeants).

La durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps (*CCN, 29 mars 2002, art. 33.7, IDCC 2257*).

◆ Hôtels-cafés restaurants

Les catégories de salariés relevant de la convention collective nationale des hôtels-cafés restaurants qui peuvent être soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année sont les cadres :

- relevant du niveau V de la grille de classification de la convention collective ;

- et bénéficiant d'une rémunération moyenne mensuelle sur l'année qui ne peut être inférieure au plafond mensuel de la sécurité sociale (*CCN, 30 avr. 1997, IDCC 1979, avenant 7 oct. 2016*).

« Plus précisément, est autonome le salarié qui, tout en étant soumis aux directives de son employeur ou de son supérieur hiérarchique dans le cadre de la réalisation de ses missions, reste maître de l'organisation de son emploi du temps, c'est-à-dire qu'il détermine notamment librement :

- ses prises de rendez-vous ;
- ses heures d'arrivée et de sortie en tenant compte de la charge de travail afférente à ses fonctions ;
- la répartition de ses tâches au sein d'une journée ou d'une semaine ;
- l'organisation de ses congés en tenant compte des impératifs liés au bon fonctionnement de l'entreprise et dans le respect des modalités de prises de congés fixées par l'employeur, etc. ».

◆ Métiers de la transformation des grains

Un avenant du 23 septembre 2019 de la convention collective nationale des métiers de la transformation des grains a créé un dispositif de forfait en jours au profit des salariés classés au niveau 5 de la classification conventionnelle, dont les fonctions les amènent à se déplacer et qui assument notamment les missions suivantes :

- animation et démonstration en boulangerie ;
- commercialisation de produits fabriqués par les entreprises de la branche ;
- appui et conseil technique en élevage ;
- responsable qualité, hygiène, sécurité, environnement (QHSE) multisites (*CCN, 9 nov. 2016, IDCC 1930 : avenant 23 sept. 2019, art. 68-4-2-4*).

◆ **Avocats**

Bénéficiaire d'une convention de forfait en jours les cadres relevant de la convention collective nationale des avocats et leur personnel :

- de niveau I, coefficients 510 et 560 qui jouissent d'un degré élevé d'autonomie du fait de leur fonction ou de leurs responsabilités ;
- et dont la rémunération globale brute est supérieure d'au moins 50 % au salaire minimum conventionnel du coefficient (CCN, 20 févr. 1979, IDCC 1000 ; avenant 25 juin 1999, art. 6 ; voir n° 14).



SANCTIONS

12 PAIEMENT D'HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Le salarié qui ne répond pas aux critères tels que définis par la loi et/ou l'accord collectif, peut invoquer l'inopposabilité de la convention de forfait en jours. Le salarié est en conséquence soumis à la durée légale du travail, soit 35 heures par semaine (C. trav., art. L. 3121-27). S'il apporte des éléments permettant de démontrer qu'il a effectué des heures supplémentaires, le salarié pourra en obtenir le paiement, dans la limite de la prescription de trois ans.

La charge de la preuve est partagée entre l'employeur et le salarié (C. trav., art. L. 3171-4).

Le versement d'un salaire supérieur au minimum conventionnel ne peut pas tenir lieu de règlement des heures supplémentaires (Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891 P).

À NOTER

La Cour de cassation a précisé que le salarié dont la demande de rappel de salaires au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite est recevable à contester la validité de sa convention individuelle de forfait (Cass. soc., 27 mars 2019 n° 17-23.314 P ; voir n° 49).

13 INDEMNITÉ FORFAITAIRE POUR TRAVAIL DISSIMULÉ

Aux termes de l'article L. 8221-5 du Code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur 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 conven-

tion ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail.

En cas de rupture de la relation de travail, le salarié a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire (C. trav., art. L. 8223-1).

Lorsque le salarié obtient le paiement d'heures supplémentaires, peut-il obtenir en sus une indemnité forfaitaire de six mois de salaire ? (En supposant que son contrat soit rompu, ce qui en pratique, représente la majorité des cas). La Cour de cassation a posé depuis longtemps le principe selon lequel l'élément matériel n'étant pas suffisant à établir le délit de travail dissimulé, il revient au salarié d'établir son caractère intentionnel (Cass. soc., 17 sept. 2015, n° 14-10.578, à propos de l'omission des heures supplémentaires sur le bulletin de paie).

C'est sur ce fondement que la Cour de cassation rejette la demande d'indemnité pour travail dissimulé, dans un arrêt du 14 septembre 2016, l'élément intentionnel ne pouvant pas se déduire de la seule constatation de l'inexécution par l'employeur de ses obligations conventionnelles de contrôle de l'amplitude et de la charge de travail du salarié (Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 14-26.099).

En revanche, si la convention de forfait a été conclue avec un salarié qui n'est pas autonome au sens de l'article L. 3121-58 du Code du travail, alors le délit de travail dissimulé peut être caractérisé par les juges. Tel est le cas lorsque l'employeur, qui a appliqué une convention de forfait en jours non conforme à la classification d'un salarié et non autorisée par la convention collective, ne pouvait ignorer la quantité des heures effectuées par le salarié au regard de l'objet même de son activité, de la petite taille de l'entreprise et de l'envoi de messages le soir et le week-end (Cass. soc., 5 avr. 2018, n° 16-22.599).

En revanche, dans un arrêt du 6 novembre 2019, la Cour de cassation après avoir annulé une convention individuelle de forfait en jours, a accordé l'attribution d'une demande d'indemnité pour travail dissimulé du salarié, sans autre explication (Cass. soc., 6 nov. 2019, n° 18-19.752 P).

La question relève du pouvoir souverain des juges du fond.

La convention de forfait annuel en jours ne doit pas permettre de détourner les règles d'ordre public relatives à la durée du travail.

Le statut du forfait en jours est une exception aux dispositions légales sur la durée du travail dont le législateur a strictement défini les conditions de mise en œuvre. Une violation manifeste

de ces conditions caractérise l'infraction de travail dissimulé.

14 PAS DE RAPPEL DE SALAIRES

Des conventions collectives réservent la possibilité de conclure une convention individuelle de forfait en jours à certaines catégories de salariés, et exigent que le salarié bénéficie d'un certain niveau et/ou coefficient hiérarchique (voir n° 11). Est associé à ce niveau hiérarchique un niveau de salaire.

Un salarié qui conclut une convention de forfait en jours mais ne bénéficie pas du niveau hiérarchique exigé peut-il solliciter le paiement d'un rappel de salaire ? En d'autres termes, sans se prévaloir de l'inopposabilité de la convention, le salarié peut-il rester dans ce statut avec la rémunération afférente ?

La Cour de cassation a répondu à cette question par la négative à travers deux arrêts :

- un salarié revendique la classification 3.1 de la convention collective Syntec et la rémunération afférente au motif qu'il avait conclu une convention de forfait en jours. La Cour de cassation rejette sa demande car il ne justifie pas de l'ancienneté requise par la convention collective pour être classé à la position 3.1. Il ne pouvait donc relever ni de cette dernière position ni du régime de forfait en jours qui lui avait été appliqué (*Cass. soc.*, 3 nov. 2011, n° 10-14.637 P) ;
- un salarié classé niveau 1 coefficient 510 de la convention collective des avocats revendique un rappel de salaire au motif que seuls les cadres niveau 1 coefficients 510 à 560, dont la rémunération globale brute est supérieure d'au moins 50 % au salaire minimum conventionnel, peuvent conclure une convention de forfait en jours. S'il avait bien bénéficié du niveau hiérarchique, tel n'était pas le cas de la rémunération. Pour la Cour de cassation, « si les salariés qui ne bénéficient pas d'une rémunération supérieure d'au moins 50 % au salaire minimum conventionnel du coefficient ne peuvent être valablement soumis à une convention de forfait en jours, ni l'accord de branche du 25 juin 1999 ni celui du 20 février 1979 ne font obligation à l'employeur d'assurer à ces salariés un tel niveau de rémunération » (*Cass. soc.*, 28 juin 2018, n° 16-28.344 P).

À NOTER

La Cour de cassation entend appliquer la volonté des partenaires sociaux qui ont défini les salariés concernés par le forfait en jours. La seule alter-

native pour le salarié qui ne remplirait pas ces conditions est de soutenir l'inopposabilité de la convention individuelle et le paiement d'heures supplémentaires. Encore faut-il qu'il ait travaillé plus de 35 heures par semaine, et qu'il parvienne à en justifier car, à défaut, l'inopposabilité qu'il aura obtenue n'aura guère d'intérêt pratique.

LE CAS PARTICULIER DES CADRES DIRIGEANTS

15 DIFFÉRENTS TYPES DE CADRES

Le législateur distingue trois types de cadres :

- les cadres intégrés soumis à la durée légale du travail ;
- les cadres autonomes pouvant conclure une convention de forfait annuel en jours ;
- les cadres dirigeants : ils ne sont pas soumis aux dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail, à la répartition et l'aménagement des horaires, ni aux repos et jours fériés (*C. trav.*, art. L. 3111-2).

16 DÉFINITION DU CADRE DIRIGEANT

Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres (*C. trav.*, art. L. 3111-2) :

- auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps ;
- qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome ;
- et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.

Les cadres dirigeants échappent donc à la législation relative à la durée du travail. Ils ne peuvent prétendre ni au paiement d'heures supplémentaires (*Cass. soc.* 27 mars 2013 n° 11-19.734 P) ni au paiement de contrepartie d'astreinte (*Cass. soc.*, 28 oct. 2008, n° 07-42.487 P) sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles plus favorables.

Grande peut alors être la tentation de faire entrer dans ce statut nombre de cadres qui « dirigent » une agence, un service ou un département.

La Cour de cassation rappelle que les critères précités visés à l'article L. 3111-2 du Code du

travail sont cumulatifs, et que seuls relèvent de la catégorie de cadre dirigeant ceux qui participent à la direction de l'entreprise (*Cass. soc.*, 31 janv. 2012, n° 10-24.412 P).

La Cour de cassation écarte le statut de cadre dirigeant pour une salariée engagée en qualité de « responsable collection homme », au motif que, bien que disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail, nécessitée par son haut niveau de responsabilité dans l'élaboration de la collection homme, et étant classée au coefficient le plus élevé de la convention collective, elle ne participe pas à la direction de l'entreprise.

Toutefois, la Cour de cassation a précisé que la participation à la direction de l'entreprise ne constitue pas un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux définissant le cadre dirigeant (*Cass. soc.*, 22 juin 2016, n° 14-29.246 P; *Cass. soc.*, 1^{er} déc. 2016, n° 15-24.695). Dans le cadre de ces deux espèces, elle rappelle aux juges du fond qu'ils sont tenus d'examiner les trois critères légaux.

La Cour de cassation écarte ce statut pour un salarié, directeur d'établissement, qui :

- doit être présent au sein de la structure dix demi-journées par semaine ;
- ne peut signer les chèques que sur autorisation du conseil d'administration et dans la limite d'un montant fixé par ce dernier ;
- ne fixe pas les conditions d'emploi des salariés et les salaires décidés par le conseil d'administration ;
- ne signe pas les contrats de travail, ceux-ci étant signés par le président du conseil d'administration (*Cass. soc.*, 2 oct. 2019, n° 17-28.940). En revanche, le salarié relève bien du statut de cadre dirigeant si :
 - sa rémunération est située au plus haut niveau au regard de celles des trois dirigeants de l'association ;
 - ses fonctions lui permettent d'organiser son temps de travail comme il l'entend, n'étant

soumis à aucun contrôle de la part de son employeur qui ne lui a jamais imposé d'horaires alors même qu'il a fait le choix d'observer des horaires réguliers ;

– les établissements et l'ensemble du personnel sont sous son autorité ;

– le pouvoir de recruter et d'assurer la préparation des travaux du conseil d'administration et du projet d'établissement lui est accordé, et s'il est également chargé de l'exécution des décisions du conseil d'administration et de la mise en œuvre de la politique définie par ce dernier et approuvée par l'agence régionale d'hospitalisation (*Cass. soc.*, 18 nov. 2015, n° 14-17.590).

17 UN CADRE DIRIGEANT NE PEUT PAS CONCLURE DE CONVENTION DE FORFAIT EN JOURS

La qualité de cadre dirigeant est exclue en cas de référence contractuelle au forfait en jours (*Cass. soc.*, 7 sept. 2017, n° 15-24.725 P). En effet, un employeur, en cas de nullité de la convention de forfait en jours d'un de ses salariés, ne peut pas se prévaloir du statut de cadre dirigeant qu'il aurait dans les faits occupé. En l'espèce, un cadre dont la lettre d'engagement précisait qu'il était soumis à une convention individuelle de forfait en jours réclame le paiement des heures supplémentaires effectuées soutenant la nullité de la convention. L'employeur, quant à lui, affirme que le salarié relève en réalité de la catégorie des cadres dirigeants et que, par conséquent, la législation sur la durée du travail ne lui étant pas applicable, le paiement des heures supplémentaires ne lui est pas dû. La Cour de cassation rejette l'argumentaire de l'employeur considérant que la convention individuelle de forfait en jours étant contractuellement prévue, les juges du fond n'avaient pas à procéder à la recherche de l'éventuelle qualité de cadre dirigeant du salarié.

NÉCESSITÉ D'UN ACCORD COLLECTIF

Un préalable indispensable à la conclusion d'une convention individuelle

18 UN ACCORD D'ÉTABLISSEMENT, D'ENTREPRISE OU DE BRANCHE

Le recours au forfait annuel en jours, à l'instar du forfait annuel en heures, est subordonné à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche (*C. trav.*, art. L. 3121-63 ; *Cass. soc.* 8 mars 2012, n° 11-10.510).

La signature d'un avenant par le salarié ne suffit pas à sécuriser un accord incomplet (*Cass. soc.*, 31 janv. 2012, n° 10-19.807 P).

19 L'ACCORD D'ENTREPRISE PRIME SUR L'ACCORD DE BRANCHE

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (*JO* 23 sept.) a renforcé le principe de primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche. En effet, dans un certain nombre de matières, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche (ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large) prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche (ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ; *C. trav.*, art. L. 2253-3).

Désormais, les domaines de négociation collective sont répartis en trois blocs :

– le 1^{er} bloc regroupe 13 thématiques limitativement énumérées (telles que les salaires minima hiérarchiques ou l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) pour lesquelles l'accord de branche prime sans qu'un accord d'entreprise ne soit en mesure d'y déroger dans un sens moins favorable (*C. trav.*, art. L. 2253-1) ;

– le 2^e bloc liste quatre thématiques (telles que l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées) pour lesquelles la branche peut prévoir des clauses de verrouillage. Ainsi, elle peut stipuler expressément qu'un accord d'entreprise conclu postérieurement ne peut y déroger dans un sens moins favorable (*C. trav.*, art. L. 2253-2) ;

– le 3^e bloc concerne l'ensemble des thématiques non listées dans le bloc 1 ou 2, dans lesquelles un accord d'entreprise peut déroger aux stipulations de l'accord de branche, y compris dans un sens moins favorable (*C. trav.*, art. L. 2253-3).

Le temps de travail, au sein duquel est inclus le forfait en jours, appartient au bloc 3, de sorte qu'un accord d'entreprise est en mesure de déroger aux stipulations d'un accord de branche.

Cas particulier de la convention collective Syntec

Au sein de la convention collective nationale des salariés des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils (dite « CCN Syntec »), la convention de branche du 22 juin 1999, modifiée par avenant du 1^{er} avril 2014, limite le recours au forfait en jours pour les seuls salariés de statut cadre ayant une position 3 au sein de la grille de classification ou ayant une rémunération annuelle supérieure à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale (Pass). Ces dispositions conventionnelles prévoient également que le salarié soumis à une convention de forfait en jours doit bénéficier d'une rémunération annuelle au moins égale à 120 % du minimum conventionnel de sa catégorie sur la base d'un forfait annuel de 218 jours travaillés ou sur la base du forfait défini en entreprise (avenant 1^{er} avr. 2014, art. 4.4).

Dès lors, les cadres dont la position est inférieure, ou qui ne bénéficient pas d'une rémunération annuelle supérieure à deux Pass, ne peuvent pas conclure de convention individuelle de forfait en jours.

Est-il envisageable qu'un accord d'entreprise ou d'établissement déroge à ces conditions prévues par l'accord de branche ? En d'autres termes, s'agit-il d'un domaine ressortant du bloc 1 ou du bloc 3 (voir n° 19) ?

Les conditions de recours au forfait en jours appartenant au bloc 3, un accord d'entreprise peut, à notre sens, déroger à de telles stipulations, y compris dans un sens moins favorable (*C. trav.*, art. L. 2253-3).

Si la CCN Syntec prévoit un critère lié à la rémunération conventionnelle, et qu'un accord d'entreprise ne peut déroger aux minima conventionnels (*C. trav.*, art. L. 2253-1), les salaires minima hiérarchiques sont définis en fonction du niveau de classification des salariés, non en fonction d'un aménagement du temps de travail. Ainsi, l'accord d'entreprise relatif au forfait en jours pourrait, selon nous, déroger à cette majoration qui ne revêt pas la qualification de salaire minima hiérarchique et ne ressort donc pas du bloc 1. Cependant, une telle possibilité n'a jamais été validée par la jurisprudence.

20 L'ACCORD COLLECTIF DOIT PRÉEXISTER À LA CONCLUSION DE LA CONVENTION INDIVIDUELLE

La conclusion d'une convention individuelle de forfait en jours suppose qu'un accord collectif d'entreprise ou de branche relatif au forfait en jours soit préexistant (*C. trav., art. L. 3121-64*). En présence d'un accord de branche prévoyant la possibilité de conclure une convention de forfait en jours et renvoyant aux accords d'entreprises le soin d'en fixer les modalités, il ne peut pas y avoir de convention de forfait en jours conclue uniquement sur la base de cet accord de branche. Si aucun accord d'entreprise n'est conclu, les conventions individuelles de forfait ne sont pas applicables, et le salarié pourra solliciter des rappels d'heures supplémentaires (*Cass. soc., 19 sept. 2012, n° 11-19.016; Cass. soc., 9 mai 2018, n° 16-26.910*). Il est donc indispensable que l'accord, de branche ou d'entreprise, détermine les conditions et modalités de recours au forfait en jours.

21 MODALITÉS DE CONCLUSION DE L'ACCORD D'ENTREPRISE OU D'ÉTABLISSEMENT

L'accord d'entreprise ou d'établissement instituant le forfait en jours doit être conclu selon les modalités de droit commun prévues par le Code du travail. Ces modalités varient selon que l'entreprise compte ou non des délégués syndicaux, et selon son effectif.

◆ En présence de délégués syndicaux dans l'entreprise

Ainsi, lorsque l'accord collectif est négocié et conclu avec le ou les délégués syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, sa validité est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique (CSE), quel que soit le nombre de votants.

Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % de ces suffrages, l'accord doit, pour être valable, être approuvé par les

salariés dans le cadre d'un référendum, à la majorité des suffrages exprimés.

L'initiative de la consultation est réservée aux organisations syndicales signataires durant un délai d'un mois suivant la conclusion de l'accord collectif. Au terme de ce délai et en l'absence d'opposition de l'ensemble des organisations syndicales signataires, l'employeur peut à son tour demander l'organisation d'une consultation.

Si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 % des suffrages et si les conditions précitées sont toujours remplies, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois. Sont alors consultés les salariés des établissements couverts par l'accord collectif et ayant la qualité d'électeurs aux élections du CSE (*C. trav., art. L. 2232-12*).

◆ En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise

En principe, l'accord collectif, qu'il soit d'entreprise ou d'établissement, est négocié et signé par les délégués syndicaux.

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept*) a prévu la possibilité pour les entreprises de mettre en place un nouvel acteur du dialogue social : le conseil d'entreprise. Lorsque cette instance est mise en place, par un accord collectif, elle exerce l'ensemble des attributions dévolues au délégué syndical et est alors seule compétente pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement (*C. trav., art. L. 2321-1 et art. L. 2321-2*).

Le législateur permet à d'autres interlocuteurs de négocier et conclure des accords en l'absence de délégué syndical ou de conseil d'entreprise. Ces modalités varient selon l'effectif de l'entreprise (*C. trav., art. L. 2232-21 et s.*). Ainsi, il est possible de conclure l'accord collectif sous certaines conditions avec des membres titulaires élus du CSE ou des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou, à défaut, au niveau national interprofessionnel. Enfin, dans les très petites entreprises (entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 salariés sans CSE), le projet d'accord collectif peut être soumis directement aux salariés. Il est vala-

blement conclu s'il est approuvé à la majorité des deux tiers.

➔ Voir Zoom « Modalités de conclusion des accords d'entreprise », *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Modèles d'accords : Négocier pour faire face aux variations d'activité ».

➔ Voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La négociation collective d'entreprise ».

À NOTER

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 (JO 18 août) a écarté l'obligation de consulter le comité d'entreprise, aujourd'hui comité social et économique, sur le projet d'accord collectif (C. trav., art. L. 2312-14). Néanmoins, l'information et la consultation du comité est obligatoire pour mettre en place des forfaits jours dans l'entreprise, dans la mesure où il doit être consulté sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les conditions d'emploi, de travail et la durée du travail (C. trav., art. L. 2312-8).

Contenu de l'accord collectif

L'article L. 3121-64 du Code du travail liste les différentes dispositions devant obligatoirement figurer dans l'accord collectif. D'autres peuvent être prévues à titre facultatif.

22 CATÉGORIES DE SALARIÉS VISÉS

L'accord collectif doit déterminer les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait en jours (C. trav., art. L. 3121-64, I, 1°).

Par principe, peuvent conclure une telle convention :

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

– et 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 (C. trav., art. L. 3121-58 ; voir n° 5 et s.).

Au-delà de ces critères, il est, selon nous, préférable que l'accord collectif revête un contenu précisant l'application concrète de cette définition légale au sein de l'entreprise.

En pratique, les parties à l'accord disposent d'une certaine liberté quant à la détermination des salariés susceptibles d'être soumis à une

convention individuelle de forfait en jours, dès lors qu'ils disposent d'une autonomie suffisante. Elles peuvent ainsi restreindre les salariés visés.

23 PÉRIODE DE RÉFÉRENCE

L'accord collectif doit également mentionner la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs décidée par les parties (C. trav., art. L. 3121-64, I, 2°).

24 NOMBRE DE JOURS COMPRIS DANS LE FORFAIT

L'accord doit préciser le nombre de jours travaillés inclus dans le forfait, dans la limite de 218 jours par an (C. trav., art. L. 3121-64, I, 3°). Initialement, le nombre de jours travaillés était limité à 217 jours, cependant la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 (JO 1^{er} juill.) ayant instauré la journée de solidarité a augmenté le plafond du forfait d'une journée supplémentaire afin de prendre en compte cette dernière.

À NOTER

Ce nombre de 218 jours travaillés n'est qu'un plafond et aucunement un plancher : l'accord collectif peut donc prévoir un nombre de jours inférieur.

25 PRISE EN COMPTE DES ABSENCES DU SALARIÉ

L'accord collectif doit préciser les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que les modalités d'application du forfait pour les salariés arrivés ou partis en cours de période de référence (C. trav., art. L. 3121-64, I, 4°).

26 CARACTÉRISTIQUES DES CONVENTIONS INDIVIDUELLES

L'accord collectif doit déterminer les caractéristiques principales des conventions individuelles de forfait en jours (C. trav., art. L. 3121-64, I, 5°). En pratique, en sus de la nécessité de mentionner *a minima* le nombre de jours inclus dans le forfait, l'accord précise la rémunération annuelle correspondant à ce forfait.

27 ÉVALUATION ET SUIVI DE LA CHARGE DE TRAVAIL

◆ Dispositions fixées par le Code du travail

Depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO 9 août),

l'accord collectif doit déterminer (*C. trav., art. L. 3121-64, II*) :

- les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- 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 ;
- les modalités d'exercice du droit à la déconnexion (*voir n° 28*).

S'il est impératif que l'accord prévoit ces mesures, il est également indispensable qu'elles soient respectées en pratique (*voir n° 64*).

◆ Exemples de dispositions conventionnelles conformes

Un accord collectif répond aux exigences relatives au droit au repos et à la santé s'il assure la garantie du respect du repos journalier et hebdomadaire, ainsi que des durées maximales raisonnables de travail par l'organisation du suivi et du contrôle de la charge de travail selon une périodicité mensuelle par le biais d'un relevé déclaratif. L'accord peut prévoir également la possibilité d'émettre des alertes en cas de difficultés, et de formuler des demandes d'entretien auprès du service de ressources humaines en cas de besoin (*Cass. soc., 8 sept. 2016, n° 14-26.256 P*).

Il en est de même pour l'accord prévoyant :

- que les salariés soumis à une convention de forfait en jours sont tenus de déclarer le nombre de journées ou demi-journées travaillées et de repos dans un logiciel (une consolidation étant effectuée par la direction des ressources humaines) ;
- la mise en place de mesures permettant de corriger une éventuelle surcharge de travail ;
- l'examen, au cours d'un entretien annuel du nombre de jours travaillés, des modalités d'organisation du travail, de l'amplitude des journées de travail, et de la fréquence des semaines dont la charge de travail est atypique (*Cass. soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762 P*).

Ces décisions rendues sous l'empire de la législation antérieure à la loi Travail du 8 août 2016 demeurent applicables aux accords collectifs conclus postérieurement. Elles donnent des illustrations de mécanismes permettant de tenir compte des exigences de la jurisprudence quant au respect de la santé et du droit au repos des salariés soumis à une convention de forfait en jours.

◆ Exemples de dispositions conventionnelles insuffisantes

À l'inverse, a été jugé comme insuffisant l'accord qui, bien que prévoyant les modalités de contrôle du nombre de jours travaillés et la tenue d'un entretien annuel devant porter sur l'organisation et la charge de travail, ne comportait aucune clause permettant de remédier à une éventuelle surcharge de travail du salarié, de sorte que la convention de forfait en jours était nulle (*Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-15.124 P*). À la lecture de cette décision, il apparaît indispensable de mentionner au sein de l'accord collectif l'ensemble des outils permettant de surveiller la charge de travail du salarié, et de prévoir des moyens lui permettant d'alerter son employeur en cas de surcharge de travail.

À NOTER

En pratique, l'accord collectif peut prévoir le recours à un entretien spécifique entre le salarié et son supérieur hiérarchique lorsqu'il considère que sa charge de travail est démesurée.

De même, l'accord qui ne prévoit qu'un entretien annuel et le décompte des jours de travail et de repos dans un document conservé par l'employeur, sans organiser un suivi effectif et régulier, n'est pas de nature à garantir une amplitude et une charge de travail raisonnables (*Cass. soc., 6 nov. 2019, n° 18-19.752 P*).

La même solution est retenue s'agissant d'un accord qui se limite à prévoir que l'employeur et le salarié 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 (*Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-22.003 P*).

La Cour de cassation a également considéré que n'est pas conforme aux exigences relatives au suivi de la charge de travail l'accord prévoyant :

- que le salarié bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail 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 ;
- 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 (*Cass. soc.*, 9 nov. 2016, n° 15-15.064 P).

D'après la Cour d'appel de Paris, la seule indication sur le bulletin de paie du nombre de jours inclus dans la convention de forfait ne saurait constituer un moyen de contrôle du temps de travail et de la charge de travail du salarié, de sorte qu'une telle convention est privée d'effet (*CA Paris*, 5 mars 2020, n° 18/01184).

28 DROIT À LA DÉCONNEXION

Depuis la loi Travail du 8 août 2016, l'accord collectif instituant le forfait en jours doit notamment prévoir les modalités d'exercice du droit à la déconnexion (*C. trav.*, art. L. 3121-64, II). Doivent ainsi être prévus des dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé, ainsi que de la vie personnelle et familiale.

À NOTER

Le droit à la déconnexion peut aussi être abordé au sein d'un accord relatif à la qualité de vie au travail (*C. trav.*, art. L. 2242-17, 7°).

À défaut d'encadrement conventionnel de ce droit à la déconnexion, les modalités d'exercice par le salarié de ce droit sont définies par l'employeur, et communiquées par tout moyen aux salariés concernés (*C. trav.*, art. L. 3121-65, II). Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque l'accord collectif ne mentionne pas les conditions d'exercice du droit à la déconnexion, l'employeur doit élaborer, après avis du comité social et économique, une charte relative aux modalités d'exercice du droit à la déconnexion et à la mise en œuvre d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques (*C. trav.*, art. L. 3121-65, II, et art. L. 2242-17, 7°).

29 CLAUSES FACULTATIVES

Comme le précise l'article L. 3121-64 du Code du travail, l'accord peut fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos (*voir n° 59*).

Nous le verrons concernant la mise en œuvre du forfait annuel en jours (*voir n° 50 et s.*), de nombreuses questions relatives à ce régime juridique demeurent non résolues. Une approche conventionnelle peut avoir l'intérêt de tendre

vers la sécurisation des questions à venir, par exemple, sur :

- l'articulation du forfait avec les astreintes, les temps de déplacements ;
- l'impact des absences sur la rémunération et surtout sur le nombre de jours travaillés ;
- le calcul du salaire journalier ou des équivalents horaires ;
- le rachat des jours de repos ;
- la question de la rémunération en cas de sortie du forfait.

Sur ce dernier point, il est possible de prévoir dans l'accord collectif que la rémunération du forfait est constituée d'une prime attachée à la convention individuelle de forfait en jours, de sorte que le salarié sortant du dispositif perdrait également la prime afférente et reviendrait à un niveau de rémunération lié à une activité sans forfait en jours.

➔ *Voir modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement mettant en place un forfait annuel en jours p. 40*

30 SANCTIONS

Si l'accord collectif ne respecte pas les conditions de validité pour mettre en place des forfaits en jours, les conventions individuelles de forfait encourent la nullité (*Cass. soc.*, 27 avr. 2013, n° 11-28.398 P). L'employeur peut alors être condamné au paiement :

- des heures supplémentaires au-delà de la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle du travail ;
- de dommages-intérêts pour manquement au droit au repos ou, le cas échéant, pour licenciement injustifié en cas de prise d'acte du salarié ;
- d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé en application de l'article L. 8223-1 du Code du travail (*Cass. soc.*, 19 févr. 2014, n° 12-22.174 ; *CA Paris*, 12 févr. 2020, n° 17/12608).

Possibilité de sécurisation des forfaits en jours en cas d'accord insuffisant

31 DES ACCORDS COLLECTIFS ISSUS DE DIFFÉRENTES LOIS

Depuis sa création par la loi du 19 janvier 2000 (*L. n° 2000-37, JO 20 janv.*), le régime juridique des forfaits en jours a connu plusieurs réformes (*voir n° 1*). La loi du 20 août 2008 (*L. n° 2008-789, 20 août 2008, JO 21 août*) a laissé subsister les accords conclus antérieurement (*art. 19, III*), et donc deux régimes différents selon leur date

de création. La loi Travail du 8 août 2016 n'a pas modifié en profondeur le dispositif, mais a intégré les apports de la jurisprudence concernant le droit à la santé et au repos, et a instauré un dispositif de sécurisation des conventions individuelles.

32 LOI DU 20 AOÛT 2008

La loi du 20 août 2008 prévoit que les accords d'établissement, d'entreprise ou de branche étendus, conclus en application des dispositions du Code du travail relatives aux conventions de forfait dans leur rédaction antérieure au 21 août 2008, peuvent rester en vigueur (*art. 19, III*). Cela étant, cette loi fait primer les dispositions de l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche et ce, même s'il est antérieur à la loi du 20 août 2008, y compris si l'accord de branche antérieur en ferme la possibilité (*Circ. DGT, n° 20, 13 nov. 2008*).

La loi du 20 août 2008 a réformé le dispositif des forfaits en jours sur les points suivants :

- simplification du contenu obligatoire de l'accord collectif à l'origine du forfait en jours (*C. trav., art. L. 3121-39 ancien*). L'accord collectif détermine seulement les catégories de salariés concernés et fixe les caractéristiques principales des conventions individuelles, ainsi que le nombre de jours de travail dans l'année ;
- priorité de l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche dans la mise en œuvre du dispositif. Cette priorité sera reprise par la loi Travail du 8 août 2016 (*voir n° 33*) ;
- possibilité pour le salarié de renoncer à des jours de repos, dans la limite de 235 jours travaillés par an, en contrepartie d'une majoration de salaire, sans nécessité d'un accord collectif comme auparavant (*C. trav., art. L. 3121-45 ancien*) ;
- par ailleurs, est posé le principe d'un entretien individuel annuel obligatoire portant notamment sur la charge de travail, l'organisation du travail, la rémunération et l'articulation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale.

33 LOI DU 8 AOÛT 2016

La loi Travail du 8 août 2016 a essentiellement intégré les apports de la jurisprudence antérieure à cette loi concernant le droit à la santé et au repos, et a instauré un dispositif de sécurisation des conventions individuelles de forfait en jours.

◆ Jurisprudence antérieure à la loi de 2016

Depuis plusieurs années, la Cour de cassation effectue un contrôle strict des dispositions conventionnelles instituant le forfait en jours. Elle vérifie l'existence de garanties suffisantes pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés concernés.

Elle a ainsi jugé (*dans un arrêt du 29 juin 2011*) le système du forfait en jours conforme au droit européen et à la Constitution, à condition que les accords collectifs les instituant préservent le droit des salariés à la santé et au repos. Elle rappelle que les États membres de l'Union européenne ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. C'est pourquoi les conventions et accords collectifs instituant des forfaits en jours doivent contenir des mesures garantissant le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journalier et hebdomadaire, et comporter des dispositions suffisantes en matière de suivi de la charge de travail et de l'amplitude des journées d'activité des salariés (*Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 P*).

En outre, la Cour de cassation a exigé que l'accord collectif prévoit des dispositions assurant le respect d'une amplitude et d'une charge de travail raisonnables ainsi qu'une bonne répartition du travail dans le temps. L'accord-cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique ne remplissant ces conditions a été invalidé par la Cour de cassation. Les conventions individuelles de forfaits en jours étant donc privées d'effet, les salariés pouvaient prétendre au paiement d'heures supplémentaires (*Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807 P*).

De même, ont été jugés insuffisants les accords concernant les experts-comptables (*Cass. soc., 14 mai 2014, n° 12-35.033 P*), les notaires (*Cass. soc., 13 nov. 2014, n° 13-14.206 P*), le BTP (*Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985 P*), les hôtels-café-restaurants (*Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444 P*), le commerce et la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle (*Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-15.064 P*), la convention collective de l'immobilier (*Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-22.003 P*), ou encore le commerce de gros (*Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-25.599*). Suite à cette jurisprudence de la Cour de cassation, le législateur a ajouté de nouvelles obliga-

tions relatives au contenu de l'accord collectif instituant le forfait en jours.

◆ **Nouvelles clauses obligatoires de l'accord collectif**

La loi du 8 août 2016 a ajouté de nouvelles clauses obligatoires à l'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours afin d'assurer la santé et la sécurité des salariés. Dès lors, l'article L. 3121-64 du Code du travail modifié par la loi Travail, prévoit outre les clauses préexistantes, que l'accord assure :

- l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- les modalités de communication périodique entre l'employeur et le salarié sur la charge de travail, l'articulation entre activité professionnelle et vie personnelle, la rémunération et l'organisation du travail dans l'entreprise ;
- les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion (*C. trav., art. L. 3121-64, II*).

De nombreux accords collectifs n'étant pas conformes aux dispositions précitées de l'article L. 3121-64 modifiées par la loi Travail, le législateur a prévu un mécanisme de sécurisation des conventions de forfait en jours.

◆ **Sécurisation des forfaits en jours**

► **En cas de révision de l'accord collectif**

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a prévu que si un accord de branche, d'entreprise ou d'établissement instaurant un forfait annuel en jours conclu avant son entrée en vigueur est révisé pour être mis en conformité avec les nouvelles obligations légales (*clauses obligatoires prévues à l'article L. 3121-64 du Code du travail*), l'employeur n'a pas l'obligation de faire à nouveau signer la convention individuelle de forfait par le salarié (*art. 12, I*). Cette disposition s'explique par le fait que la mise en conformité ne porte aucun préjudice au salarié mais renforce ses droits. Il n'est donc pas justifié de recueillir son assentiment.

Une lecture *a contrario* de ce texte conduit à considérer que la signature d'une nouvelle convention par le salarié s'impose en cas de révision d'un accord, conclu après la loi du 8 août 2016, non conforme aux dispositions du Code du travail.

La Cour de cassation a récemment opéré une distinction temporelle d'importance quant aux formalités inhérentes à la sécurisation des

conventions individuelles de forfait annuel en jours (*Cass. soc., 16 oct. 2019, n° 18-16.539 P*).

L'affaire concernait une entreprise relevant du secteur de l'hôtellerie et de la restauration. Les partenaires sociaux avaient anticipé une éventuelle décision des juges annulant les conventions individuelles de forfaits, en signant un avenant de révision le 16 décembre 2014, étendu par arrêté du 29 février 2016, et entré en vigueur le 1^{er} avril 2016.

En l'espèce, une convention individuelle de forfait avait été conclue entre l'employeur et le salarié en 2011, sur le fondement des dispositions de l'avenant datant de 2004. Suite à l'entrée en vigueur de l'avenant de 2014, l'employeur avait considéré que les dispositions de cet avenant, s'étant substituées à celles de l'avenant de 2004, avaient automatiquement permis la sécurisation, à compter du 1^{er} avril 2016, du recours à la convention individuelle de forfait annuel en jours. Il n'avait par conséquent pas jugé nécessaire de faire procéder à la signature d'une nouvelle convention individuelle de forfait.

La Cour de cassation a estimé que l'employeur, qui n'avait pas soumis au salarié une nouvelle convention individuelle de forfait en jours sur l'année après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions conventionnelles, « ne pouvait se prévaloir des dispositions de ce texte pour la période postérieure au 1^{er} avril 2016 ». Sur ce fondement, la Cour de cassation a donc prononcé la nullité de la convention individuelle de forfait appliquée entre les parties.

► **En cas d'accord collectif incomplet**

Si une convention individuelle de forfait en jours a été conclue sur la base d'un accord collectif qui, à la date de la publication de la loi, n'est pas conforme aux 1^o à 3^o du II de l'article L. 3121-64 du Code du travail, elle peut néanmoins être poursuivie sous certaines conditions (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, III*).

Est visé l'accord ne comprenant pas les modalités selon lesquelles :

- l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- 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 ;

– le salarié peut exercer son droit à la déconnexion (*C. trav.*, art. L. 2242-8, 7°).

En effet, la convention individuelle de forfait en jours peut alors être poursuivie sous réserve que l'employeur respecte les prescriptions de l'article L. 3121-65 du Code du travail. Ainsi, il doit :

– établir 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 ;

– s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens ou hebdomadaires ;

– organiser 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.

Sous ces mêmes réserves, l'article 12 III de la loi Travail permet que de nouvelles conventions individuelles de forfait en jours soient conclues sur le fondement d'un accord collectif non conforme aux 1° à 3° du II de l'article L. 3121-64 du Code du travail.

De même, à défaut de stipulations conventionnelles relatives au droit à la déconnexion (*C. trav.*, art. L. 3121-64, II 3°), les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés (*C. trav.*, art. L. 3121-65).

À NOTER

Ainsi, si l'employeur complète unilatéralement le dispositif conventionnel, l'accord du salarié n'est pas nécessaire. À l'inverse, si l'avenant modifie d'autres éléments tels que la rémunération ou le nombre de jours de travail, l'accord du salarié est requis.

Afin de sécuriser un dispositif de forfait en jours antérieur à la loi du 8 août 2016, il est également possible de recourir à la négociation d'un accord de performance collective (*voir ci-dessous*).

Forfait jours et accord de performance collective

34 PRÉSENTATION DE L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE

L'accord de performance collective (APC) introduit par l'ordonnance n° 2020-1385 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept.*), a vocation à

répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou à la préservation et au développement de l'emploi. Il permet d'aménager la rémunération, la durée du travail et la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Cet accord a la particularité de s'imposer de plein droit aux salariés, et de se substituer aux clauses contraires et incompatibles de leur contrat de travail (*C. trav.*, art. L. 2254-2).

Une fois conclu, l'APC doit être porté à la connaissance des salariés dont le contrat de travail est affecté par l'accord. En pratique, l'information des salariés peut se réaliser par le biais de l'affichage de l'APC ou de sa remise à chacun des salariés concernés contre décharge. Il semble également opportun d'établir une note explicative quant aux modifications résultant de l'application de cet accord, la possibilité pour les salariés concernés de refuser son application à leur situation individuelle, mais aussi les conséquences qui résulteraient de ce refus, à savoir la possibilité pour l'employeur d'engager une procédure de licenciement à leur encontre.

À compter de l'information des salariés, ces derniers disposent d'un délai d'un mois pour s'opposer à son application. En cas de refus de se voir appliquer l'accord, l'employeur dispose d'un délai de deux mois pour engager une procédure de licenciement. Le licenciement repose alors sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Il ne s'agit pas d'un licenciement économique, excluant ainsi tout plan de sauvegarde de l'emploi.

Lorsqu'un salarié est licencié à la suite de son refus de se voir appliquer les dispositions de l'accord de performance collective, il bénéficie d'un abondement de son compte personnel de formation à hauteur de 3 000 euros minimum (*C. trav.*, art. R. 6323-3-2).

35 MISE EN PLACE DU FORFAIT EN JOURS

Un accord de performance collective peut mettre en place un dispositif de forfait annuel en jours, dès lors qu'il respecte l'ensemble des dispositions du Code du travail relatives à ce dispositif, soit les articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 2254-2, II).

En d'autres termes, l'APC doit contenir les clauses obligatoires que doit comporter tout accord collectif préalable et obligatoire à l'instauration d'un dispositif de forfait en jours (*voir n° 22 et s.*).

L'accord doit aussi respecter les conditions d'éligibilité des salariés aux forfaits en jours (*C. trav., art. L. 3121-58*).

Si un salarié souhaite bénéficier du dispositif de forfait en jours mis en place par accord de performance collective, il est impératif qu'il manifeste son accord par la signature d'une convention individuelle de forfait. En effet, la seule acceptation par le salarié de l'application de l'APC ne vaut pas acceptation du forfait en jours.

De la même manière, le salarié ne peut pas se voir imposer le forfait et son refus ne peut entraîner aucune sanction disciplinaire ni licenciement (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 16 et 18*).

36 MODIFICATION DU FORFAIT EN JOURS

◆ Dispositions légales applicables

L'APC peut également modifier un dispositif de forfait en jours déjà mis en place. Dans ce cas, les dispositions précitées du Code du travail portant sur le forfait en jours (*C. trav., art. L. 3121-53 à art. L. 3121-66*) s'appliquent à l'exception de (*C. trav., art. L. 2254-2, II*) :

– l'article L. 3121-55 : l'employeur et le salarié étant déjà liés par une convention individuelle de forfait, ils n'ont pas à procéder à la signature d'une nouvelle convention. Aussi, l'acceptation de l'APC par le salarié vaut acceptation de la modification de sa convention individuelle de forfait (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*) ;

– l'article L. 3121-64, I, 5° : l'APC ne doit pas prévoir les caractéristiques principales des conventions individuelles.

◆ Modifications possibles

L'APC peut augmenter le plafond de jours travaillés, et ce toujours dans la limite de 218 jours par an (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*).

L'APC peut aussi modifier :

– la période de référence dont la durée doit être de douze mois consécutifs (par exemple, en la calant sur celle des congés payés si ce n'est pas déjà le cas) ;

– les modalités de suivi de la charge de travail ou le nombre d'entretiens annuel mais toujours en assurant une charge de travail raisonnable et un suivi régulier de celle-ci ;

– les catégories de salariés éligibles au forfait en jours (tout en veillant à respecter les conditions fixées dans le Code du travail à l'article L. 3121-58 ; voir n° 5 et s.). Si cette modification entraîne la création d'une nouvelle catégorie de salariés éligibles au forfait en jours, ces derniers ne peuvent se voir imposer un tel dispositif. Ils devront alors, en cas d'acceptation, la matérialiser par la conclusion d'une convention individuelle de forfait. Leur situation est identique à celles des salariés dont l'entreprise met en place pour la première fois un dispositif de forfait *via* un accord de performance collective : leur acceptation de l'APC ne vaut pas acceptation d'une convention individuelle de forfait.

L'APC peut également baisser le taux de majoration des jours de travail supplémentaires en cas de dépassement du plafond, dans la limite basse de 10 % (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*).

◆ Conséquences de l'APC sur le forfait jours

Lorsque l'APC modifie un dispositif de forfait annuel, l'acceptation de l'application de l'accord par le salarié entraîne de plein droit l'application des stipulations de l'accord relatives au dispositif de forfait annuel (*C. trav., art. L. 2254-2, II*). En effet, en cas de modification d'un dispositif de forfait annuel préexistant, les stipulations de l'accord se substituent aux clauses de la convention individuelle de forfait (ou les clauses du contrat de travail propres au forfait) qui leur sont contraires et incompatibles. Pour rappel, le salarié n'a pas à signer de nouvelle convention individuelle de forfait. Son acceptation de l'APC vaut acceptation de la modification de sa convention individuelle (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*).

À NOTER

Selon le ministère du Travail, si les partenaires sociaux envisagent une augmentation du temps de travail des salariés au forfait en jours et qu'il existe d'ores et déjà au sein de l'entreprise des salariés dont les conventions individuelles prévoient un nombre de jours travaillés inférieurs au plafond fixé dans l'accord collectif applicable jusqu'alors (forfait en jours réduit, dispositions conventionnelles au titre de l'ancienneté, etc.), il est souhaitable que l'APC tienne compte de cette spécificité. Il devrait mentionner une augmentation chiffrée du nombre de jours travaillés (par exemple, + un, + deux jours, etc.) plutôt que le nouveau plafond

de jours, afin de lever toute ambiguïté d'application (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*).

37 CLAUSES OBLIGATOIRES

La seule « clause obligatoire » de l'accord de performance collective est un préambule définissant ses objectifs. Déjà prévu à l'article L. 2222-3-3 du Code du travail pour les accords collectifs de droit commun, ce préambule doit recouvrir l'objectif légal de l'accord de performance collective, à savoir de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou de préserver ou de développer l'emploi (*C. trav., art. L. 2254-2*). Cette seule mention ne suffit pas à notre sens, le préambule devant prévoir l'application concrète de ce texte à l'entreprise.

S'agit-il d'une clause obligatoire sanctionnée par la nullité de l'accord ? Contrairement à ce que le législateur avait expressément prévu s'agissant de l'accord de préservation et de développement de l'emploi, le texte actuel ne vise pas la nullité de l'accord (*C. trav., art. L. 2254-2 ancien*).

Le législateur n'a prévu aucune sanction en l'absence de mention des objectifs poursuivis ou lorsque ceux-ci sont parcellaires. Il semblerait donc qu'un accord de performance collective dont le préambule omettrait d'en mentionner les objectifs visés ne soit pas susceptible d'encourir la nullité.

Toutefois, cette sanction jurisprudentielle n'est pas exclue, l'accord pouvant perdre son caractère dérogatoire et ainsi ne s'imposerait pas aux salariés. La rédaction du préambule doit donc être soignée.

Cas particulier du transfert d'entreprise

38 MISE EN CAUSE D'UN ACCORD COLLECTIF EN CAS DE TRANSFERT D'ENTREPRISE

En cas de transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, si l'accord collectif conclu au sein de l'entreprise cédante est mis en cause, cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration d'un délai de préavis de trois mois, sauf clause prévoyant une durée supérieure (*C. trav., art. L. 2261-14*).

EXEMPLE

Dans le cadre d'une opération de fusion-absorption d'entreprises le 1^{er} mars 2020, l'ensemble des accords collectifs de l'entité absorbée sont mis en cause à cette date. Cela étant, en l'absence d'accord de substitution conclu au cours de la période de survie, les stipulations conventionnelles continueront à produire leurs effets jusqu'au 1^{er} juin 2021 (soit après trois mois + douze mois).

39 SORT DES CONVENTIONS INDIVIDUELLES DE FORFAIT

Qu'advient-il des conventions individuelles de forfait en jours conclues sur la base d'un accord collectif mis en cause du fait de l'opération de transfert ? Subsistent-elles à la mise en cause de l'accord collectif ou de nouvelles conventions doivent-elles être conclues ?

La convention individuelle de forfait en jours ne peut survivre en l'absence de support conventionnel prévoyant les modalités de recours au forfait en jours.

Pendant la période de survie de l'accord collectif, les conventions individuelles de forfait en jours conclues antérieurement continuent d'exister, jusqu'à l'expiration du délai de survie provisoire (soit trois mois de préavis auxquels s'ajoute une période de douze mois). Néanmoins, il semble impossible de procéder à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait en jours sur la base de l'accord collectif mis en cause. En effet, même si ses effets sont maintenus pendant le délai de survie, l'accord en lui-même a été anéanti du fait de sa mise en cause.

La Cour de cassation a précisé que la convention initialement conclue sur la base d'un accord mis en cause du fait de la mutation d'un salarié dans une filiale de l'employeur cesse de produire ses effets en l'absence d'accord relatif au forfait en jours applicable dans cette filiale (*Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-14.993*). Cette solution semble tout à fait transposable à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Cependant, si consécutivement au transfert d'entreprise un accord de substitution relatif au forfait en jours est conclu, les conventions individuelles continueraient de produire leur effet sans qu'il soit nécessaire de procéder à la conclusion d'une nouvelle convention. Cela étant, il est indispensable que les termes de la convention individuelle soient, à notre sens, compatibles avec l'accord collectif, notamment le nombre de jours maximum inclus dans le forfait ou les

Le forfait annuel en jours

catégories de salariés susceptibles de bénéficier d'une telle convention.

Au contraire, si les dispositions de la convention individuelle sont incompatibles avec les dispositions conventionnelles, la convention individuelle sera privée d'effet, de sorte qu'il sera nécessaire de procéder à la conclusion de nouvelles conventions individuelles avec les salariés afin que celles-ci soient en conformité avec l'accord.

La Cour d'appel d'Aix en Provence a notamment jugé que la convention individuelle prévoyant un forfait de 218 jours en méconnaissance des dispositions de l'accord de branche limitant le nombre de jours travaillés au sein du forfait à 214 jours est sans effet, de sorte que le salarié était alors en mesure de solliciter un rappel d'heures supplémentaires (*CA, Aix en Provence, 24 nov., 2016, n° 15/18547*).

LA CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT

UNE OBLIGATION LÉGALE

40 NÉCESSITÉ DE CONCLURE UNE CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT

Le recours au forfait annuel en jours est subordonné à la double conclusion :

- d'un accord collectif (préalable à la conclusion de la convention individuelle : *Cass. soc.*, 9 mai 2018, n° 16-26.910 ; voir n° 18 et s.) ;
- d'une convention individuelle de forfait.

En effet, aux termes de l'article L. 3121-55 du Code du travail, la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit.

L'exigence d'un écrit permet de garantir le consentement libre et éclairé du salarié, lequel renonce, du fait du forfait, à l'application des dispositions du Code du travail relatives aux heures supplémentaires et aux durées maximales quotidienne et hebdomadaire de travail. Il en résulte que l'accord collectif ne suffit pas à lui seul. De ce fait, il importe peu que l'accord d'entreprise qui prévoit la mise en place d'un forfait en jours ne subordonne pas son application à l'acceptation du salarié concerné par le forfait. En toute hypothèse, l'employeur est tenu de passer par écrit une convention individuelle de forfait en jours avec le salarié concerné (*Cass. soc.*, 28 sept. 2010, n° 09-41.624).

Comme l'écrit Françoise Favennec-Héry, le droit du travail a développé quelques hypothèses d'indivisibilité entre accord collectif et convention individuelle. Cette indivisibilité se manifeste avec force dans le couple accord collectif-convention de forfait annuelle en heures ou en jours (« *L'indivisibilité entre accord collectif et convention individuelle : le cas du forfait annuel en jours ou en heures* », F. Favennec-Héry, *Chronique RJS* 2020).

L'établissement d'une convention individuelle de forfait est obligatoire, même lorsque le forfait annuel est mis en place par un accord de performance collective (APC). En revanche, si ce dernier modifie le forfait déjà mis en place par accord collectif, le salarié n'a pas à signer

de nouvelle convention individuelle de forfait. Son acceptation de l'APC vaut acceptation de la modification de sa convention individuelle (voir n° 34 et s.).

41 IMPOSSIBILITÉ DE PALLIER L'ABSENCE DE CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT

Il n'est pas possible de recueillir l'accord du salarié à l'application du dispositif de forfait en jours autrement que par la signature d'une convention individuelle de forfait en jours.

◆ L'accord collectif ne suffit pas

Ne permet donc pas de recueillir l'accord du salarié :

- la remise de l'accord collectif au salarié prévoyant la possibilité de soumettre certains salariés au régime du forfait en jours lors de la signature de son contrat de travail (*Cass. soc.*, 19 juin 2019, n° 17-31.523) ;

REMARQUE

Il ne s'agit pas d'informer le salarié sur la durée du travail qui lui sera applicable mais bien de recueillir son accord exprès.

- le seul renvoi général de l'accord collectif relatif à la mise en place d'un forfait en jours dans le contrat de travail (*Cass. soc.*, 31 janv. 2012, n° 10-17.593 P).

◆ Insuffisance des mentions sur le bulletin de paie

Ne peut valoir convention individuelle de forfait :

- la seule mention d'un forfait annuel en jours sur le bulletin de paie. Lorsqu'aucune convention individuelle n'a été passée par écrit, la seule mention sur le bulletin de paie du salarié « Forfait Anc. Comp. » ne permet pas de constater l'existence d'une convention de forfait (*Cass. soc.*, 4 nov. 2015, n° 14-10.419 P).

Il est intéressant de relever qu'en l'espèce c'est l'employeur qui invoque l'absence d'écrit. Pour rappel, la convention de forfait en jours permet d'échapper au paiement d'heures supplémentaires, alors que le salarié effectue plus de

35 heures de travail par semaine (sous réserve de respecter le repos quotidien). Son temps de travail étant décompté en jours, il ne peut pas légalement revendiquer les dispositions relatives aux heures supplémentaires, décomptées en heures. Ainsi, si les règles impératives relatives à sa mise en place ne sont pas respectées, le forfait en jours n'est pas valide et le salarié peut demander la nullité ou l'inopposabilité de ce forfait afin de pouvoir bénéficier des règles de droit commun sur la durée du travail. Cela demeure possible uniquement si le salarié a effectué plus de 35 heures de travail par semaine, et qu'il est dans la capacité d'apporter aux débats des éléments en ce sens. Nous pouvons donc supposer qu'en l'espèce, le salarié n'avait pas effectué d'heures supplémentaires, qu'il ne revendiquait d'ailleurs pas, et que l'employeur n'avait donc aucun risque à soutenir qu'il n'existait aucune convention individuelle de forfait en jours.

Suite à son licenciement, l'intéressé revendiquait un rappel de salaire conventionnel et de congés payés. Il soutenait que dès sa promotion, il était en droit d'obtenir les minima conventionnels prévus pour son niveau hiérarchique ;

- la mention sur le bulletin de paie d'un salaire mensuel basé sur un nombre de jours au forfait (*Cass. soc.*, 15 avr. 2015, n° 13-24.588) ;
- l'information sur les bulletins de paie de l'application d'une convention de forfait en jours. Ces bulletins n'indiquaient, sur les relevés d'heures de travail, que les jours et les demi-journées travaillés, sans jamais y faire figurer d'heure supplémentaire (*Cass. soc.*, 19 févr. 2014, n° 12-26.479).

◆ Absence d'acceptation tacite

De même, la Cour de cassation rejette toute notion d'acceptation tacite, une convention individuelle de forfait signée par le salarié demeure nécessaire (*Cass. soc.*, 23 nov. 2011, n° 10-18.868).

En l'espèce, le contrat de travail du salarié comportait l'information selon laquelle l'intéressé était classé dans la catégorie « cadre de mission », et qu'il était soumis à la charte d'application directe de l'accord de branche, lequel rendait cette catégorie de salariés éligible au forfait en jours. Le salarié avait reçu chaque année l'information sur le nombre de jours à effectuer, le reliquat de jours de repos non pris dans l'année écoulée et les modalités de prise de ces jours au cours de l'année à venir.

En outre, tous les bulletins de paie portaient la mention des jours travaillés, des jours de réduction du temps de travail et des cumuls des jours travaillés. Autrement dit, les parties avaient exécuté de fait le forfait en jours, le salarié ne contestant pas qu'il disposait d'une autonomie réelle dans l'organisation de son emploi du temps.

Insuffisant pour la Cour de cassation qui casse l'arrêt : la Cour d'appel n'a pas constaté l'existence d'une convention individuelle de forfait signée par le salarié.

Il ne faut donc pas négliger cette formalité substantielle, l'exécution par le salarié du forfait en jours (qui se caractérisera par la prise de jours de repos, l'organisation très autonome de son emploi du temps) n'y changera rien.

◆ Insuffisance des notes d'information signées par le salarié

Ne vaut pas acceptation du salarié :

- sa signature apposée sur une note de service (*Cass. soc.*, 26 oct. 2010, n° 08-41.569) ;

La Cour de cassation relève que la salariée avait refusé de signer l'avenant à son contrat de travail l'assujettissant à un forfait annuel de 217 jours. Mais la solution n'aurait pas été différente dans le cas contraire. En effet, en application de l'article L. 3121-55 du Code du travail et de la position constante de la Cour de cassation, les parties doivent signer une convention aux termes de laquelle le salarié accepte le forfait annuel en jours.

- les notes, destinées à l'ensemble du personnel, établies et signées par le salarié lui-même mentionnant qu'il figurait parmi les salariés placés sous un régime de forfait en jours (*Cass. soc.*, 13 févr. 2013, n° 11-27.826).

42 QUAND SIGNER LA CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT ?

◆ À l'embauche ou en cours d'exécution du contrat

La convention individuelle de forfait peut être conclue :

- à l'embauche : il s'agit alors d'une clause du contrat de travail ;

- en cours d'exécution du contrat de travail : (promotion, négociation d'un accord collectif permettant le recours aux conventions individuelles de forfait).

Dans cette dernière hypothèse, les parties doivent signer un avenant au contrat de travail.

◆ **Proposition d'une convention et modification du contrat**

La proposition d'une convention de forfait est-elle une modification du contrat de travail que le salarié peut refuser ? En cas de refus, quelle serait alors la marge de manœuvre de l'employeur ?

Tout dépend de la nature de l'accord collectif.

▶ **Accord collectif de droit commun**

S'il s'agit d'un accord de droit commun, il est impératif de soumettre au salarié concerné un avenant au contrat de travail et de recueillir son accord.

En cas de refus du salarié, l'employeur devra :

- soit renoncer à la modification du contrat ;
- soit entamer une procédure de licenciement.

L'employeur devra justifier du motif de la proposition de modification du contrat qui déterminera le motif et le bien-fondé du licenciement. En pratique, il semble difficile de licencier le salarié pour un tel motif.

▶ **Accord de performance collective**

S'il s'agit d'un accord de performance collective (APC), il faut d'abord distinguer si cet accord met en place le forfait en jours ou s'il modifie ce forfait.

➔ **Si l'APC modifie le forfait déjà mis en place**, l'acceptation par le salarié de l'accord entraîne son application automatique, sans qu'il y ait lieu de signer une nouvelle convention individuelle de forfait (voir n° 36).

Pour rappel, l'article L 2254-2 du Code du travail prévoit que les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de durée du travail. Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord.

Le refus du salarié peut entraîner son licenciement qui « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » (voir n° 34).

➔ **Si l'APC met en place le forfait**, il est impératif que le salarié manifeste son accord par la signature d'une convention individuelle

de forfait. En effet, un accord de performance collective peut mettre en place un dispositif de forfait annuel en jours, dès lors qu'il respecte l'ensemble des dispositions du Code du travail relatives à ce dispositif, soit les articles L. 3121-53 à L. 3121-66 (*C. trav., art. L. 2254-2, II*).

La seule acceptation par le salarié de l'application de l'accord de performance collective ne vaut pas acceptation du forfait en jours. Ainsi, le salarié ne peut pas se voir imposer le forfait. Selon l'Administration, son refus ne peut entraîner aucune sanction disciplinaire ni licenciement (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, question n° 16 et 18; voir n° 35*).

MENTIONS

43 MENTION OBLIGATOIRE: NOMBRE DE JOURS COMPRIS DANS LE FORFAIT

Le Code du travail prévoit que la convention doit fixer le nombre de jours compris dans le forfait (*C. trav., art. L. 3121-64, I, 5°*). En outre, elle précise les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées ainsi que les modalités de prise de journées ou demi-journées de repos.

La Cour de cassation a jugé que la convention individuelle de forfait doit impérativement fixer un nombre précis et intangible de jours à travailler sur l'année.

Est donc irrégulière une convention de forfait en jours qui prévoit :

- un nombre maximum de jours à travailler (*Cass. soc., 12 févr. 2015, n° 13-17.516*: s'agissant d'un salarié qui signe une convention de forfait stipulant « 217 jours maxi » ; *Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-28.295*: la convention de forfait prévoyant une limite maximale de 218 jours) ;
- l'indication d'une fourchette de jours travaillés en fonction des aléas du calendrier (*Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-29.141 P*: s'agissant d'une convention de forfait stipulant « une durée annuelle maximale de 215 à 218 jours ») ;
- le nombre de jours non travaillés (*Cass. soc., 11 janv. 2011, n° 09-42.325*).

Cette affaire concernait une salariée en contrat de mission ayant signé une convention de forfait lui

accordant neuf jours de réduction du temps de travail à proratiser sur la durée de la mission. Les juges du fond ne pouvaient rejeter la demande de paiement des heures supplémentaires sans avoir vérifié si les contrats de mission mentionnaient le nombre de jours travaillés inclus dans le forfait.

44 AUTRES MENTIONS

En l'absence de précisions de l'article L. 3121-55 du Code du travail sur les mentions à faire figurer dans la convention individuelle de forfait, il peut être conseillé d'indiquer les mentions suivantes :

- les dispositions du Code du travail et de l'accord collectif applicable qui autorisent la conclusion d'une convention de forfait ;
- l'autonomie dont dispose le salarié dans l'organisation de son emploi du temps permettant l'exercice de ses fonctions sur un temps de travail déterminé en jours sur l'année ;
- les règles de repos quotidien et hebdomadaire devant être respectées par le salarié ;
- la rémunération, celle-ci devant être en rapport avec les sujétions imposées ;
- les modalités de surveillance de la charge de travail du salarié concerné, de l'organisation du travail dans l'entreprise et de l'articulation entre ses activités professionnelles et sa vie personnelle et familiale, notamment *via* un entretien individuel organisé au moins une fois par an (voir n° 68 et s.) ;
- éventuellement, la possibilité de rachat des jours de repos (voir n° 59).

➔ Voir modèle de convention individuelle de forfait en jours p. 48.

POSSIBILITÉ DE METTRE EN PLACE UN FORFAIT RÉDUIT

45 NOTION DE FORFAIT RÉDUIT

Les parties à la convention individuelle de forfait peuvent prévoir un forfait en jours dont le nombre de jours travaillés est inférieur au forfait légal (218 jours, journée de solidarité incluse) ou conventionnel. Pour autant, le salarié bénéficiant d'un forfait en jours réduit ne bénéficie pas des dispositions relatives au temps partiel.

46 TEMPS RÉDUIT OUI, TEMPS PARTIEL NON

◆ Position de l'Administration

Une circulaire du 6 décembre 2000 rappelle que la durée du temps de travail des salariés en forfait en jours ne peut être prédéterminée du fait du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps. La logique du forfait en jours repose sur l'absence de comptabilisation en heures et sur le décompte en jours de la durée du travail. Il n'est donc pas possible de parler de « salarié à temps partiel » en matière de forfait en jours mais plutôt d'un *quantum* spécifique de durée du travail. De même, il n'est pas possible de parler de « salarié à temps plein » en matière de conventions de forfait en jours (*Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000, NOR: MEST0010171C*). Pour autant, cette même circulaire indique que cette incompatibilité entre les deux statuts n'interdit pas qu'une convention de forfait annuel en jours soit conclue avec certains cadres sur la base d'un nombre de jours inférieur au plafond légal ou conventionnel.

◆ Cour de cassation

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation rappelle, dans un arrêt du 12 juillet 2018, que les salariés ayant conclu des conventions de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218 ne peuvent pas être considérés comme salariés à temps partiel (*Cass. 2^e civ., 12 juill. 2018, n° 17-22.511* ; voir dans le même sens : *Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2011, n° 10-19.710* ; *Cass. 2^e civ., 2 avr. 2015, n° 14-14.048* ; *Cass. 2^e civ., 28 mai 2015, n° 14-15.695*).

En l'espèce, une entreprise pratique un abattement d'assiette sur les rémunérations perçues par les salariés bénéficiant d'une convention de forfait en jours dont la durée du travail était inférieure à 218 jours par an. Cet abattement n'étant applicable qu'aux salariés dont la durée du travail est inférieure à la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement, l'entreprise soutient que tel est précisément le cas des salariés titulaires d'une convention de forfait en jours dont le nombre de jours travaillés est inférieur à 218 jours par an. La Cour de cassation juge qu'en application de l'article L. 3123-1 du Code du travail relatif au travail à temps partiel, interprété à la lumière de la directive 97/81 du 15 décembre 1997 et de l'accord-cadre qui y est annexé, les salariés ayant conclu des conventions de forfait en jours sur

l'année, dont le nombre est inférieur à 218, ne peuvent être considérés comme salariés à temps partiel, de sorte que l'abattement précité ne peut être pratiqué.

Néanmoins, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a reconnu aux salariés en forfait réduit le bénéfice de l'allocation parentale d'éducation réservée aux salariés travaillant à temps partiel (*Cass. 2^e civ., 20 sept. 2005, n° 04-30.354 P; voir n° 56*).

De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que le salarié dont la convention annuelle de forfait prévoit un nombre de jours inférieur à 218 ne peut être considéré comme un salarié à temps partiel (*Cass. soc., 27 mars 2019, n° 16-23.800 P*).

Dans cette affaire, un salarié, engagé en qualité de consultant, avait signé une convention de forfait de 131 jours. Il saisit la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein et de paiement des salaires sur cette base (outre la contestation de son licenciement). À ce titre, il soutient que la convention de forfait ne précise pas la répartition sur l'année ou sur la semaine des jours travaillés, de sorte qu'il est dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il peut travailler et qu'en conséquence, il se tient constamment à la disposition de son employeur. Il s'appuie ainsi sur l'article L. 3123-6 du Code du travail qui prévoit que le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit qui mentionne la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'absence d'écrit ou de mentions obligatoires prévues pour les contrats à temps partiel laisse présumer que le contrat est à temps complet, le salarié pouvant alors prétendre à un rappel de salaire sur cette base.

La Cour de cassation rejette cet argument, refusant d'assimiler les salariés en forfait en jours réduit aux salariés à temps partiel.

gatoires précitées (*voir n° 43*), la convention individuelle de forfait est inopposable au salarié. Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, l'obligation de conclure une convention individuelle de forfait écrite n'était pas prévue dans le Code du travail, mais la Cour de cassation l'imposait déjà (*Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45.990 P*). Ainsi, toute convention individuelle de forfait, même conclue avant le 22 août 2008, doit être écrite. À défaut, elle est inopposable au salarié (*Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 12-26.479*).

Le salarié est en droit de solliciter le paiement des heures supplémentaires qu'il aurait effectuées au-delà de 35 heures par semaine.

La Cour de cassation juge que la convention de forfait est également inopposable à l'employeur. Ainsi, le salarié ne peut prétendre au paiement de la rémunération prévue par la convention collective pour les forfaits en jours en l'absence de signature d'une convention individuelle de forfait (*Cass. soc., 8 mars 2012, n° 10-24.305*).

48 DÉLIT DE TRAVAIL DISSIMULÉ

En sus de l'inopposabilité de la convention individuelle de forfait, le salarié peut invoquer le délit de travail dissimulé et demander les dommages-intérêts afférents.

Dès lors que le juge du fond caractérisera l'élément intentionnel, il pourra, en l'absence de convention de forfait ou dans l'hypothèse d'une convention de forfait irrégulière, octroyer au salarié des dommages et intérêts pour travail dissimulé (*Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20.909*).

Dans cette affaire, un salarié refuse de signer l'avenant à son contrat de travail relatif à l'application d'un forfait en jours. Les heures supplémentaires effectuées n'étant pas mentionnées sur son bulletin de paie, il réclame le paiement d'heures supplémentaires et de dommages-intérêts pour travail dissimulé. L'employeur invoque quant à lui qu'il avait cru de bonne foi en l'opposabilité au salarié de la convention de forfait annuel qui le dispensait de mentionner sur les bulletins de paie les heures supplémentaires effectuées par le salarié.

Argument non convaincant pour la Cour de cassation : en l'absence de convention de forfait, l'élément intentionnel du travail dissimulé était caractérisé.

SANCTIONS

47 INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT

En l'absence d'écrit ou dans l'hypothèse d'une convention ne prévoyant pas les mentions obli-

À NOTER

Le fait que le salarié ait refusé de signer la convention de forfait n'est probablement pas étranger à la décision, l'employeur ne pouvant pas de bonne foi penser que le forfait en jours était opposable au salarié.

49 DÉLAI POUR AGIR EN JUSTICE

L'arrêt du 27 mars 2019 tranche la question de la prescription (*Cass. soc.*, 27 mars 2019, n° 17-23.314 P). Un salarié sollicitait la nullité d'une convention de forfait (en raison de l'insuffisance des garanties prévues par l'accord collectif). L'employeur lui opposait la prescription de deux ans considérant que le délai court à compter de la signature de la convention individuelle de forfait.

Position qui n'est partagée ni par le juge du fond ni par la Cour de cassation qui rejettent l'argumentaire de l'employeur au motif que « le salarié, dont la demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite [NDLR: délai de trois ans avant la rupture du contrat], est recevable à contester la validité de la convention de forfait annuel en jours stipulée dans son contrat de travail ».

Autrement dit, le salarié qui n'est pas prescrit à solliciter un rappel d'heures supplémentaires peut invoquer la nullité ou l'inopposabilité de la convention individuelle de forfait peu important la date de conclusion de cette dernière.

➔ **Sur le dispositif de sécurisation des conventions individuelles de forfait en jours** en cas d'accord collectif incomplet au regard de la loi Travail du 8 août 2016, voir n° 33. ■

Annexe

**Modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement
mettant en place un forfait en jours***

Modèle de convention individuelle de forfait en jours*

** Il s'agit d'un exemple de rédaction possible qu'il convient de personnaliser au cas par cas.*

Modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement mettant en place un forfait en jours

Entre :

La société (*nom de la société*), dont le siège social est situé (*adresse*), (*le cas échéant en cas d'accord conclu au niveau d'un établissement :*) prise en son établissement de (*à compléter*) représentée par (*nom*), agissant en qualité de (*fonction*), dûment mandaté à la négociation et à la signature du présent accord

Ci-après dénommée « la société »

D'une part,

et

Les organisations syndicales représentatives au sein de (*à compléter selon le niveau de négociation*) :

– (*nom de l'organisation syndicale, nom et qualité de la personne qui la représente*) ;

– (*nom de l'organisation syndicale, nom et qualité de la personne qui la représente*) ;

Ci-après dénommées ensemble « les organisations syndicales »

(*Indiquer si l'accord est conclu selon un mode alternatif, par exemple avec les membres élus du comité social et économique*) :

D'autre part

Préambule

Le présent accord est conclu dans le cadre des articles L. 3121-53 et suivants du Code du travail.

Les parties se sont accordées sur la nécessité de doter la société d'un socle de règles unique, clair et simplifié en matière d'aménagement et d'organisation du temps de travail.

Le présent accord répond à cet objectif. Il se substitue, en tout point, aux usages, accords, accords atypiques et engagements unilatéraux, et plus généralement à toutes pratiques applicables aux salariés de la société ayant le même objet.

L'ambition recherchée est de cadrer les pratiques au regard de l'activité de l'entreprise, tout en permettant le maximum de souplesse pour répondre aux aspirations de chacun.

Les parties ont également souhaité se mettre en conformité avec les dispositions de l'article L. 3121-64 du Code du travail, afin de garantir le droit à la santé et au repos des salariés.

Les parties ont convenu ce qui suit :

➔ Article 1 : Dispositions générales

1. 1 Cadre juridique

Le présent accord a été établi en tenant compte des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles applicables à la date de sa conclusion.

Si ces dispositions étaient amenées à être modifiées ou amendées, ou qu'un changement de circonstances imprévisible le justifiait, les parties se réuniraient afin d'en apprécier les conséquences quant à l'application du présent accord, ainsi que l'opportunité d'une révision des dispositions de l'accord, selon les modalités prévues à l'article 11 du présent accord.

Il est de convention expresse entre les parties que, lorsque la loi le prévoit, le présent accord peut-être complété par des dispositions unilatérales prise par la direction.

→ *Option* : Les parties conviennent également qu'en cas de mise en cause, de dénonciation, de révision du présent accord, ou encore de disparition du groupe ou de l'unité économique et sociale (UES) au sein duquel est conclu le présent accord, les dispositions du nouvel accord éventuellement conclu s'appliqueront de plein droit aux conventions individuelles conclues pour autant que leurs stipulations soient compatibles avec celles du nouvel accord.

1. 2 Champ d'application

Le présent accord s'applique au sein de (*la société, l'établissement*).

➔ Article 2 : Définitions

2. 1 Temps de travail effectif, temps de pause et temps de repos

Conformément aux dispositions de l'article L. 3121-1 du Code de travail, la notion de temps de travail effectif s'entend du « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

On entend par pause un temps de repos compris dans le temps de présence journalier, pendant lequel l'exécution du travail est suspendue et durant lequel le salarié est libre de vaquer à ses occupations personnelles. Les temps de pause ne constituent pas un temps de travail effectif et ne sont donc pas rémunérés.

On entend par temps de repos continu, le temps s'écoulant entre deux journées de travail.

En application de l'article L. 3131-1 du Code du travail, le repos quotidien doit être au minimum de 11 heures consécutives.

Aux termes de l'article L. 3132-2 du Code du travail, le repos hebdomadaire doit être au minimum de 24 heures consécutives.

2. 2 Durées maximales de travail hebdomadaire et amplitude

Par définition, la convention de forfait en jours sur l'année est exclusive de tout décompte du temps de travail, limitant le suivi de l'activité du salarié ayant accepté de travailler sous cette forme d'aménagement individuel du temps de travail, au nombre de jours sur la période de référence.

Toutefois il apparaît essentiel de rappeler qu'en application des articles L. 3131-1 à L. 3132-3 du Code du travail :

- la durée minimale de repos entre deux plages d'activité est de 11 heures consécutives ;
- la durée minimale du repos hebdomadaire est de 24 heures, auxquelles s'ajoutent 11 heures de repos quotidien (soit 35 heures) et, dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche.

Enfin, et en conformité avec l'article 2 de la Charte sociale européenne (convention internationale signée dans le cadre du Conseil de l'Europe) d'une part, bien que son effet direct en France ne soit pas acquis, et avec la directive européenne n° 2003/88 du 4 novembre 2003 relative à l'aménagement du temps de travail d'autre part, il est rappelé que les salariés amenés à travailler sous forme de forfait en jours s'engagent en toutes circonstances à respecter une durée raisonnable de travail journalier et hebdomadaire, sous le contrôle de leur hiérarchie.

➔ Article 3 : Salariés éligibles aux conventions individuelles de forfait annuel en jours

Pour rappel, selon l'article L. 3121-58 du Code du travail, seuls peuvent conclure une convention de forfait en jours :

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

- « 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 ».

En application du présent accord, les parties conviennent que sont éligibles au présent dispositif les salariés occupant les fonctions suivantes, [variantes : positionnés a minima aux coefficients suivants ; répondant aux conditions d'autonomie, de responsabilité et de fonctions suivantes [compléter la définition légale] ; rémunérés a minima au niveau suivant... ; [à préciser]].

Les parties conviennent que toute modification des classifications conventionnelles, toute création d'une nouvelle fonction, toute évolution du niveau de responsabilité ou d'autonomie d'une fonction conduira à la conclusion d'un avenant au présent accord, notamment pour élargir le périmètre des salariés éligibles.

➔ Article 4 : Modalités d'aménagement du temps de travail des collaborateurs éligibles au dispositif du forfait en jours

4. 1 Nombre de jours travaillés du forfait annuel en jours

La durée du travail des salariés éligibles au dispositif du forfait en jours sera, pour un temps de travail complet et un droit complet à congés payés, de... jours et décomptée en (jours ou demi-journées), [option : sauf dépassement de ce forfait en raison de l'alimentation du compte épargne-temps par des jours de repos supplémentaires non pris ou de rachat de jours de repos supplémentaires non pris, dans les conditions décrites ci-après].

Ce nombre de jours n'intègre pas les congés supplémentaires, conventionnels et légaux, qui réduiront à due concurrence les... jours travaillés.

→ *Clause possible*: Le fractionnement des congés payés, ne donnant pas lieu à jours de congé de fractionnement, le présent accord, stipulant la renonciation collective auxdits jours, n'impactera pas le nombre de jours de travail dû.

De même, ce calcul sera impacté, pour les salariés concernés, par le nombre de jours fériés pratiqués en droit local alsacien mosellan, qui implique en l'état actuel du droit, deux jours fériés supplémentaires et par conséquent un forfait de droit commun réduit de deux jours et donc ramené à... jours.

→ *Option*: Il est possible de fixer un nombre de jours travaillés dans le forfait différent selon les catégories de salariés, selon des critères objectifs et pertinents.

Le bulletin de paie devra d'ailleurs faire apparaître que la rémunération est calculée selon un nombre annuel de jours de travail et en préciser ce nombre.

4.2 Impact des absences et des entrées ou départs en cours d'année

► Impact des absences et entrées/ sorties sur la rémunération

Les absences ou entrées/sorties du salarié peuvent, en fin de période, donner lieu à un solde négatif de jours travaillés par rapport au nombre de jours dus par le salarié.

Une retenue sur salaire sera alors appliquée à due proportion de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire annuel, d'un salaire journalier tenant compte du nombre de jours travaillés prévus.

En cas d'entrée/sortie en cours d'année, la rémunération forfaitaire sera également proratisée à due concurrence, sur la base du même salaire journalier.

Le salaire journalier retenu est valorisé à hauteur de 1/...^e de la rémunération annuelle du salarié au titre du forfait [en cas de forfait de 218 jours, 1/218^e s'il est décidé de compter sur la base des seuls jours travaillés, ou 1/228^e s'il est décidé de calculer sur la base des jours de repos inclus (pour 10 jours de repos), ou encore de 1/236^e sur la base des jours fériés chômés mais payés inclus (pour 8 jours fériés), ou encore sur la base de 1/261^e en prenant en compte les congés payés (5 semaines): aucun de ces modes de calcul n'est prévu par la loi ni la jurisprudence en l'état, et cette clause n'est pas impérative en l'état actuel du droit]

► Impact des absences et entrées/sorties en cours d'année sur le nombre de jours travaillés

En cas d'absence non assimilée légalement ou conventionnellement à du temps de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés et impactant par conséquent le nombre de jours de congés payés acquis, et en cas d'entrée et de sortie en cours d'année, le nombre de jours travaillés au titre du forfait sera en premier lieu augmenté à due concurrence du nombre de jours de congés payés non acquis ou acquis et non pris.

En second lieu, en cas d'arrivée ou de départ d'un salarié concerné par ce dispositif en cours d'année, le nombre de jours de travail sera déterminé à due proportion de la durée de présence.

Il résulte de ces deux règles la méthode de calcul suivante.

[Différents calculs peuvent être pratiqués, et par exemple :

➔ Un calcul forfaitaire théorique, par exemple avec une simple règle de trois, en fonction du nombre de semaines (calendaires) :

(nombre de jours du forfait – jours fériés chômés annuels – jours de congé acquis sur la période) x (nombre de semaines calendaires sur la période/52) = nombre de jours dus. Le différentiel avec le nombre de jours ouvrés correspond au nombre de jours de repos supplémentaires proratisés.

➔ Un calcul plus proche de la réalité comptable en jours ouvrés :

nombre de jours du forfait X nombre de jours ouvrés sur la période de présence (déduction faite des jours ouvrés de la période) ÷ nombre de jours ouvrés annuels (hors jours fériés de la période) – jours de congé acquis et pris – jours fériés chômés sur la période = nombre de jours dus. Le différentiel avec le nombre de jours ouvrés correspond au nombre de jours de repos supplémentaires proratisés.]

Par ailleurs, le nombre de jours travaillés sera recalculé de manière proportionnelle à son absence ou à sa présence partielle sur l'année.

Le nombre obtenu est arrondi au 0,5 le plus proche :

- décimale comprise entre 0 et 0,25 ou entre 0,5 et 0,75 : arrondi à l'entier ou au 0,5 inférieur ;
- décimale comprise entre 0,26 et 0,49 ou entre 0,76 et 0,99 : arrondi à l'entier ou au 0,5 supérieur.

4. 3 Période de référence pour le décompte [des journées ou demi-journées] travaillées

La période de référence s'entend du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année N (ou toute autre période de douze mois consécutifs).

4. 4 Modalités de décompte des [journées et des demi-journées] travaillées

La durée du travail des salariés en forfait jours sera décomptée exclusivement par (journée ou demi-journée) de travail.

4. 5 Information sur le nombre et l'acquisition des jours de repos supplémentaires

À titre informatif, le nombre de jours de repos correspondant à un salarié à temps plein et ayant acquis et pris l'ensemble de ses droits à congés payés peut être déterminé comme suit, pour un forfait à 218 jours :
365 jours – nombre de samedis et dimanches – nombre de jours fériés correspondant à un jour ouvré (8 en moyenne hors Alsace-Moselle) – nombre de congés annuels payés – 218 jours travaillés = nombre de jours de repos supplémentaires.

Le nombre de jours de repos variera donc chaque année en fonction du nombre exact de jours fériés et chômés. Ce calcul n'intègre pas les congés supplémentaires, conventionnels et légaux, qui viendront en déduction des 218 jours travaillés.

(Ce calcul sera impacté, pour les salariés concernés, par le nombre de jours fériés pratiqués en droit local alsacien mosellan, qui implique en l'état actuel du droit, deux jours fériés supplémentaires et par conséquent un forfait de 216 jours.)

4. 6 Prise de jours de repos supplémentaires

Les jours de repos supplémentaires doivent impérativement être pris au cours de la période de référence. Ils devront ainsi être soldés au 31 décembre de chaque année, et ne pourront en aucun cas être reportés à l'issue de cette période ni faire l'objet d'une indemnité compensatrice.

Les jours de repos peuvent être pris, y compris par anticipation, par demi-journée ou journée entière selon les modalités suivantes :

- ils seront pris de façon régulière et, si possible, chaque mois ou au plus tard par semestre ;
- ils peuvent être pris soit de manière fractionnée, soit de manière consécutive.

En tout état de cause, le salarié devra respecter, pour proposer les dates de jours de repos, d'une part les nécessités du service et, d'autre part, un délai de prévenance minimal d'une semaine.

Les jours de repos peuvent être pris de manière anticipée dès l'embauche ou dès le début de l'année mais s'acquièrent en principe au prorata du temps de travail effectif sur une base annuelle, et peuvent donc faire l'objet de retenues sur salaire en cas de prise de jours excédentaires.

Le responsable hiérarchique peut refuser, de manière exceptionnelle, la prise des jours de repos aux dates demandées pour des raisons de service. Il doit alors proposer au salarié d'autres dates de prise des jours de repos.

4. 7 Modalités de conclusion des conventions de forfait annuel en jours

Le dispositif instauré par le présent accord sera précisé dans une convention individuelle de forfait annuel en jours, conclue avec chacun des salariés concernés sur la base des modalités rappelées ci-dessus.

Les termes de cette convention devront notamment indiquer :

- la nature des missions justifiant le recours au forfait en jours ;
- le nombre précis de jours annuels travaillés en année pleine pour un droit complet à congés payés exercé sur l'année ;
- la rémunération mensuelle forfaitaire brute de base ;
- la réalisation d'entretiens (à préciser : mensuels/trimestriels/annuels) avec la direction au cours desquels seront évoquées l'organisation, la charge et l'amplitude de travail de l'intéressé.

La conclusion de cette convention de forfait annuel en jours sera proposée aux collaborateurs concernés, soit à leur embauche, soit au cours de l'exécution de leur contrat de travail, par voie d'avenant contractuel.

➔ **Article 5 : Modalités de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude et de la charge de travail**

Les parties signataires réaffirment leur volonté de s'assurer que la santé des salariés travaillant dans le cadre d'un forfait en jours sur l'année n'est pas impactée par ce mode d'activité.

À ce titre, il est rappelé que :

- les salariés au forfait doivent bénéficier d'un temps de repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives ;
- les salariés au forfait doivent également bénéficier d'un repos hebdomadaire de 35 heures continues.

La société veillera à ce que ces temps de repos minimum soient respectés.

5.1 Décompte du nombre de jours travaillés

Le salarié devra décompter le nombre de jours travaillés et non travaillés *via* (ex: un document établi par lui-même et contrôlé par la société). Ce décompte devra être établi mensuellement, avec un contrôle par la société la première semaine suivant le terme du mois considéré.

Le suivi de l'organisation du travail par chaque supérieur hiérarchique permettra également, le cas échéant, de veiller et réagir immédiatement aux éventuelles surcharges de travail, et au respect des durées minimales de repos.

5.2 Entretien (trimestriel/semestriel/annuel) individuel

Un entretien (*préciser la fréquence*) individuel doit être organisé avec chaque salarié au forfait annuel en jours afin de faire le point avec lui sur :

- sa charge de travail qui doit être raisonnable ;
- l'amplitude de ses journées de travail ;
- l'organisation de travail dans l'entreprise ;
- l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale ;
- sa rémunération.

Le but d'un tel entretien est de vérifier l'adéquation de la charge de travail au nombre de jours travaillés.

Il sera vérifié, à l'occasion de ce bilan de suivi, le respect du repos journalier de 11 heures consécutives. À défaut, il sera expressément rappelé au collaborateur qu'il doit impérativement et immédiatement, en cas d'excès s'agissant de sa charge de travail, en référer à la direction, pour permettre à celle-ci de modifier l'organisation du travail et mettre fin à toute amplitude excessive au regard de ce repos quotidien de 11 heures consécutives. L'entretien pourra avoir lieu dans le prolongement de l'entretien d'évaluation qui sera aussi l'occasion pour le salarié de faire le point avec la direction sur la réalisation de ses objectifs initiaux et leurs réajustements éventuels en fonction de l'activité de l'entreprise.

En tout état de cause, il devra être pris, à l'issue de chaque entretien, les mesures correctrices éventuellement nécessaires pour mettre fin à la surcharge de travail, ou corriger l'organisation ou toute mesure permettant le respect effectif des repos, d'assurer une charge de travail raisonnable, de limiter les amplitudes, et d'articuler vie personnelle et professionnelle.

5.3 Entretien à la demande du salarié et obligation d'alerte

Les parties conviennent qu'en complément de l'entretien (*précisez la fréquence de l'entretien*), les salariés devront et pourront solliciter, à tout moment, un entretien pour faire le point avec la direction sur leur charge de travail, en cas de surcharge actuelle ou prévisible.

Les parties à l'accord prévoient également expressément l'obligation, à cet égard, pour chaque collaborateur visé par une convention individuelle de forfait annuel en jours, de signaler, à tout moment, à la direction toute organisation de travail le mettant dans l'impossibilité de respecter le repos journalier de 11 heures consécutives ainsi que le repos hebdomadaire d'une durée minimale de 35 heures ou plus largement les impératifs de santé et de sécurité.

La direction devra alors immédiatement prendre les mesures permettant d'assurer le respect effectif de ces repos et de ces impératifs, et prévenir tout renouvellement d'une situation conduisant à enfreindre lesdits repos quotidiens et hebdomadaires.

➔ Article 6: Droit à la déconnexion

Au regard de l'évolution des méthodes de travail, la direction souhaite garantir la bonne utilisation des outils numériques, tout en préservant la santé au travail.

L'objectif est de garantir des conditions et un environnement de travail respectueux de tous et de veiller à garantir les durées minimales de repos.

Dans ce cadre, le respect de la vie personnelle et le droit à la déconnexion sont donc considérés comme fondamentaux au sein de la société.

Le droit à la déconnexion est le droit de ne pas être joignable, sans interruption, pour des motifs liés à l'exécution du travail.

Ce droit assure ainsi la possibilité de se couper temporairement des outils numériques permettant d'être contactés dans un cadre professionnel (téléphone, intranet, messagerie professionnelle, etc.).

→ *Clause possible :*

Afin de garantir l'effectivité des temps de repos et de congé ainsi que le respect de la vie personnelle et familiale, la direction entend limiter les communications professionnelles, notamment pendant la plage horaire de 21 h 00 à 8 h 00. Il sera notamment demandé aux salariés de la société de ne pas solliciter d'autres salariés via les outils de communication avant 8 h 00 et après 21 h 00 ainsi que les week-ends, sauf situation d'urgence.

Ainsi, de façon à prévenir l'usage de la messagerie professionnelle, le soir, le week-end et pendant les congés, il est rappelé qu'il n'y a pas d'obligation à répondre pendant ces périodes sauf urgence.

Il est recommandé aux salariés de ne pas utiliser leur messagerie électronique professionnelle ou d'autres outils de communication pendant les périodes de repos quotidiens, hebdomadaires et de congés.

Les salariés dont le contrat de travail est suspendu (notamment pour maladie) devront restreindre l'utilisation des outils numériques professionnels.

Il sera également demandé aux managers de limiter l'envoi de courriels aux collaborateurs en arrêt de travail.

Pour faire respecter l'organisation de cette déconnexion et afin que celle-ci soit efficace, elle nécessite :

- l'implication de chacun ;
- l'exemplarité de la part du management, dans leur utilisation des outils de communication, essentielle pour promouvoir les bonnes pratiques et entraîner l'adhésion de tous.

Le droit à la déconnexion passe également par une bonne gestion de la connexion et de la déconnexion pendant le temps de travail.

→ *Autre clause possible :*

Afin de mettre en œuvre les conditions d'exercice de ce droit, une charte relative au droit à la déconnexion a été établie. Elle est applicable à l'ensemble des salariés.

En tout état de cause, l'effectivité du respect par le salarié des durées minimales de repos implique, pour ce dernier, l'obligation de déconnexion des outils de communication à distance.

Dans l'hypothèse où la société prendrait connaissance de l'utilisation des outils de communication à distance pendant les heures de repos, un entretien serait organisé avec la direction pour faire un point sur la nécessité de déconnecter les outils de communication à distance pendant les périodes de repos et, le cas échéant, sur les raisons expliquant son utilisation pendant les heures de repos.

(D'autres mesures sont envisageables : coupures des réseaux, interdiction de connexion, ...)

➔ Article 7: Rémunération

La rémunération des salariés liés par une convention individuelle de forfait annuel en jours est une rémunération annuelle globale et forfaitaire.

La convention individuelle de forfait stipule le montant de cette rémunération annuelle.

La rémunération mensuelle versée est indépendante du nombre de jours travaillés par mois.

→ *Clause possible*: La rémunération des salariés liés par une convention individuelle de forfait annuel en jours est décomposée en un salaire de base lié au poste occupé, et en une prime liée aux sujétions du forfait et qui rémunère forfaitairement les... jours travaillés.

En cas de sortie du forfait, pour revenir à un dispositif horaire d'organisation de la durée du travail, la prime liée aux sujétions du forfait n'aura plus de raison d'être et ne sera plus due. Les conventions individuelles de forfait prévoient expressément que la prime de forfait est liée au maintien du salarié dans le dispositif et qu'elle n'est plus due en cas de sortie du dispositif.

→ *Autre clause possible*: La rémunération versée est forfaitaire et couvre les astreintes, interventions en astreinte, temps de déplacements professionnels, habituels ou excédentaires, dans la mesure où le dispositif du forfait annuel en jours ne permet pas de déterminer les volumes horaires de ces temps de travail ou de ces temps professionnels et où le dispositif du forfait, couvre par principe l'ensemble des temps travaillés et exclut le décompte horaire.

De manière corrélatrice, les temps d'intervention en astreinte, les temps de travail effectifs en déplacement, même inférieurs à une (*demi-journée ou journée travaillée*), seront décomptés comme des (*demi-journées ou journées travaillées*) de manière forfaitaire.

➔ **Article 8 : Forfaits jours réduits** (*Clause non obligatoire*)

Chaque salarié aura la possibilité de demander à bénéficier d'un forfait inférieur, dit « forfait jours réduit ». Une convention spécifique pourrait alors être envisagée, selon les impératifs de l'organisation de l'entreprise, sans que cela constitue un droit pour les salariés concernés.

Les embauches effectuées au sein de l'entreprise peuvent également l'être sous forme de forfait annuel en jours réduit.

→ *Clause possible*: une telle situation impliquerait nécessairement une réduction à due proportion des jours de repos supplémentaires accordés normalement aux salariés travaillant dans le cadre d'un forfait en jours temps plein selon la formule suivante :

$$\text{Nombre de jours du forfait réduit} \times \frac{\text{Nombre de jours de repos suppl. pour un forfait temps plein}}{\text{Nombre de jours du forfait temps plein}}$$

Par ailleurs, la rémunération des salariés en forfait annuel en jours réduit devra, en principe, sauf raison objective ou pertinente, être proportionnelle à celle des salariés occupant des fonctions identiques en forfait plein temps.

➔ **Article 9 : Rachat exceptionnel de jours de repos** (*Clause non obligatoire*)

Les salariés couverts par une convention de forfait annuel en jours pourront s'ils le souhaitent, et en accord avec la DRH ou leur hiérarchie, renoncer à tout ou partie de leurs journées de repos.

Ce rachat doit en principe demeurer exceptionnel.

→ *Clause possible*: Le rachat suppose que les quatre premières semaines de congés payés légaux aient été pris par le salarié concerné. Un tel rachat ne peut en principe intervenir qu'en cours d'exercice et ni par anticipation ni a posteriori.

Il doit être motivé par un projet imposant une charge de travail supplémentaire et l'impossibilité de répartir la charge dans une équipe donnée. Ce rachat fait l'objet d'un accord de gré à gré entre le salarié et la direction.

En cas de rachat, la journée ou demi-journée rachetée est valorisée à hauteur de 1/...^e de la rémunération annuelle du salarié au titre du forfait [*en cas de forfait de 218 jours, 1/218^e s'il est décidé de compter sur la base des seuls jours travaillés, ou 1/228^e s'il est décidé de calculer sur la base des jours de repos inclus (pour dix jours de repos), ou encore de 1/236^e sur la base des jours fériés chômés mais payés inclus (pour huit jours fériés), ou encore sur la base de 1/261^e en prenant en compte les congés payés (cinq semaines) : aucun de ces modes de calcul n'est prévu par la loi ni la jurisprudence en l'état, et cette clause n'est pas impérative en l'état actuel du droit*].

➔ Article 10: Suivi médical

À la demande du salarié, une visite médicale distincte devra être organisée. Cette visite médicale devra porter sur la prévention des risques du recours au forfait en jours ainsi que sur la santé physique et morale du collaborateur.

➔ Article 11: Dispositions finales

11. 1 Durée de l'accord

Le présent accord est conclu pour une durée indéterminée.

Le présent accord entrera en vigueur à compter du... (*date*).

11. 2 Information des salariés et des délégués syndicaux, salariés mandatés ou élus

Le présent accord sera visé dans une notice informant les salariés embauchés des textes conventionnels applicables. Un exemplaire à jour de l'accord sera à la disposition des salariés auprès des services RH.

Un affichage dans les locaux et une diffusion sur l'intranet seront réalisés, explicitant où le texte est tenu à la disposition des salariés sur le lieu de travail, ainsi que les modalités leur permettant de les consulter pendant leur temps de présence. Un exemplaire de l'accord est communiqué au comité social et économique (CSE) et aux délégués syndicaux ou salariés mandatés.

11. 3 Commission de suivi

Afin d'assurer le suivi du présent accord, il est prévu qu'un point d'information du CSE sera inscrit à l'ordre du jour une fois par an.

En outre, en cas de difficultés éventuelles d'application de cet accord, il est prévu de réunir les organisations syndicales représentatives pour trancher la difficulté.

11. 4 Révision

La révision du présent accord s'effectuera dans les conditions prévues aux articles L. 2261-7-1 et L. 2261-8 du Code du travail. Toute demande de révision sera notifiée par lettre recommandée avec avis de réception aux autres parties.

Elle fera l'objet d'une négociation sur la base d'un projet communiqué par la direction en amont de la première réunion de négociation. Tous les syndicats représentatifs au moment de la révision seront convoqués par lettre recommandée avec avis de réception.

11. 5 Dénonciation

Conformément aux dispositions de l'article L. 2261-9 du Code du travail, le présent accord et ses avenants éventuels peuvent être dénoncés, par l'une ou l'autre des parties signataires, sur notification écrite aux autres parties par lettre recommandée avec avis de réception.

Le courrier de dénonciation donnera lieu également au dépôt dans les conditions réglementaires.

Pendant la durée du préavis (*indiquer la durée*), la direction s'engage à réunir les parties afin de négocier un éventuel accord de substitution.

11. 6 Dépôt et publicité

Le présent accord sera déposé sur la plateforme « TéléAccords » accessible depuis le site du ministère du Travail accompagné des pièces prévues à l'article D. 2231-7 du Code du travail par... (*prénom*)... (*nom*), représentant(e) légal(e) de l'entreprise.

Conformément à l'article D. 2231-2, un exemplaire de l'accord est également remis au greffe du conseil de prud'hommes de... (*conseil de prud'hommes du lieu de conclusion*).

Les éventuels avenants de révision du présent accord feront l'objet des mêmes mesures de publicité.

Fait à..., le...

Signatures

Modèle de convention individuelle de forfait en jours

Il est rappelé qu'un accord collectif a été signé le... relatif à la durée du travail.
Cet accord prévoit la mise en place de conventions de forfaits en jours pour ceux qui y sont éligibles.
Ce dispositif est régi par les articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du Code du travail.
Compte tenu de la fonction de M..., qui implique une grande autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps (*préciser*), il est conclu le présent avenant.

À compter du..., M... sera soumis à un forfait annuel de... jours.

M... a estimé pouvoir accomplir ses missions dans le cadre de ce forfait annuel en jours.

Pour les mener à bonne fin, M... est libre de s'organiser comme il l'entend, tout en respectant :

- les contraintes organisationnelles de l'entreprise ;
- les besoins des clients ;
- les règles concourant au bon fonctionnement du service dont il relève ;
- les usages applicables dans l'entreprise.

Compte tenu de cette liberté d'organisation, M... s'engage sur l'honneur à respecter, en toutes circonstances, le repos minimal quotidien de 11 heures consécutives et le repos hebdomadaire prévus aux articles L. 3131-1 et L. 3132-2 du Code du travail. Le jour de repos hebdomadaire est en principe le dimanche. Les journées (*et demi-journées*) de repos seront posées par le salarié selon les modalités suivantes (*à compléter*).

M... s'engage également dans ce contexte à respecter les dispositions de l'accord collectif applicable.

Le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés.

Ce contrôle est opéré au moyen (*ex: d'un logiciel autodéclaratif faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos en repos hebdomadaires, congés payés, ou congés conventionnels, etc.*).

Le document décomptant le nombre de jours travaillés devra être validé mensuellement par le responsable hiérarchique.

Ce document est établi par (*préciser les modalités, outil informatique...*).

En cas de difficulté, il est prévu un entretien avec le supérieur hiérarchique de M... soit à sa demande en cours d'année, soit en tout état de cause lors de l'entretien (*trimestriel/semestriel/annuel*) individuel prévu à cet effet par l'accord d'entreprise du... lors duquel sera évoqué :

- l'organisation du travail dans l'entreprise ;
- sa charge de travail ;
- l'articulation entre sa vie professionnelle et sa vie familiale ;
- sa rémunération ;
- ...

Un point régulier sera par ailleurs fait entre le salarié et son supérieur hiérarchique sur sa charge de travail.

En cas de difficulté à organiser son emploi du temps dans le cadre de la convention de forfait annuel en jours ainsi établie, ou à maîtriser le volume du temps consacré à son activité professionnelle, M... pourra à tout moment au cours de l'année solliciter un entretien avec la direction des ressources humaines afin qu'une solution opérationnelle soit trouvée.

Le montant de la rémunération annuelle de M... est de..., soit un montant mensuel de...

Il est rappelé que le montant de cette rémunération a été fixé en tenant compte des compétences de M... mais aussi de l'acceptation du forfait en jours.

Fait en double exemplaire, le (*date*), à ...

Pour l'entreprise,
Nom et fonctions

Signature*

Pour le salarié

Signature*

* Signature précédée de la mention «Lu et approuvé»

3

Mise en œuvre

Décompte du temps de travail

Dépassement du forfait en jours

Contrôle et preuve des jours de travail
et de repos

Rémunération

Obligation de réguler la charge
de travail

Une fois mis en place par le biais d'un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche, et par la signature, par chaque salarié concerné, d'une convention individuelle de forfait, le dispositif de forfait annuel en jours doit être mis en œuvre conformément à ces dispositions. L'employeur est notamment tenu de veiller au respect du nombre de jours travaillés et des jours de repos, et gère l'impact des absences et des entrées ou des sorties en cours d'année sur le nombre de jours travaillés. Le Code du travail permet au salarié, sur la base du volontariat, de renoncer à une partie de ses jours de repos en échange d'une majoration déterminée par avenant à la convention individuelle de forfait, dont le taux ne peut être inférieur à 10 %.

Par ailleurs, plusieurs obligations pèsent sur l'employeur en matière de contrôle de la charge de travail des salariés. Le législateur lui impose de s'assurer régulièrement que cette charge de travail est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. L'accord collectif doit d'ailleurs fixer les modalités selon lesquelles l'employeur assure cette évaluation et ce suivi, ainsi que les conditions d'organisation de l'entretien permettant aux deux parties de communiquer périodiquement sur la charge de travail du salarié et sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle. Le non-respect du contrôle de la charge de travail tel que prévu par l'accord collectif a pour conséquence de rendre inopposable la convention individuelle de forfait. Le salarié peut alors solliciter le paiement des heures supplémentaires réalisées.

DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

50 RÈGLES APPLICABLES AUX SALARIÉS EN FORFAIT JOURS

Les salariés ayant conclu une convention de forfait annuel en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :

- à la durée légale hebdomadaire de 35 heures ;
- à la durée quotidienne maximale du travail de 10 heures ;
- aux durées hebdomadaires maximales de 48 heures au cours d'une même semaine, ou 44 heures voire 46 heures calculées sur une période quelconque de douze semaines consécutives (*C. trav.*, art. L. 3121-62).

Les repos quotidiens (11 heures consécutives) et hebdomadaires doivent, quant à eux, être observés.

51 CALCUL ET DÉTERMINATION DU NOMBRE DE JOURS TRAVAILLÉS

Le nombre de jours de travail dans l'année est fixé à 218 jours au maximum. Toutefois un accord collectif d'entreprise ou d'établissement (ou, à défaut, une convention ou un accord de branche) peuvent fixer un nombre de jours de travail inférieur à 218.

Le nombre de jours travaillés sur l'année est déterminé après déduction individuelle de tous

les jours de congé et de repos dont le salarié bénéficie sur une année.

Sur la base d'un forfait de 218 jours sur l'année, cela implique que le législateur attribue près de dix jours de repos supplémentaires aux salariés en forfait annuel en jours une fois que sont déduits :

- les jours de repos hebdomadaire (samedi et dimanche en principe, soit 52 semaines x 2 = 104 jours) ;
- les congés payés légaux (25 jours ouvrés) ;
- les jours fériés chômés qui ne tombent pas sur des jours de repos hebdomadaire déjà déduits (9 en 2020) ;

Donc : 365 jours – 52 dimanches – 52 samedis – 25 jours de congés payés légaux – 9 jours fériés chômés = 227 jours.

Le solde est de 227 jours dont on déduit neuf jours de repos supplémentaires, pour aboutir à 218 jours, pour une année complète et un droit plein à congés payés. Cela signifie également qu'en cas de congés payés non acquis ou, dans notre analyse, non intégralement pris, ce plafond de 218 jours peut également être revu à la hausse à due concurrence (*Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000, NOR : MEST0010171C*).

L'accord collectif comme la convention individuelle contractualisent un nombre de jours travaillés et non un nombre de jours de repos. En d'autres termes, peu important les variations de jours fériés dans l'année ou d'année bissextile, le nombre de 218 jours ou moins, en fonction

de l'accord collectif ou de la convention individuelle, peut être fixe.

Autour de ce nombre fixe, le nombre de jours de repos pourra lui varier et n'a pas à faire l'objet d'un quelconque engagement conventionnel ou contractuel.

À l'inverse, la possibilité de prévoir un nombre de jours de repos fixe et de faire varier à la baisse le nombre de jours de travail semble interdite par la jurisprudence qui refuse qu'une convention individuelle de forfait fixe une « fourchette » de jours travaillés (*Cass. soc.*, 12 mars 2014, n° 12-29-141 P), de même que l'indication d'un nombre de jours maximum (*Cass. soc.*, 16 mars 2016, n° 14-28.295).

Les jours de congé conventionnels d'ancienneté doivent être pris en compte pour la détermination du nombre de jours travaillés sur la base duquel est fixé le plafond propre à chaque convention de forfait (*Cass. soc.*, 3 nov. 2011, n° 10-18.762 P ; *Cass. soc.*, 11 juill. 2012, n° 11-15.605).

Si le volume des jours travaillés ne prend pas en compte les congés conventionnels d'ancienneté pour la détermination du nombre de jours travaillés, cela revient à priver les salariés du bénéfice de ces congés.

Des précisions conventionnelles ainsi que des stipulations expresses dans la convention individuelle de forfait sont évidemment préférables, mais l'absence de ces dispositions ne peut pas faire échec à la prise en compte de ces jours conventionnels pour réduire le nombre de jours travaillés.

À NOTER

Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie, au regard des difficultés économiques liées à la propagation de la Covid-19, l'employeur a la possibilité, de façon unilatérale, d'imposer ou de modifier les dates de certains jours de repos, dans la limite de dix jours. Sont notamment concernés les jours de repos fixés par une convention de forfait. La période de prise des jours de repos imposée ou modifiée ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020. L'employeur qui impose ou modifie la date de prise des jours de repos est tenu d'informer le comité social et économique (CSE) sans délai et par tout moyen. L'avis du CSE est rendu dans le délai d'un mois à compter de cette information. Cet avis peut intervenir après que l'employeur a décidé ou modifié les dates de ces jours de repos (*Ord. n° 2020-323, 25 mars 2020 modifiée par ord. n° 2020-389, 1^{er} avr. 2020, art. 3*).

52 IMPACT DES ABSENCES

◆ Sur le nombre de jours travaillés

Les accords collectifs conclus à compter de la date de publication de la loi Travail, soit le 9 août

Comment s'imputent les heures de délégation sur le temps de travail d'un élu au forfait en jours ?

Depuis la loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088, JO 9 août*) un mécanisme de décompte des heures de délégation propre aux représentants du personnel au forfait en jours s'applique.

À défaut de stipulation conventionnelle sur ce point, le décompte des heures de délégation se fait par demi-journées qui se déduisent du nombre annuel de jours travaillés fixé dans la convention individuelle de forfait, une demi-journée correspondant à quatre heures de mandat. Lorsque la somme des reliquats mensuels, additionnés sur l'année, est inférieure à quatre heures, les représentants du personnel disposent d'une demi-journée qui vient en déduction du nombre annuel de jours travaillés fixé dans leur convention individuelle (*C. trav., art. R. 2315-3*).

Sont concernés :

- les membres titulaires du comité social et économique (*C. trav., art. R. 2315-3*) ;
- les représentants de sections syndicales (*C. trav., art. L. 2142-1-3 ; C. trav., art. R. 2142-1*) ;
- les délégués syndicaux et le délégué syndical central (*C. trav., art. L. 2143-13 et L. 2143-15 ; C. trav., art. R. 2143-3-1*) ;
- les représentants syndicaux au CSE (*C. trav., art. R. 2315-4*).

EXEMPLE

Si un salarié en forfait en jours exerce 24 heures de délégation au cours d'un mois, ces heures seront regroupées en six demi-journées de quatre heures. Au final, trois jours de délégation par mois viendront s'imputer sur le contingent annuel de jours travaillés fixé dans la convention individuelle de forfait (à condition que l'intéressé utilise toutes ses heures de délégation, ce qu'il n'est pas tenu de faire) (« Comité social et économique, 117 questions-réponses », *min. Trav., déc. 2019, quest. n° 78*).

2016 (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, II*), doivent déterminer les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période (*C. trav., art. L. 3121-64*).

En principe, l'employeur ne peut pas récupérer les jours d'absence sur les jours de repos du salarié, excepté en cas de dérogations légales strictement énumérées à l'article L. 3121-50 du Code du travail.

Ainsi, seules peuvent être récupérées les heures perdues par suite d'une interruption collective du travail résultant (*C. trav., art. L. 3121-50*) :

- de causes accidentelles, d'intempéries ou en cas de force majeure ;
- d'inventaire ;
- du chômage d'un jour ou de deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire ou d'un jour précédant les congés annuels.

En pratique, il faut donc distinguer les deux types d'absences suivantes :

- les absences entrant dans le cadre de l'article L. 3121-50 du Code du travail qui prévoit la

récupération des heures perdues : ces absences sont ajoutées au volume de jours travaillés puisque leur récupération est autorisée par le Code du travail ;

– les autres absences rémunérées (telles que la maladie, la maternité, les congés pour événements familiaux) qui sont à déduire du plafond des jours travaillés puisque leur récupération est interdite. Ainsi, un jour d'absence pour maladie ne permet pas d'augmenter le plafond de jours travaillés d'autant.

En revanche, la Cour de cassation a admis qu'un accord collectif puisse prévoir que le nombre de jours de repos (hors congés payés) d'un salarié en forfait en jours soit calculé selon son temps de travail effectif et, par conséquent, que ces jours de repos puissent être réduits proportionnellement aux absences non assimilées à du temps de travail effectif, telle que l'absence pour maladie (Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 14-23.731 P). Et ce, sans préjudice de l'augmentation du nombre de jours travaillés liée à un droit incomplet à congés payés, ou d'ailleurs, à notre sens, même

en cas de droit plein à congés payés, lorsque les congés payés n'ont pas été intégralement pris.

◆ Sur la rémunération

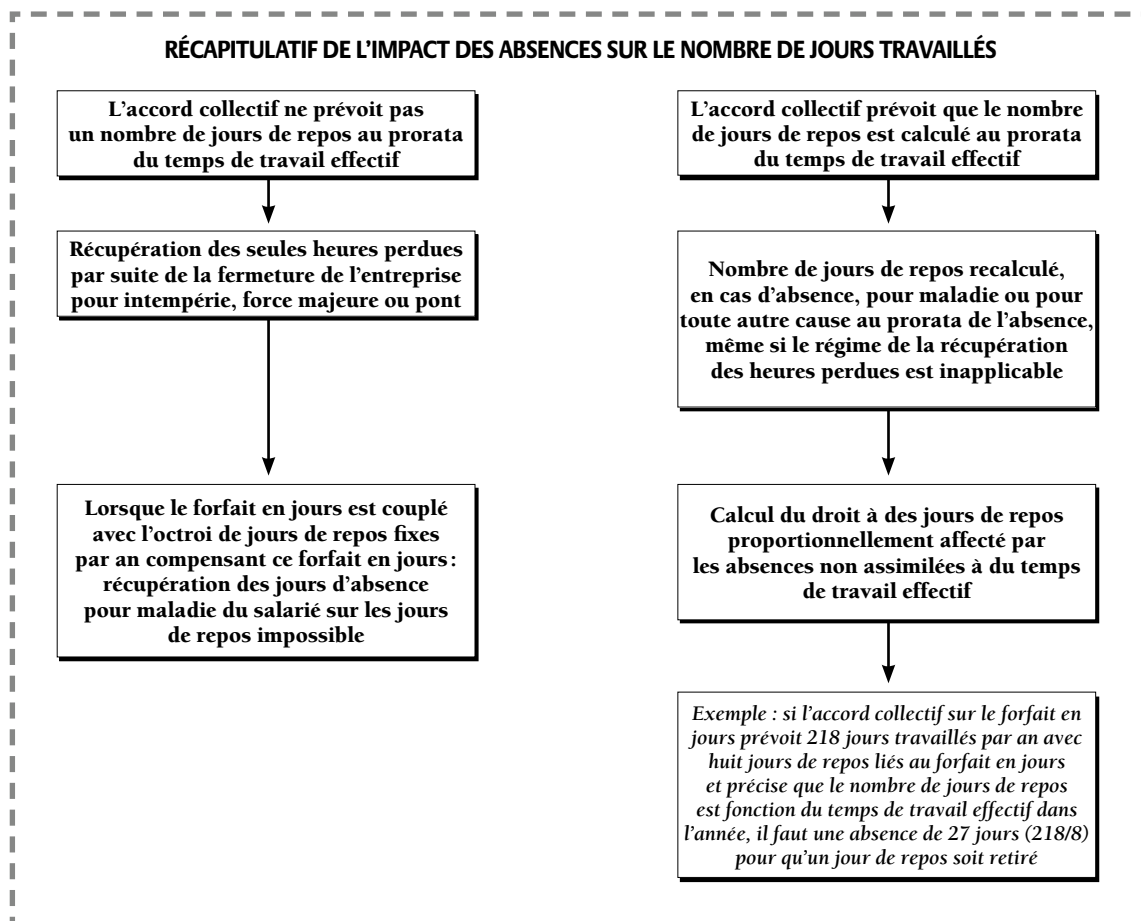
Les absences du salarié peuvent, en fin de période, même en recalculant le nombre de jours travaillés dû par l'effet de ses absences, donner lieu à un solde négatif de jours travaillés par rapport au nombre de jours dus par le salarié.

En l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles sur ce point, une retenue sur salaire pourra être appliquée à due proportion de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire annuel, d'un salaire journalier tenant compte du nombre de jours travaillés prévus.

Ce salaire journalier peut être calculé :

– en divisant le salaire annuel par le nombre de jours travaillés ;

– ou en divisant le salaire annuel par le nombre de jours travaillés, additionnés des jours de congés payés, des jours de repos supplémen-



taires et des jours fériés chômés, puisque le salaire annuel rémunère l'ensemble de ces jours.

À notre connaissance, aucun texte n'a cependant tranché l'une ou l'autre de ces méthodes de calcul, ou toute autre méthode comparable.

Rappelons qu'il a été jugé qu'une retenue sur salaire ne peut intervenir pour une absence inférieure à une journée ou une demi-journée, selon le mode de décompte des jours travaillés prévu conventionnellement. Ainsi, un employeur ne peut retenir une demi-journée d'absence sur les rémunérations des cadres au forfait en jours ayant cessé le travail pour une heure et demie afin de participer à un mouvement de grève (*Cass. soc.*, 4 mars 2009 n° 07-45.291 P).

Pour autant, il a été jugé que le cumul d'heures de grève à concurrence d'une demi-journée ou d'une journée peut permettre une retenue de salaire proportionnelle à la durée de l'absence (*Cass. soc.*, 13 nov. 2008, n° 06-44.608 P). En l'espèce, l'employeur avait cumulé les heures d'absences jusqu'à obtenir des demi-journées ou journées complètes, considérées comme des multiples de 3,90 heures. Le forfait en jours ne s'accommode pas en principe d'un décompte horaire, mais la Cour de cassation fait ici exception à ce principe, ce qui suppose toutefois que chaque salarié ait déclaré la durée de son absence en heures.

À NOTER

En cas d'abus du salarié, s'agissant d'un collaborateur qui, par exemple, au prétexte du forfait, ne travaillerait que quelques heures par jour, une insuffisance professionnelle pourra éventuellement être caractérisée si les objectifs fixés au salarié ne sont pas atteints par l'effet de cette durée du travail réduite.

53 INCIDENCE DES ENTRÉES ET SORTIES EN COURS D'ANNÉE SUR LE NOMBRE DE JOURS TRAVAILLÉS

Le Code du travail ne précise pas comment doit être calculé le nombre de jours travaillés d'un cadre en forfait en jours embauché en cours d'année, alors qu'il n'a pas acquis la totalité de ses congés payés.

Or le plafond légal de 218 jours a été calculé par le législateur en tenant compte des 30 jours ouvrables (ou 25 jours ouvrés) de congés payés. Deux solutions sont envisageables :

– augmenter le plafond de 218 jours à due concurrence du nombre de jours de congé non acquis tel que préconisé par l'Administration (*Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000, n° 19*).

Il faut également proratiser ce plafond en fonction de la période travaillée au cours de l'année de référence. S'il a travaillé la moitié de l'année, il devra travailler pendant 109 jours ouvrés ($218 \div 2$) jusqu'à la fin de l'année de référence, auxquels seront ajoutés les congés non acquis et d'ailleurs, à notre sens, également acquis mais non pris ;

– appliquer le plafond de 218 jours à tous les cadres en forfait en jours y compris lors de la première année d'embauche, en proratisant en fonction du nombre de mois travaillés. Le salarié qui a travaillé la moitié de l'année sera soumis, dans ce cas, à un forfait de 109 jours travaillés ($218 \div 2$).

À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la méthode à adopter.

54 TEMPS DE DÉPLACEMENT PROFESSIONNEL

◆ Principe: pas de temps de travail effectif

Par principe, le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif. Ce n'est que s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, qu'il doit faire l'objet d'une contrepartie financière ou en repos (*C. trav.*, art. L. 3121-4).

À NOTER

À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si la rémunération du forfait couvre ou non les éventuels temps de trajets excédentaires et leurs contreparties, et si la durée du travail prévue au forfait couvre les temps de déplacements professionnels.

◆ Position des juges du fond sur les salariés au forfait en jours

Ceci étant, des juridictions du fond se sont prononcées à plusieurs reprises sur l'application de ce principe aux salariés soumis à une convention de forfait en jours, que ce soit :

– pour les exclure du bénéfice de la contrepartie financière ou en repos prévue à l'article L. 3121-4 du Code du travail : s'agissant d'un salarié qui devait repasser à l'entreprise récupérer son véhicule sur ses heures de trajet qui ne pouvait pas solliciter le paiement d'heures supplémentaires ni d'heures liées aux temps de trajet. En effet, il ne réclamait pas l'annulation de la convention de forfait, ne contestait pas la validité du mode de décompte de son temps de travail, et ne démontrait pas avoir dépassé le nombre de jours annuels travaillés fixés contractuellement (*CA Grenoble, 7 juin 2018*,

n° 17/01573 ; désistement devant la Cour de cassation : *Cass. soc.*, 26 févr. 2020, n° 18-20.893) ; – pour juger que leur rémunération au titre du forfait couvrirait les temps de déplacements professionnels : s'agissant d'un salarié embauché en qualité de technicien soumis à un forfait en jours qui travaillait sur des chantiers situés dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, et plus occasionnellement dans toute la France, celui-ci faisait valoir que ses temps de trajet excédaient le temps normal pour se rendre depuis son domicile à son lieu de travail, de sorte que ce temps de trajet devait lui être rémunéré. Néanmoins, selon la Cour d'appel de Nîmes, dès lors qu'il travaillait dans le cadre d'une convention de forfait annuel en jours licite, il percevait une rémunération forfaitaire couvrant l'intégralité du temps consacré par lui à l'accomplissement de ses fonctions, y compris les temps de déplacements (*CA Nîmes*, 26 mars 2013, n° 11/02023) ; – pour juger, à l'inverse, que la rémunération versée dans le cadre d'un forfait en jours n'intègre pas automatiquement ces temps, et ne fait donc pas obstacle à l'octroi d'une contrepartie financière conformément à l'article L. 3121-4 du Code du travail : la Cour d'appel de Paris a notamment accordé une indemnité forfaitaire à un salarié au forfait en jours au titre de ses « temps de trajet inhabituels », l'employeur ne démontrant pas que la rémunération du salarié ainsi que les repos dont il a bénéficié dans le cadre de la convention de forfait en jours ont compensé ses temps de trajet inhabituels (*CA Paris*, 14 juin 2017, n° 14/04993 : 5 000 euros de contrepartie alloués à un « business development manager » se déplaçant partout en France et même à l'étranger). Concernant un temps de trajet anormalement long, cette même cour d'appel a jugé au visa de l'article L. 3121-4 du Code du travail : « en rappelant que ces temps ne pouvaient être rémunérés comme du temps de travail, les premiers juges ont fait une juste appréciation des éléments de la cause en allouant au salarié la somme de 5 000 euros en réparation du préjudice causé par cette sujétion de l'employeur » (*CA Paris*, 4 sept. 2018, n° 17/01497).

À NOTER

En pratique, nous recommandons de prévoir des dispositions dans l'accord collectif et dans la convention individuelle de forfait sur les temps de déplacements professionnels et les temps de trajets excédentaires. Il peut être prévu que ces temps sont intégrés dans le forfait de rémunération et assimilés à une sujétion déjà rémunérée, ou au contraire que ces temps ne sont pas inclus.

Cette recommandation vaut notamment pour les cadres internationaux. Il est conseillé de prévoir par voie d'accord collectif et/ou de convention individuelle, par exemple, les contreparties spécifiques aux déplacements à l'étranger : si les trajets en avion comportent ou non une part de temps de travail, la gestion des décalages horaires, des fuseaux horaires, et notamment l'application des règles de repos quotidiens et hebdomadaires dans ces situations spécifiques.

◆ Jurisprudence européenne sur les travailleurs itinérants

En ce qui concerne les professionnels de la route, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que le temps de déplacement des salariés sans lieu de travail fixe ou habituel, effectué entre le domicile et le premier ou dernier client de la journée constitue du « temps de travail » au sens de l'article 2 de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 (*CJUE*, 10 sept. 2015, *aff. C-266/14*). En l'espèce, une société espagnole installant et entretenant des systèmes de sécurité chez des clients situés en Espagne n'a qu'un bureau central à Madrid. Les salariés doivent se déplacer chaque jour de leur domicile jusqu'à leur lieu d'intervention *via* leur véhicule de fonction, alors que leur journée de travail n'est calculée qu'en fonction du temps écoulé entre leur arrivée chez le premier client et leur départ du site du dernier client.

En France, certains juges du fond ont adopté une position similaire et jugé que les temps de trajet séparant, en début de service, le domicile du salarié itinérant de son lieu de première intervention, et en fin de service, le lieu de sa dernière intervention de son domicile, constituent du temps de travail effectif (*CA Nîmes*, 23 mai 2017, n° 16/02066). Dans cette affaire, un salarié technicien SAV ne dispose pas de lieu de travail fixe ou habituel. Il est appelé à se rendre quotidiennement sur les lieux des installations techniques des clients de son employeur (stations-service, garages, etc.), situés sur une zone géographique regroupant cinq départements conformément aux instructions de son employeur, au volant d'un véhicule atelier nécessaire aux interventions techniques à réaliser. Le salarié bénéficiait à ce titre d'une prime mensuelle d'itinérance de 228,67 euros afin de tenir compte de ses temps de déplacement « parfois importants ».

◆ Jurisprudence de la Cour de cassation

De son côté, la Cour de cassation ne suit pas la position de la CJUE. Dans un arrêt du 31 mai 2018, elle conclut à la stricte application de

l'article L. 3121-4 du Code du travail excluant expressément la qualification de temps de travail effectif pour les temps de trajet du salarié itinérant (*Cass. soc.*, 31 mai 2018, n° 16-20.634 P). En l'espèce, un salarié technicien SAV itinérant est rémunéré selon un horaire fixe de 42 heures hebdomadaires, auquel s'ajoute un forfait de 16 heures hebdomadaires au titre de ses déplacements quotidiens entre son domicile et les sites du premier et dernier client désigné par l'employeur. Selon la Cour de cassation, « le temps de déplacement ne pouvait être additionné au forfait horaire hebdomadaire et, par voie de conséquence, pris en compte pour le calcul des durées quotidiennes et hebdomadaires maximales ».

Si cette décision ne concerne pas le cas spécifique des salariés au forfait en jours, elle confirme la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le temps de trajet (*Cass. soc.*, 14 nov. 2012, n° 11-18.571 P; *Cass. soc.*, 24 sept. 2014, n° 12-29.209):

- ne constitue pas du temps de travail effectif;
- ne rentre pas dans le décompte du temps de travail;
- ne peut donner lieu qu'à une contrepartie.

55 FORFAIT JOURS ET ASTREINTES

◆ Notion d'astreinte

Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 3121-9).

Cette période d'astreinte fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos.

Ni la loi ni la jurisprudence n'interdisent de soumettre un salarié en forfait en jours à un régime d'astreinte (*voir n° 9*).

◆ Indemnisation des périodes d'astreinte

En dehors des temps d'intervention, les temps d'astreinte ne sont pas considérés comme des temps de travail effectif et ne sont donc pas décomptés dans le nombre des jours travaillés, mais indépendamment.

Ainsi, les périodes d'astreinte peuvent être placées sur des journées ou des demi-journées non travaillées, sans que le temps de repos au titre de ces journées soit disqualifié par ces astreintes.

Sur la question de l'indemnisation de l'astreinte pour un salarié au forfait en jours, la Cour de cassation a jugé que tous les salariés, même ceux bénéficiant d'une rémunération forfaitaire, peuvent bénéficier des compensations prévues en contrepartie des heures d'astreinte. Celles-ci doivent donner lieu à rémunération quel que soit le niveau de responsabilité du salarié (*Cass. soc.*, 4 mai 1999, n° 96-45.453 P).

Les juridictions du fond ont adopté la même position et notamment jugé que « le fait, pour un salarié, d'être soumis à un décompte de sa durée de travail selon un forfait en jours n'est pas exclusif du paiement d'astreintes » (*CA Versailles*, 17^e ch., 20 févr. 2019, n° 16/03567). Dans une autre affaire, un salarié cadre soumis à un forfait annuel de 218 jours était en astreinte 112 jours par an. La cour d'appel a jugé que le salarié devait bénéficier d'une compensation en l'absence d'indemnisation de ces temps par l'employeur, et lui a accordé 24 235,68 euros (soit 20 % de sa rémunération journalière de 216,39 euros) au titre des cinq dernières années d'astreinte (*CA Douai*, 30 sept. 2014, n° 13/02481).

◆ indemnisation des temps d'intervention

Les temps d'intervention, au titre du déclenchement de l'astreinte, constituent du temps de travail effectif (*Cass. soc.*, 31 oct. 2007, n° 06-43.834 P). Ils doivent à ce titre être décomptés dans les jours travaillés soit en journée soit en demi-journée selon la longueur de l'intervention.

EXEMPLE

Le déclenchement de l'astreinte impliquant une intervention de trois heures pourrait donner lieu au décompte d'une demi-journée ou d'une journée travaillée, selon que l'accord collectif prévoit le décompte des jours travaillés par demi-journées ou par journées.

Sur la question de l'indemnisation des interventions menées dans le cadre d'une période d'astreinte, les juridictions du fond ont été amenées à juger que « le bénéfice d'un forfait en jour n'est pas incompatible avec la rémunération d'interventions dans le cadre d'une astreinte pendant la nuit ou les fins de semaine, soit des périodes qui, même pour un cadre soumis au forfait en jours pouvant s'organiser librement dans son travail, doivent lui permettre de dormir et de se reposer » (*CA Lyon*, 17 juill. 2019, n° 17/04573). Dans cette affaire, une salariée soumise à un forfait de 216 jours

avait réalisé au moyen du téléphone d'astreinte 102 heures d'intervention en 2014 et 2015. La cour a ordonné une indemnisation à hauteur de 3019,80 euros outre les congés payés y afférent.

56 FORFAIT JOURS RÉDUIT DANS LE CADRE D'UN CONGÉ PARENTAL

Le forfait en jours réduit peut être prévu conventionnellement (*Circ. DRT, n° 2000-07, 6 déc. 2000; voir n° 45 et s.*). Le salarié n'est alors pas considéré comme un salarié à temps partiel (*Cass. soc., 27 mars 2019, n° 16-23.800 P; voir n° 46*).

Par conséquent, l'abattement d'assiette sur les cotisations plafonnées de sécurité sociale auquel ouvrent droit les salariés à temps partiel ne s'applique pas aux salariés bénéficiant d'une convention de forfait en jours sur l'année de moins de 218 jours (*Cass. 2^e civ., 11 juill. 2013, n° 13-40.025 QPC*).

S'agissant du congé parental, aux termes de l'article L. 1225-47 du Code du travail, « pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année à la date de naissance de son enfant, adopté ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire a le droit :

- soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ;
- soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires ».

En cas de simple réduction d'activité, aucune disposition spécifique n'étant prévue pour les forfaits annuels en jours réduits, non considérés comme des temps partiels, il convient de conclure un avenant de réduction du nombre de jours travaillés.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a accordé à une salariée en forfait en jours le bénéfice de l'allocation parentale d'éducation à temps partiel, aujourd'hui prestation partagée d'éducation de l'enfant (*Cass. 2^e civ., 20 sept. 2005, n° 04-30.354 P*).

Le décret du 27 juin 2003 (*D. n° 2003-574, JO 28 juin*) a définitivement ouvert le bénéfice de l'allocation parentale d'éducation aux salariés en forfait en jours (devenue prestation partagée d'éducation de l'enfant). Ce décret n'était pas applicable à l'arrêt précité car intervenu postérieurement au litige.

57 FORFAIT JOURS ET RETRAITE PROGRESSIVE

◆ Principe

La retraite progressive permet aux personnes exerçant une activité à temps partiel de percevoir, simultanément, une fraction de leur pension de retraite (*CSS., art. L. 351-15*).

Le salarié exerçant une activité à temps partiel est celui dont la durée du travail est inférieure à la durée légale du travail ou, lorsque cette durée est inférieure à la durée légale, à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou à la durée du travail applicable dans l'établissement (*C. trav., art. L. 3123-1*).

Les salariés dont la durée de l'activité à temps partiel n'est pas décomptée en heures n'ouvrent donc, par principe, pas droit à la retraite progressive, l'activité ne répondant pas à celle prévue à l'article L. 3123-1 du Code du travail.

◆ Position de la Cnav

Selon la Cnav, sont exclus du bénéfice de la retraite progressive les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année, entendus comme étant les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne leur permet pas d'appliquer l'horaire collectif en vigueur, et les salariés dont la durée de travail ne peut être prédéterminée et disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (*Circ. Cnav n° 2018-31, 21 déc. 2018, n° 1.3.4*).

◆ Jurisprudence de la Cour de cassation

La deuxième chambre civile a rappelé, à l'occasion d'une question de constitutionnalité dénuée de caractère sérieux, qu'il n'existe pas d'interprétation jurisprudentielle constante excluant un assuré soumis au forfait en jours du dispositif de la retraite progressive (*Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 14-40.022*). Néanmoins elle a confirmé que le bénéfice de la retraite progressive est réservé aux salariés dont le temps de travail est exprimé en heures, quand bien même ceux-ci produiraient une convention de forfait prévoyant un nombre annuel de jours de travail inférieur à celui applicable dans l'entreprise aux salariés à temps complet (*Cass. 2^e civ., 3 nov. 2016, n° 15-26.276 P*).

En pratique, il reste possible pour le salarié de contourner cette interdiction de principe en renonçant au dispositif du forfait en jours pour basculer sur un aménagement du temps de travail en heures, solution complexe et peu satisfaisante.

◆ **Vers une évolution législative**

Dans un rapport intitulé « Favoriser l'emploi des travailleurs expérimentés » remis le 14 janvier 2020 au Premier ministre ainsi qu'au ministre du Travail, leurs auteurs (*Sophie Bellon, Olivier Meriaux et Jean-Manuel Soussan*) ont proposé d'étendre le dispositif de la retraite progressive aux salariés au forfait en jours (*proposition n° 25*).

En outre, dans le cadre d'une question parlementaire portant sur cette exclusion, la ministre des Solidarités et de la Santé a indiqué que « l'amélioration de la transition entre l'emploi et la retraite fait naturellement partie de la réflexion en cours, qui permettra d'élaborer les modalités les plus adaptées aux évolutions de la société, y compris pour les salariés en forfait en jours » (*JO Ass. nat., 5 févr. 2019, quest. n° 16375, p. 1183*). Le projet de loi n° 2623 du 24 janvier 2020 instituant un système universel de retraite prévoit ainsi, en son article 25, qu'à compter de 2022, la retraite progressive sera rendue accessible aux salariés dont la durée de travail est fixée par un forfait annuel en jours. Après avoir été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale début mars 2020, le projet de réforme des retraites devait arriver en première lecture au Sénat en avril 2020. En raison de l'épidémie de Covid-19, ce projet a été suspendu. Finalement, une concertation tripartite sur l'évolution du système des retraites et les conditions de travail des seniors doit être engagée prochainement.

période de douze mois consécutifs (*C. trav., art. L. 3121-64*).

Les jours travaillés et les jours de repos doivent être appréciés, calculés, décomptés et pris sur cette même période. En cas de dépassement, il n'est donc pas possible de réduire à due concurrence le forfait de l'année suivante, et il faut rémunérer les jours dépassant le forfait dans le cadre d'un dispositif dit de rachat de jours.

À défaut de prise de jours de repos, ceux-ci doivent être considérés comme perdus, sauf situation imputable à l'employeur (*Cass. soc., 18 mars 2015, n° 13-16.369 P; Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.326*).

Pour éviter ce dysfonctionnement, lié parfois à un déficit de répartition et de prévision de la charge de travail, l'Administration précise qu'il peut être fixé en complément du volume annuel de 218 jours un plafond mensuel de jours travaillés, et un suivi au mois du nombre de jours effectivement travaillés et non travaillés, sans aller trop loin dans l'exercice pour que ce plafond reste compatible avec les caractéristiques du forfait en jours impliquant une autonomie dans l'organisation du temps de travail des intéressés (*Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000, n° 25*). Il s'agit selon nous de prévoir ce dispositif par accord collectif.

En cas de dépassement du forfait en jours, l'analyse diffère selon que le salarié ait renoncé de manière formelle à ses jours de repos (dépassement prévu par la loi) ou simplement dépassé le nombre de jours prévus dans la convention de forfaits en jours sans avoir formalisé le cadre juridique de ce dépassement au cours de l'année de référence (dépassement non prévu par la loi).

DÉPASSEMENT DU FORFAIT EN JOURS

58 PRINCIPE

Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire du travail (*C. trav., art. L. 3121-62*).

Le régime des heures supplémentaires n'est donc pas applicable aux salariés soumis à un forfait en jours, puisque ce régime implique la réalisation d'heures de travail au-delà de la durée légale hebdomadaire (*C. trav., art. L. 3121-28*). Par ailleurs, le forfait en jours fonctionne sur une période de référence annuelle de douze mois, qui peut être une année civile ou toute autre

59 DÉPASSEMENT DE FORFAIT PRÉVU PAR LA LOI

◆ **Rachat des jours de repos par le salarié**

▶ **Conditions**

Le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire (*C. trav., art. L. 3121-59*).

Cette faculté offerte par la loi permet de pallier l'impossibilité, souvent constatée pour les salariés au forfait en jours, de prendre l'ensemble de leurs jours de repos compte tenu de leur charge de travail importante.

Le dispositif de rachat de jours de repos est entièrement fondé sur le volontariat du salarié. Le salarié n'a donc pas l'obligation de travailler plus de 218 jours par an, et l'employeur ne peut

l'y contraindre ou prendre de sanctions pour ce motif.

Inversement, l'employeur n'est pas tenu de faire droit à la demande de renonciation du salarié, sauf engagement unilatéral ou dispositions contractuelles ou conventionnelles opposables, plus favorables (*Circ. DSS/5B/DGT, n° 2008-46, 12 févr. 2008, NOR: SJSS0830210C, 1^{re} partie, n° 10*). Il ne nous semble à cet égard pas obligatoire de justifier des motifs du refus, mais une réponse motivée permettra d'éviter des difficultés sur le plan de l'égalité de traitement.

Un accord collectif n'est pas nécessaire pour permettre et aménager les conditions d'un dépassement. En revanche, un accord doit être formalisé par écrit (*C. trav., art. L. 3121-59; Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, NOR: MTST0880875C, fiche 14, n° 3.3*).

S'agissant de la rémunération du temps de travail supplémentaire résultant de la renonciation du salarié à des jours de repos, celle-ci donne lieu à une majoration déterminée par un avenant à la convention individuelle de forfait, et dont le taux ne peut pas être inférieur à 10 %. Cet avenant est valable pour l'année en cours et ne peut être reconduit de manière tacite (*C. trav., art. L. 3121-59*).

À NOTER

La mesure étant fondée sur le volontariat, il apparaît difficile d'envisager dès la conclusion du contrat ou par avenant ultérieur un rachat systématique des jours de repos du salarié. Une clause pourrait néanmoins valablement envisager les modalités dudit rachat, à charge pour le salarié de formuler sa demande ultérieurement.

En pratique, outre la possibilité de convenir d'un avenant à la convention de forfait, il est tout à fait envisageable de mettre à la disposition des salariés des formulaires de demande de rachat de jours, qui pourront caractériser l'écrit requis par le Code du travail une fois la demande validée par l'employeur.

Il n'est pas non plus exclu que le salarié puisse, selon nous, effectuer plusieurs demandes au cours d'une même année, ce que l'Administration avait notamment admis pour le rachat de JRTT (*Circ. DSS/5B/DGT n° 2008-46, 12 févr. 2008, 1^{re} partie, n° 22*).

► Méthode de calcul de la rémunération des jours de repos auxquels le salarié a renoncé

Deux étapes permettent de calculer la rémunération de ce temps de travail supplémentaire :

Modèle d'avenant à la convention individuelle de forfait sur le rachat de jours de repos

Conformément à l'article L. 3121-59 du Code du travail lui ouvrant cette possibilité, M... a exprimé le souhait de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire, soit ... jours. Cet avenant à la convention individuelle de forfait formalise l'accord entre M... et la société à ce sujet. La majoration de salaire applicable à ce temps de repos supplémentaire est de ... %. (au minimum 10 %). Cet avenant est valable pour l'année en cours. Il ne peut être reconduit de manière tacite.

➔ étape 1 : calcul du salaire journalier

Il convient de se référer aux dispositions conventionnelles ou contractuelles qui évoquent un mode opérateur lorsque c'est le cas.

En l'absence de toute précision sur ce point, il convient selon nous de diviser la rémunération annuelle brute, appréciée à la date de paiement, par le nombre de jours auxquels la rémunération se rapporte en tenant compte des congés et des jours fériés chômés payés, soit 252 jours payés pour un forfait de 218 jours travaillés (218 + 25 jours de congés payés + 9 jours fériés).

EXEMPLE

Pour une rémunération annuelle égale à 50 000 euros, sur une période annuelle qui compte neuf jours fériés chômés et payés, le salaire journalier d'un salarié dont le forfait est fixé à 218 jours peut être selon nous calculé de la manière suivante :

50 000 euros ÷ (218 jours de travail + 25 jours de congés payés + 9 jours fériés) = 198,41 euros.

➔ étape 2 : calcul de la rémunération des jours de repos auxquels le salarié a renoncé

Une fois le montant du salaire journalier calculé, la rémunération peut être déterminée par la formule suivante :

Rémunération journalière X nombre de jours de repos auxquels le salarié a renoncé X taux de majoration = rémunération des jours de repos renoncés.

À NOTER

Dans les entreprises de moins de 20 salariés, la rémunération majorée des jours de travail effectués au-delà de 218 jours ouvre droit à une déduction forfaitaire de cotisations patronales (CSS, art. L. 241-18, II).

► **Combien de jours peuvent être rachetés ?**

L'article L. 3121-59 du Code du travail ne fixe pas un nombre maximal de jours de repos rachetables. Dans la mesure où il est fait état d'une renonciation par le salarié à seulement « une partie de ses jours de repos », le rachat ne semble pas pouvoir concerner la totalité des jours de repos.

L'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours peut fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos (C. trav., art. L. 3121-64).

À défaut de précision dans l'accord, le nombre maximal de jours travaillés dans l'année est de 235 (C. trav., art. L. 3121-66).

Ce nombre de 235 jours fixé par la loi n'a qu'une valeur supplétive. Il n'est donc pas exclu que les accords aillent plus loin, en particulier dans les branches ayant des besoins particuliers à certains moments. Ce plafond fixé par accord collectif s'impose à l'employeur (Circ. DSS/5B/DGT n° 2008-46, 12 févr. 2008, 1^{re} partie, n° 7).

Pour autant, le législateur encadre le nombre de jours, fixé par accord collectif, pouvant être rachetés. En effet, ce nombre de jours doit rester compatible avec les dispositions du Code du travail relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire, aux jours fériés chômés dans l'entreprise et aux congés payés (C. trav., art. L. 3121-64).

Ainsi, s'il appartient à l'accord collectif de fixer le nombre maximal de jours travaillés, cela reste donc dans la limite d'un plafond théorique qui, selon les obligations en matière de repos quotidien et hebdomadaire, de jours fériés chômés et de congés payés, serait de 282 jours (Rapport Sénat, 1^{er} juin 2016, n° 661 p. 91-92) :

365 jours (nombre de jours dans l'année) – 30 jours (5 semaines de congés payés) – 52 jours (nombre de dimanches ou repos hebdomadaire dans l'année) – 1 jour (1^{er} mai, jour férié chômé obligatoire) = 282 jours.

Dans l'hypothèse où l'accord collectif ne fixe pas de nombre annuel maximal de jours travaillés, le salarié dont le forfait prévoit une durée annuelle de 218 jours peut renoncer au maximum à 17 jours de repos, car il ne peut pas dépasser le plafond légal de 235 jours (C. trav., art. L. 3121-66; Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, Fiche 14, n° 3.3).

◆ **Affectation des jours de repos dans un compte épargne-temps (CET)**

Il est également possible de transférer ces jours de repos dans un compte épargne-temps (CET) (C. trav., art. L. 3151-1 et s.). Par définition, le fait pour un salarié d'épargner des jours de repos va le conduire à dépasser le nombre de jours fixés dans le forfait.

► **Modalités prévues par l'accord collectif**

Si un tel transfert est possible, cette possibilité doit être prévue dans l'accord collectif instituant le forfait en jours. Il suppose par ailleurs qu'un compte épargne-temps ait été mis en place dans l'entreprise et que l'accord lui servant de support ait prévu une telle source d'alimentation.

Le transfert s'effectue alors selon les règles fixées par cet accord, et peut aboutir au rachat des jours de repos par le dispositif de monétisation du CET.

EXEMPLES

Un accord peut préciser :

– qu'à l'occasion de la prise effective des droits épargnés en jours ouvrés, la société en abondera à hauteur de 4 % pour les périodes épargnées au cours des quatre années précédant la prise du congé, 10 % pour les périodes épargnées au-delà de quatre ans, le nombre de congés résultant des calculs étant toujours arrondi au jour supérieur (CA Paris, 9 janv. 2019, n° 17/02085) ;

– que les parties s'accordent sur le nombre de jours (42 jours) figurant sur le compte épargne-temps et qu'en l'absence de disposition prévoyant la majoration de ces jours, leur indemnisation doit se faire sur la base d'un salaire journalier de 349,72 euros (CA Caen, 2 déc. 2016, n° 14/00783).

► **En l'absence de précisions de l'accord**

Si l'accord instituant le forfait en jours ne prévoit pas de mécanisme de monétisation, la loi ne précise pas comment s'effectue l'indemnisation. Dans cette hypothèse, celle-ci devrait selon nous se faire sur la base des règles habituelles de valorisation des droits affectés dans le CET, et qui ont été nécessairement fixées dans l'accord collectif.

Ainsi, selon l'Administration, « les jours de repos affectés sur un CET qui font l'objet d'une monétisation seront rémunérés au salarié sur la base de la valeur de la journée de repos calculée au moment de cette liquidation partielle du CET, en tenant compte des modalités de gestion des droits prévues par l'accord collectif mettant en place le dispositif qui peut prévoir des modalités particulières de valorisation. En l'absence d'accord prévoyant les modalités de valorisation de la journée, la valeur de cette dernière est

appréciée à la date du paiement » (*Circ. DSS/5B/DGT n° 2008-46, 12 févr. 2008, 1^{re} partie, n° 15*). La question reste ouverte de savoir si l'affectation au CET peut entraîner un dépassement du nombre maximal de jours travaillés de 235 jours, ou du niveau fixé conventionnellement. Textuellement, la limite des 235 jours visée à l'article L. 3121-66 du Code du travail n'est prévue que pour l'hypothèse de la renonciation prévue à l'article L. 3121-59 et non à l'affectation au compte épargne-temps prévue à l'article L. 3151-2. La réponse serait donc *a priori* positive.

Notons néanmoins que, selon la circulaire de la DGT du 13 novembre 2008 : « Dans les conditions fixées par l'accord collectif, les salariés peuvent stocker dans le compte autant de jours de congé ou de repos qu'ils le souhaitent. Ils peuvent notamment librement affecter au compte, dans les proportions retenues par l'accord collectif : [...] les jours de repos accordés aux cadres et salariés autonomes soumis à un forfait annuel en jours ou des heures de travail effectuées au-delà de la durée prévue par la convention individuelle de forfait dans le respect de la limite du nombre maximal de jours travaillés fixée par l'accord collectif ou, à défaut, de la limite légale de 235 jours » (*Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, fiche 13, n° 2*).

60 DÉPASSEMENT EN DEHORS DES CAS PRÉVUS PAR LA LOI: INDEMNISATION SELON LE PRÉJUDICE SUBI

Le dépassement par le salarié du nombre de jours de travail prévu dans sa convention individuelle de forfait ouvre en revanche droit à une indemnisation en fonction du préjudice subi eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à sa qualification (*C. trav., art. L. 3121-61*).

Le dépassement du nombre de jours de travail prévu dans la convention ne la rend pas nulle ou sans effet (*Cass. soc., 24 oct. 2018, n° 17-12.535*). L'indemnité n'est due que dans la mesure où le forfait en jours est licite (*Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.876 P*).

Une indemnisation au titre du dépassement du volume de jours prévu dans la convention individuelle de forfait ne saurait donc se cumuler avec une éventuelle demande d'heures supplémentaires (*CA Nancy, 22 déc. 2017, n° 15/02190*). De même, tout dépassement ne saurait donner lieu à un rappel de salaires assorti de la majora-

tion minimale de 10 % prévue par le dispositif de rachat de jours de repos, qui doit résulter d'une renonciation volontaire du salarié. Le préjudice doit donc être souverainement évalué par les juges du fond (*Cass. soc., 7 déc. 2010, n° 09-42.626 P*: arrêt rendu sous l'empire de la loi du 31 mars 2005 ayant prévu de manière temporaire ce dispositif de rachat, mais transposable au dispositif institué par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008).

La charge de la preuve des jours travaillés fixés par la convention de forfait en jours ne repose pas sur le seul salarié, il appartient à l'employeur de fournir tout élément de nature à justifier les jours effectivement travaillés par le salarié (*Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-41.377 P*; *Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-45.361*).

Les juges du fond ont été amenés à traiter la question de ce dépassement, hors cas prévus par la loi, d'une manière essentiellement indemnitaire :

– 7 395,83 euros à titre de l'indemnité de dépassement de la convention de forfait en jours s'agissant d'un salarié qui démontrait un dépassement de son forfait en jours à hauteur de 103 jours entre 2006 et 2009. Le salarié réclamait l'application d'une majoration de 25 % au titre de ces jours travaillés, que l'employeur ne contestait pas (*CA Versailles, 16 oct. 2019, n° 17/02230*) ;

– 9 500 euros à titre d'indemnité s'agissant d'un salarié ayant travaillé 243 jours entre le 5 mai 2008 et le 23 mars 2009, alors que son forfait en jours était de 213 jours (*CA Versailles, 5 oct. 2011, n° 10/03171*) ;

– 7 700 euros à titre d'indemnité pour un salarié ayant travaillé 66 jours supplémentaires entre 2010 et 2012, alors que son forfait en jours était de 215 jours (*CA Paris, 2 nov. 2016, n° 14/08165*).

En pratique, à défaut de rachat ou de positionnement des jours de repos non pris sur le compte épargne-temps, l'indemnisation du salarié peut certes passer par une condamnation judiciaire. Pour autant, rien n'interdit au salarié et à l'employeur de conclure un accord, notamment transactionnel, pour convenir du niveau d'indemnisation dû, qui en pratique pourra être tout à fait comparable au dispositif de rachat légal.

CONTRÔLE ET PREUVE DES JOURS DE TRAVAIL ET DE REPOS

61 CONTRÔLE DE LA DURÉE DU TRAVAIL DES SALARIÉS AU FORFAIT EN JOURS

◆ Modalités de suivi fixées par accord collectif

Le contrôle de la durée du travail des salariés soumis à une convention de forfait en jours peut s'effectuer au travers de l'accord collectif prévoyant les modalités selon lesquelles :

- l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- 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 et sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;
- le salarié peut exercer son droit à la déconnexion (*C. trav.*, art. L. 3121-64).

◆ Modalités de suivi déterminées par l'employeur

L'absence de ces mentions, issues de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dans les accords collectifs conclus avant le 10 août 2016 ne remet pas en cause les conventions de forfait conclues sur la base de ces accords collectifs, à la condition que l'employeur pallie cette absence en mettant en place les modalités prévues par l'article L. 3121-65, I du Code du travail (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, III, JO 9 août*).

En effet, à défaut de stipulation conventionnelle relative aux modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié au forfait, les dispositions suivantes doivent être observées (*C. trav.*, art. L. 3121-65 ; voir n° 33).

En effet, l'employeur doit :

- établir un document de contrôle faisant apparaître la date et le nombre de journées ou de demi-journées travaillées. Sous sa responsabilité, ce document peut être renseigné par le salarié, notamment pour les télétravailleurs ;
- s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;
- organiser une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, l'organisation de son travail, l'articulation entre son

activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération ;

- définir les modalités d'exercice du droit à la déconnexion du salarié (*voir n° 28*).

En pratique, le contrôle de la durée du travail du salarié soumis à une convention de forfait en jours nécessite une vigilance permanente de l'employeur, et peut s'opérer aux moyens :

- d'un relevé informatisé du nombre de jours réellement travaillés et des jours de repos, renseignés par le salarié et suivi régulièrement par l'employeur afin de pouvoir remédier rapidement à d'éventuelles anomalies (surcharge de travail périodique ou prolongée) ;
- de l'organisation d'entretiens périodiques, distincts de l'entretien annuel d'évaluation, portant spécifiquement sur la charge de travail du salarié, l'organisation de son travail, l'adéquation entre sa vie professionnelle et personnelle, ainsi que sa rémunération.

◆ Peut-on contrôler le respect des temps de travail et de repos via un dispositif de badgeuse ?

S'agissant des cadres en forfait en jours, la question est délicate dans la mesure où ce dispositif a pour objet de réaliser un décompte horaire de la durée du travail. Un système de pointage, appliqué à ces salariés, a donc pour effet de dénaturer l'objet même du forfait en jours. Seul un relevé du nombre de jours ou de demi-journées doit donc être dressé pour ces salariés conformément à l'article D. 3171-10 du Code du travail.

Toutefois, certaines entreprises adaptent le système de pointage en limitant l'action des salariés en forfait en jours au badgeage en entrée, afin de comptabiliser un jour de travail, à l'exclusion de tout relevé d'heures.

Il peut également être soutenu que l'intégration des salariés en forfait en jours dans un système de pointage n'a pas pour finalité le contrôle de l'activité des salariés et de la réalisation d'un certain nombre d'heures, mais a uniquement pour objet de garantir le respect des exigences de sécurité et de santé des travailleurs.

◆ Quelles sont les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées ?

La durée du travail des salariés soumis à un forfait en jours doit être décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié (*C. trav.*, art. D. 3171-10).

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, la convention ou l'accord collectif devait préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées (*C. trav., art. L. 3121-45 ancien*). Si cette précision n'a pas été reprise par le législateur, les partenaires sociaux peuvent toujours continuer de prévoir une telle disposition, à défaut de quoi le décompte se fera obligatoirement en journées.

◆ Comment comptabiliser une intervention ne couvrant pas la totalité d'une journée ou d'une demi-journée ?

Le forfait en jours repose sur l'abandon d'une logique de décompte des heures de travail effectif. Indépendamment du nombre d'heures travaillées pendant la journée ou la demi-journée, la comptabilisation pourra donc aboutir à décompter une journée ou pourra éventuellement ne conduire au décompte que d'une demi-journée si l'accord prévoit également cette possibilité et si l'intervention n'a pas dépassé cette durée (*Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000, n° 22*). À cet égard, toute journée comportant pour partie du temps de travail, même dans des proportions très faibles, doit être comptabilisée comme un jour travaillé, sauf si la prise effective d'une demi-journée de repos est identifiée (*Rapport Ass. nat. n° 1826, p. 169*).

◆ Sous quelle forme le décompte de l'employeur peut-il être réalisé ?

Dans tous les cas, il appartient à l'employeur de tenir un décompte du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié. L'employeur doit tenir à la disposition de l'agent de contrôle de l'inspection du travail, pendant une durée de trois ans, le ou les documents existant dans l'entreprise ou l'établissement permettant de comptabiliser le nombre de jours de travail effectués par les salariés concernés par ces conventions de forfait (*C. trav., art. L. 3171-3; C. trav., art. D. 3171-16, 3°*).

La récapitulation pourra être réalisée à partir de tout support (*Circ. min. n° 2000-003, 3 mars 2000, fiche n° 11*).

Compte tenu des exigences de la Cour de cassation (notamment : *Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 P; Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-22.890 P; voir n° 71 et s*), il est préférable de préciser dans l'accord que le document de contrôle :

– fera apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que la qualification des jours non

travaillés en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail ;

– sera établi en deux exemplaires, un pour chacune des parties ;

– sera complété au fur et à mesure de l'année ;

– sera visé chaque semaine par le salarié, puis par l'employeur ou son représentant.

62 CHARGE DE LA PREUVE DES JOURS TRAVAILLÉS

Le Code du travail ne fixe pas les règles de preuve relatives à l'existence ou au nombre de jours travaillés dans le cadre d'un forfait annuel en jours. En cas de litige sur ce point, la Cour de cassation applique le régime de la preuve prévu par l'article L. 3171-4 du Code du travail relatif aux litiges portant sur l'existence ou le nombre d'heures travaillées : la charge de la preuve est donc partagée entre l'employeur et le salarié.

Ainsi, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier des jours effectivement travaillés 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.

La preuve n'incombe donc spécialement à aucune des parties et le juge ne peut, pour rejeter une demande de paiement de jours travaillés, se fonder sur l'insuffisance des preuves uniquement apportées par le salarié (*Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-41.377*).

Dans un litige où l'employeur ne justifiait pas des jours effectivement travaillés par le salarié, alors que ce dernier faisait valoir qu'il avait travaillé un samedi sur deux en alternance avec l'employeur, le juge a retenu l'existence de jours travaillés au-delà de la durée annuelle prévue par la convention de forfait en jours (*Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 10-15.050*).

Aussi, le seul défaut de contresignature par le supérieur hiérarchique du document autodéclaratif du salarié (prévu par la convention collective des casinos) ne suffit pas à interdire au salarié de réclamer le paiement des jours qu'il estime avoir travaillés au-delà de son forfait (*Cass. soc., 7 déc. 2010, n° 09-42.626 P*).

63 CHARGE DE LA PREUVE DU RESPECT DES STIPULATIONS DE L'ACCORD COLLECTIF

La Cour de cassation a jugé, s'agissant d'un salarié en forfait en jours qui réclamait le paie-

ment d'heures supplémentaires au motif que sa convention individuelle était privée d'effet, qu'il incombe à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a respecté les stipulations de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés soumis au régime du forfait en jours. Dès lors qu'il n'était pas établi par l'employeur que le salarié avait été soumis à un moment quelconque à un contrôle de sa charge de travail et de l'amplitude de son temps de travail, la convention de forfait en jours était sans effet, de sorte que le salarié était en droit de solliciter le règlement de ses heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 19 déc. 2018, n° 17-18.725 P). Cette solution se démarque de la jurisprudence née autour du mode de preuve partagée entre employeurs et salariés, issue de l'article L. 3171-4 du Code du travail, et se justifie dans la mesure où :

- l'article L. 3121-60 du Code du travail dispose que l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ;
- la preuve du respect des durées maximum de travail ou des temps de pause, inhérents à la protection de la santé et de la sécurité des salariés, incombe à l'employeur. Il en est de même pour les dispositions de l'accord collectif qui ont pour finalité cette même protection de la santé du salarié.

64 SANCTION APPLICABLE EN CAS DE NON-RESPECT DES STIPULATIONS DE L'ACCORD COLLECTIF

◆ Inopposabilité de la convention individuelle de forfait

L'employeur qui ne respecte pas les dispositions de l'accord collectif relatives à l'exécution de la convention de forfait en jours n'a pas pour effet de rendre la convention individuelle de forfait en jours nulle (*Cass. soc.*, 22 juin 2016, n° 14-15.171 P).

S'il ne démontre pas qu'il a respecté effectivement les dispositions de l'accord collectif en matière de contrôle de la durée du travail du salarié soumis à un forfait en jours, la convention individuelle de forfait est sans effet à l'égard du salarié qui pourra solliciter un rappel d'heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 25 janv. 2017, n° 15-21.950 ; *Cass. soc.*, 19 déc. 2018, n° 17-18.725 P).

Cette sanction ne joue *a priori* que pour la période au titre de laquelle les stipulations conventionnelles n'ont pas été observées. La

convention individuelle n'est donc pas nulle et reprendra effet à partir du moment où l'employeur observera les stipulations conventionnelles relatives au contrôle de la durée du travail. Il doit être noté que certains juges du fond vont plus loin encore en jugeant, par exemple, que l'absence totale d'entretien entraînerait la nullité de la convention de forfait en jours (*CA Paris*, 12 févr. 2020, n° 17/12608).

◆ Paiement de dommages-intérêts

L'employeur encourt aussi :

- le paiement de dommages-intérêts pour manquement au droit au repos ;
- éventuellement le paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans l'hypothèse où le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur (*Cass. soc.*, 26 sept. 2012, n° 11-14.540 P).

◆ Condamnation au titre de l'infraction de travail dissimulé

En cas de travail dissimulé, l'employeur encourt :

- la suppression du bénéfice de toute mesure d'exonération ou de réduction des cotisations de sécurité sociale, des cotisations dues au titre des régimes de retraite complémentaire légalement obligatoires et des contributions d'assurance chômage, Fnal et solidarité autonomie (*CSS*, art. L. 133-4-2 ; *Circ. intermin.*, n° 2009-124, 15 mai 2009, NOR : MTSS0910556C). Ces sanctions s'appliquent dès lors que le délit de travail dissimulé est établi, même si l'employeur n'est pas poursuivi pénalement (*Cass. 2^e civ.*, 10 oct. 2013, n° 12-26.123 P) ;
- le paiement d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire (*C. trav.*, art. L. 8223-1) ;
- trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (*C. trav.*, art. L. 8224-1).

◆ Fermeture d'établissement et exclusion des contrats administratifs

En cas de reconnaissance du travail dissimulé, le préfet de département (le préfet de police à Paris) ayant connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction de travail dissimulé, peut, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés et en fonction de la situation économique et financière de l'employeur, ordonner par décision motivée :

- la fermeture temporaire de l'établissement pour une durée de trois mois maximum (*C. trav., art. L. 8272-2*);
- l'exclusion des contrats administratifs pour une durée de six mois maximum (*C. trav., art. L. 8272-4*).

RÉMUNÉRATION

65 NOTION DE RÉMUNÉRATION EN RAPPORT AVEC LES SUJÉTIONS LIÉES AU FORFAIT EN JOURS

La loi ne fixe pas de salaire minimum pour les salariés en forfait en jours.

La rémunération stipulée dans la convention de forfait en jours est fixée librement par les parties, sous réserve de dispositions conventionnelles de branche ou d'entreprise prévoyant des niveaux minima de salaire pour être éligible au forfait annuel en jours.

Ceci étant, lorsque le salarié perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées par son employeur, il peut, nonobstant toute clause conventionnelle ou contractuelle contraire, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à sa qualification (*C. trav., art. L. 3121-61*).

66 EXEMPLES JURISPRUDENTIELS

◆ Rémunération en rapport avec les sujétions imposées

La rémunération du salarié a été jugée en rapport avec les sujétions imposées par l'employeur liées au forfait en jours lorsque le salarié :

- a bénéficié d'une augmentation de 125 euros bruts mensuels, pour avoir travaillé 224 jours par an, et avoir ainsi perdu six jours de repos par an (*CA Versailles, 17^e ch., 13 nov. 2019, n° 17/01085*);
- a perçu une rémunération de 9 427 euros pour le poste de Directeur des Partenaires pour l'Europe, le Moyen-Orient et l'Afrique exécutant 50 heures de travail hebdomadaire entre autres voyages, déplacements à l'étranger, meetings et réunions (*CA Versailles, 5 nov. 2014, n° 13/02566*);

- a perçu une rémunération supérieure à environ 52 % du salaire conventionnel minimal dans le cadre d'une promotion suite à une réorganisation n'entraînant aucune sujétion supplémentaire par rapport au poste précédemment occupé, et dont la durée de travail était généralement inférieure à 43 heures hebdomadaires (*CA Bourges, 8 févr. 2019, n° 17/00741*);
- ne démontre pas l'existence d'une surcharge de travail autre que le seul accomplissement d'heures au-delà de la durée légale de travail hebdomadaire. L'écart modeste entre sa rémunération et celle d'un autre agent de maîtrise bénéficiant d'un coefficient identique, tel que calculé par le salarié, ne permet pas de caractériser une rémunération qui ne soit pas en rapport avec les sujétions imposées par l'employeur (*CA Douai, 29 mai 2019, n° 17/00118*).

◆ Rémunération sans rapport avec les sujétions imposées

En revanche, a été jugé manifestement sans rapport avec les sujétions imposées au salarié :

- le fait de ne pas prendre en compte dans la rémunération du salarié qu'il travaillait de manière habituelle le dimanche et les jours fériés tel que prévu dans son contrat de travail au moment de l'embauche (*Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.876 P*), ou que le salarié travaillait de façon récurrente les dimanches et samedis en sus de sa semaine de travail alors qu'une surcharge de travail ou du moins des difficultés d'articulation entre vie professionnelle et familiale existaient nécessairement (*CA Lyon, 24 janv. 2019, n° 17/02604*; dans le même sens : *CA Versailles, 10 juill. 2014, n° 13/02511*);
- le fait d'avoir travaillé 296 jours en 2003, 291 jours en 2004 et 248 jours en 2005 et de n'avoir pas pu bénéficier de l'intégralité des congés payés, jours fériés et repos hebdomadaires, dont la rémunération était fixée à 3 811,23 euros puis à 4 518 euros (*Cass. soc., 7 déc. 2010, n° 09-42.626 P*; sur renvoi après cassation : *CA Lyon, 24 sept. 2012, n° 11/00486*);
- le versement de 18 euros par nuit pour compenser les sujétions occasionnées par une nuit de garde de 8 ou 10 heures, le salarié de garde devant assumer la réception des clients ayant des difficultés pour entrer dans l'hôtel, ramener le calme, répondre aux clients cherchant leurs chambres, et veiller à la sécurité incendie (*CA Grenoble, 25 mars 2014, n° 12/05021*);
- le défaut de rémunération d'un salarié pour la veille permanente qu'il assurait en vue d'infor-

mer sa hiérarchie des incidents, cette dernière pouvant s'adresser au salarié quelle que soit l'heure du jour ou de la nuit (CA Paris, 29 juin 2016, n° 13/09452).

67 FORFAIT JOURS ET ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Les salariés bénéficiant d'un forfait annuel en jours ne sont pas soumis à la durée légale hebdomadaire de travail, ni à la durée quotidienne et hebdomadaire maximale de travail (C. trav., art. L. 3121-62).

Il se peut que dans une même entreprise, certains salariés soient au forfait en jours tandis que d'autres qui occupent un même emploi et une même rémunération soient soumis à la durée légale de travail.

Si l'amplitude horaire des salariés soumis à un forfait en jours est comparable à celle des salariés soumis à la durée légale du travail, il semble difficile, selon nous, de pouvoir soulever l'existence d'une différence de traitement entre ces salariés.

En revanche, dans le cas contraire, cette situation pourrait, selon nous, amener les juridictions à juger que la rémunération versée au salarié au forfait en jours est sans rapport avec les sujétions imposées par son employeur (C. trav., art. L. 3121-61).

À NOTER

Il appartient au salarié qui dénonce une différence de traitement par rapport à d'autres salariés placés dans la même situation de soumettre au juge les éléments susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération. L'employeur doit quant à lui rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence de traitement (Cass. soc., 25 mai 2005, n° 04-40.169 P).

OBLIGATION DE RÉGULER LA CHARGE DE TRAVAIL

Un contrôle imposé par le législateur

68 OBLIGATION LÉGALE

Plusieurs obligations pèsent sur l'employeur en matière de contrôle de la charge de travail des salariés. Tout d'abord, le législateur impose à l'employeur de s'assurer régulièrement que la

charge de travail du salarié en forfait en jours est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail (C. trav., art. L. 3121-60).

L'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours doit fixer les modalités selon lesquelles :

- l'employeur doit assurer l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- 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 (C. trav., art. L. 3121-64).

En cas d'accord collectif incomplet, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue si 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 ;
 - s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;
 - 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 ; voir n° 33).
- En outre, il incombe à l'employeur de contrôler l'activité du salarié, non sous l'angle de son pouvoir de direction, mais sous l'angle de sa responsabilité en matière de santé et de sécurité au travail, telle que prévue à l'article L. 4121-1 du Code du travail.

L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent :

- des actions de prévention des risques professionnels ;
- des actions d'information et de formation ;
- la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

Aussi, l'employeur doit veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes (C. trav., art. L. 4121-1).

69 ABSENCE DE DÉFINITION DU CODE DU TRAVAIL

Malgré la récurrence de la notion de « charge de travail » aux articles L. 3121-60, L. 3121-64 et

L. 3121-65 précités, le Code du travail ne définit pas cette notion pourtant essentielle au régime des forfaits annuels en jours.

Les dispositions du Code du travail se cantonnent à la définition de la durée du travail. Ainsi, l'article L 3121-1 du Code du travail prévoit que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles.

Les articles L. 3121-16 et suivants sont consacrés aux durées maximales de travail et aux pauses, ainsi qu'aux heures supplémentaires. Or ces dispositions ne sont pas applicables aux salariés au forfait en jours, ces derniers ne sont pas soumis à des horaires de travail et, par définition, ne peuvent pas effectuer d'heures supplémentaires. Malgré l'absence de tout contrôle des horaires de travail propre au forfait en jours, l'employeur doit parvenir à contrôler la charge de travail de ces salariés.

70 DÉFINITIONS HORS CADRE LÉGAL

◆ Définition courante

Selon la définition du dictionnaire *Larousse* :

- la charge est ce qui pèse, ce qui coûte ;
- et le travail est l'activité de l'homme appliqué à la production, à la création, à l'entretien de quelque chose.

◆ Analyse de l'Anact

Comme le rappelle l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (Anact) dans son guide publié en 2016, il ressort du forfait en jours une véritable obligation d'évaluer la charge de travail des salariés et d'insérer cette préoccupation dans leur activité quotidienne (*Guide Anact, 10 questions sur la charge de travail, 19 oct. 2016, p. 8*).

Mais il n'est pas aisé de définir la notion de charge de travail, celle-ci apparaissant comme une notion subjective. L'Anact la décrit ainsi : « la perception que chacun a de sa propre charge de travail peut varier fortement en fonction des contextes de travail, des moyens à la disposition des salariés, des formes de coopérations, de la capacité d'influencer les choix d'organisations et d'assurer une reconnaissance pour les efforts accomplis.

Cette réalité confère au management de proximité un rôle crucial dans la mise en adéquation des objectifs de performance avec les

ressources dont disposent les salariés pour accomplir leurs tâches. La charge de travail est au cœur de cette relation. [...] L'enjeu est de permettre une régulation de la charge de travail, c'est-à-dire de maîtriser les débordements et les excès de celle-ci ».

Afin de caractériser ce qui détermine concrètement la charge de travail, l'Anact conseille de se fonder sur « le contenu du travail, son organisation, les multiples contraintes vécues dans l'activité, les ressources disponibles, les modalités de coopération et même la possibilité de rétroagir vers une prescription qui ne prend pas suffisamment en compte les péripéties quotidiennes du travail réel, etc. C'est l'interaction entre le travail réel (ce qui est fait en situation), la tâche théorique et les objectifs (ce qui doit être fait) et l'environnement du salarié qui peut permettre d'élucider les déterminants de la charge de travail et d'approcher au mieux sa réalité ».

(*Guide Anact, 10 questions sur la charge de travail, 19 oct. 2016, p. 11*).

◆ Rapport Mettling

En 2015, dans le cadre d'un rapport destiné à la ministre du Travail portant sur l'effet de la transformation numérique sur le travail, Bruno Mettling énonçait que « si, hier, la charge de travail physique était mesurable, il n'existe pas encore de système connu et reconnu pour mesurer précisément la charge mentale (informationnelle, communicationnelle) d'un travailleur du savoir. Il reste néanmoins possible de veiller au respect de l'équilibre entre la mission demandée et les moyens associés/le délai à respecter » (*Transformation numérique et vie au travail, Bruno Mettling, sept. 2015, n° 2.1.2.1*).

◆ Charge de travail et dépassement du forfait en jours

De tous ces éléments, faut-il comprendre que le salarié au forfait en jours doit pouvoir objectivement réaliser sa mission dans le forfait prévu, avec les moyens et outils adéquats fournis par son employeur, qui doit mettre tout en œuvre pour, d'une part, assurer la santé physique et mentale de son collaborateur et, d'autre part, lui assurer un équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ?

Mais il ne faut pas confondre charge de travail et dépassement du forfait en jours : un salarié peut dépasser le forfait en jours prévu contractuellement sans pour autant être en surcharge de travail. Ainsi, la Cour de cassation juge que la

circonstance que le cadre dépasse le nombre de jours prévus par le forfait n'emporte ni la nullité de la convention de forfait ni son absence d'effet (*Cass. soc.*, 24 oct. 2018, n° 17-12.535 : s'agissant d'une salariée dont le forfait en jours est fixé à 218 jours mais qui a travaillé 234 jours en 2011, 221 jours en 2012, et 224 jours en 2013).

Les exigences de la Cour de cassation

71 UN CONTRÔLE EFFECTIF ET RÉGULIER

Depuis plusieurs années, la Cour de cassation effectue un contrôle strict des dispositions conventionnelles instituant le forfait en jours. Elle vérifie l'existence de garanties suffisantes pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés concernés. Le suivi de la charge de travail doit être effectif et régulier. Dès 2011, la Cour de cassation affirme que les accords collectifs instituant les forfaits en jours doivent préserver le droit des salariés à la santé et au repos. Ils doivent contenir des mesures garantissant le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journalier et hebdomadaire, et comporter des dispositions suffisantes en matière de suivi de la charge de travail et de l'amplitude des journées d'activité des salariés (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-71.107 P ; voir n° 2, 3 et 33).

72 UN SUIVI PERMETTANT DE REMÉDIER À LA CHARGE DE TRAVAIL EN TEMPS UTILE

Il faut en conséquence contrôler la charge de travail mais, ajoute la Cour de cassation, de telle façon que l'employeur puisse remédier à cette charge de travail en temps utile. Elle se montre d'ailleurs très exigeante sur la notion de « temps utile ». Ainsi, ne permettent pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, les stipulations de l'accord collectif qui prévoient :

- un suivi de la durée individuelle du travail dans un cadre annuel avec, autant que faire se peut, l'organisation d'un point chaque trimestre par la direction et la possibilité, en cas d'un solde créditeur ou débiteur trop important, de réguler la situation au cours du trimestre suivant (*Cass. soc.*, 8 nov. 2017, n° 15-22.758 P : s'agissant de la convention collective nationale des avocats salariés) ;

- que les salariés au forfait en jours établissent eux-mêmes un relevé mensuel de leur activité où doivent être indiqués les jours et demi-journées travaillés et non travaillés, qu'ils signent en fin de mois et remettent à la direction. Chaque mois, le nombre de jours et demi-journées travaillés récapitulés sont cumulés afin de vérifier qu'en fin de période annuelle ne soit pas dépassé le nombre maximum de 215 jours travaillés dans l'année tel que fixé dans l'accord (*Cass. soc.*, 13 juin 2018, n° 17-14.589). En l'espèce, la vérification des relevés en fin d'année ne permet pas de remédier en temps utile à une éventuelle surcharge de travail ;

- 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. 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, 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 cinq ans (*Cass.* 6 nov. 2019, n° 18-19.752 P) ;
- que chaque salarié saisira son temps de travail hebdomadaire dans un système de gestion des temps, qu'un état récapitulatif du temps travaillé par personne sera établi chaque mois pour le mois M-2 et remis à sa hiérarchie et qu'une présentation sera faite chaque année au comité de suivi de cet accord, dès lors que l'accord ne prévoit pas un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs qui lui sont transmis (*Cass. soc.*, 5 oct. 2017, n° 16-23.106 P) ;

- 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 (ce document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur), et que le salarié au 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, ainsi que l'amplitude de ses journées d'activité (*Cass. soc.*, 19 janv. 2018, n° 16-15.124 P).

Sans évoquer la notion de « temps utile », la Cour de cassation juge que n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables, et une bonne répartition dans le temps du travail du salarié, la convention collective nationale des experts-comptables qui

se limite notamment à prévoir que le cadre et l'employeur examinent ensemble, afin d'y remédier, les situations dans lesquelles les dispositions prises par l'employeur pour assurer le respect des repos journaliers et hebdomadaires n'ont pu être respectées. En l'espèce, la Cour reproche l'absence de dispositif de contrôle et d'alerte permettant à l'employeur de vérifier la charge et l'amplitude de travail du salarié et donc de réagir à une éventuelle surcharge de travail (*Cass. soc.*, 14 mai 2014, n° 12-35.033 P).

En revanche, permet de réagir à une surcharge de travail, l'accord collectif qui organise le suivi et le contrôle de la charge de travail selon une périodicité mensuelle par le biais d'un relevé déclaratif signé par le supérieur hiérarchique et validé par le service de ressources humaines, assorti d'un dispositif d'alerte de la hiérarchie en cas de difficulté, avec possibilité de demande d'entretien auprès du service de ressources humaines (*Cass. soc.*, 8 sept. 2016, n° 14-26.256 P).

Les sanctions

73 EN CAS DE NON-RESPECT DE L'ACCORD COLLECTIF

Le non-respect du contrôle de la charge de travail, tel que prévu par l'accord collectif, a pour conséquence l'inopposabilité du forfait en jours au salarié qui peut donc solliciter le paiement des heures supplémentaires réalisées (*Cass. soc.*, 25 janv. 2017, n° 15-21.950 P).

La charge de la preuve repose sur l'employeur, celui-ci doit démontrer qu'il a respecté les dispositions de l'accord collectif (*Cass. soc.*, 19 déc. 2018, n° 17-18.725 P).

Selon nous, l'inexécution de l'accord collectif pourrait aussi entraîner :

- un manquement suffisamment grave de l'entreprise justifiant la rupture du contrat de travail à ses torts ;
- le paiement de dommages-intérêts pour dégradation des conditions de travail, voire pour harcèlement moral ;
- l'inaptitude du salarié ;
- le paiement de dommages-intérêts pour exécution déloyale de la convention de forfait. Cette hypothèse a été écartée pour le salarié qui ne rapportait pas la preuve d'un préjudice concret subi en raison de l'absence d'entretien de suivi annuel et du non-respect du contrôle régulier de sa charge de travail (*Cass. soc.*, 24 oct. 2018, n° 17-18.763).

En revanche, le non-respect par l'employeur des dispositions de l'accord collectif relatif à l'exécution de la convention de forfait en jours n'a pas pour conséquence de frapper de nullité la convention individuelle de forfait (*Cass. soc.*, 22 juin 2016, n° 14-15.171 P).

74 EN CAS D'ACCORD COLLECTIF LACUNAIRE

Lorsque l'accord collectif prévoyant la mise en place d'un dispositif de forfait en jours ne prévoit pas de mesures suffisantes permettant d'assurer un contrôle de la charge de travail, alors la convention individuelle de forfait est nulle (*Cass. soc.*, 8 nov. 2017, n° 15-22.758 P ; *Cass. soc.*, 17 janv. 2018, n° 16-15.124 P).

➔ **Sur le dispositif de sécurisation des conventions individuelles de forfait en jours** en cas d'accord collectif incomplet au regard de la loi Travail du 8 août 2016, voir n° 33.

Les bonnes pratiques

75 EXEMPLES D'ACCORDS COLLECTIFS

Il est impératif que l'accord collectif permette un contrôle à intervalles réguliers de la charge de travail afin de pouvoir remédier en temps utile à une éventuelle surcharge, c'est-à-dire prendre des mesures pour corriger la situation.

➔ Chez Merck Serono, l'accord sur la durée et l'organisation du temps de travail de l'entreprise du 30 décembre 2016 prévoit :

- un système autodéclaratif dans un outil de gestion des temps grâce auquel le salarié pose ses jours de congé ;
- un droit à déconnexion ;
- un entretien semestriel spécifique portant sur la réalisation des objectifs, la charge de travail, l'articulation vie professionnelle/vie personnelle ;
- un signalement du salarié en cas de difficulté et l'obligation du manager à prendre les mesures pour remédier à la situation ;
- la définition d'objectifs et de moyens associés compatibles avec des conditions de travail de qualité et cohérents avec les engagements pris par la direction.

➔ Chez Michelin, l'accord du 15 mars 2016 sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait en jours prévoit notamment :

- un système autodéclaratif des journées de travail et de repos renseigné mensuellement, le supérieur hiérarchique pouvant ainsi s'assurer du caractère raisonnable et de la bonne répartition de la charge de travail ;
- un outil de suivi des temps de travail permettant au salarié d'informer son supérieur hiérarchique que sa charge de travail est déraisonnable ;
- un dispositif de vigilance destiné à assurer une charge de travail régulière et raisonnable *via* :
 - le badgeage des entrées et sorties permettant de suivre l'amplitude des journées de travail,
 - un contrôle des connexions à distance le soir ou le week-end.

76 IMPORTANCE DES ENTRETIENS POUR REMÉDIER À UNE SURCHARGE DE TRAVAIL

Le supérieur hiérarchique a un rôle prépondérant dans le contrôle de la charge de travail des salariés en forfait jours. En pratique, il doit se saisir des entretiens avec ces derniers pour leur poser les bonnes questions.

Bien qu'un salarié a réussi la mission qui lui était confiée, l'employeur doit l'interroger, par exemple, sur les difficultés qu'il a rencontrées, sur l'existence d'une surcharge de travail, afin de discuter ensemble des remèdes pouvant être apportés à cette situation.

Dans le cas contraire, si le salarié n'est pas parvenu à accomplir sa mission dans les temps impartis, l'employeur doit lui demander, par exemple, s'il s'est trouvé dans une situation de

surcharge de travail ou s'il a rencontré des obstacles dans la réalisation de ses missions.

Ces questions permettront de se conformer aux clauses des accords collectifs portant sur le contrôle effectif de la charge de travail du salarié permettant ainsi de préserver la santé du salarié. Si l'employeur n'a pas à contrôler les horaires de travail des salariés en forfait jours, il doit contrôler l'amplitude des journées de travail d'un salarié. Des amplitudes importantes et récurrentes doivent alerter le supérieur hiérarchique sur l'existence d'une surcharge de travail.

77 DROIT À LA DÉCONNEXION

Le droit à la déconnexion doit figurer dans l'accord collectif (*voir n° 28*).

Les outils concernés sont tous ceux permettant les connexions à distance, tels que les ordinateurs portables, téléphones portables, etc. Plusieurs solutions sont possibles pour assurer ce droit à la déconnexion :

- coupure totale des accès après une certaine heure et pendant les week-ends et jours fériés ;
- maintien de l'accès, mais aucune obligation pour le salarié de lire et répondre aux courriels et appels téléphoniques, le soir, les week-ends, jours fériés et congés payés ;
- interdiction d'envoyer des courriels pendant ces périodes, sauf impératifs.

Les partenaires sociaux sont libres de négocier tous les dispositifs qui au final permettront de répondre aux exigences de la Cour de cassation. ■

Annexe

Modèles*

Demande du salarié de renonciation à des jours de repos

Réponse de l'employeur à la demande de renonciation
à des jours de repos

Exemple de document de contrôle mensuel de la charge de travail

Compte rendu de l'entretien de suivi sur le forfait annuel en jours

** Il s'agit d'un exemple de rédaction possible qu'il convient de personnaliser au cas par cas.*

Demande du salarié de renonciation à des jours de repos

Madame / Monsieur [...]
(Adresse)

Madame / Monsieur [...]
Société [...]
(Adresse)

Fait à [...] le [...]

Lettre recommandée avec avis de réception

Objet : Demande de rachat de jours de repos

Madame, Monsieur,

Je souhaite, au titre de ma convention individuelle de forfait annuel en jours, que [...] jours me soient rachetés, dans les conditions posées par l'article L. 3121-59 du Code du travail.

Vous remerciant de l'intérêt que vous porterez à ma demande.

Je vous prie de recevoir, Madame, Monsieur, mes respectueuses salutations.

Nom

Signature

Réponse de l'employeur à la demande de renonciation à des jours de repos

Madame / Monsieur [...]
Société [...]

Madame / Monsieur [...]
(Adresse)

Fait à [...] le [...]

Lettre recommandée avec avis de réception

Objet : Réponse à votre demande de rachat de jours de repos

Madame, Monsieur,

Nous faisons suite à votre courrier recommandé du [...] aux termes duquel vous avez demandé le rachat de [...] journées de repos.

➔ **(Option 1)** Par la présente, nous vous informons que nous répondons favorablement à votre demande. Conformément à nos échanges, ce rachat s'effectuera sur la base de votre salaire journalier, majoré de [...] % (minimum : 10 %).
Le rachat de vos jours de repos vous sera rémunéré avec votre salaire du mois de [...].

➔ **(Option 2)** Après examen de votre demande, nous sommes au regret de ne pas pouvoir y apporter une réponse favorable en raison :
(Exemples : – du volume d'activité de votre service d'affectation, qui ne nous semble pas la justifier ;
– de votre charge de travail personnelle, qui ne nous semble pas la justifier ;
– du dépassement du plafond de rachat autorisé.)

➔ **(Option 3)** Après examen de votre demande, et compte tenu (de votre charge de travail / du volume d'activité de votre service / du plafond fixé par la note de service du [...] / de l'article [...] de la convention collective ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement / de l'article L. 3121-59 du Code du travail), nous ne pouvons vous accorder que le rachat de [...] jours de repos.
Conformément à nos échanges, ce rachat s'effectuera sur la base de votre salaire journalier, majoré de [...] % (minimum : 10 %).
Le rachat de vos jours de repos vous sera rémunéré avec votre salaire du mois de [...].

(En cas d'acceptation, en l'absence de formalisme particulier) Afin de formaliser notre accord, nous vous prions de bien vouloir nous retourner copie de ce courrier, accompagné de votre signature, de la date, ainsi que de la formule « bon pour accord ».

Nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Nom

Signature du salarié

Fonctions
Signature

Date
Mention « bon pour accord »

Compte rendu de l'entretien de suivi sur le forfait annuel en jours

Objet de l'entretien : aborder le fonctionnement du forfait annuel en jours sous les angles suivants :

- Organisation du travail ;
- État des repos pris et non pris ;
- Charge individuelle de travail ;
- Amplitude des journées de travail ;
- Équilibre entre l'activité professionnelle, la vie personnelle et familiale ;
- Rémunération ;
- Droit à la déconnexion.

Nom prénom du salarié :

Poste occupé :

Date de l'entretien :

Responsable hiérarchique :

Période analysée :

➔ Bilan sur l'utilisation du forfait

Base annuelle du forfait : ... jours

Nombre de jours travaillés sur la période analysée :

- Causes invoquées et faits objectifs en cas de difficulté : ...
- Mesures correctives envisagées : ...
- Autres observations éventuelles : ...

➔ Bilan sur les droits à repos

Nombre de jours de repos supplémentaires

Pris :

Restant à prendre :

Nombre de jours de congés payés

Pris :

Restant à prendre :

- Causes invoquées et faits objectifs en cas de difficulté : ...
- Mesures correctives envisagées : ...
- Autres observations éventuelles : ...

➔ Suivi sur l'amplitude et la charge de travail

Respect des garanties minimales

Respect du repos quotidien minimal de 11 heures

Oui

Non

Respect du repos hebdomadaire minimal de 24 heures

Oui

Non

- Causes invoquées et faits objectifs en cas de réponse négative : ...
- Mesures correctives envisagées : ...
- Autres observations éventuelles : ...

Appréciation de la charge de travail

L'amplitude et la charge de travail sont-elles restées raisonnables ?

Oui Non

Responsable
hiérarchique

Oui Non

Les missions confiées permettent-elles une bonne répartition du travail dans le temps ?

Oui Non

Oui Non

- Causes invoquées et faits objectifs en cas de réponse négative : ...
- Mesures correctives envisagées : ...
- Autres observations éventuelles : ...

Le forfait annuel en jours

Respect de l'équilibre entre l'activité professionnelle, la vie personnelle et familiale

La répartition, l'organisation et la charge de travail permettent au salarié de respecter un équilibre entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale Oui Non

→ Causes invoquées et faits objectifs en cas de réponse négative : ...

→ Mesures correctives envisagées : ...

→ Autres observations éventuelles : ...

Rémunération

La rémunération versée vous paraît-elle en lien avec les sujétions liées au forfait ? Oui Non

→ Causes invoquées et faits objectifs en cas de réponse négative : ...

→ Mesures correctives envisagées : ...

→ Autres observations éventuelles : ...

Respect du droit à la déconnexion

La répartition, l'organisation et la charge de travail permettent au salarié de respecter son droit à la déconnexion Oui Non

→ Causes invoquées et faits objectifs en cas de réponse négative : ...

→ Mesures correctives envisagées : ...

→ Autres observations éventuelles : ...

Date :

Signature du salarié* :

Signature du responsable* :

* Signature précédée de la mention « Lu et approuvé, bon pour accord sur les termes de l'entretien ».

Liaisons sociales Les Thématiques

Tout ce que vous devez savoir en droit social pour être opérationnel !



Chaque mois, un grand thème du droit social est analysé en détail :

- Des explications complètes du cadre juridique
- Les dernières évolutions jurisprudentielles et leurs conséquences pratiques

NOUVEAU INCLUS VOTRE ABONNEMENT liaisons-sociales.fr, le 1^{er} site d'actualité RH et Social en temps réel :

- La version numérique de la publication
- La réception par e-mail du sommaire de la revue dès sa mise en ligne
- Les archives de la revue
- L'accès à toutes les sources citées dans la revue
- Des actualités et informations additionnelles de la rédaction
- Le Code du travail et le Code de la sécurité sociale
- Les conventions collectives
- La programmation d'alertes e-mail pour être informé dès qu'une nouvelle actualité est publiée (des sujets ou des mots clés)



liaisons-sociales.fr
Partageons le même lien !

BULLETIN D'ABONNEMENT - Liaisons sociales Les Thématiques

À retourner à l'adresse suivante: Wolters Kluwer France - Service clients - CP 402 - 14, rue Fructidor 75814 Paris Cedex 17 - contact@wkl.fr - © N°Cristal 09 69 39 58 58

Oui, je souhaite m'abonner à **Liaisons sociales Les Thématiques** et souhaite bénéficier de **l'offre spéciale jusqu'à - 15% de réduction.***

002763 037

Version	Réf.	Composition de l'abonnement	Tarif HT	TVA	Tarif TTC
<input type="checkbox"/> En ligne sur liaisons-sociales.fr (1 accès)	LNJOL	<ul style="list-style-type: none"> • La version numérique de la publication • La réception par e-mail du sommaire de la revue dès sa mise en ligne • Les archives de la revue • L'accès à toutes les sources citées dans la revue • Des actualités et informations additionnelles de la rédaction • Le Code du travail et le Code de la sécurité sociale • Les conventions collectives • La programmation d'alertes e-mail pour être informé dès qu'une nouvelle actualité est publiée (des sujets ou des mots clés) 	374,85 € au lieu de 441 € HT	20%	529,20 € au lieu de 475,20 € TTC
<input type="checkbox"/> Papier (version en ligne incluse sur liaisons-sociales.fr - 1 accès)	LNJ01	<ul style="list-style-type: none"> • 10 numéros par an • La version numérique de la publication • La réception par e-mail du sommaire de la revue dès sa mise en ligne • Les archives de la revue • L'accès à toutes les sources citées dans la revue • Des actualités et informations additionnelles de la rédaction • Le Code du travail et le Code de la sécurité sociale • Les conventions collectives • La programmation d'alertes e-mail pour être informé dès qu'une nouvelle actualité est publiée (des sujets ou des mots clés) 	491 € au lieu de 535 € HT	21%	501,31 € au lieu de 546,23 € TTC

* Offre valable uniquement pour tout nouvel abonnement au Liaisons sociales Les Thématiques jusqu'au 31 décembre 2020 et non cumulable avec une autre offre en cours.

Merci de compléter vos coordonnées: Mme M.

Nom: Prénom:

Fonction: Service:

Raison Sociale: Adresse:

Code Postal: [] Ville:

Tél.: [] Fax: []

E-mail: (Obligatoire pour la mise en place de votre abonnement)

N° Siret: [] Code NAF: []

Siège Établissement Nombre de salariés à mon adresse: []

Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS (cf. adresse ci-dessus).

 Wolters Kluwer SAS au capital de 75 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 SIREN 480 081 306 RCS PARIS.

Je règle par virement sur le compte de Wolters Kluwer France. IBAN : FR76 30003 03620. Et je recevrai une facture acquittée.

Je règle directement en ligne sur wkl.fr avec le code BDCTHEM2020. Et je recevrai une facture acquittée.

Je suis déjà client, je peux régler à réception de la facture.

Les tarifs indiqués sont valables au 01/01/2020 sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande. Pour tout envoi hors de France métropolitaine, une majoration est prévue sur le prix HT de 10 % pour l'Europe et les DOM-COM, et de 20 % pour les autres pays. Les abonnements sont automatiquement renouvelés d'une année sur l'autre sauf avis contraire de votre part signifié deux (2) mois avant la date d'échéance et, pour les feuillets mobiles, ils n'auront pour objet que les éléments d'actualisation de l'ouvrage.

Date, Signature et cachet

La signature de ce bon de commande emporte acceptation des conditions générales de vente consultables sur www.wkl.fr.

En complétant ce bon de commande, vous acceptez que Wolters Kluwer France, responsable de traitement, traite vos données personnelles à des fins de création et de gestion de votre compte abonné. Pour plus d'informations sur vos données et vos droits, merci de consulter notre politique de confidentialité sur notre site : www.wkl.fr/donnees-personnelles. Vous êtes susceptible de recevoir des offres de Wolters Kluwer France :

En cochant cette case, je m'oppose à recevoir par courrier électronique des offres commerciales et des informations personnalisées.

En cochant cette case, j'accepte de recevoir par SMS des offres commerciales et des informations personnalisées.

Le forfait en heures

80 **Présentation**

80 **Forfait en heures sur la semaine
ou sur le mois**

82 **Forfait en heures sur l'année**

90 *Modèle d'accord d'entreprise ou
d'établissement sur la mise en place
du forfait annuel en heures*

95 *Modèle de convention individuelle
de forfait annuel en heures*

À défaut de pouvoir conclure une convention de forfait annuel en jours, l'employeur et le salarié peuvent envisager la conclusion d'une convention de forfait en heures. Celle-ci peut être fixée sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Elle inclut dans la durée de travail du salarié un nombre déterminé d'heures supplémentaires.

Tout salarié, sans aucune restriction, peut conclure une convention de forfait hebdomadaire ou mensuel en heures, alors que seuls les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif et les salariés disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps peuvent conclure une convention de forfait annuel en heures (*C. trav., art. L. 3121-56*).

Quelle que soit la périodicité choisie, il est indispensable que le salarié donne son accord par écrit à l'application de ce dispositif (*C. trav., art. L. 3121-55*). Seul le forfait annuel nécessite la conclusion préalable d'un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche.

PRÉSENTATION

1 - DÉFINITION

Le dispositif de forfait en heures consiste à déterminer par avance le paiement des heures supplémentaires à effectuer par le salarié, et à fixer la rémunération due en contrepartie. Il permet de simplifier la gestion administrative de la paie. Ainsi il intègre, dans la durée de travail d'un salarié, un certain nombre d'heures supplémentaires prévisibles, sans dépasser la durée maximale quotidienne et hebdomadaire de travail. Si le salarié effectue des heures supplémentaires au-delà du forfait prévu, celles-ci sont rémunérées dans les conditions habituelles.

Le forfait peut aussi ne pas inclure d'heures supplémentaires. Cette hypothèse vise en particulier le forfait annuel en heures (le forfait est alors de 1 607 heures pour un salarié à temps complet), permettant ainsi aux intéressés de s'organiser librement, sans être soumis à des horaires collectifs.

2 - DEUX TYPES DE FORFAIT EN HEURES

Il existe deux types de forfait en heures :

- le forfait en heures hebdomadaire ou mensuel ;
- le forfait annuel en heures.

Chacun de ces dispositifs comporte des caractéristiques différentes. En effet, si le premier est ouvert à tout type de salariés, le second ne peut concerner que ceux visés à l'article L. 3121-56 du Code du travail. En outre, concernant le forfait annuel, la durée du travail s'apprécie dans l'année, ce qui implique qu'elle peut varier d'une semaine sur l'autre, et dépasser 35 heures sans que l'intéressé puisse revendiquer le paiement d'heures supplémentaires, dès lors qu'à la fin de la période, soit en fin d'année, il n'a pas dépassé le forfait fixé par la convention.

Le forfait annuel en heures consiste donc à fixer le nombre d'heures que doit effectuer le salarié dans l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs.

FORFAIT EN HEURES SUR LA SEMAINE OU SUR LE MOIS

3 - SALARIÉS VISÉS

Tout salarié peut conclure une convention de forfait hebdomadaire ou mensuel en heures (*C. trav., art. L. 3121-56*), il n'est pas réservé à la catégorie des cadres. Il n'existe donc aucune condition tenant au statut du salarié ou à l'organisation de son emploi du temps.

À l'origine, la jurisprudence avait autorisé les forfaits en heures sur la semaine ou sur le mois pour tout salarié, mais la loi du 19 janvier 2000 (*L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, JO 20 janv.*) n'avait codifié cette possibilité que pour les cadres (*Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, NOR: MTST0880875C, fiche 14*). Concernant ce type de forfaits, la loi du 20 août 2008 (*L. n° 2008-789, 20 août 2008, JO 21 août*) a abrogé les dispositions nées de la loi du 19 janvier 2000, mais a maintenu en vigueur les accords collectifs qui relevaient de ce régime (*L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 19 III*).

4 - CONDITIONS DE VALIDITÉ

◆ Convention individuelle de forfait

Si le forfait en heures sur la semaine ou sur le mois est ouvert à tout salarié, certaines conditions doivent être respectées. Ainsi, le salarié doit donner son accord et une convention individuelle de forfait doit être établie par écrit (*C. trav., art. L. 3121-55*). Il peut s'agir d'une clause du contrat de travail ou bien d'une convention à part entière.

Un usage d'entreprise est inopposable au salarié (*Cass. soc.*, 31 mars 1998, n° 96-41.878 P).

La charge de la preuve de l'existence d'une convention de forfait incombe à celui qui l'invoque (*Cass. soc.*, 21 nov. 2000, n° 98-44.026 P).

Cette convention doit mentionner le nombre d'heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 19 janv. 1999, n° 96-45.628 P; *Cass. soc.*, 5 juin 2002, n° 00-45.421; *Cass. soc.*, 8 nov. 2011, n° 10-15.722), ainsi que le salaire de base utilisé pour le calcul de cette rémunération (*Cass. soc.*, 2 juin 1999, n° 97-43.474; *Cass. soc.*, 8 juin 2010, n° 08-41.634).

La seule fixation d'une rémunération forfaitaire sans que soit déterminé le nombre d'heures ne caractérise pas une convention de forfait (*Cass. soc.*, 3 mai 2011, n° 09-70.813 P; *Cass. soc.*, 19 oct. 2016, n° 14-28.361).

◆ Rémunération du salarié

Une convention de forfait en heures n'est pas une manière d'éluder la réglementation sur les heures supplémentaires, mais un moyen particulier de paiement de ces heures.

Ainsi, la rémunération du salarié ayant conclu une convention individuelle de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée, le cas échéant, si le forfait inclut des heures supplémentaires, des majorations prévues par le Code du travail aux articles L. 3121-28, L. 3121-33 et L. 3121-36 (*C. trav.*, art. L. 3121-57). Il s'agit des majorations fixées par accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par accord de branche, avec un taux minimal de 10 %. En l'absence d'accord, la majoration est de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires, et de 50 % pour les heures suivantes. Si le salarié réalise des heures supplémentaires au-delà des durées prévues par la convention de forfait, il a droit à un paiement supplémentaire (*Cass. soc.*, 16 juin 1998, n° 96-42.139; *Cass. soc.*, 23 mai 1996, n° 93-41.779).

Les juges du fond doivent nécessairement comparer le montant du forfait convenu et le salaire minimum conventionnel augmenté des heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 25 nov. 1998, n° 96-43.460; *Cass. soc.*, 4 mai 1999, n° 96-44.612 P).

À NOTER

La rédaction de l'article L. 3121-57 du Code du travail est ambiguë: la « rémunération minimale applicable

dans l'entreprise » peut renvoyer au salaire le plus faible appliqué dans l'entreprise (Smic, le cas échéant), ou au salaire minimum applicable dans l'entreprise pour la qualification du salarié concerné.

Selon nous, c'est plutôt la rémunération réelle du salarié qui doit servir au calcul de la rémunération forfaitaire.

◆ Conséquences si les conditions ne sont pas remplies

Lorsque la convention de forfait ne remplit pas les conditions de validité, elle est illicite et le salarié peut demander un rappel de salaire correspondant aux heures supplémentaires effectuées (*Cass. soc.*, 3 mars 2009, n° 07-43.240).

Toutefois, en l'absence de détermination du nombre d'heures supplémentaires inclus dans une rémunération forfaitaire, le forfait est caractérisé si le contrat détaille les horaires de travail, que le salarié a connaissance de ces horaires et que la rémunération perçue est au moins égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir, augmentée des heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 13 juill. 2005, n° 03-47.603).

De même, la fixation par le contrat de travail d'une rémunération mensuelle fixe forfaitaire pour 169 heures caractérise une convention de forfait incluant un nombre déterminé d'heures supplémentaires (*Cass. soc.*, 6 juill. 2016, n° 14-18.195).

La durée légale de travail hebdomadaire étant de 35 heures et le contrat de travail prévoyant une durée de travail de 38 heures par semaine, il s'en déduit l'existence d'une convention de forfait (*Cass. soc.*, 1^{er} mars 2011, n° 09-66.979).

À NOTER

Contrairement aux forfaits annuels en jours et en heures, concernant les forfaits en heures sur la semaine ou le mois un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche n'est pas nécessaire.

5 - FONCTIONNEMENT

Le salarié au forfait en heures sur la semaine ou le mois est soumis aux règles de droit commun sur la durée du travail. Ainsi, lui sont applicables :

- la durée légale hebdomadaire de 35 heures ;
- les durées maximales quotidienne (10 heures) et hebdomadaire de travail (48 heures sur une même semaine ou 44 heures par semaine en moyenne sur une période de 12 semaines consécutives) ;
- les repos quotidien et hebdomadaire ;

– les congés payés et les jours fériés chômés dans l'entreprise.

La durée du travail doit être décomptée selon les règles de droit commun.

S'agissant d'un salarié soumis à une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine, la Cour de cassation rappelle que l'existence d'une telle convention ne peut pas dispenser l'employeur du décompte des heures de travail. Aussi, dès lors que les heures de travail effectuées par le salarié sont enregistrées sur la pointeuse mise à disposition par l'employeur, ce dernier a connaissance des heures supplémentaires effectuées et donne son accord à leur réalisation, le cas échéant de manière implicite. Si le salarié réalise des heures supplémentaires au-delà de la durée de travail prévue par le forfait, sa rémunération doit être augmentée de ces heures (*Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 18-23.366).

FORFAIT EN HEURES SUR L'ANNÉE

Salariés concernés

6 - DEUX TYPES DE SALARIÉS

Aux termes de l'article L. 3121-56 du Code du travail, tout salarié peut conclure une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois (*voir n° 3*).

En revanche, seuls peuvent conclure une convention individuelle de forfait en heures sur l'année :

- les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;
- les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (*C. trav.*, art. L. 3121-56).

7 - LES CADRES

Contrairement aux cadres au forfait en jours, pour les cadres au forfait annuel en heures, aucune condition d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps n'est prévue par les textes. Toutefois, le cadre doit remplir un critère essentiel : la nature des fonctions ne doit pas le conduire à suivre l'horaire collectif du service dans lequel il est intégré (*C. trav.*, art. L. 3121-56).

À titre d'exemple, ne remplissent pas cette condition les responsables de magasin :

- tenus en permanence et de façon stricte à des consignes leur imposant d'être présents au minimum pendant les heures d'ouverture du magasin pour y accompagner les tâches de réception des marchandises, de gestion, de contrôle et de fermeture du magasin (*Cass. soc.*, 27 juin 2012, n° 11-12.527) ;
- soumis à un horaire de base correspondant aux heures d'ouverture du magasin, les heures accomplies pour les besoins de la gestion du magasin en dehors des heures d'ouverture faisant l'objet d'une récupération, bien que la convention de branche à laquelle ils sont rattachés leur permet le recours au forfait annuel en heures (*Cass. soc.*, 23 juin 2004, n° 02-14.861).

À NOTER

Si l'article L. 3121-56 du Code du travail ne fixe aucune condition d'autonomie pour les cadres, la Cour de cassation emploie cette notion, mais ne l'associe pas à la notion d'« organisation de l'emploi du temps », mais à celle de « gestion de l'emploi du temps ». En d'autres termes, les cadres en forfait jours organisent leur emploi du temps alors que les cadres en forfait heures gèrent leur emploi du temps. Ces derniers feront l'objet d'un contrôle a posteriori des heures effectuées dans l'année, contrairement aux premiers.

8 - LES NON-CADRES

Ce qui n'est pas exigé pour les cadres l'est en revanche pour les non-cadres : le salarié non cadre doit disposer d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps.

Cette même notion est utilisée pour les salariés en forfait en jours.

En revanche, une convention individuelle de forfait annuel en heures n'instaure pas au profit du salarié un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'horaire collectif fixé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction (*Cass. soc.*, 2 juill. 2014, n° 13-11.904 P).

En l'espèce, un chef d'équipe travaille dans un atelier au sein duquel l'employeur décide de constituer deux équipes afin d'augmenter la plage horaire de production. Les horaires de travail du chef d'équipe s'en trouvent modifiés, mais il continue de se présenter à son poste de travail conformément à ses anciens horaires. Dès lors, l'employeur le licencie pour faute grave. Pour contester son licenciement, il soutient que le fait de lui imposer des horaires fixes

constituait une modification de son contrat de travail et qu'étant autonome dans l'organisation de son emploi du temps, son employeur ne pouvait pas lui reprocher de ne pas suivre un horaire de travail fixe. Ses arguments ne convainquent pas la Cour de cassation.

Cette solution rendue par la Cour de cassation peut s'expliquer par le fait que tout salarié, sous la subordination de son employeur, est tenu de suivre ses directives. Dans cette affaire, le chef d'équipe, en refusant de suivre les horaires de son équipe, en réalité, n'exerce plus sa mission et ne respecte plus de fait les contraintes inhérentes à son poste.

Par ailleurs, l'employeur est tenu par une obligation de sécurité comprenant notamment le respect des durées maximales du travail. Or, le salarié en forfait heures, contrairement au salarié en forfait jours, est tenu de respecter ces durées maximales (voir n° 17). Ainsi, il n'est pas possible de laisser au salarié en forfait annuel en heures une totale liberté dans la fixation de ses horaires de travail.

Conditions de validité

9 - NÉCESSITÉ D'UN ACCORD COLLECTIF

◆ Une obligation légale

L'article L. 3121-63 du Code du travail précise que les forfaits annuels en heure sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par un accord de branche. L'accord d'entreprise ou d'établissement prime sur ce dernier.

Comme pour les forfaits annuels en jours, il ne peut pas y avoir de convention individuelle de forfait en heures sans accord collectif conclu préalablement. L'absence d'accord collectif entraîne la nullité de la convention de forfait annuelle en heures (*Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-24.517*).

Lorsque la convention individuelle de forfait est nulle, le salarié est soumis à l'horaire collectif de travail, et s'il a effectué plus de 35 heures de travail par semaine, il peut revendiquer le paiement des heures supplémentaires.

◆ Conclusion de l'accord collectif

L'accord collectif mettant en place le forfait annuel en heures est un accord collectif de droit commun (*C. trav., art. L. 3121-63*). Il peut être conclu avec les délégués syndicaux (*C. trav., art. L. 2232-12*) ou le conseil d'entreprise (*C. trav., art. L. 2321-1*). En leur absence au sein de l'entreprise, l'accord peut être conclu avec (*C. trav., art. L. 2232-21 et s.*):

- un ou plusieurs membres de la délégation du personnel au comité social et économique ;
- les salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou à défaut une organisation syndicale représentative.

Enfin, le projet d'accord peut être proposé par l'employeur aux salariés et ratifié par la majorité des deux tiers du personnel (dans les entreprises de moins de 11 salariés, et les entreprises entre 11 et 20 salariés sans CSE).

➔ Voir Zoom « Modalités de conclusion des accords d'entreprise », *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Modèles d'accords : Négocier pour faire face aux variations d'activité ».

➔ Voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La négociation collective d'entreprise ».

◆ Accord de performance collective

Mise en place du forfait annuel en heures

Le forfait annuel en heures peut également être mis en place par accord de performance collective (APC), dès lors que ce dernier respecte l'ensemble des dispositions du Code du travail relatives à ce dispositif.

➔ Sur la présentation de l'APC, voir p. 29.

À ce titre, l'accord doit contenir toutes les clauses légales obligatoires prévues par le Code du travail (*C. trav., art. L. 3121-64*). Il doit aussi respecter les conditions d'éligibilité des salariés aux forfaits annuels (*C. trav., art. L. 3121-56*).

De même, la mise en place du forfait doit recueillir l'accord du salarié, concrétisé par la signature d'une convention individuelle de forfait (*C. trav., art. L. 3121-55*). Le fait qu'un APC instaure un dispositif de forfait annuel ne dispense pas l'employeur de recueillir l'accord ultérieur du salarié pour une application effective du forfait à sa situation. Autrement dit, l'acceptation, par le salarié, de l'APC n'entraîne pas, d'office, l'acceptation du forfait pour sa propre situation. Le salarié ne peut pas se voir imposer le forfait et son refus ne peut être une cause de licenciement (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 16*). Dans cette hypothèse, outre les clauses obligatoires (voir ci-dessous), l'accord doit prévoir un préambule déterminant les objectifs de l'APC.

Modification d'un forfait annuel en heures déjà en place

Un APC peut modifier les dispositions d'un accord d'entreprise relatif au forfait annuel en heures. Les

modifications peuvent porter sur toutes les clauses de l'accord préexistant, mais toujours dans le respect des dispositions légales.

Ainsi, par exemple, un APC peut :

- augmenter le plafond d'heures travaillées, dans la limite des durées maximales de travail ;
- modifier la période de référence (en la calant, par exemple, sur celle des congés payés quand ce n'est pas le cas), dont la durée doit être de douze mois consécutifs ;
- modifier les catégories de salariés éligibles, dans le respect des conditions d'éligibilité fixées par l'article L. 3121-56 du Code du travail.

Toutefois, si cette modification permet à de nouvelles catégories de salariés de travailler dans le cadre d'un forfait annuel, les salariés nouvellement éligibles au forfait du fait de l'accord ne peuvent pas se voir imposer une convention individuelle de forfait. Leur situation est identique à celles des salariés dont l'entreprise met en place pour la première fois un dispositif de forfait *via* un APC : leur acceptation de l'accord ne vaut pas acceptation d'une convention individuelle de forfait, leur accord devra être matérialisé par la conclusion d'une telle convention. En cas de modification d'un dispositif de forfait annuel préexistant, les stipulations de l'accord se substituent aux clauses de la convention individuelle de forfait (ou les clauses du contrat de travail propres au forfait) qui leur sont contraires et incompatibles. Le salarié n'a pas à signer de nouvelle convention individuelle de forfait. Son acceptation de l'APC vaut acceptation de la modification de sa convention individuelle (*Questions-réponses sur l'accord de performance collective, min. du Travail, mis à jour 16 juill. 2020, quest. n° 17*).

◆ Contenu de l'accord collectif

L'article L. 3121-64 du Code du travail liste les clauses devant figurer obligatoirement dans l'accord collectif. Il doit fixer :

- les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, dans le respect de l'article L. 3121-56 du Code du travail (voir n° 6) ;
- la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs ;
- le nombre d'heures compris dans le forfait ;
- les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;

– les caractéristiques principales des conventions individuelles, qui doivent notamment fixer le nombre d'heures compris dans le forfait.

◆ Date de conclusion de l'accord collectif

Il est important de connaître la date de conclusion de l'accord collectif. En effet, créées par la loi du 19 janvier 2000 (L. n° 2000-37, 19 janv. 2000), les conventions de forfait ont fait l'objet de deux réformes par la loi du 20 août 2008 (L. n° 2008-789, 20 août 2008) et par la loi du 8 août 2016 (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO 9 août).

Accords conclus avant la loi du 20 août 2008

Les accords collectifs conclus antérieurement à la loi du 20 août 2008 sont maintenus en vigueur (L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 19 III).

D'après les articles du Code du travail en vigueur entre la recodification du 1^{er} mai 2008, et leur abrogation par la loi du 20 août 2008 (C. trav., art. L. 3121-38 et art. L. 3121-51 anciens), étaient concernés :

- d'une part, les cadres autonomes ayant la qualité de cadre au sens de la convention collective de branche ou au sens de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 ;
- et d'autre part, les salariés itinérants non cadres dont la durée du travail ne pouvait être prédéterminée, ou qui disposaient d'une réelle autonomie. La mise en place du forfait annualisé en heures était subordonnée à la conclusion d'un accord de branche étendu, d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement (C. trav., art. L. 3121-40 et s., dans leur rédaction en vigueur entre la recodification du 1^{er} mai 2008 et leur abrogation par la loi du 20 août 2008). La convention ou l'accord collectif devaient obligatoirement déterminer :

- les catégories de salariés concernés ;
- les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues ;
- la durée annuelle de travail sur la base de laquelle le forfait était établi.

L'accord collectif pouvait fixer des durées maximales quotidienne et hebdomadaire différentes de celles prévues par le Code du travail, mais il devait prévoir :

- des modalités de contrôle de l'application de ces durées maximales conventionnelles ;
- les conditions de suivi de l'organisation du travail et de la charge de travail des salariés concernés.

Toutefois, l'accord devait respecter les règles applicables en matière de repos quotidien et de repos hebdomadaire. Lorsque l'accord définissait des

modalités de contrôle de la durée du travail, elles se substituaient à celles définies à l'article D. 3171-8 du Code du travail.

Les cadres et les salariés non cadres soumis à une convention de forfait annuel en heures pouvaient, si un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement le prévoyait, et en accord avec l'employeur, effectuer des heures au-delà de la durée annuelle de travail prévue par la convention de forfait.

L'accord collectif devait notamment préciser :

- les conditions dans lesquelles ces heures étaient effectuées ;
- la majoration de salaire à laquelle elles donnaient lieu ;
- les conditions dans lesquelles le salarié faisait connaître son choix (*C. trav.*, art. L. 3121-44 en vigueur entre la recodification du 1^{er} mai 2008 et leur abrogation par la loi du 20 août 2008).

Accords conclus entre la loi du 20 août 2008 et la loi du 8 août 2016

La loi du 8 août 2016 a ajouté deux mentions obligatoires à l'accord collectif : la période de référence du forfait et les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Selon l'article 12 II de la loi du 8 août 2016, ces deux dernières dispositions « ne prévalent pas » sur les conventions ou accords de branche ou accords d'entreprise ou d'établissement conclus avant la publication de la loi (soit avant le 9 août). Ainsi, ces nouvelles mentions ne semblent pas être exigées pour les accords antérieurs à la loi.

Les partenaires sociaux peuvent bien sûr réviser les accords conclus avant la publication de la loi du 8 août 2016 pour inclure les nouvelles clauses obligatoires. Dans ce cas, le législateur prévoit que « l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié » (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, I*).

10 - CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT

Aux termes de l'article L. 3121-55 du Code du travail, la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit.

La Cour de cassation a rappelé que la seule référence à l'accord collectif dans le contrat de travail ne suffit pas (*Cass. soc.*, 31 janv. 2012, n° 10-17.593 P).

Même si l'affaire concernait une convention de forfait en jours, cette décision est également applicable au forfait en heures.

Le Code du travail prévoit que la convention doit obligatoirement fixer le nombre d'heures compris dans le forfait (*C. trav.*, art. L. 3121-64, I, 5°). Le salarié en forfait annuel en heures à temps plein étant soumis à la durée légale de travail de 35 heures, il travaille donc 1 607 heures par an, journée de solidarité incluse (*Rapport Ass. nat. n° 1540, 20 avr. 2004*), auxquelles peuvent être ajoutées des heures supplémentaires.

Il est impératif de faire figurer une clause relative au forfait en heures dans le contrat de travail (éventuellement dans le cadre d'un avenant) ou de rédiger une convention annexée au contrat.

Quelles sanctions en cas de non-respect de ces conditions ?

11 - INOPPOSABILITÉ OU NULLITÉ DE LA CONVENTION DE FORFAIT

Les conditions d'éligibilité des salariés, de conclusion d'un accord collectif et d'une convention individuelle de forfait sont autant de conditions cumulatives à remplir.

Quelles sont les sanctions si l'une des conditions vient à manquer ?

Elles sont identiques à celles prévues pour le forfait annuel en jours, à savoir :

- l'inopposabilité de la convention de forfait si l'accord collectif sur le forfait annuel en heures n'est pas respecté par l'employeur ;
- la nullité de la convention de forfait si l'accord collectif ne prévoit pas le recours au forfait annuel en heures, si le salarié ne signe pas de convention écrite ou s'il ne remplit pas les conditions d'éligibilité. Ainsi, faute de forfait annuel en heures, le salarié est soumis à la durée du travail de droit commun.

Il pourra en conséquence, revendiquer le paiement des heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures par semaine. Dans l'hypothèse d'un dépassement du contingent, il pourra revendiquer le droit à une contrepartie obligatoire en repos (*voir n° 18*).

12 - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

En outre, le non-paiement des heures supplémentaires peut avoir un effet sur la rupture du contrat de travail, le salarié pouvant soit prendre acte de la rupture du contrat de travail soit solliciter la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur.

Pour rappel, la rupture sera requalifiée en licenciement sans cause réelle ni sérieuse, si ce non-paiement caractérise un manquement suffisamment grave de l'employeur pour empêcher la poursuite du contrat de travail. Le montant des heures supplémentaires est déterminant. En effet, le non-paiement d'heures supplémentaires ne justifie pas systématiquement une prise d'acte de la rupture du contrat de travail (*Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-16.452*).

13 - ACTION EN JUSTICE DES SYNDICATS

Selon la Cour de cassation, est recevable l'action syndicale en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession visant à faire constater une irrégularité dans la mise en œuvre de l'accord collectif mettant en place un forfait en heures (*Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-20.812 P*).

L'action des syndicats concernait l'application des dispositions d'un accord de branche relatives à la rémunération d'une catégorie de salariés et visait à la reconnaissance de l'irrégularité de la mise en œuvre de ces dispositions en l'absence de formalisation d'une convention individuelle de forfait.

Aux termes de ce même arrêt, la Cour de cassation considère que le comité social et économique n'a pas la qualité pour intenter une action ou intervenir dans une action tendant au respect ou à l'exécution de dispositions légales ou conventionnelles (arrêt rendu à propos d'un comité d'entreprise dont la solution est transposable au comité social économique).

La rémunération des salariés

14 - RÉMUNÉRATION INCLUANT LES MAJORATIONS POUR HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Selon l'article L. 3121-57 du Code du travail, la rémunération du salarié ayant conclu une convention individuelle de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée, le cas échéant, si le for-

fait inclut des heures supplémentaires, des majorations prévues aux articles L. 3121-28, L. 3121-33 et L. 3121-36 du Code du travail.

Il s'agit des majorations fixées par convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par convention ou accord de branche, avec un taux minimal de 10 %. À défaut d'accord, la majoration est de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires, et de 50 % pour les heures suivantes.

À NOTER

Dans les entreprises de moins de 20 salariés, la rémunération des heures effectuées au-delà de 1607 heures ouvre droit à une déduction forfaitaire de cotisations patronales (*CSS., art. L. 241-18, I*).

15 - MONTANT DE LA RÉMUNÉRATION

Il est prudent de vérifier les dispositions conventionnelles qui peuvent prévoir une rémunération minimale pour les salariés en forfait heures. Tel est le cas par exemple de la convention collective de la métallurgie Ingénieurs et Cadres.

Il convient également de vérifier que le salarié en forfait heures bénéficie d'une rémunération de même niveau qu'un salarié à temps plein, et ce en application du principe d'égalité de traitement.

La rémunération est lissée sur l'année.

Le bulletin de paie doit mentionner la nature et le volume du forfait (*C. trav., art. R. 3243-1, 5° a*).

16 - EN CAS D'ANNÉE INCOMPLÈTE OU D'ABSENCE

◆ Précisions dans l'accord collectif

Le forfait en heures (sans heures supplémentaires : 1 607 heures selon la loi) est prévu pour une année complète de présence, ou plus exactement pour la période complète de référence, soit l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs.

Il faut donc régler la question de l'arrivée et du départ du salarié en cours de période ou de ses absences.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016*), l'accord collectif 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 (*C. trav., art. L. 3121-64*).

Selon l'article 12 II de la loi du 8 août 2016, ces dispositions « ne prévalent pas » sur les conventions ou accords de branche ou accords d'entreprise ou d'établissement conclus avant la publication de la loi. Ainsi, l'absence de cette mention ne devrait pas avoir d'incidence sur la validité tant de l'accord collectif que des conventions individuelles (voir n° 9).

La rémunération étant la contrepartie d'un travail, il est normal que le salarié ne perçoive pas une rémunération annuelle complète s'il est absent une partie de l'année.

Tout au plus, en cas de contentieux, le juge devra trancher sur l'incidence de l'arrivée ou du départ du salarié ou de l'absence sur la rémunération annuelle.

◆ Calcul de la rémunération en cas d'arrivée ou de départ en cours de période

En pratique, afin de calculer la rémunération en cas de départ ou d'arrivée en cours de période, une première solution consiste à calculer le taux horaire et le multiplier par le nombre d'heures à travailler (hypothèse de l'arrivée) ou déjà travaillés (hypothèse du départ). Dans ce dernier cas, une régularisation pourra intervenir en fonction de la rémunération déjà perçue.

Une deuxième solution plus simple consiste à ne pas tenir compte des heures réellement travaillées.

EXEMPLE

Un salarié est embauché le 1^{er} juin, son forfait en heures a pour période de référence l'année civile : si sa rémunération annuelle est de 54 000 euros, sa rémunération mensuelle lissée est de 4 500 euros. Sa rémunération s'élèvera la première année à 31 500 euros.

Pour calculer le forfait en cas d'année incomplète, une technique consiste à déterminer le nombre de jours de travail (JT) compris entre :

- la date d'arrivée du salarié et la fin de la période annuelle (en cas d'année incomplète due à l'arrivée du salarié),
- le début de la période annuelle et la date du départ du salarié (en cas d'année incomplète due au départ du salarié).

Il convient de retrancher les jours correspondant aux repos hebdomadaires, aux congés pris et aux jours fériés chômés coïncidant avec un jour habituellement travaillé.

Ce nombre de jours est multiplié par l'horaire journalier moyen (HJM). Ce dernier est égal au nombre

annuel d'heures de travail pour une année complète divisé par le nombre de jours de travail sur cette même année.

Le forfait en heures pour l'année incomplète est donc égal à : $JT \times HJM$.

◆ Calcul de la rémunération en cas d'absences

La logique implique que les absences du salarié soient déduites du forfait, ce qui implique d'évaluer la journée ou demi-journée de travail.

Une journée peut être calculée sur la base de l'horaire moyen journalier de la semaine en cours ou la semaine précédente.

En revanche, la Cour de cassation exclut toute valorisation sur une base forfaitaire invariable (Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962 : concernant le dispositif de modulation du temps de travail antérieur à la loi du 20 août 2008).

ATTENTION

Le salaire annuel des salariés en forfait annuel en heures rémunère non seulement les heures travaillées, mais aussi les congés annuels et les jours fériés chômés payés ainsi que la journée de solidarité (si le salaire est maintenu). Le salarié dont le forfait annuel est de 1 607 heures et bénéficiant de 5 semaines de congés payés et de 8 jours fériés chômés payés perçoit une rémunération correspondant non pas à 1 607 heures, mais en réalité à 1 838 heures : 1 607 heures + 56 heures (8 jours × 7 heures) au titre des jours fériés chômés payés coïncidant avec un jour habituellement travaillé + 175 heures (25 jours × 7 heures) au titre des congés annuels.

Chaque heure d'absence doit donc dans ce cas être valorisée sur la base de 1/1 838 du salaire annuel.

Réglementation applicable

17 - RESPECT DES DURÉES DE TRAVAIL MAXIMALES ET DES TEMPS DE REPOS

Le salarié en forfait annuel en heures est soumis :

- à la durée de travail maximale quotidienne de dix heures ;
- à la durée de travail maximale hebdomadaire de 48 heures ou 44 heures en moyenne sur douze semaines.

En outre, il doit bénéficier :

- d'un repos quotidien de onze heures ;
- d'un repos hebdomadaire d'une durée minimale de 24 heures auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien, soit un repos hebdomadaire de 35 heures ;

– d'une pause d'au moins vingt minutes consécutives dès que le temps de travail quotidien atteint six heures.

À NOTER

Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie, au regard des difficultés économiques liées à la propagation de la Covid-19, l'employeur a la possibilité d'imposer ou de modifier unilatéralement les dates de certains jours de repos, dans la limite de dix jours. Sont notamment concernés les jours de repos fixés par une convention de forfait. La période de prise des jours de repos imposée ou modifiée ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020. L'employeur est tenu d'informer le comité social et économique (CSE) sans délai et par tout moyen. L'avis du CSE est rendu dans le délai d'un mois à compter de cette information. Il peut intervenir après que l'employeur a fait usage de cette faculté (*Ord. n° 2020-323, 25 mars 2020 modifiée par ord. n° 2020-389, 1^{er} avr. 2020, art. 3*).

18 - EXCLUSION DU DROIT À CONTREPARTIE OBLIGATOIRE EN REPOS

Pour rappel, selon les règles de droit commun, les heures supplémentaires sont décomptées dans le cadre d'un contingent annuel, l'objectif étant de limiter le nombre d'heures supplémentaires effectuées par un salarié. Le contingent est fixé par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par un accord de branche (*C. trav., art. L. 3121-33*). En l'absence d'accord, la loi fixe le contingent à 220 heures par salarié (*C. trav., art. L. 3121-39 ; C. trav., art. D. 3121-24*). Les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent ouvrent droit à une contrepartie obligatoire en repos (*C. trav., art. L. 3121-30*), l'employeur étant tenu d'informer le salarié de son droit à repos.

L'article D. 3121-24 du Code du travail exclut expressément les forfaits en heures sur l'année du régime du contingent annuel d'heures supplémentaires.

La Cour de cassation en déduit que les salariés en forfait annuel en heures sont exclus du champ de la contrepartie obligatoire en repos (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-16.466*).

19 - DÉPASSEMENT DU FORFAIT

La convention individuelle de forfait ne peut pas dépasser le nombre d'heures de travail prévu par l'accord d'entreprise ou de branche (*C. trav., art. L. 3121-56*).

Néanmoins, il n'est pas interdit au salarié de dépasser pour une année N le forfait prévu au contrat de travail, dans la limite des durées maximales rappelées ci-dessus. Dans cette hypothèse, seules les heures effectuées au-delà de 1 607 heures donnent lieu à majorations.

ATTENTION

Il n'est pas envisageable, selon nous, qu'un salarié dépasse chaque année le forfait contractuel. Outre la question de la surcharge de travail, et donc du respect par l'employeur de son obligation de garantir la sécurité et la santé des salariés, on peut s'interroger sur l'existence d'une fraude de l'employeur aux dispositions conventionnelles relatives au nombre d'heures comprises dans le forfait.

Par ailleurs, lorsqu'il existe un compte épargne-temps (CET), le salarié peut, si l'accord collectif le prévoit, affecter au CET des heures au-delà de la durée prévue au forfait, dans les proportions prévues par l'accord (*Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, NOR: MTST0880875C*).

20 - DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

Aux termes de l'article D. 3171-8 du Code du travail, lorsque les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail affiché, la durée du travail de chaque salarié concerné est décomptée selon les modalités suivantes :

– quotidiennement, par enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies ;

– chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié.

Ces dispositions ne sont pas applicables aux salariés ayant conclu une convention de forfait annuel en heures lorsque l'accord collectif applicable fixe les modalités de contrôle de la durée du travail (*C. trav., art. D. 3171-9*).

L'Administration rappelle par ailleurs que la fixation de la durée annuelle de travail dans l'accord collectif n'exonère pas l'employeur des obligations à sa charge en matière de comptabilisation de la durée du travail effectuée et de justification des horaires réalisés par le salarié (*Circ. n° 2000-03, 3 mars 2000, NOR: MES/CAB/2000-003*).

ATTENTION

Les dispositions relatives au contrôle de la charge de travail des salariés en forfait jours ne sont pas applicables aux conventions de forfait en heures.

21 - CONSULTATION DU COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés dotées d'un comité social et économique (CSE), celui-ci

doit être consulté périodiquement sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, notamment sur l'aménagement du temps de travail et la durée du travail (*C. trav., art. L. 2312-17*).

En vue de cette consultation, l'employeur met à la disposition du CSE dans la base de données économiques et sociales, un certain nombre d'informations dont, notamment, celles relatives au recours aux conventions de forfait (*C. trav., art. L. 2312-18*). ■

Modèle d'accord d'entreprise ou d'établissement sur la mise en place du forfait annuel en heures

Entre :

La société (*nom de la société*), dont le siège social est situé (*adresse*), (*le cas échéant en cas d'accord conclu au niveau d'un établissement*) : prise en son établissement de (*à compléter*) représentée par (*nom*), agissant en qualité de (*fonction*), dûment mandaté à la négociation et à la signature du présent accord.

Ci-après dénommée « la société »

D'une part,

et

Les organisations syndicales représentatives au sein de (*à compléter selon le niveau de négociation*) :

– (*nom de l'organisation syndicale, nom et qualité de la personne qui la représente*) ;

– (*nom de l'organisation syndicale, nom et qualité de la personne qui la représente*) ;

Ci-après dénommées ensemble « les organisations syndicales »

(*Indiquer si l'accord est conclu selon un mode alternatif, par exemple avec les membres élus du comité social et économique*) :

D'autre part

Il a été convenu ce qui suit :

⇒ **Préambule**

L'objectif du présent accord est d'aménager le temps de travail sur l'année en tenant compte :

– des variations d'activité liées à... ;

– de la nécessité de répondre et de s'adapter aux... par la mise en place d'une organisation permettant d'assurer aux salariés des conditions de travail optimales ;

– des contraintes personnelles des salariés.

(*À compléter et adapter en fonction de l'activité de l'entreprise et des raisons de la conclusion de l'accord.*)

⇒ **Article 1 – Champ d'application**

Le présent accord est applicable à l'ensemble des salariés de l'entreprise qui répondent aux conditions de l'article L. 3121-56 du Code du travail, soit :

– les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;

– les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

(*À adapter si besoin dans le respect de ces dispositions légales.*)

➔ Article 2 – Période de référence

Afin d'atteindre les objectifs fixés dans le préambule, l'horaire hebdomadaire de travail des salariés peut varier autour de l'horaire moyen hebdomadaire de 35 heures dans le cadre de l'année civile (1^{er} janvier au 31 décembre) de telle sorte que les heures effectuées au-delà et en deçà de cet horaire moyen se compensent automatiquement.

(Il est possible de prévoir toute autre période de douze mois consécutifs, à préciser dans l'accord).

➔ Article 3 – Travail effectif

Conformément à l'article L. 3121-1 du Code du travail « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. »

La durée du travail dans l'entreprise est fixée à 35 heures de travail effectif en moyenne hebdomadaire. Cet horaire pourra être apprécié sur l'année, selon les modalités et les mécanismes définis par le présent accord.

Sont considérées comme temps de travail effectif, outre les heures travaillées :

- les heures de formation sur l'initiative de la société ;
- les heures consacrées aux examens médicaux de visite médicale à la médecine du travail ;
- les heures d'exercice de conseiller prud'homal dans les conditions définies par la loi ;
- les heures de délégation des représentants du personnel et les congés de formation économique, sociale et syndicale définis légalement et conventionnellement ;
- les jours fériés légaux ;
- les heures d'absence au titre d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et des jours légaux et conventionnels indemnisés.

Ne sont pas considérés comme temps de travail effectif :

- le temps de trajet pour se rendre de son domicile à son lieu de travail et en repartir ;
- le temps de pause ou d'indisponibilité, même rémunéré, pris à l'intérieur de l'horaire normal de travail, au cours duquel le salarié interrompt l'exécution des fonctions qui lui sont confiées, et peut vaquer librement à des occupations personnelles ;
- le temps de repas comprenant le temps de trajet pour se rendre sur le lieu de repas ;
- le temps d'astreinte à domicile dans la mesure où le salarié peut librement vaquer à des occupations personnelles ;
- le temps passé en formation effectuée, hors du temps de travail, à la seule initiative du salarié ;
- les congés payés, les jours de RTT, les congés pour événements familiaux ;
- les absences pour maladie non professionnelle.

À NOTER

Les temps de déshabillage, de douche et d'habillage peuvent soit être traités comme du temps de travail effectif soit faire l'objet de contrepartie financière ou de repos.

(À noter que les temps de pause s'entendent comme des temps d'inactivité si le salarié peut vaquer à ses occupations personnelles. Cette pause doit être réelle et délimitée dans le temps. Les pauses ne sauraient se confondre avec les interruptions destinées à la prise du repas. Celles-ci ne peuvent être considérées comme du temps de travail).

➔ Article 4 – Nombre d'heures compris dans le forfait

Le forfait annuel en heures est fixé à... heures sur la période de référence (1607 heures + éventuellement des heures supplémentaires, dans la limite des durées maximales de travail).

Ce forfait s'entend pour un salarié à temps plein.

➔ Article 5 – Limites minimale et maximale

Dans le cadre de l'horaire annuel :

– la durée hebdomadaire de travail ne peut être supérieure à 48 heures sur une semaine, ou à 44 heures sur une période de douze semaines consécutives ;

– la durée journalière de travail ne peut pas être supérieure à 10 heures.

Il est rappelé que la durée maximale journalière s'entend des heures de travail effectif.

→ *Facultatif*

La durée de travail peut varier d'une semaine à l'autre dans les limites suivantes :

– durée de travail hebdomadaire minimale :... heures

– durée de travail hebdomadaire maximale :... heures

➔ Article 6 – Repos hebdomadaire

L'ensemble du personnel bénéficie :

– de deux jours de repos consécutifs par semaine,

– d'un temps de repos quotidien de 11 heures minimum.

➔ Article 7 – Heures supplémentaires et repos de remplacement

S'il apparaît à l'expiration de la période de douze mois que la durée annuelle de travail effectif de... heures a été dépassée, les heures excédentaires ouvrent droit, au choix du salarié, soit à une majoration de salaire, soit à un repos de remplacement.

Les heures supplémentaires seront payées comme suit :

(À compléter)

Le repos de remplacement :

Le repos devra être pris dans un délai maximum de... et par journée entière, à compter de l'expiration de la période de référence, sauf si les heures excédentaires ne permettent pas la prise d'une journée entière (base de 7 heures) auquel cas il sera procédé au paiement de l'excédent.

Les repos de remplacement sont déterminés en tenant compte des majorations légales, mentionnées ci-dessus.

➔ Article 8 – Rémunération mensuelle

La rémunération mensuelle sera lissée sur toute la période de référence indépendamment de l'horaire réellement accompli.

La rémunération mensuelle lissée est calculée sur la base de l'horaire moyen de 35 heures.

➔ Article 9 – Absences non payées

Les absences non rémunérées telles que congé sans solde, absence sans justificatif, etc. sont décomptées de la paie en temps réel.

➔ Article 10 – Absences indemnisées

Les absences indemnisées liées à un arrêt maladie, dans les limites des droits fixés par les accords collectifs, ainsi que les congés payés légaux sont indemnisés sur la base d'une journée mensualisée de 7 heures.

➔ Article 11 – Autres absences Indemnisées

Toutes les absences indemnisées à l'exception de celles visées à l'article précédent sont indemnisées en temps réel.

➔ Article 12 – Modalités de contrôle de la durée du travail

(À adapter en fonction du mode de contrôle en vigueur dans l'entreprise)

Chaque fin de mois, le supérieur hiérarchique reçoit un état de situation des horaires des salariés.

Il devra tenir compte des heures effectuées pour adapter s'il en est besoin l'organisation du travail.

Chaque salarié reçoit un relevé mensuel de sa situation au regard des heures comptabilisées.

Ces états seront conservés par la Direction des ressources humaines, dans la limite des obligations légales.

➔ Article 13 – Décompte en fin de période annuelle

En cas de solde déficitaire, du fait du salarié, en fin de période, une régularisation interviendra.

En cas de solde excédentaire en fin de période, le salarié bénéficiera à son choix, soit du paiement d'heures supplémentaires, soit d'un repos de remplacement.

➔ Article 14 – Entrée ou départ en cours de période

Lorsqu'un salarié n'aura pas accompli la totalité de la période annuelle de référence notamment du fait de son entrée ou de son départ en cours de période, sa rémunération sera régularisée sur la base de son temps réel de travail au cours de sa période de travail, par rapport à l'horaire moyen de travail effectif de... heures hebdomadaires *(pour un forfait de 1 607 heures, 35 heures hebdomadaires)*.

Par exception à l'article 7, en cas de solde créditeur au moment du départ une régularisation sera effectuée, au choix de l'employeur, par paiement des heures excédentaires ou par repos de remplacement pris sur le temps de préavis.

En cas de solde débiteur, le montant correspondant sera intégralement compensé sur toutes les sommes dues au salarié au titre de la rupture de son contrat.

Le calcul de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de départ en retraite se fait sur la base de la rémunération lissée.

➔ Article 15 – Convention individuelle de forfait

Il est rappelé que la convention individuelle de forfait en heures fait l'objet d'un écrit et indique le nombre d'heures annuelles de travail comprises dans le forfait, ainsi que l'amplitude de travail dans le cadre du forfait annuel en heures.

➔ Article 16 – Commission de suivi

Le comité social et économique ainsi que les délégués syndicaux participeront au suivi de l'accord.

Un bilan annuel leur sera présenté dans le trimestre suivant l'expiration de la période de référence annuelle.

⇒ **Article 17 – Révision – dénonciation**

Le présent accord est conclu pour une durée indéterminée. Il prend effet le...

La révision du présent accord s'effectuera dans les conditions prévues aux articles L. 2261-7-1 et L. 2261-8 du Code du travail. Toute demande de révision sera notifiée par lettre recommandée avec avis de réception aux autres parties.

Conformément aux dispositions de l'article L. 2261-9 du Code du travail, le présent accord et ses avenants éventuels peuvent être dénoncés, par l'une ou l'autre des parties signataires, sur notification écrite aux autres parties par lettre recommandée avec avis de réception.

Le courrier de dénonciation donnera lieu également au dépôt dans les conditions réglementaires.

Pendant la durée du préavis (*indiquer la durée*), la direction s'engage à réunir les parties afin de négocier un éventuel accord de substitution.

⇒ **Article 18 – Dépôt et publicité**

Le présent accord sera déposé sur la plateforme « TéléAccords » accessible depuis le site du ministère du Travail accompagné des pièces prévues à l'article D. 2231-7 du Code du travail par... (*prénom*)... (*nom*), représentant(e) légal(e) de l'entreprise. Conformément à l'article D. 2231-2, un exemplaire de l'accord est également remis au greffe du conseil de prud'hommes de... (*conseil de prud'hommes du lieu de conclusion*).

Les éventuels avenants de révision du présent accord feront l'objet des mêmes mesures de publicité.

Fait à..., le...

Signatures

Modèle de convention individuelle de forfait annuel en heures

Il est rappelé qu'un accord collectif a été signé le... relatif à la durée du travail. Cet accord prévoit la mise en place de conventions de forfaits en heures pour ceux qui y sont éligibles.

Ce dispositif est régi par les articles L. 3121-56 et suivants du Code du travail.

Compte tenu de sa fonction (*précisez*) M... sera soumis à un forfait annuel en heures de... à compter du...

M... a estimé pouvoir accomplir ses missions dans le cadre de ce forfait annuel en heures.

M... s'engage également dans ce contexte à respecter les dispositions de l'accord collectif applicable.

M... s'engage à respecter le repos quotidien de onze heures, les durées maximales de travail journalières (*dix heures*) et hebdomadaires (*48 heures ou 44 heures en moyenne sur douze semaines*), ainsi que le repos hebdomadaire. Le jour de repos hebdomadaire est en principe le dimanche.

En cas de difficulté à organiser son emploi du temps dans le cadre de la convention de forfait annuel en heures ainsi établie, ou à maîtriser le volume du temps consacré à son activité professionnelle, M... pourra à tout moment au cours de l'année solliciter un entretien avec la direction des ressources humaines afin qu'une solution opérationnelle soit trouvée.

La rémunération de M... est de... et correspond à... heures de travail sur la période de référence. Elle est versée par douzième.

En fin de période, il sera procédé à une comparaison entre le nombre d'heures réellement travaillées ou assimilées et celles qui auront été payées.

Une régularisation pourra être effectuée selon que le compte de M... sera créditeur ou débiteur.

Il sera procédé de la même façon en cas de départ de l'entreprise.

Fait en double exemplaire, le (*date*), à ...

Pour l'entreprise,
Nom et fonctions
*Signature**

Pour le salarié

*Signature**

* *Signature précédée de la mention «Lu et approuvé»*

Le forfait annuel en jours

- A**
- ABSENCES 25, 29, 52
 - ACCORD COLLECTIF 18 et s., p. 40
 - ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE 1, 34 et s., 40, 42
 - ACCORD DU SALARIÉ 40
 - AMPLITUDE DE TRAVAIL 3, 27, 33, 63, 76
 - ARRIVÉE D'UN NOUVEAU SALARIÉ 53
 - ASTREINTE 9, 29, 55
 - AUTONOMIE 5 et s., 22
 - AVENANT (au contrat de travail) 42
- B – C**
- BADGEUSE 61
 - BULLETIN DE PAIE 13, 25, 33
 - CADRE 1, 5, 15, 22
 - CADRE DIRIGEANT 15 et s.
 - CALCUL DU SALAIRE JOURNALIER 29
 - CHARGE DE TRAVAIL
 - contrôle 3, 27, 61, 68 et s., p. 74, p. 75
 - notion 2, 69, 70
 - COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE 21, 28, p. 51
 - COMPTE PERSONNEL DE FORMATION 34
 - CONCLUSION D'UN ACCORD COLLECTIF 18 et s.
 - CONGÉ PARENTAL 56
 - CONGÉS PAYÉS 8, 36, 51, 52, 53, 59, 61, 77
 - CONSEIL D'ENTREPRISE 21
 - CONTRAT DE TRAVAIL 42
 - CONTRÔLE DES JOURS DE TRAVAIL ET DE REPOS 61 et s., p. 74, p. 75
 - CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT 20, 40 et s., p. 48
 - COTISATIONS SOCIALES 56, 59, 64
- D**
- DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL 43, 50 et s., 61
 - DÉCONNEXION (droit à la) 28, 33, 77
 - DÉLÉGATION (heures de) p. 51
 - DÉPART D'UN SALARIÉ 53
 - DÉPASSEMENT DU FORFAIT 58 et s., 70
 - DÉPLACEMENT PROFESSIONNEL 29, 54
 - DOMMAGES-INTÉRÊTS 30, 48, 64, 73
 - DROIT EUROPÉEN 4, 33
 - DURÉE LÉGALE DE TRAVAIL 50, 58, 67
 - DURÉE MAXIMALE DE TRAVAIL 2, 40, 50, 67
- E – L**
- ÉGALITÉ DE TRAITEMENT 67
 - ENTRETIENS 27, 32, 33, 44, 61, 68, p. 75
 - FORFAIT RÉDUIT 45 et s., 56
 - HEURES DE DÉLÉGATION p. 51
 - HEURES SUPPLÉMENTAIRES (paiement des) 12, 30, 33, 47, 48, 73
 - HORAIRE COLLECTIF 6, 22
 - INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT 12, 14, 47, 64, 73
 - INSPECTION DU TRAVAIL 61
 - ITINÉRIANT (salarié) 54
 - JOURS DE REPOS 43, 51, 52, 58 et s., p. 58, 61, 72
 - JOURS FÉRIÉS 51, 52, 59, 66, 77
 - LICENCIEMENT 8, 30, 34, 35, 42
- M**
- MISE EN PLACE DU FORFAIT
 - accord collectif 18 et s.
 - accord de performance collective 34 et s.
 - convention individuelle de forfait 40 et s.
 - MODÈLES
 - accord d'entreprise ou d'établissement mettant en place un forfait jours p. 40
 - avenant à la convention individuelle de forfait sur le rachat de jours de repos p. 58
 - compte rendu de l'entretien de suivi sur le forfait annuel en jours p. 75
 - convention individuelle de forfait en jours p. 48
 - demande du salarié de renonciation à des jours de repos p. 72
 - document de contrôle mensuel de la charge de travail p. 74
 - réponse de l'employeur à la demande de renonciation à des jours de repos p. 73
 - MODIFICATION DU FORFAIT
 - accord de performance collective 36, 40, 42
 - révision de l'accord collectif incomplet 33, 61, 68
- N – Q**
- NOMBRE DE JOURS (dans le forfait) 24, 43, 51
 - NULLITÉ DE LA CONVENTION INDIVIDUELLE DE FORFAIT 17, 30, 41, 49, 64, 70, 73
 - NUMÉRIQUES (outils) 28
 - PLAFOND LÉGAL (de jours travaillés) 24, 45
 - PLANNING 6, 7
 - POINTEUSE 61
 - PRESCRIPTION 12, 49
 - PREUVE DES JOURS TRAVAILLÉS 62
 - QUALITÉ DE VIE AU TRAVAIL 28
- R – S**
- RÉGULATION DE LA CHARGE DE TRAVAIL 68 et s.
 - RACHAT (de jours de repos) 29, 44, 59, p. 58, p. 72, p. 73
 - RÉCUPÉRATION DES HEURES PERDUES 52
 - RÉMUNÉRATION 10, 11, 29, 33, 44, 65 et s.
 - REPOS QUOTIDIEN ET HEBDOMADAIRE 33, 44, 50, 51, 61
 - REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL p. 51
 - RESPONSABILITÉ (de l'employeur) 68
 - RETENUE SUR SALAIRE 52
 - RETRAITE PROGRESSIVE 57
 - SALAIRE JOURNALIER (calcul) 29
 - SALARIÉS ÉLIGIBLES 5 et s., 22
 - SANCTIONS 12 et s., 47 et s., 64, 73 et s.
 - SANTÉ ET SÉCURITÉ 3, 31 et s., 68
 - SÉCURISATION DU FORFAIT 33, 61, 68
 - SUJÉTIONS IMPOSÉES AU SALARIÉ 65 et s.
 - SYNTEC 11, 14, p. 22
- T – V**
- TÉLÉTRAVAIL 61
 - TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF 9, 52, 55
 - TEMPS PARTIEL 46, 56
 - TEMPS RÉDUIT 45 et s., 56
 - TRAJET (temps de) 29, 54
 - TRANSFERT D'ENTREPRISE 38 et s.
 - TRAVAIL DISSIMULÉ 13, 30, 48, 64
 - VIE PERSONNELLE 27, 32, 33, 44, 68, 70

**POINT SPÉCIAL :
LE FORFAIT EN HEURES**

A			CONVENTION INDIVIDUELLE			INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION		
—			DE FORFAIT 4, 10, p. 95			INDIVIDUELLE DE FORFAIT 11		
ABSENCES	16		COTISATIONS PATRONALES 14			JOURS FÉRIÉS 5		
ACCORD COLLECTIF (forfait annuel)	9, p. 90		D			N – P		
ACCORD DE PERFORMANCE	9		—			NOMBRE D'HEURES (dans le forfait) 4, 9, 10		
COLLECTIVE	9		DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL			NULLITÉ DE LA CONVENTION		
ACCORD DU SALARIÉ	4, 9, 10		5, 20			INDIVIDUELLE DE FORFAIT 9, 11		
ARRIVÉE DU SALARIÉ	16		DÉPART DU SALARIÉ 16			PAUSE (temps de) 17		
AUTONOMIE	6, 7, 8		DÉPASSEMENT DU FORFAIT 19			POINTEUSE 5		
B – C			DURÉE LÉGALE DE TRAVAIL 4, 5			PREUVE (charge de la) 4		
—			DURÉE MAXIMALE DE TRAVAIL			R – S		
BULLETIN DE PAIE	15		1, 5, 8, 17, 19			—		
CADRE	6, 7		E – J			RÉMUNÉRATION 4, 14, 15, 16, 19		
CONGÉS PAYÉS	5		—			REPOS QUOTIDIEN ET HEBDOMADAIRE		
COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE	9, 13, 17, 21		ÉGALITÉ DE TRAITEMENT 15			5, 17		
CONTINGENT (d'heures			FORFAIT EN HEURES			RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL		
supplémentaires)	11, 18		– annuel 6 et s.			(à l'initiative du salarié) 12		
CONTRAT DE TRAVAIL	4, 10		– hebdomadaire et mensuel 3 et s.			SALARIÉS ÉLIGIBLES 2, 3, 6 et s.		
CONTREPARTIE OBLIGATOIRE			HEURES SUPPLÉMENTAIRES			SANCTIONS 11 et s.		
EN REPOS	11, 18		1, 4, 9, 11, 12			SYNDICATS 13		
			HORAIRES COLLECTIFS 1, 6, 7, 8, 20					



9 782371 481916

