



Année universitaire 2021-2022

MASTER II

DROIT DU TRAVAIL

LE FORFAIT JOURS

Mémoire de recherche présenté par

ALLEGRE Anaïs

Sous la direction de Monsieur le Professeur BOSSU Bernard

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier toutes les personnes ayant contribué à la réussite de mes études et qui m'ont aidé, chacun à leur manière, à la rédaction de ce mémoire.

Tout d'abord, j'adresse mes remerciements les plus sincères à mon directeur de mémoire, Monsieur Bernard BOSSU, pour son enseignement général d'une richesse immense.

Des remerciements vont également aux membres de l'équipe pédagogique de l'Université de Lille et aux intervenants professionnels du Master 2 Droit du travail, pour m'avoir transmis avec passion leurs savoirs théoriques et pratiques.

Un grand merci à l'ensemble de mes collègues pour leur patience à toute épreuve et leurs conseils avisés. Les éléments de réflexion apportés à mes recherches, de même que tout le travail de relecture qu'ils ont fourni furent plus que précieux.

Enfin je remercie chaleureusement ma famille et mes ami·e·s, qui ont toujours été là pour moi. Leur soutien sans faille ainsi que leurs encouragements constants ont été essentiels, du début à la fin.

À toutes ces personnes qui m'ont aidé et encouragé, je présente mes remerciements et ma gratitude.

ABRÉVIATIONS

ANACT	Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail
ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
ch.	Chambre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
c.trav	Code du travail
DARES	Direction de l'Animation de la recherche, des Études et des Statistiques
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (1789)
décis.	Décision
DRH	Directeur des Ressources Humaines
Dr. Ouv.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
éd	édition
Fasc.	Fascicule
FLSA	Fair Labor Standards Act
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
JCP S	La Semaine Juridique Social
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
OIT	Organisation internationale du Travail
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>

ord.	Ordonnance
p.	page(s)
préc.	Précité(e)
PUF	Presses universitaires de France
RDT	Revue de droit du travail
réclam.	Réclamation
Rev. Trav.	Revue de droit du travail
RF Social	Revue Fiduciaire social
sect.	Section
SHRM	Society for Human Resource Management
Soc.	Chambre sociale
t.	tome

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	2
ABREVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	6
Partie I - Les conditions de validité du forfait jours.....	15
Chapitre I - Les exigences requises à la mise en place d'un forfait jours valide	16
Chapitre II - Les exigences tenant à la protection de la santé des salariés	35
Partie II – Les effets de l'application du forfait jours.....	54
Chapitre I - Les effets émanant de la validité du forfait jours.....	55
Chapitre II – Les effets résultants de la non-validité du forfait jours.....	75
CONCLUSION.....	89
BIBLIOGRAPHIE.....	94
TABLE DES MATIERES	99
TABLE DES JURISPRUDENCES	101

INTRODUCTION

« Hier, la durée du travail était considérée comme le noyau dur de l'ordre public de protection [...]. Or depuis 1982, elle est devenue le Cheval de Troie de la flexibilité dans l'entreprise, le laboratoire expérimental d'un nouveau droit du travail »¹.

Le droit du travail fait état d'une évolution constante, évolution émanant de la volonté politique et des besoins de la société, oscillant entre la mise en place d'un cadre juridique rigoureux et l'importance de gagner en souplesse et en flexibilité pour les entreprises et les salariés.

En matière de durée du travail, l'année 1982 est principalement marquée par l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés. Celle-ci vient réduire la durée légale hebdomadaire de travail de 40 heures à 39 heures et généraliser la cinquième semaine de congés payés à l'ensemble des salariés. Ainsi, *« au regard du processus de réduction du temps de travail en France [...] l'ordonnance du 16 janvier 1982 a d'emblée créé un contexte neuf »²*, contexte permettant l'évolution du droit du travail et la recherche d'une plus grande flexibilité dans le monde du travail.

À partir de cette époque et dans un contexte nouveau, le droit du travail n'a pas cessé d'évoluer à travers les différentes interventions législatives qui seront mentionnées ci-après.

Face à cette évolution, diverses problématiques ont été formulées, notamment, un écart grandissant a été constaté entre le droit applicable en matière de durée du travail, les faits et la jurisprudence, révélant alors une discordance *« entre droit et pratique liée à la fois à la spécificité du travail des cadres [...], mais aussi à l'éclatement d'une catégorie jusqu'ici relativement homogène et à l'évolution des modes de travail de ces salariés »³*.

En réponse à cette discordance, le législateur est intervenu à différentes reprises, notamment en 2000, avec la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail⁴, permettant la création d'une forme particulière de décompte du temps en admettant pour certains cadres la mise en place d'un forfait jours dans un cadre annuel.

¹ RAY (J-E.), « Droit du travail, Droit vivant 2022 », *Liaisons*, 30^{ème} édition, LGDJ, 2022, p.197.

² BOUQUILLARD (O.), GUERGOAT (J-C.), DOYELLE (A.), DETAPE (Y.), « La durée du travail au début de l'année 1982 : analyse du processus de réduction », *Travail et Emploi*, n° 13, juillet 1982, p.1. URL : https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/13_2180.pdf

³ MORAND (M.), « Temps de travail », *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 21-12, novembre 2020, p.75.

⁴ TOURNAUX (S.), « Pour un statut des forfaits jours réduit », *RDT*, 2021, p.719.

La création d'un tel mécanisme en France peut être une opportunité, mais sa mise en place reste complexe ainsi que son application. À cet effet, afin d'en appréhender toute la technicité et les difficultés pratiques, il est pertinent de s'intéresser au forfait jours en France.

Afin de comprendre le dispositif de temps de travail du forfait jours, il convient au préalable d'en définir certains termes.

Tout d'abord, il apparaît nécessaire d'indiquer que les termes « accord collectif » et « convention » doivent être définis puisque le forfait jours est fondé sur un accord collectif et une convention individuelle. Ainsi, l'accord collectif « *désigne la matérialisation, par un document écrit, du résultat de négociations menées entre des représentants du patronat et des salariés au nom de ceux-ci. Il peut être conclu au niveau national interprofessionnel ou être un accord d'entreprise.* »⁵ et la convention peut être définie, selon le dictionnaire Larousse, comme l'accord « *destiné à produire des effets juridiques qui revêt en principe un caractère obligatoire pour ceux qui y adhèrent* », il s'agit donc d'un écrit permettant de formaliser la réalité de l'accord passé.

Ensuite, la convention de forfait est définie comme « *l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale couvrant l'ensemble forfaitisé d'heures ou de jours de travail, y compris les heures supplémentaires* »⁶.

Plus spécifiquement, la convention de forfait jours permet de fixer un nombre de jours précis à travailler durant l'année. Ce nombre de jours doit respecter la limite légale de 218 jours, ou la limite prévue par un accord collectif instaurant ce type de forfait et permet ainsi de s'affranchir de la notion d'heure de travail⁷.

Enfin, le forfait jours s'applique à deux catégories définies de salariés, à savoir d'une part, « *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 à laquelle ils sont intégrés* ». Afin de savoir si un salarié se situe dans la catégorie cadre, il convient d'examiner les clauses de la convention collective applicable, son contrat de travail et également les modalités d'exécution de ses fonctions. D'autre part les salariés « *dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui*

⁵ « Accord collectif : définition », Lexique droit du travail, *Editions Tissot*. URL: <https://www.editions-tissot.fr/guide/definition/accord-collectif>.

⁶ AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), « Droit du travail », *Précis Dalloz*, 35^{ème} édition, 2022, p.1097.

⁷ Cahier juridique n°221, RF Social, septembre 2021, p.20.

disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées »⁸.

Ces deux catégories de salariés concernés par l'application du forfait jours seront détaillées au cours du développement, tant dans leur définition que dans les débats qui y sont rattachés.

Avant de développer plus amplement les parcours législatifs et jurisprudentiels du forfait jours, il convient de rappeler, en deux temps, les points clés de la durée du travail en France afin d'en comprendre les évolutions. Ainsi, le premier temps va s'attacher à la notion de protection des salariés et le second temps à la recherche d'une plus grande flexibilité.

Dans un premier temps, il convient d'indiquer que la notion de durée du travail est un domaine clé à l'origine du droit du travail visant en la protection des salariés. En effet, à l'origine, la durée du travail est mise en place afin de mettre fin à des conditions de travail inacceptables résultant du début de la révolution industrielle, notamment dues au rythme des machines au sein des usines qui exige une présence constante de l'homme pour produire.

Face à cette dure réalité, l'État est intervenu avec la parution d'une première loi, le 22 mars 1841, date de naissance du droit du travail. Ce texte vient ainsi poser les premières limitations en termes de temps de travail en interdisant d'une part, le travail des enfants de moins de huit ans et d'autre part, le travail de nuit des enfants de moins de treize ans.

Des décennies plus tard, la prise en compte de la durée du travail et l'évolution du droit du travail ont été marquées par de nombreuses lois. Sans qu'il soit possible de reprendre l'ensemble des lois qui se sont succédé, il est nécessaire de mentionner les moments clés qui ont forgé la législation française en la matière.

À ce titre, tout d'abord, la loi du 2 novembre 1927 interdit le travail des enfants de moins de treize ans, la loi du 13 juillet 1906 a institué le repos hebdomadaire le dimanche et la loi du 21 avril 1919 est venue limiter le temps de travail à 8 heures par jour et à 48 heures par semaine. Par la suite, sous le gouvernement du Front populaire, la loi du 20 juin 1936 a créé les congés payés et a limité la durée hebdomadaire du travail à 40 heures par semaine. De nombreuses années après, durant le premier septennat du Président de la République Monsieur François MITTERRAND, l'ordonnance du 16 janvier 1982 conduit à la réduction de la durée du travail à 39 heures par semaine. Enfin, il est intéressant de citer, en complément, les lois AUBRY du

⁸ c. trav. Art. L. 3121-58.

13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 en y retenant la réduction du temps de travail à 35 heures par semaine, avec pour objectif notamment de créer de nouveaux emplois.

Ainsi, de ce bref résumé historique se dégage l'idée fondamentale de réduction permanente du temps passé au travail démontrant ainsi la volonté de protection de la santé du salarié et de l'importance grandissante de sa vie personnelle.

Dans un second temps, la société et le monde du travail ont évolué. Au cours des années 80, la recherche d'une plus grande flexibilité dans le travail va venir bouleverser les objectifs et l'organisation du temps de travail devient un outil de gestion de l'entreprise. Ce besoin de flexibilité sera revendiqué par le salarié et les entreprises. Pour ces derniers, ce besoin est marqué par la gestion du temps de travail et la gestion des ressources « humaines », en lien avec l'impossibilité de comptabiliser le temps de travail de certaines catégories de salariés et afin d'adapter le rythme de travail de ces derniers avec celui des entreprises.

À partir de cette période, le temps de travail « *va devenir le laboratoire de la flexibilité* »⁹ puisque de nombreux textes vont venir assouplir les règles sur le temps de travail et mettre à mal, par conséquent, les protections mises en place dans la première partie du XX^{ème} siècle. Cela a été rendu possible par le recul de la loi au profit de la négociation collective, permettant aux partenaires sociaux d'établir les règles en matière de durée et de temps de travail, à travers notamment les accords dérogatoires (ordonnance du 16 janvier 1982) et le concept de loi supplétive découlant du triptyque retenu par la loi dite EL KHOMRI du 8 août 2016 et les ordonnances dites MACRON du 22 septembre 2017.

Ainsi, le concept de flexibilité du droit du travail semble guider et inspirer les besoins des entreprises et des salariés et par conséquent le droit du travail lui-même. À titre explicatif, il est intéressant de préciser que le concept de flexibilité du droit du travail peut s'entendre de différentes façons et fait l'objet de nombreux débats quant à sa définition, débats qui ne seront pas évoqués au cours du développement. Cependant, s'il faut en donner une définition, il est possible de retenir que la flexibilité peut être définie comme l'aptitude d'un système à s'adapter aux changements, à l'ensemble des mesures susceptibles d'assouplir les règles concernant le temps de travail et aux circonstances particulières du travail en France.

⁹ BOSSU (B.), « Conditions de travail », enseignement Master 1 Droit social de l'Université de Lille, 2021.

C'est notamment ce concept de flexibilité qui va guider, en grande partie, la création du mécanisme du forfait jours en France.

Comme il a été possible de l'expliquer précédemment, le droit du travail en France est constitué de nombreuses spécificités dues aux évolutions de la société. Ces dernières se trouvent notamment à travers la mise en place du forfait jours créant ainsi des modalités de calcul forfaitaire du temps de travail.

Afin d'aborder au mieux ce mécanisme, il est également possible de faire référence à certains repères historiques en la matière, pour comprendre l'étendue de ce dispositif et la place qu'il occupe en France.

En effet, la convention de forfait jours a fait l'objet de nombreuses évolutions. Tout d'abord, la loi AUBRY II du 19 janvier 2000 a permis de mettre en place le système de forfait en jours pour les cadres autonomes, par accord collectif de branche ou d'entreprise combiné à une convention individuelle. Progressivement, la mise en place du forfait jours a été étendue, notamment par la loi n°2005-882 du 2 août 2005, à d'autres catégories de salariés dits les « *salariés autonomes* », dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et bénéficiant d'une certaine autonomie dans l'organisation de leur temps de travail.

Ensuite, quelques années plus tard, le régime du forfait jours a été profondément réformé par la loi du 20 août 2008 qui a abrogé les dispositions législatives antérieures, permettant ainsi de créer un nouveau dispositif relatif aux différents forfaits¹⁰. Il faut préciser que les accords collectifs relatifs aux conventions de forfait, conclus sur la base de la législation antérieure à 2008, restent en vigueur.

Enfin, la loi du 8 août 2016 s'est attachée à régler plus étroitement le système de forfait en jours¹¹, mais également à créer un « *véritable mécanisme de sécurisation* »¹² des dispositifs déjà en application, tel que, par exemple, la régularisation par l'employeur d'un accord collectif insuffisant.

Ces réformes ont donc permis de réviser le dispositif particulier créé par la loi du 19 janvier 2000 afin de répondre aux demandes et de l'adapter aux évolutions du droit du travail. Elles ont également eu pour objectif de satisfaire au besoin de souplesse évoqué et prononcé tant par les entreprises que par les salariés, face aux avancées des modes de travail et de leur organisation.

¹⁰ MORAND (M.), *op. cit.*, p.75.

¹¹ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), « Conditions de travail 2021/2022 », *Dalloz référence*, 1^{ère} édition, 2021, p.107.

¹² MORAND (M.), *op. cit.*, p.75.

Il semble important de préciser que le forfait jours, tel qu'il est appliqué en France, n'est pas simplement le fruit du travail du législateur. En effet, le dispositif appliqué actuellement au sein des entreprises correspond également au travail fourni pendant de longues années par les juges qui font face à un contentieux récurrent en la matière.

Le mécanisme du forfait jours est donc d'autant plus intéressant que son application est complexe et remplie de difficultés pratiques que la jurisprudence et le législateur peinent à cadrer.

Comme il a été possible de le comprendre, la durée du travail en France est donc un domaine clé du droit du travail qui n'a cessé d'évoluer, permettant, dans un contexte évolutif et à la recherche de flexibilité, la création du forfait jours.

Le forfait jours est un mécanisme du temps de travail propre au droit français qui démontre de nombreux intérêts pour l'employeur et pour le salarié bénéficiaire, tels que, par exemple, la flexibilité des horaires de travail, l'autonomie, la responsabilisation du salarié... Son application est devenue attrayante pour les entreprises disposant de salariés remplissant les conditions imposées par la loi.

Cependant, le forfait jours révèle de réelles difficultés et abus, comme par exemple, une charge de travail trop importante, l'absence de suivi régulier de la part de l'employeur ou une trop grande autonomie pour le salarié. Pour faire face à de nombreux abus, le législateur et les juges sont intervenus à différentes reprises pour encadrer le forfait jours et sanctionner le non-respect de ce cadre juridique.

A cet effet, les entreprises ont été sanctionnées à diverses reprises par les juges français. La France a également été condamnée par la jurisprudence européenne du fait de l'application du mécanisme de forfait jours en France. En effet, de 2001 à 2014, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) n'a cessé de déclarer notre réglementation en la matière non conforme à la Charte sociale européenne que cela soit dans ses décisions suite à des réclamations collectives¹³ ou dans ses rapports annuels. En 2010, il affirmait à nouveau que la nouvelle réglementation issue de la loi du 20 août 2008 ne respectait pas, d'une part, l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne puisque la durée hebdomadaire de travail du salarié en forfait jours était excessive, d'autre part, l'article 4 § 2 de la même Charte puisque les heures effectuées qui ne bénéficient pas de majoration de rémunération sont anormalement élevées.

¹³ Réclamation n°9/2000 ; réclamation n°16/2003 ; réclamation n°55/2009 ; réclamation n°22/2003 ; réclamation n°56/2009, in « Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 36.

Enfin, en 2014, le CEDS a pris en compte les efforts de la jurisprudence de la Cour de cassation, avec l'arrêt du 29 juin 2011 qui offre diverses garanties en la matière, mais il précise que la conformité au premier article précité ne pourra être affirmée comme telle que si toutes les conventions collectives prennent en compte les exigences des juges¹⁴.

À titre de précision, les avis du CEDS ont été entérinés par des résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui n'ont qu'une valeur indicative. De plus, concernant les dispositions précitées de la Charte sociale européenne, le Conseil d'État a jugé dans deux décisions¹⁵ qu'elles « *ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers* » et « *ne peuvent, dès lors, être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir* », ce qui en limite donc la portée.

Ainsi, la complexité du forfait jours rend son étude intrigante. En effet, l'intérêt d'un sujet tel que le forfait jours est de comprendre les conditions requises à sa validité, ses avantages et ses difficultés d'application. Mais également, comment et pourquoi, depuis sa création légale, le forfait jours est apprécié dans les entreprises et auprès des salariés en France, alors même que son application fait l'objet d'un contentieux récurrent, entraînant de nombreuses sanctions à cet égard.

Il est également intéressant de se demander pourquoi le contentieux relatif au forfait jours est inépuisable. Cela renvoie à s'interroger sur les difficultés de son adaptation et de son application par les entreprises, sur l'éventuel irréalisme des conditions d'application et l'exigence trop grande des juges, ou a contrario la pertinence de cette exigence fondée, au regard des dangers du forfait jours.

La durée du temps de travail en France est un sujet large et fastidieux qui peut faire l'objet de nombreux développements du fait de son évolution constante. Cependant, l'objectif de cette étude est de s'intéresser spécifiquement au mécanisme du forfait jours, il convient donc de cadrer ce sujet.

Lors du développement, le cadre juridique propre au forfait jours sera étudié, notamment avec les conditions de mise en place et d'application du forfait jours. Cela permettra également de

¹⁴ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 36.

¹⁵ CE., 2 octobre 2009, n°301014, *Union syndicale solidaires Isère* ; CE., 19 mars 2010, n°317225, *Syndicat national des officiers de police*, in ROSE (H.), « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », *RDT*, octobre 2020, 117.

s'intéresser à un domaine clé du droit social, à savoir la protection de la santé et de la sécurité des salariés au travail.

Par la suite, les effets de la mise en place et de l'application du forfait jours seront développés afin de comprendre les conséquences de sa validité, notamment à travers le concept de flexibilité et d'autonomie, et de sa non-validité, avec les manquements opposables à l'employeur, la charge de la preuve dans cette hypothèse et les sanctions afférentes.

Cette ligne de développement permettra d'aborder des notions techniques et pratiques liées au mécanisme du forfait jours en France.

Il convient de préciser que l'étude n'ayant pas pour intérêt de couvrir l'ensemble des mécanismes en lien avec la durée du travail en France, ces derniers ne feront pas l'objet de plus de précisions au sein de ce développement afin de se consacrer entièrement à ce dispositif spécifique que représente le forfait jours. Également, il ne sera pas nécessaire de développer plus amplement les différentes réformes législatives intervenues, puisqu'elles ont été mentionnées précédemment. À cet effet, les règles applicables avant le 10 août 2016 ne seront pas développées.

Dans ce mémoire, la question qui se pose est de savoir *quels sont les conditions et les effets d'application du forfait jours en France ?*

Afin de traiter au mieux le sujet et de répondre à cette problématique, un plan de recherche a été établi en deux parties.

Dans une première partie, il est primordial de s'attarder sur les conditions de validité du forfait jours. L'étude des différentes conditions de validité d'un tel dispositif permettra notamment de comprendre le cadre juridique du forfait jours.

Cette partie est importante puisqu'en reprenant l'ensemble des conditions imposées aux entreprises et aux salariés bénéficiaires, il sera possible d'apprécier l'étendue de ce mécanisme et l'application qui peut et doit en être faite. De plus, les conditions qui seront développées sont établies d'un point de vue théorique, ainsi l'intérêt de les étudier est également de s'interroger sur les difficultés que peut rencontrer leur application pratique (Partie I).

Dans une seconde partie, il sera intéressant de se consacrer aux effets de l'application du forfait jours.

Le forfait jours devant répondre à diverses conditions, il est nécessaire de se questionner sur les effets de l'application de ce dispositif lorsque ces dernières sont remplies, ou a contrario lorsqu'elles ne le sont pas et lorsqu'elles sont, par conséquent, source de contentieux. À travers ces deux hypothèses, il sera possible d'apprécier l'application d'un tel dispositif en France avec les bénéfices et les problématiques qu'il est possible d'en tirer (Partie II).

Partie I - Les conditions de validité du forfait jours

Le dispositif spécifique de durée du travail qu'incarne le forfait jours a été mis en place sous l'influence des besoins nouveaux et variés des entreprises et des salariés.

La création d'un tel dispositif nécessite de le soumettre à un cadre juridique clair afin d'en établir la mise en place, l'application et les limites. En effet, bien loin de la durée légale du travail, il semble, par conséquent, important que le forfait jours se voit imposer des règles rigoureuses touchant tant les personnes concernées que l'accord collectif et la convention individuelle permettant sa mise en place (Chapitre I).

Cependant, la création d'un tel dispositif n'est pas sans incidence sur la santé et la sécurité du salarié, les impacts peuvent être nombreux et conséquents pour le salarié soumis au forfait jours.

Ainsi, les entreprises et les salariés doivent veiller à respecter des exigences touchant à la protection de la santé du salarié, également requises à la validité du forfait jours (Chapitre II).

Chapitre I- Les exigences requises à la mise en place d'un forfait jours valide

Plus de 20 ans après sa création et après diverses évolutions législatives, telles qu'étudiées précédemment, le dispositif du forfait jours semble s'être répandu dans de nombreuses entreprises en France, permettant de répondre efficacement aux attentes des entreprises et des salariés bénéficiaires. Cela se déduit notamment d'une enquête de la Direction de l'Animation de la recherche, des Études et des Statistiques (DARES) qui démontre que pour environ 14 % des salariés à temps complet le temps de travail correspond à un décompte effectué sous la forme d'un forfait jours¹⁶.

À travers son application, il ne s'agit pas de s'écarter des règles légales et contraignantes du droit du travail, mais bien de permettre aux entreprises et aux salariés éligibles de mettre en place une autre organisation du travail de manière encadrée. À cet effet, la validité de la mise en place du forfait jours au sein des entreprises doit répondre à différentes règles et exigences définies par le législateur et la jurisprudence.

Un cadre juridique a donc été conçu afin de veiller à la validité du forfait jours. Il comprend ainsi des règles relatives à la définition des salariés concernés, malgré des difficultés pratiques d'identification rencontrées par les entreprises (Section 1). Mais également, des règles relatives au contenu de l'accord collectif et de la convention individuelle de forfait jours (Section 2).

¹⁶ HANANEL (J.), Évolution des salaires de base et conditions d'emploi dans le secteur privé, *DARES indicateur n°028*, septembre 2020.

Section 1 - Les salariés concernés

Avant de comprendre quels sont les salariés concernés par ce dispositif, il est intéressant de mentionner que la mise en place du forfait jours en France n'est pas limitée à une catégorie d'entreprises. En effet, les entreprises concernées ne sont pas limitatives, à condition de parvenir à respecter le cadre légal et jurisprudentiel du forfait jours, notamment la rédaction d'un accord collectif autorisant le recours au forfait annuel en jours, devant contenir diverses conditions afin d'assurer sa validité.

À cet effet, l'accord collectif doit notamment déterminer les catégories de salariés susceptibles d'être concernés, telles qu'elles sont identifiées à travers différents critères légaux (Paragraphe 1).

Cependant, les critères d'identification ne parviennent pas toujours à être appliqués correctement au sein des entreprises qui rencontrent des difficultés pratiques relatives aux salariés concernés, par l'application du forfait jours (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les critères légaux d'identification des salariés

L'intérêt de ce développement est de caractériser les catégories de salariés éligibles définies par le législateur et la jurisprudence (A), mais également, de développer les notions d'autonomie et de responsabilités du salarié qui viennent encadrer la notion de salarié éligible en matière de forfait jours (B).

A- Les catégories de salariés éligibles

Comme il a été possible de l'expliquer, le forfait jours correspond à un mécanisme spécifique de durée du temps de travail en France. Afin que ce dispositif ne soit pas détourné, il doit être limité à deux catégories définies de salariés.

L'éligibilité au forfait jours a fait l'objet d'un élargissement successif par la loi. La loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 avait opéré une première évolution en élargissant le champ d'application des forfaits jours, notamment par l'introduction du critère nouveau de l'autonomie.

Le législateur est à nouveau intervenu, de manière conséquente, puisque la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a permis d'étendre le forfait jours aux salariés non-cadres.

Ces évolutions ont ainsi étendu le dispositif du forfait jours à deux catégories de salariés éligibles au forfait jours, définies au sein de l'article L. 3121-58 du Code du travail.

En effet, au sens de l'article susmentionné, peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, d'une part, les cadres intégrés dans une équipe, un service ou un atelier 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 leur environnement de travail.

Et d'autre part, les salariés non-cadres, depuis 2005, 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 et l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ». ¹⁷

À ce sujet, il est intéressant de mentionner une étude de la DARES, datant de juillet 2015¹⁸, qui apporte des précisions sur le profil des salariés soumis à un forfait jours. Elle révèle qu'il y a 47 % de salariés cadres contre 3 % seulement de salariés non-cadres.

Le forfait jours chez les salariés non-cadre est donc peu développé, ce qui est compréhensible au regard des critères relatifs à l'autonomie et aux responsabilités, tels que mentionnés précédemment. Cette étude indique notamment que ces derniers exercent principalement des fonctions d'encadrement ou des fonctions de technico-commerciales, alors que les salariés cadre soumis à ce dispositif exercent, le plus souvent, des professions dans les domaines informatique, administratif et commercial, ou dans le domaine des études et de la recherche.

Il convient de préciser que les deux catégories de salariés précitées doivent être considérées par l'entreprise lors de la rédaction de la convention ou de l'accord collectif mettant en place ce mécanisme. L'article L. 3121-64 du Code du travail prévoit que l'accord prévoyant la conclusion d'une convention de forfait jours doit déterminer « *les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait en jours* ».

¹⁷ c. trav. Art. L. 3121-58.

¹⁸ LETROUBLON (C.), Les salariés au forfait annuel en jours, *DARES analyse n°048*, juillet 2015.

Enfin, il est nécessaire de rappeler que ne peut pas conclure une convention de forfait en jours la catégorie intitulée « cadres-dirigeants », au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail.

À titre informatif, le cadre-dirigeant est défini, par l'article précité, comme « *les cadres 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 n'étant pas soumis à la durée du travail du fait de leur statut, il n'est ni utile ni possible de leur prévoir la mise en place du forfait jours.

Ainsi, les catégories de salariés concernés par le dispositif du forfait jours ont été énoncées, à savoir les salariés cadres et les salariés non-cadres. Cependant, ces catégories sont accompagnées de notions permettant de limiter l'application de ce dispositif à des salariés jouissant obligatoirement d'autonomie et de responsabilités (B).

B- L'importante autonomie du salarié

Le concept d'autonomie en matière de forfait jours est fondamental puisque ce type de dispositif est réservé aux salariés dits autonomes.

La notion d'autonomie est large et ne bénéficie pas d'une définition bien établie pour l'application qui en est faite à travers le mécanisme du forfait jours, c'est ce qu'il sera démontré ci-après dans le développement.

Cependant, le Code du travail prévoit au sein de l'article L. 3121-58 que peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, d'une part, les cadres autonomes qui « *disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* », d'autre part, les salariés autonomes dont la durée du travail n'est pas déterminable et qui « *disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

La notion d'autonomie est étroitement liée à celle des responsabilités du salarié en forfait jours, devenant ainsi l'élément déterminant pour mettre en place le forfait jours.

L'importance de ce critère conduit notamment l'employeur à s'interroger sur la manière réelle de travailler du salarié, puisque même si la convention de forfait jours est régulière et l'autonomie acceptée par le salarié bénéficiaire, l'absence de réelle autonomie en pratique empêche la conclusion d'une convention de forfait jours.

Face à l'importance de la notion d'autonomie, il convient donc pour les entreprises d'étudier et d'apprécier cette notion avec attention afin de veiller à la bonne mise en place et application du forfait jours. Cependant, malgré les efforts des entreprises, des difficultés pratiques de compréhension et d'identification du « salarié autonome » se développent et sont source de contentieux (Paragraphe 2).

Paragraphe 2- Les difficultés pratiques relatives à l'autonomie

L'idée principale qui guidera ce développement est celle des difficultés pratiques d'identification des salariés pouvant être soumis au forfait jours à travers les conditions développées précédemment.

Ainsi, il est possible de s'attarder sur les contours de la définition du salarié autonome et par conséquent sur ceux fixés permettant la qualification du salarié comme tel (A). Malgré ces contours, les entreprises rencontrent en pratique de nombreuses difficultés d'appréciation de la notion d'autonomie et de la caractérisation du salarié autonome (B).

A- Les contours de la définition du salarié autonome

Concernant la mise en place du forfait jours, que le salarié soit cadre ou non-cadre, le critère de l'autonomie doit impérativement être respecté, comme il a été possible de le constater précédemment. Il appartient notamment au juge de vérifier, en cas de litige, que « *les fonctions effectivement exercées par le cadre correspondent à des fonctions d'autonomie et ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail* »¹⁹.

¹⁹ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 40.

Malgré l'importance d'une telle notion, il n'existe aucune définition juridique précise du cadre autonome ou du non-cadre autonome et donc de la notion d'autonomie en matière de forfait jours, conduisant ainsi à des débats nombreux et conflictuels.

En dépit de l'absence de définition précise de l'autonomie en la matière, divers débats ont permis de définir les contours de cette notion.

Ainsi, peut être considéré comme autonome le salarié qui maîtrise l'organisation de son emploi du temps et qui détermine ainsi, à titre d'exemples, ses rendez-vous, ses heures d'arrivées et de départ de l'entreprise en fonction de sa charge de travail, la répartition des missions qui lui sont afférentes ou encore l'organisation de ses congés, tout en prenant en compte le bon fonctionnement de l'entreprise et le respect des règles fixées par l'employeur en la matière.

Les contours de la notion d'autonomie ne s'arrêtent pas à cela puisque plusieurs points peuvent être pris en compte.

Tout d'abord, le salarié doit nécessairement disposer d'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps et ne doit pas, en principe, être soumis à l'horaire collectif de l'entreprise ou de son service. Ce point est important puisqu'il faut qu'il dispose d'une autonomie dans ses fonctions et dans ses responsabilités pour organiser son emploi du temps.

Ensuite, l'autonomie du salarié doit être effective, c'est notamment ce que rappelle la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mars 2019²⁰, qui a jugé l'absence d'autonomie effective du salarié dans l'organisation de son travail lorsque son travail était totalement organisé et imposé par l'employeur.

Mais également, la notion d'autonomie, telle que développée ci-dessus, a été nuancée. Il est nécessaire de rappeler que l'autonomie du salarié ne signifie pas qu'il possède une totale indépendance puisque le salarié est tenu d'exécuter ses missions. De plus, il est intéressant d'indiquer que les juges ont considéré que le régime de l'astreinte pouvait s'appliquer au forfait jours, ce qui signifie, par conséquent, que le salarié peut se voir imposer de rester disponible à l'aide de son téléphone portable pour répondre à d'éventuels besoins et interventions²¹.

L'autonomie n'est donc pas source d'indépendance totale puisque le forfait jours est salarié de l'entreprise, par conséquent le lien de subordination du salarié vis-à-vis de l'employeur subsiste

²⁰ Cass. Soc., 27 mars 2019, n°17-31.715.

²¹ Cass. Soc., 12 juillet 2018, n°17-13.029.

et l'employeur dispose du pouvoir de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner²². Ainsi, le salarié doit exécuter ses missions et ne peut échapper à ses obligations. Enfin, le salarié en forfait jours reste soumis aux contraintes liées à l'organisation du travail et ne peut se soustraire aux sujétions et contraintes inhérentes à ses fonctions. C'est notamment ce qu'a rappelé la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 2022 qui a indiqué qu'« *une convention individuelle de forfait annuel en jours 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'organisation du travail par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction* ». ²³La Cour vient ici rappeler que le salarié en forfait jours peut se voir imposer un planning de présence par son employeur, uniquement lorsque les contraintes liées à l'organisation du travail le justifient. En l'espèce, le salarié travaillait dans une clinique vétérinaire et les contraintes étaient liées aux rendez-vous donnés aux propriétaires des animaux soignés.

Les débats relevant de la qualification de cadre ou de non-cadre autonome sont divers, mais concernent principalement son cadre et sa définition afin de permettre aux entreprises d'en comprendre les contours.

Il est probable qu'une telle définition n'ait jamais été donnée puisqu'il s'agit finalement d'un subtil équilibre à trouver entre les libertés et les contraintes qu'entraîne un tel mécanisme. Il semble d'ailleurs qu'aucune définition ne soit établie laissant une place importante à l'appréciation des juges face à l'interprétation des entreprises.

Malgré cela, au regard de la jurisprudence, les entreprises font face à des difficultés pour définir et pour comprendre quel salarié peut être considéré comme cadre autonome ou non-cadre autonome, alors même que cette notion est déterminante dans l'application du forfait jours (B).

²² « Le forfait annuel en jours », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°82, 1^{er} octobre 2020, p. 16.

²³ Cass. Soc., 2 février 2022, n°20-15.744.

B- Les difficultés pratiques d'appréciation de la notion d'autonomie

Comme énoncé, aucune définition précise n'est établie pour le terme « autonome » en matière de forfait jours, ce qui conduit de nombreuses entreprises à considérer que la définition qu'elles donnent à cette notion est la bonne.

Cependant, les entreprises font face à des difficultés de compréhension et de caractérisation de la notion de salarié autonome, ce qui leur est souvent préjudiciable.

Tout d'abord, en pratique, il est complexe pour les entreprises, mais également pour les salariés, de parvenir à trouver un équilibre entre l'autonomie du salarié et le pouvoir disciplinaire de l'employeur et par conséquent de trouver un équilibre entre libertés et contraintes²⁴.

En effet, comme indiqué précédemment, le salarié en forfait-jours jouit d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, mais cela ne constitue pas « *un rempart au pouvoir disciplinaire de l'employeur* »²⁵. Cela a notamment été affirmé par la cour d'appel de Toulouse²⁶ qui avait considéré qu'un salarié en forfait jours peut être sanctionné pour comportement abusif ou déloyal, dans la mesure où, en l'espèce, le salarié décidait de s'absenter sans motif de son poste de travail, rendant impossible l'anticipation de ses présences et de ses absences.

Ainsi, l'équilibre est complexe à trouver et les négociateurs doivent faire preuve d'une vigilance accrue en la matière puisque cette notion d'autonomie est fondamentale à l'identification des salariés éligibles à ce mécanisme.

Ensuite, les difficultés de compréhension de la notion d'autonomie sont visibles à travers les nombreux contentieux auxquels font face les juges. Face à cette incompréhension, ces derniers sont souvent amenés à ne pas considérer un salarié comme « autonome » au regard de l'application du forfait jours.

En effet, à titre d'exemple, de manière générale les juges considèrent que l'obligation de respecter un planning est incompatible avec la mise en place d'un forfait jours du fait de l'absence d'autonomie, sauf lorsqu'il s'agit de contraintes propres à leur métier, comme par

²⁴ PACOTTE (P.), LAMPERT (A.), « Autonomie du salarié en forfait-jours : un subtil équilibre entre liberté et contraintes », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°540, 20 avril 2022.

²⁵ Ibid.

²⁶ CA Toulouse, 4^{ème} ch., sect. 2, 13 juillet 2018, n°16/00835, in « Le forfait annuel en jours », *Les Thématiques, Liaisons sociales*, n°82, 1^{er} octobre 2020, p. 16.

exemple la fermeture du magasin ou assurer des permanences, si cela ne les prive pas de leur indépendance d'organisation²⁷.

Les juges ont relevé, par exemple, dans un arrêt rendu le 31 octobre 2007²⁸, que ne relevait pas du régime du forfait en jours le salarié dont l'emploi du temps était déterminé par la direction et son supérieur hiérarchique qui définissaient le planning de ses interventions auprès des clients et ne bénéficiant pas du libre choix de ses repos.

Il ne s'agit là que d'un exemple puisque la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette incompatibilité à plusieurs reprises²⁹. Les juges considèrent ainsi que les salariés ne disposent pas de liberté dans l'organisation de leur travail et donc de l'autonomie suffisante, lorsque l'emploi du temps est déterminé par la direction ou le supérieur hiérarchique. Cela est notamment caractérisé en l'absence du libre choix de leurs jours de repos hebdomadaires, donc lorsque leur planning est défini par leur hiérarchie ou que les plages horaires sont prédéterminées.³⁰

Ainsi, le contentieux démontre des difficultés certaines relatives à l'autonomie du salarié et l'équilibre à trouver entre ce dernier et l'entreprise. En cas de contentieux, il appartient donc au juge prud'homal de vérifier l'autonomie du salarié dans l'organisation de son travail et cela, peu importe les dispositions prévues dans la convention de forfait jours conclue entre les parties.³¹

Les conséquences de l'absence d'autonomie d'un salarié sous convention de forfaits jours sont importantes pour les entreprises. En effet, le salarié qui n'est pas considéré comme autonome ne peut se voir appliquer le forfait jours. Il en découle alors de lourdes conséquences pour l'employeur, qui seront étudiées plus tard lors de ce développement, telles que par exemple le rappel en paie des heures supplémentaires à la demande du salarié.

Ainsi, après avoir développé quels sont les salariés concernés par l'application du forfait jours, notamment au regard des conditions d'autonomie et de responsabilité et les difficultés pratiques qui en découlent, il est nécessaire d'établir le contenu de l'accord collectif. Ce dernier

²⁷ Cass. Soc., 15 décembre 2021, n°19-18.226.

²⁸ Cass. Soc., 31 octobre 2007, n°06-43.876.

²⁹ Cass. Soc., 9 juillet 2003, n°01-42.451 ; Cass. Soc., 31 octobre 2012, n°11-20.986 ; Cass. Soc., 23 janvier 2013, n°11-12.323 ; Cass. Soc., 15 décembre 2016, n°15-17.568.

³⁰ FRANCO (C.), SAGAR (S.), « Quelles limites à l'autonomie du cadre soumis à une convention de forfait jours ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, N°539, 5 avril 2022.

³¹ « Le forfait annuel en jours », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°82, 1^{er} octobre 2020, p. 16.

étant fondamental à la mise en place de ce dispositif spécifique d'organisation du temps de travail (Section 2).

Section 2 - Le contenu de l'accord collectif

Afin de mettre en place un forfait annuel en jours, l'entreprise doit négocier préalablement un accord d'entreprise ou appliquer un accord de branche. En effet, l'entreprise peut mettre en place le dispositif de forfait jours si un accord collectif d'entreprise ou d'établissement en autorise le recours, ou à défaut une convention ou un accord collectif de branche, étendu ou non. À titre de précision s'applique la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche puisque la loi Travail, du 8 août 2016, l'a étendu à l'ensemble de la réglementation sur la durée du travail.

Il est nécessaire de préciser que l'accord collectif ne suffit pas à la mise en place du forfait jours puisque doit également être rédigée une convention de forfait individuelle. En effet, l'application d'un tel dispositif nécessite un accord écrit entre l'employeur et le salarié, ce qui est notamment énoncé au sein de l'article L. 3121-55 du Code du travail qui dispose que *« 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 »*.

Cette convention est obligatoirement insérée au sein du contrat dans une clause spécifique ou un avenant au contrat³² et c'est sa signature qui atteste l'accord du salarié de se voir soumis au régime du forfait jours. En effet, il a été jugé qu'il ne suffit pas de remettre au salarié l'accord d'entreprise prévoyant ce mécanisme pour établir son accord³³, de renvoyer au contrat de travail³⁴, d'utiliser la signature du salarié apposée sur une note de service³⁵ ou encore de mentionner sur son bulletin de paie l'existence de cette convention³⁶.

La rédaction d'une convention de forfait individuelle est donc nécessaire. Cependant, il convient de s'intéresser plus amplement à l'accord collectif qui a une place fondamentale dans la mise en place du forfait jours.

³² Cass. Soc., 28 septembre 2010, n°09-41.624 ; Cass. Soc., 8 mars 2012, n°10-24.305 ; Cass. Soc., 19 février 2014, n°12-26.479, in « Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 60.

³³ Cass. Soc., 19 juin 2019, n°17-31.523.

³⁴ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-17.593.

³⁵ Cass. Soc., 26 octobre 2010, n°08-41.569.

³⁶ Cass. Soc., 4 novembre 2015, n°14-10.419.

À titre explicatif, le cadre juridique légal de la convention de forfait jours a fait l'objet d'une évolution législative majeure avec la loi du 8 août 2016. Cette loi a notamment permis de prendre en compte les exigences de la Cour de cassation qui n'ont cessé d'évoluer afin de remédier aux insuffisances de la législation. Ainsi, le législateur est notamment intervenu afin d'indiquer les clauses obligatoires qui doivent apparaître au sein de l'accord collectif, créant ainsi de nouvelles obligations légales pour les entreprises souhaitant soumettre leurs salariés au forfait jours.

À cet effet, l'accord collectif doit contenir des clauses obligatoires essentielles à l'application de ce dispositif qui permettent d'assurer sa validité (Paragraphe 1). En complément, des clauses facultatives peuvent être intégrées afin que l'entreprise puisse bénéficier de plus de flexibilité dans le processus de rédaction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les clauses obligatoires de l'accord collectif

L'accord collectif est indispensable pour conclure un forfait en jours. À cet effet, la loi impose un certain nombre de clauses.

Ainsi, le législateur veille au respect de ce mode spécifique d'organisation du temps de travail en établissant un socle commun applicable à toutes les conventions de forfait (A) et en imposant des clauses spécifiques pour les conventions de forfait en jours (B).

A- L'application d'un socle commun aux conventions de forfait

Le législateur a prévu un ensemble de règles s'imposant à l'employeur dans sa gestion des salariés soumis à une convention de forfait en jours.

Dans un premier temps, il convient de mentionner les clauses communes aux accords collectifs.

D'une part, tout accord collectif doit préciser, au regard de l'article L. 2222-1 du Code du travail, son champ d'application territorial et professionnel. À cet effet, l'accord d'entreprise doit mentionner s'il s'applique à l'entreprise ou à un ou plusieurs établissements.

D'autre part, il doit comprendre un préambule présentant les objectifs et les intérêts qu'il représente³⁷. Mais également la durée d'application, à savoir à durée déterminée ou indéterminée³⁸, la forme, le délai de renouvellement de révision et de dénonciation, ou encore les modalités de suivi de l'accord collectif permettant de prévoir des rendez-vous³⁹.

Dans un second temps, il faut s'intéresser aux clauses communes aux forfaits mentionnées au sein de l'article L. 3121-64 du Code du travail. Le Code du travail dispose que « *I- L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine :*

1 ° Les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, dans le respect des articles L. 3121-56 et L. 3121-58 ;

2 ° La période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs ;

3 ° Le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours ;

4 ° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;

5 ° Les caractéristiques principales des conventions individuelles, qui doivent notamment fixer le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait ».

Ainsi, le législateur a mis en place un cadre juridique concernant l'accord collectif permettant la mise en place d'une convention de forfait, mais il est également intéressant de relever que ce dernier a prolongé son analyse permettant d'imposer des clauses spécifiques pour les conventions de forfait en jours (B).

³⁷ c. trav. Art. L. 2222-3-3.

³⁸ c. trav. Art. L. 2222-4.

³⁹ c. trav. Art. L. 2222-5-1.

B- Les clauses spécifiques applicables aux conventions de forfait jours

La convention de forfait jours est un dispositif de temps de travail spécifique et a requis, de la part du législateur, de s'y intéresser plus amplement afin d'établir un cadre juridique permettant au salarié d'être protégé face à la complexité de la mise en place d'un tel dispositif.

En effet, le législateur est intervenu à travers l'article L. 3121-64 II du Code du travail afin de prévoir que « *II. - L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine :*

1 ° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;

2 ° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;

3 ° Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7 ° de l'article L. 2242-17.

L'accord peut fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos en application de l'article L. 3121-59. Ce nombre de jours doit être compatible avec les dispositions du titre III du présent livre relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise et avec celles du titre IV relatives aux congés payés ».

À cet effet, des mentions spécifiques relatives à la charge de travail et au droit à la déconnexion doivent obligatoirement être prévues au sein de l'accord collectif.

À défaut de comporter ces clauses spécifiques, la loi Travail du 8 août 2016 a prévu pour l'employeur un « *dispositif de sécurisation des conventions individuelles de forfait jours* », lorsqu'elles sont conclues antérieurement à son entrée en vigueur sur le fondement d'un accord collectif insuffisant en matière de suivi de la charge de travail du salarié et/ou en l'absence de clause sur la déconnexion⁴⁰. À titre de précision, cette loi a modifié le contenu des accords collectifs. Jusqu'à cette date, les accords collectifs et par conséquent les conventions de forfait, ne comportant pas de garanties suffisantes étaient frappés de nullité.

⁴⁰ VERICEL (M.), « Forfaits-jours : validité d'un avenant de sécurisation antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail », *Rev. Trav., Dalloz*, 2020, p.129.

Ainsi, l'employeur peut compenser l'absence de ces clauses au sens de l'article L. 3121-65 du Code du travail qui dispose que l'employeur doit, d'une part, « *établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées* », d'autre part, s'assurer que « *la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire* ».

L'employeur doit également organiser un entretien annuel avec le salarié. Cet entretien permet à l'employeur de réaliser un réel suivi du salarié et à ce dernier d'en bénéficier, afin de s'attarder sur différents sujets tels que la charge de travail raisonnable, l'organisation du travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et la rémunération.

Enfin, l'employeur doit, à défaut de prévoir le droit à la déconnexion au sein de l'accord collectif, définir et communiquer par tout moyen aux salariés concernés les modalités d'exercice de leur droit à la déconnexion.

Ce mécanisme de compensation est intéressant puisque, d'une part, il prend en compte l'ensemble des points obligatoires abordés au sein de l'article précité, d'autre part, il est plutôt favorable aux entreprises, ce qui s'explique notamment par le fait que la convention de forfait jours peut être prévue par un accord de branche alors même que les entreprises n'ont pas de prise sur ces négociations. Cela permet donc de sécuriser les conventions de forfaits si les partenaires sociaux de la branche prennent trop de temps à mettre l'accord en conformité avec la loi⁴¹.

À titre d'exemple, pour les clauses spécifiques, la Cour de cassation a validé, au regard de ces exigences, l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques qui prévoyait le décompte des journées sur la base d'un système auto déclaratif, l'organisation d'un suivi régulier par la hiérarchie de l'organisation du travail des salariés afin de veiller aux éventuelles surcharges de travail, mais également, le repos quotidien obligatoire face à la charge de travail et l'amplitude de la journée et la durée minimale du repos⁴². A contrario, les juges n'ont pas validé l'accord-cadre sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique qui renvoyait à la convention de forfait écrite le soin de prévoir la mise en œuvre du contrôle des jours travaillés, l'entretien annuel et indique simplement que les salariés concernés doivent respecter la durée minimale de repos⁴³.

⁴¹ « Nullité du forfait jours pour insuffisance des modalités de suivi de la charge de travail », RF social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, 19 octobre 2021.

⁴² Cass. Soc., 17 décembre 2014, n°13-22.890.

⁴³ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807.

Les clauses obligatoires prévues par le législateur sont donc nombreuses afin d'assurer la validité de l'accord collectif mettant en place la convention de forfait jours dans l'entreprise. De plus, des clauses facultatives peuvent également être insérées au sein de l'accord collectif (Paragraphe 2).

Paragraphe 2- Les clauses facultatives de l'accord collectif

En plus des clauses détaillées précédemment, les partenaires sociaux peuvent proposer d'ajouter des clauses dites « facultatives ». Ces dernières sont nombreuses et concernent différents sujets touchant la convention de forfait jours.

En effet, une partie de ces clauses vise la gestion des jours de travail (A) et une autre partie vise la gestion des jours de repos du salarié (B).

A- Les clauses visant la gestion des jours de travail

Dans un premier temps, il est possible de mentionner les clauses visant les modalités de décompte et de réduction des jours de travail.

Tout d'abord, l'accord collectif peut prévoir les modalités de décompte en journée et/ou en demi-journée de travail et donc de repos du salarié en forfait jours.

L'employeur doit pouvoir s'assurer d'un suivi effectif et régulier des temps de travail du salarié, par conséquent, il semble opportun pour l'employeur de prévoir les modalités de décompte de ces journées et/ou demi-journées.

L'employeur peut réaliser ce récapitulatif à partir de tout support⁴⁴. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, en pratique il peut s'agir d'un système de déclaration faite par le salarié, mais faisant l'objet d'un examen régulier de la part du supérieur hiérarchique⁴⁵. Ce récapitulatif peut également être réalisé en deux exemplaires afin d'en fournir un au salarié et un à l'employeur. Ce dernier doit notamment être laissé à disposition de l'inspection du travail pendant 3 ans^{46,47}, puisque les agents de contrôle de l'inspection ont

⁴⁴ « Forfait annuel en heures ou en jours », RF Social, Cahier juridique n°221, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021, p.61.

⁴⁵ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), *op. cit.*, p.112.

⁴⁶ c. trav. Art. D.3171-16 3°.

⁴⁷ « Forfait annuel en heures ou en jours », RF Social, Cahier juridique n°221, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021, p.61.

notamment pour mission d'assurer le respect des dispositions légales en matière de droit du travail, dont celles relatives à la durée du travail.

De plus, l'accord peut mentionner l'amplitude de la journée, en prévoyant par exemple une amplitude maximale de 13 heures, avec comme limite basse 8 heures du matin et comme limite haute 21 heures.

Ensuite, l'accord collectif peut également prévoir les limites dans lesquelles le nombre de jours travaillés du salarié en forfait jours peut être réduit. À titre informatif, il ne s'agit pas ici de prévoir un forfait jours à « temps partiel »⁴⁸, puisque cette notion de durée du travail ne peut pas être appliquée au forfait jours « *au sens de l'article L. 3123-1 du Code du travail* »⁴⁹, mais de prévoir la possibilité d'un « forfait jours réduit ».

Dans un second temps, il convient de rappeler que des clauses facultatives peuvent être insérées dans l'accord collectif concernant la gestion de situations spécifiques, telles que l'astreinte, la grève ou encore les heures de délégation du salarié sous mandat.

Par exemple, d'une part, l'accord collectif peut prévoir l'incidence d'une grève sur le forfait jours en indiquant que la retenue sur salaire doit être la même que pour toute autre absence. En principe, la rémunération du salarié est normalement réduite au prorata du temps de grève, cependant, concernant le forfait jours, il n'est pas possible de faire référence à une notion d'heures, le décompte se fait donc sur la base d'une journée ou demi-journée. Cela peut être problématique lorsque le salarié a été absent moins d'une demi-journée, à cet effet, l'accord collectif peut indiquer que le salarié qui a été absent moins d'une demi-journée n'a pas de retenue sur son salaire⁵⁰.

D'autre part, l'accord collectif peut contenir une clause concernant les heures de délégation du salarié. À défaut d'accord, son crédit d'heures est regroupé en demi-journées, correspondantes à 4 heures de mandat, qui viennent en déduction du nombre annuel de jours devant être travaillés par le salarié.⁵¹

Ainsi, l'accord collectif peut prévoir de nombreuses clauses visant la gestion des jours de travail du salarié en forfait jours afin d'établir un cadre d'application. Il peut également envisager des clauses touchant à la gestion des jours de repos du salarié en forfait jours (B).

⁴⁸ Cass. Soc., 27 mars 2019 n°16-23.800.

⁴⁹ TOURNAUX (S.), « Pour un statut des forfaits jours réduit », *RDT*, 2021 p.719.

⁵⁰ Cass. Soc., 4 mars 2009, n°07-45.291.

⁵¹ « Forfait annuel en heures ou en jours », RF Social, Cahier juridique n°221, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021, p.62.

B- Les clauses visant la gestion des jours de repos

En contrepartie des jours de travail, le salarié bénéficie de jours de repos, dont le nombre est fixé à l'avance. En effet, chaque année, un calcul est effectué afin de vérifier combien de jours de repos le salarié peut bénéficier, en se basant sur les 365 jours que compte l'année moins les congés annuels légaux, voire les congés conventionnels, les jours fériés chômés (qui ne tombent pas un jour de repos hebdomadaire) et les jours de repos hebdomadaire. À ce résultat, il convient de déduire, en générale, les 218 jours travaillés du salarié afin d'obtenir le nombre de jours de repos.

À ce sujet, il convient de préciser que l'accord collectif peut prévoir le nombre annuel maximal de jours travaillés⁵² et à défaut d'accord collectif, la limite est fixée à 235 jours⁵³.

Dans le cadre des jours de repos octroyés, l'accord collectif peut contenir une ou plusieurs clauses prévoyant les modalités de décompte et de prise des jours de repos, c'est notamment ce qui a été mentionné précédemment. À ce sujet, à titre dérogatoire des modalités de gestion des jours de repos légales et conventionnelles, il est intéressant de mentionner que les ordonnances n°2020-323 du 25 mars 2020, articles 2 à 5 et n°2020-1597 du 16 décembre 2020, article 1^{er}, avaient permis, suite à l'épidémie de COVID-19 et aux difficultés économiques rencontrées par les entreprises, d'imposer au salarié soumis à une convention de forfait jours la prise de repos, jusqu'au 30 juin 2021⁵⁴.

Il est également important de mentionner les modalités d'affectation et de rachat des jours de repos, soit afin de les affecter à un compte épargne-temps, soit en contrepartie d'une majoration de la rémunération.

Dans la première hypothèse, l'affectation ne peut intervenir qu'à la seule initiative du salarié, dans le respect des dispositions légales et conventionnelles. L'article L. 3152-1 du Code du travail dispose notamment que *« la convention ou l'accord collectif détermine dans quelles conditions et limites le compte épargne-temps peut être alimenté en temps ou en argent à l'initiative du salarié ou pour les heures accomplies au-delà de la durée collective, à l'initiative de l'employeur. »*.

⁵² c. trav. Art. L. 3121-64.

⁵³ c. trav. Art. L. 3121-66.

⁵⁴ « Forfaits sur l'année », Mission Paie, Editions Francis Lefebvre, 2021, p.7.

Dans la seconde hypothèse, l'article L. 3121-59 du Code du travail prévoit que « *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.* ». Le rachat des jours de repos doit être formalisé par un accord écrit entre l'employeur et le salarié, faisant l'objet de la rédaction d'un avenant à la convention de forfait jours. Cette formalité permet de déterminer le taux de majoration applicable à son salaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %.

Enfin, il convient également de mentionner que l'accord collectif peut prévoir des mesures propres au salarié en forfait jours en matière de rémunération, notamment puisque la loi n'encadre pas cette notion et ne prévoit pas de salaire minimum.

À titre de précision, le législateur prévoit uniquement la notion de rémunération en rapport avec les sujétions imposées, au sein de l'article L. 3121-61 du Code du travail. Il dispose que « *lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, 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.* ». À travers cette rédaction, le législateur donne la possibilité au salarié de saisir le juge afin d'obtenir une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, en prenant notamment en compte le « *niveau de salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification* »⁵⁵, s'il remplit les conditions requises à l'application du forfait jours.

Ainsi, au-delà de cet article, le législateur n'est pas intervenu sur cette notion, il est donc préférable pour les entreprises d'inscrire une clause à ce sujet au sein de l'accord collectif.

Les clauses facultatives pouvant être intégrées au sein de l'accord collectif sont donc nombreuses en matière de gestion des jours de travail et des jours de repos.

Pour conclure sur ce chapitre, les exigences requises à la validité du forfait jours sont nombreuses, ce qui permet notamment de dévoiler les multiples efforts du législateur et des juges afin de sécuriser ce dispositif spécifique de durée du temps de travail.

Il convient d'ajouter que le salarié en forfait jours se voit également appliquer les règles légales, d'une part, sur la durée du travail, notamment avec le respect du repos quotidien de 11 heures consécutives minimum, du repos hebdomadaire de 35 heures consécutives et les congés payés.

⁵⁵ ROSE (H.), « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », *RDT*, octobre 2020, 134.

A contrario, il n'est pas soumis à la durée légale hebdomadaire de l'article L. 3121-27 du Code du travail, à la durée maximale quotidienne prévue par l'article L. 3121-18 de ce dernier, mais encore aux durées maximales hebdomadaires prévues aux articles L. 3121-20 et L.3121-22 du Code du travail⁵⁶.

D'autre part, sur le suivi de la charge de travail et le droit à la déconnexion, qu'il sera nécessaire d'étudier plus tard au cours du développement.

Il a été possible de préciser que la convention de forfait jours s'applique uniquement à des catégories de salariés concernés, malgré des difficultés d'identification de ces derniers. Les exigences fondamentales à la validité du forfait jours sont notamment fondées sur le contenu de l'accord collectif mettant en place un tel mécanisme, ainsi l'entreprise doit prêter attention aux clauses obligatoires, permettant d'assurer un cadre juridique et une certaine sécurité juridique au forfait jours, même si une flexibilité est accordée dans la négociation avec les clauses facultatives de cet accord.

Cependant, les exigences requises ne suffisent pas à sécuriser entièrement un tel dispositif, ainsi, progressivement les entreprises se sont vu imposer des exigences plus grandes tenant à la protection de la santé des salariés soumis au forfait jours, notamment en matière de santé, de sécurité, de droit au repos et de droit à la déconnexion (Chapitre II).

⁵⁶ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 82.

Chapitre II - Les exigences tenant à la protection de la santé des salariés

Le forfait jours est un dispositif largement utilisé par les entreprises en France du fait de la flexibilité qu'il apporte aux salariés et aux entreprises.

Cependant, malgré son ampleur, ce dispositif peut être dangereux puisqu'il ne permet pas de garantir une sécurité juridique suffisante en matière de durée de travail.

Par conséquent, la France a été condamnée à plusieurs reprises⁵⁷ par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui avait ainsi indiqué que la durée hebdomadaire de travail était excessive et que les garanties juridiques offertes étaient insuffisantes⁵⁸.

La Cour de cassation avait également énoncé que l'application du forfait jours devait respecter les principes issus du droit européen visant à la protection de la santé de salariés et avait, à cet effet, imposé que les clauses de l'accord mettant en place ce dispositif prévoient des garanties suffisantes en matière de droit au repos et à la santé des salariés concernés⁵⁹.

Ces exigences jurisprudentielles ont, par la suite, été entendues par le législateur qui les a reprises dans la loi du 8 août 2016.

Ainsi, la protection de la santé du salarié soumis au forfait jours a été consacrée et tente de se développer au sein du droit du travail. Cette large notion tend à se subdiviser et porte principalement sur le respect du principe de santé et de sécurité au travail, déterminé par l'assurance d'une charge de travail raisonnable pour le salarié et de son droit au repos en dehors du temps de travail (section 1). De plus, il convient d'étudier le nécessaire respect du droit à la déconnexion, droit pris en considération par les entreprises depuis l'évolution des technologies de l'information et de la communication qui impacte directement les salariés en forfait jours dans leur mode d'organisation du travail (section 2).

⁵⁷ CEDS, décisis. 11 déc. 2001, récl. n°9/2000 ; CEDS, décisis. 7 déc. 2004, récl. n°22/2003 ; CEDS, décisis. 23 juin 2010, récl. n°55/2009.

⁵⁸ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), *op. cit.*, p.111.

⁵⁹ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107.

Section 1- Le respect du principe de santé et de sécurité au travail

La convention n°155 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur la sécurité et la santé des travailleurs du 22 juin 1981 définit, dans son article 3, la santé des travailleurs en indiquant que « *le terme santé en relation avec le travail ne vise pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité, il inclut aussi les éléments physiques et mentaux qui affectent la santé et qui sont directement liés à la sécurité et à l'hygiène au travail* »^[1].

Cette définition est intéressante dans sa seconde partie puisqu'elle renvoie directement à l'importance de la santé et de la sécurité du salarié au travail, qu'elle soit physique ou mentale. Ce sont notamment ces notions qu'il convient d'appréhender afin de veiller à la bonne application du forfait jours et surtout de veiller sur les salariés qui y sont soumis.

La protection de la santé et de la sécurité des salariés peut comprendre de nombreuses notions, cependant en matière de forfait jours, dans cette partie du développement, il convient de s'attarder sur la charge de travail du salarié (Paragraphe 1) et sur son droit au repos (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La charge de travail dans le cadre du forfait jours

La notion de charge de travail a évolué afin de mettre en place progressivement des garanties visant la santé et la sécurité du salarié (A). Par la suite, la sécurisation de la charge de travail dans le cadre du forfait jours est apparue nécessaire pour le législateur (B).

A- La mise en place progressive de garanties

La notion de charge de travail a été intégrée progressivement en droit du travail avec la possibilité de forfaitiser le temps de travail du salarié et ce afin de faire face aux risques nouveaux induits en termes de santé et de sécurité du salarié.

Des risques que le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a fait savoir par le rejet à plusieurs reprises du forfait jours tel que mentionné précédemment. Cette position est marquée par la durée de travail excessive à laquelle le salarié peut être soumis, conséquente d'une charge de travail trop importante.

L'article 2 paragraphe 1 de la Charte sociale européenne, dans sa version révisée du 3 mai 1996, prévoit que « *les parties s'engagent à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire* ». Or, le CEDS considère qu'il y aurait une confrontation entre une durée raisonnable de travail et la durée de travail envisageable pour un salarié en forfait jours⁶⁰.

Le raisonnement tenu est compréhensible puisque le forfait jours peut atteindre, en l'absence de sécurité, une durée de travail excessive. En effet, l'étude des règles légales permet de considérer que le salarié pourrait travailler jusqu'à 13 heures par jour, six jours sur sept⁶¹ pour un total de 78 heures par semaine.

Cependant, malgré les condamnations et injonctions tendant à rendre la législation française conforme à l'article susmentionné, cette dernière n'a pas évolué avant 2016. En effet, après la loi du 20 août 2008 seul demeurait un accord collectif permettant de fixer les caractéristiques des conventions de forfait jours et la mise en place d'un entretien annuel.

Face à l'insuffisance du législateur en la matière, les juges de la Cour de cassation sont intervenus afin de rendre le forfait jours compatible avec « *les exigences supra-légales* »⁶², en s'appuyant notamment sur le droit à la santé et au repos.

Ainsi, la jurisprudence a établi une position de principe afin d'assurer la protection des salariés tout en ne pénalisant pas les entreprises de l'application du forfait jours dès le 29 juin 2011⁶³. En effet, dans l'arrêt rendu le 29 juin 2011, les juges ont appliqué une double exigence : d'une part la garantie d'une amplitude de travail raisonnable, d'une charge de travail raisonnable et une bonne répartition dans le temps de travail de l'intéressé⁶⁴, d'autre part, la mise en place d'un dispositif conventionnel de contrôle régulier de la charge de travail, permettant d'établir un suivi régulier entre l'employeur et le salarié.

Les juges ont ainsi permis d'établir un cadre juridique pour la notion de charge de travail afin de protéger la santé des salariés. De plus, il est intéressant de remarquer que la position tenue par les juges fait l'objet d'une grande marge d'interprétation face aux nombreux litiges, atténuant ainsi « *l'image des juges, purs agents d'application* »⁶⁵.

⁶⁰ DE MONTVALON (L.), « La charge de travail, pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail », *Bibliothèque de droit social*, t. 79, LGDJ, 2021, p. 115.

⁶¹ Id. p.102.

⁶² Id. p.117.

⁶³ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107.

⁶⁴ Cass. Soc., 17 janvier 2018, n°16-15.124.

⁶⁵ LYON-CAEN (A.), « Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme », *Dr. Ouvr.*, n°764, mars 2012, p.171.

Face à cela, le législateur est finalement intervenu en 2016 afin de réaménager le système du forfait jours et plus particulièrement afin de sécuriser la notion de charge de travail du salarié (B).

B- La sécurisation de la notion de charge de travail par le législateur

Malgré les efforts des juges dans la création d'un cadre de sécurité juridique du forfait jours et des partenaires sociaux afin d'appliquer les exigences de ces derniers, le forfait jours restait un dispositif complexe et à sécuriser pour les salariés et l'entreprise.

Face à cela, Michel MORAND a indiqué en 2015 qu'« *il est grand temps d'agir. Le législateur ne peut se laisser dérouler sans intervenir le spectacle qui consiste à condamner l'employeur pour avoir appliqué la loi déclinée par un accord de branche à la confection duquel il n'a pas participé. À défaut, le virus de l'insécurité juridique gagnera encore du terrain* »^{66, 67}.

Cette réflexion, comme celle d'autres auteurs, a finalement été partagée par le législateur puisqu'il a réaménagé le système du forfait jours par la loi dite travail du 8 août 2016.

Le glissement des règles conventionnelles aux règles légales est intervenu par le législateur. Il a consacré au sein de l'article L. 3121-60 du Code du travail, dans la partie « ordre public » de la section consacrée aux conventions de forfait, la garantie selon laquelle l'employeur s'assure régulièrement de la charge de travail raisonnable et de la bonne répartition dans le temps de travail de l'intéressé. Il a notamment indiqué qu'il appartient à l'employeur d'apporter la preuve du respect de ces garanties.

Cette intervention du législateur est d'autant plus intéressante puisqu'elle permet d'insérer, dans la partie ordre public, la responsabilité de l'employeur à cet égard et donc avant la négociation collective et les règles légales supplétives.

La loi vient également indiquer ses attentes envers les partenaires sociaux en listant les garanties devant être intégrées au sein des accords collectifs, en prévoyant une convention de forfait jours avec d'une part, les modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail, d'autre

⁶⁶ MORAND (M.), « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », *Semaine Sociale Lamy*, n°1671, 7 avril 2015.

⁶⁷ DE MONTVALON (L.), *op. cit.*, p.132.

part les modalités de communication périodique sur la charge de travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle, la rémunération et l'organisation de travail.⁶⁸ Enfin, la loi du 8 août 2016 prévoit également des dispositions supplétives permettant de créer une « *béquille pour les employeurs confrontés à un accord collectif incomplet* » sur laquelle « *ils pourront s'appuyer [...] pour recourir en toute légalité à une convention individuelle pour échapper au risque de nullité* »⁶⁹. Cette béquille permet notamment de veiller à l'application du respect de la santé du salarié et par conséquent de la notion de charge de travail raisonnable. Ces dispositions ont déjà été évoquées précédemment lors du développement et sont contenues au sein de l'article L. 3121-65 du Code du travail. Elles permettent notamment, une fois de plus, de veiller au contrôle des journées de travail du salarié, à la compatibilité de la charge du travail du salarié et à la réalisation d'un entretien annuel avec le salarié sur certains sujets, dont le caractère raisonnable de la charge de travail.

Il est intéressant de relever que la charge de travail du salarié, qui devait normalement être au cœur des négociations, est renvoyée à la responsabilité de l'employeur par le législateur, sans même y apporter une définition et alors même que l'employeur ne bénéficie plus obligatoirement de l'aide des partenaires sociaux⁷⁰.

Le concept de charge de travail raisonnable reste une notion large et difficile à apprécier pour les entreprises, malgré sa progression et sa consécration afin de sécuriser le dispositif du forfait jours, d'autant plus que le monde du travail et les conditions de travail évoluent. En effet, face à l'ampleur du télétravail les entreprises se trouvent désemparer face à la nécessité de maintenir une charge de travail raisonnable, alors même que les salariés en forfait jours sont plus enclins à ne plus apprécier correctement les limites entre la vie professionnelle et la vie privée, ou encore les notions de droit à la déconnexion et de droit au repos, avec un risque important de rester disponible, de travailler bien plus pour l'entreprise et d'être sollicité par cette dernière.

La santé et la sécurité des salariés en forfait jours doivent nécessairement être respectées à travers l'assurance d'une charge de travail raisonnable, telle que prévue progressivement et respectivement par les juges puis par le législateur.

Dans ce but de protection du salarié, il convient de rappeler le droit au repos du salarié en forfait jours, qui rencontre également des difficultés à être appliqué (Paragraphe 2).

⁶⁸ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), *op. cit.*, p.113.

⁶⁹ FLORES (P.), « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. Soc.*, 2016, p.898.

⁷⁰ DE MONTVALON (L.), *op. cit.*, p.136.

Paragraphe 2- Le droit à la santé et au repos du salarié en forfait jours

La protection de la santé du salarié doit également provenir du respect de son droit au repos. Ce dernier a notamment été rappelé par les juges en s'appuyant largement sur les droits fondamentaux du salarié (A).

Ce droit est large et couvre différentes situations de la vie personnelle du salarié durant lesquelles le repos doit être respecté, ainsi l'entreprise et le salarié doivent veiller à sa bonne application (B).

A- L'encadrement du droit au repos à travers l'appui des droits fondamentaux

Face aux condamnations de la France par le CEDS, telles que mentionnées précédemment, les juges de la Cour de cassation ont progressivement consacré et encadré le droit à la santé et au repos du salarié en forfait jours en s'appuyant sur les droits fondamentaux.

En effet, dans l'arrêt rendu le 29 juin 2011, comme dans de nombreux autres arrêts par la suite⁷¹, la Cour de cassation fonde sa décision sur trois attendu de principe.

Le premier est celui selon lequel « *le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles* ». Par cette mention, les juges font directement référence à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

Le deuxième principe est fondé sur l'article 151 TFUE, les articles 17, paragraphe 1 et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Sur ces fondements, elle indique que « *les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur* ».

⁷¹ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-17.107 ; Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807 ; Cass. Soc., 24 avril 2013, n°11-28.398 ; Cass. Soc., 13 octobre 2021, n°19-20.561.

Enfin, le troisième principe correspond au fait « *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* ». ⁷²

La portée de cette décision est importante puisque les juges de la Cour de cassation parviennent à renforcer les décisions du CEDS et placent au cœur de la jurisprudence les durées maximales de travail et les durées minimales de repos.

Et ceci, même si les exigences en matière de durées maximales de travail semblent complexes à appliquer en pratique, puisqu'il est difficile de s'assurer de leur respect. À la différence des exigences en matière de durées minimales de repos qui semblent plus cohérentes au regard du dispositif de forfait jours ⁷³.

Cette décision est d'autant plus intéressante puisque que les directives européennes ⁷⁴ en matière de temps minimal de repos « *constituent des règles de droit social d'une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et sa santé* » ⁷⁵.

Ainsi, le dispositif de forfait jours peut être dérogatoire aux durées légales de travail, cependant l'accord collectif le prévoyant doit nécessairement garantir le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ⁷⁶.

Le droit à la santé et au repos est donc largement consacré par la jurisprudence, qui se fonde sur de nombreux droits fondamentaux, cependant au-delà de cette consécration, il faut également étudier l'application pratique du droit au repos et le contrôle de l'employeur (B).

B- L'application pratique du droit au repos et le contrôle de l'employeur

En théorie, est évoqué le principe du respect des durées maximales de travail, des durées raisonnables de travail et des repos journaliers et hebdomadaires, afin de permettre au salarié de récupérer de la fatigue du travail et de prévenir et réduire les risques d'altération de la santé.

⁷² Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-17.107.

⁷³ DE MONTVALON (L.), *op. cit.*, p.118.

⁷⁴ Directive européenne 93/ 104/ CE du Conseil du 23 novembre 1993 ; directive européenne 2003/ 88/ CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003.

⁷⁵ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-14.743.

⁷⁶ Cass. Soc., 5 octobre 2017, n°16-23.106.

Cependant, en pratique, ce principe rencontre des difficultés d'application par les entreprises, difficultés relevant du respect des différentes périodes de repos par les salariés soumis au forfait jours.

Il convient de rappeler que les périodes de repos du salarié ne comptent pas seulement les repos journaliers et hebdomadaires, en effet il faut également prendre en compte que le salarié doit pouvoir bénéficier de repos, en se coupant de sa vie professionnelle, lors des week-end et des vacances.

Cependant, se couper de sa vie professionnelle ne semble pas si simple pour les salariés. En effet, de nombreux salariés en forfait jours peinent à laisser leurs téléphones et ordinateurs portables au travail afin de profiter amplement de leur repos, ceci est notamment en lien avec la notion de droit à la déconnexion qu'il sera possible d'étudier ci-après. Ainsi, aujourd'hui, il est difficile de cadrer la notion de repos, souvent peu respectée du fait, par exemple, de la lecture des mails par le salarié, la réponse à un appel téléphonique, « *sans parler des questions qui "prennent la tête" le week-end, voir la nuit* » puisque leurs « *neurones n'en font qu'à leur tête.* »⁷⁷

Le droit au repos comprend donc différents temps dans la vie du salarié et il paraît difficile pour l'employeur, qui en est responsable, de s'assurer que chaque salarié soumis à une convention de forfait en jours respecte correctement son droit au repos.

En effet, la responsabilité de l'employeur est engagée sur le respect du droit au repos, même si en pratique cela relève également de celle de chaque salarié. La responsabilité de l'employeur est notamment déduite de la charge de la preuve, puisqu'il appartient à l'employeur et non au salarié en forfait jours d'apporter la preuve du contrôle nécessaire de la charge de travail⁷⁸.

L'employeur doit donc s'assurer du respect du droit au repos et donc du repos des salariés dans les différents temps mentionnés ci-avant.

A cet effet, plusieurs possibilités de contrôle sont envisageables par l'employeur, telles que la mise en place d'une obligation de pointage le matin à l'arrivée du salarié et le soir lors de son départ, afin de s'assurer du repos journalier du salarié, ou l'apparition d'une fenêtre sur l'ordinateur du salarié après une certaine heure afin de les prévenir de l'heure tardive et qu'il est temps de se déconnecter. Ou encore, il est possible de prévoir un message lors de la

⁷⁷ RAY (J-E), *op. cit.*, p.178.

⁷⁸ Cass. Soc., 19 décembre 2018, n°17-18.725.

connexion du salarié à son ordinateur professionnel lui indiquant s'il a, ou non, respecté son temps de repos journalier et/ou hebdomadaire.

Il est également envisageable pour les entreprises d'intégrer à ce processus de contrôle le responsable du salarié et le service Ressources Humaines de l'entreprise, ainsi en cas de constat d'envoi de mails, par exemple au cours de la nuit ou lors des temps de repos, il sera nécessaire de rappeler au salarié les bonnes pratiques en termes de temps de repos et de l'importance de les respecter.

Enfin, l'employeur peut également mettre en place un examen régulier, par le supérieur hiérarchique, afin de contrôler le système de déclaration du salarié et ainsi s'assurer de la prise des repos hebdomadaires.

Ainsi, l'application pratique du respect du droit au repos du salarié peut être complexe pour les entreprises, malgré les efforts de l'employeur pour contrôler la bonne prise des temps de repos imposés. Il faudra donc pour les entreprises être inventives afin de contrôler au mieux le respect du droit au repos et sécuriser leur responsabilité.

De plus, en lien étroit avec le droit au repos, les exigences relevant de la protection de la santé du salarié en forfait jours tiennent aussi au nécessaire respect du droit à la déconnexion, notion importante face à ce dispositif complexe (section 2).

Section 2- La protection de la santé du salarié par le nécessaire respect du droit à la déconnexion

La mise en place du forfait jours dans une entreprises nécessite, comme il a été possible de le démontrer, d'établir un cadre permettant de s'assurer de la protection de la santé des salariés.

À l'ère des évolutions de la société et du perpétuel développement des technologies, le monde du travail évolue, dévoilant de nouvelles préoccupations.

Par conséquent, le droit du travail doit évoluer et prendre en considération des droits qui se développent progressivement et qui ont une importance particulière dans certains domaines, tel est le cas du droit à la déconnexion face aux spécificités du dispositif de forfait jours.

En effet, le droit à la déconnexion du salarié en forfait jours a subi une évolution majeure quant à sa considération et à son application.

De ce fait, la définition du droit à la déconnexion semble nécessaire à maîtriser pour les entreprises, même si de nombreux débats ont lieu sur les contours de cette notion (Paragraphe 1).

De plus, la compréhension de ce droit à la déconnexion est d'autant plus importante puisque les entreprises sont soumises à des obligations et doivent veiller à la bonne application de ce droit et plus particulièrement pour les salariés en forfait jours du fait de l'absence de décompte des heures de travail du salarié (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La définition du droit à la déconnexion source de débats

La notion de droit à la déconnexion a été réellement prise en considération à travers le contexte spécifique de l'évolution de la société et de l'importante utilisation des technologies de l'information et de la communication, il convient alors, à travers ce contexte spécifique, d'en donner une définition (A).

Il est également possible de s'intéresser aux différentes problématiques découlant principalement de l'évolution des technologies de l'information et de la communication, notamment le droit de se déconnecter du salarié (B).

A- La définition du droit à la déconnexion à travers un contexte particulier

Le droit à la déconnexion du salarié est apparu comme nécessaire pour les salariés en forfait jours dès le XXI^{ème} siècle.

En effet, le monde du travail a été marqué par l'utilisation généralisée des technologies de l'information et de la communication, entraînant par conséquent des dérives et une diminution voire une disparition progressive de la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle des salariés.⁷⁹ Cela est d'autant plus problématique depuis le développement massif du télétravail au cours des années 2020-2021 face à l'épidémie de COVID-19 puisque les salariés ont dû s'adapter pendant une longue période à un environnement de travail correspondant à leur domicile. Ce développement du télétravail a été complexe durant cette période pour de nombreux salariés qui ne parvenaient pas à trouver un équilibre entre leur activité professionnelle et leur vie privée, du fait notamment de la présence de l'ensemble de la famille dans un espace parfois réduit. À l'heure actuelle, les conditions de télétravail sont plus

⁷⁹ « Définition et fondements du droit à la déconnexion », *Guide pratique Le Lamy négociation d'entreprise*, 455, mis à jour mars 2021.

appréciables pour les salariés qui se sont habitués et équipés afin de réaliser leur travail à domicile, mais cela ne signifie pas que l'équilibre soit parfait et que le droit à la déconnexion soit respecté par tous les salariés en forfait jours.

À l'ère des évolutions, chaque salarié bénéficie au moins d'un téléphone portable, téléphone qui lui sert non seulement à téléphoner et envoyer des messages, mais également à se connecter à internet ou encore à utiliser sa messagerie électronique, par exemple. Ainsi un grand nombre de salariés vivent connectés et les salariés en forfait jours non soumis à un horaire de travail sont plus spécifiquement touchés.

La définition du droit à la déconnexion semble donc complexe à établir pour les entreprises et plus spécifiquement les partenaires sociaux, puisque la notion de droit à la déconnexion est définie au sein d'accords collectifs.

De ce fait, il est intéressant de regarder comment les entreprises définissent cette notion, ainsi, à titre d'exemples, l'accord sur le droit à la déconnexion de la Société PLAKARDS, datant du 24 octobre 2019, l'a défini comme « *le droit pour le salarié de ne pas être connecté à ses outils numériques professionnels en dehors de son temps de travail* ». Ou encore, l'accord sur le droit à la déconnexion de la Société APEX TOOL GROUP SAS, datant du 31 octobre 2019, le définit comme « *le droit pour tout collaborateur de la société de ne pas être connecté à ses outils numériques professionnels physiques [...] et dématérialisés [...] en dehors de son temps de travail* »⁸⁰.

Le droit à la déconnexion a également été repris par l'accord national interprofessionnel (ANI) du 26 novembre 2020 sur le télétravail qui indique que « *Le droit à la déconnexion a pour objectif le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale du salarié* »⁸¹.

Ainsi, le droit à la déconnexion peut être défini comme le droit pour le salarié de ne pas être connecté et joignable par l'entreprise en dehors de son temps de travail, ce qui relève donc de son droit et de sa capacité.

Cette notion est en lien étroit avec les notions précédemment développées dans le cadre du forfait jours, c'est notamment ce qu'avait relevé l'ancien directeur de l'ANACT, Hervé

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail

LANOUZIERE, lors d'une interview accordée à la Semaine Social Lamy⁸², puisqu'il avait indiqué que « *derrière la question du droit à la déconnexion, il y a surtout la question plus fondamentale de la charge de travail et de son évaluation* »⁸³.

Les différentes définitions données semblent se rejoindre vers l'idée commune que le droit à la déconnexion correspond au droit pour le salarié de ne pas être connecté en dehors de son temps de travail.

Cependant, la définition telle que mentionnée renvoie à d'autres problématiques tenant aux contours du droit à la déconnexion, notamment concernant les parties soumises à sa bonne application dans le cadre du forfait jours (B).

B- Les problématiques découlant de l'évolution des technologies de l'information et de la communication

Le respect du droit à la déconnexion prend de l'ampleur face aux évolutions des technologies de l'information et de la communication, cependant les contours de la notion sont parfois complexes à établir face à des notions s'y approchant, tel que le droit de se déconnecter.

Cette notion du droit de « se déconnecter » pour le salarié est importante à étudier puisqu'elle pourrait permettre de basculer, en pratique, une partie de la responsabilité du non-respect de la déconnexion sur le salarié en forfait jours et plus seulement sur l'entreprise.

Ainsi, comme le mentionne Jean-Emmanuel RAY, « *nombre d'entreprises préfèrent aujourd'hui évoquer une "connexion choisie"* »⁸⁴, c'est notamment ce qu'il relève dans l'accord TDF Télédiffusion de France, datant de 2018, qui indique qu'il « *appartient aux salariés de décider de se connecter ou non en dehors de leurs périodes habituelles de travail* »⁸⁵.

Cette réflexion est intéressante puisque, face aux évolutions des technologies de l'information et de la communication, l'entreprise souhaitant mettre en place le forfait jours n'a

⁸² IZARD (S.), « Droit à la déconnexion : De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés », Entretien avec LANOUZIERE (H.), Directeur général de l'ANACT, *Semaine Sociale Lamy*, n°1755, 6 févr. 2017.

⁸³ HAUTEFORT (M.), « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n°241, avril 2017, p. 2.

⁸⁴ RAY (J-E), *op. cit.*, p.180.

⁸⁵ Accord d'entreprise "Accord relatif à la Qualité de Vie au Travail au sein de TDF SAS 2018-2021", TDF TELEDIFFUSION de France.

pas toujours les moyens nécessaires afin de s'assurer pleinement de la déconnexion du salarié. En effet, il paraît peu envisageable de s'assurer, en dehors du temps de travail, que le salarié n'utilise pas son téléphone professionnel ou son ordinateur professionnel. Sauf si l'entreprise impose de les laisser au travail, cependant cela ne ferait que renvoyer à d'autres problématiques, telles que, les téléphones et les ordinateurs personnels que l'entreprise ne peut pas contrôler et dans lesquels le salarié peut avoir accès par exemple à sa messagerie professionnelle, ou l'utilisation des réseaux sociaux, avec les collègues, les clients et ainsi la communauté professionnelle qui se crée, par exemple, à travers le Facebook du salarié⁸⁶.

De plus, il est possible d'aller plus loin dans cette réflexion en s'intéressant à la notion de déconnexion intellectuelle. Même si l'entreprise s'assure que le salarié se déconnecte techniquement, à l'inverse elle ne peut pas le faire pour la déconnexion « intellectuelle » du salarié, cela se développe notamment à travers l'impossibilité pour le salarié de se défaire des problématiques qu'il a pu rencontrer au cours de sa journée de travail, par exemple.

Alors, face aux spécificités du dispositif de forfait jours et à l'importance de protéger celui qui y est soumis, faut-il préférer responsabiliser seule l'entreprise ou responsabiliser les deux parties ? À cette question, en pratique, il semblerait intéressant de répondre qu'il faut responsabiliser à la fois l'entreprise et le salarié en forfait jours, avec respectivement le respect du droit à la déconnexion et du droit de se déconnecter, afin qu'ensemble ils veillent à respecter le dispositif du forfait jours. Cependant, cette réponse doit être nuancée et ne peut être mise en œuvre, pour le moment, puisque le droit du travail doit veiller à la protection du salarié. À cet effet, partager la responsabilité entre ces deux parties reviendrait à laisser une « porte de secours » à l'employeur en cas de contentieux. Il pourrait ainsi justifier l'absence du respect du droit à la déconnexion par l'absence de respect et d'application du droit de se déconnecter du salarié. De ce fait, il est préférable de maintenir la responsabilité sur l'employeur, tout en veillant en interne à responsabiliser le salarié sur l'importance du respect de ce droit puisqu'il reste l'acteur principal du respect de son temps de travail et de son temps de repos et, par conséquent, de son droit à la déconnexion.

Ainsi, responsabiliser également le salarié dans son droit à la déconnexion permettrait « d'alléger » l'entreprise qui ne peut pas avoir connaissance du respect du droit à la déconnexion

⁸⁶ RAY (J-E), *op. cit.*, p.181.

de chaque salarié, même si cette dernière doit tout mettre en œuvre pour en assurer sa bonne application et son respect (Paragraphe 2).

Paragraphe 2- La nécessaire implication de l'entreprise dans l'application du droit à la déconnexion

Le droit à la déconnexion est fondamental dans un dispositif d'une telle spécificité qu'est le forfait jours. Il est donc important que l'entreprise prenne en considération cette notion et veille à son application.

À cet effet, les entreprises sont soumises à l'accomplissement de certaines obligations veillant à assurer le respect de ce droit (A).

Au-delà de ces obligations, ces dernières peuvent faire le choix de mettre en place des mesures de prévention et de responsabilisation visant le respect du droit à la déconnexion du salarié en forfait jours (B).

A- Les entreprises soumises à des obligations en matière de droit à la déconnexion du forfait jours

Face aux évolutions du monde du travail et de la notion de droit à la déconnexion, le législateur est intervenu dans un premier temps avec la loi du 8 août 2016⁸⁷, en introduisant directement cette notion au sein du Code du travail.

Ainsi, l'article L. 3121-64 du Code du travail dispose que les entreprises ont pour obligation de prévoir, au sein de l'accord collectif mettant en place des conventions individuelles de forfait jours, une définition du droit à la déconnexion et les possibilités d'exercice de ce dernier par le salarié. À défaut, il a été considéré que ces dispositions peuvent être déterminées au sein de la convention individuelle de forfait jours.

De plus, l'entreprise peut disposer d'un accord collectif portant sur le droit à la déconnexion ou d'une charte sur le droit à la déconnexion des salariés, permettant souvent de prévoir des modalités plus adaptées s'appliquant aux salariés en forfait jours, puisque l'autonomie importante du salarié dans l'organisation de son temps de travail renvoie à l'importance d'établir des mesures conciliables.

⁸⁷ L., n°2016-1088, 8 août 2016, art 55.

L'article L. 3121-65 du Code du travail dispose également que « À défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3^o du II de l'article L. 3121-64, 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 ».

Dans un second temps, à compter du 1^{er} janvier 2017, les entreprises se sont vues imposer la négociation sur le droit à la déconnexion lors de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. C'est notamment ce qui avait été indiqué dans l'article L. 2242-8 7^o du Code du travail, dans sa version en vigueur jusqu'au 24 septembre 2017, actuellement l'article L. 2242-17 7^o du Code du travail. Il est intéressant de commenter cette obligation de négociation puisque depuis l'ordonnance du 22 septembre 2018⁸⁸ les entreprises, via les partenaires sociaux, peuvent aménager la périodicité de cette négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. Par conséquent, ces derniers pourraient faire le choix d'écarter conventionnellement la thématique du droit à la déconnexion dans cette négociation, même si cela paraît peu probable. En tout état de cause, l'entreprise doit obligatoirement prendre des dispositions spécifiques en matière de droit à la déconnexion du salarié en forfait jours, au regard des articles susmentionnés.

Les entreprises sont donc soumises à des obligations leur permettant de prendre en considération l'importance du droit à la déconnexion, d'autant plus important lorsque ces dernières souhaitent soumettre les salariés éligibles au forfait jours.

Au-delà de ces obligations, les entreprises peuvent envisager d'autres mesures afin de veiller au respect de ce droit (B).

⁸⁸ ord. n°2017-1385 du 22 septembre 2018.

B- La mise en place de mesures visant le respect du droit à la déconnexion

L'entreprise doit prendre l'initiative de mettre en place des mesures afin de veiller au respect du droit à la déconnexion.

Il faut donc sensibiliser l'ensemble des salariés de l'entreprise et, au regard des spécificités du dispositif de forfait jours, il est nécessaire pour les entreprises d'avoir une approche plus ferme et des mesures plus adaptées à l'autonomie et au mode d'organisation du travail des salariés soumis au forfait jours.

Ainsi, dans le cadre du forfait jours, l'entreprise peut mettre en place plusieurs catégories de mesures. En effet, ces dernières peuvent viser à responsabiliser et à sensibiliser les salariés, mais également à inciter au respect du droit à la déconnexion, ou encore à les contraindre.

Tout d'abord, les mesures de sensibilisation et de responsabilisation ont pour but d'informer le salarié en forfait jours de son droit à la déconnexion et de l'informer de l'importance de répondre à ce droit. Cela peut être mis en place à travers des mesures d'alerte ou la réalisation de formation sur la notion et sur les risques que le non-respect de ce droit peut engendrer, ce qui permet de prévenir les salariés du droit à la déconnexion et des problématiques s'y afférant. Ensuite, il peut s'agir de mesures incitatives telles que la mise en place de plages de déconnexion, d'alertes permettant de prévenir les autres salariés du repos du salarié et donc de son impossibilité à répondre aux demandes, des pop-ups de détection de sur-connexion du salarié, ou encore l'absence d'obligation, voire l'interdiction, de répondre aux courriels ou aux appels téléphoniques lorsqu'il est trop tard et le week-end.⁸⁹

Enfin, l'entreprise peut mettre en place des mesures dites contraignantes. Celles-ci peuvent correspondre au blocage des serveurs, dont la boîte mail du salarié, pendant les temps de repos, ou la création d'une réponse automatique aux mails reçus pendant les vacances indiquant à l'expéditeur l'impossibilité de répondre du salarié et de la possibilité de contacter un autre salarié⁹⁰.

⁸⁹ HAUTEFORT (M.), « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n°241, avril 2017, p. 5.

⁹⁰ AYACHE-REVAH (I.), GALVAN (A.), « Garantir l'efficacité du droit à la déconnexion, entre obligation et utopie... », *Les Cahiers Lamy du DRH*, septembre 2017, n°245, p. 4.

D'autres mesures peuvent avoir une approche disciplinaire, visant à sanctionner le salarié en cas de non-respect de son droit à la déconnexion. Cependant il convient de les appréhender avec prudence, puisqu'associer des sanctions à des situations interpelle sur le fait de prêter attention aux exceptions qui peuvent en découler, à titre d'exemple interdire les visio-conférences après 18 heures alors que certains salariés doivent pouvoir y accéder du fait de leur travail avec des pays en décalage horaire, dans cette hypothèse la sanction ne pourra se voir appliquée au salarié ⁹¹.

Ainsi, les mesures sont donc diverses et nombreuses et face à la place du droit à la déconnexion du salarié en forfait jours les entreprises ont tout intérêt à mettre en place des mesures spécifiques afin de répondre aux exigences de ce dispositif en matière de santé et de sécurité.

En effet, le développement des technologies de l'information et de la communication, tel qu'énoncé précédemment, est à l'origine de risques psychosociaux du fait de la sur-connexion du salarié, notamment en matière de forfait jours.

Les risques psychosociaux sont nombreux et touchent à la fois à la santé physique et à la santé mentale des salariés, notamment induits par le stress, l'épuisement du salarié, la sur sollicitation...

À cet effet, il est de la responsabilité des entreprises de veiller à la protection de la santé des salariés, afin de répondre aux exigences de validité du forfait jours.

En pratique, les entreprises rencontrent de nombreuses difficultés quant à l'application des principes de charge de travail raisonnable, de droit au repos, ou encore de droit à la déconnexion. Cependant, face aux évolutions du monde impactant, par conséquent, le droit du travail français, les entreprises doivent nécessairement veiller à l'application de ces notions qui sont non négligeables pour un dispositif aussi complexe que le forfait jours.

Il est certain que l'entreprise est amplement responsable de la santé et de la sécurité du salarié, au regard des évolutions législatives et jurisprudentielles, mais le salarié soumis à un forfait jours a également une part de responsabilité dans un monde où l'employeur ne peut pas maîtriser l'ensemble des outils utilisés par le salarié ou ses temps de repos. En effet, la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle étant désormais complexe à tracer, il paraît

⁹¹ HAUTEFORT (M.), *op. cit.*, p. 6.

important pour l'entreprise et le salarié, qui y trouvent tous deux des intérêts, de veiller à la bonne application des exigences requises en matière de protection de la santé des salariés.

Pour conclure sur cette première partie, la convention de forfait jours est un dispositif spécifique de décompte du temps de travail. Sa spécificité est intéressante dans le monde du travail puisqu'elle est influencée par les besoins nouveaux et variés des entreprises et des salariés, qui tendent vers un besoin certain de flexibilité dans l'organisation du travail.

Ce dispositif a fait l'objet d'évolutions et de nombreuses interventions de la part du législateur et des juges, inévitables face à la complexité du forfait jours dans son application. En vue de ce résultat, leurs interventions ont permis de créer progressivement un cadre juridique visant à aider les entreprises dans la mise en place et l'application de la convention de forfait jours. Elles ont surtout permis de corriger et de réduire les erreurs commises par les entreprises et les salariés, en la matière.

Ainsi, les évolutions se sont succédées jusqu'à aujourd'hui permettant la création d'un cadre juridique contenant les exigences requises à la validité du forfait jours, telles que, d'une part, les salariés concernés, qui sont nécessairement réduits du fait de la spécificité du dispositif. Et d'autre part, le contenu de l'accord collectif et de la convention individuelle, qui malgré la présence de clauses et de conditions obligatoires, laisse une place à l'entreprise et aux partenaires sociaux dans la négociation, afin d'établir des clauses facultatives s'ils en trouvent l'intérêt.

Le législateur et les juges ne se sont pas arrêtés à ces exigences et ont développé des exigences supplémentaires en matière de protection de la santé des salariés. Ces dernières sont fondamentales au regard de la place du salarié au sein de ce dispositif, de son autonomie, de ses responsabilités et de sa charge de travail. En effet, la protection de la santé du salarié en forfait jours est devenue rapidement fondamentale face à l'impact de ce mécanisme d'organisation du travail qui peut être mis en place et utilisé de manière excessive, autant par les entreprises que par les salariés qui pourraient rencontrer des difficultés à en comprendre les limites et les risques.

Ainsi, différentes notions ont été consacrées en matière de protection de la santé du salarié, telles que la charge de travail qui doit être raisonnable et doit faire l'objet d'un suivi effectif et régulier, mais également le droit au repos qui s'avère complexe à respecter et enfin le nécessaire

respect du droit à la déconnexion, qui est en pleine évolution et largement pris en considération depuis l'évolution des technologies de l'information et de la communication.

Afin de comprendre l'étendue du forfait jours en France, il ne convient pas seulement d'en établir les conditions d'application, qui sont d'ailleurs nécessaires et fondamentales afin d'éviter les dérives d'un tel dispositif. En effet, il est nécessaire de s'attarder également sur les effets d'application du forfait jours lorsque celui-ci est mis en place au sein des entreprises. Les effets sont d'autant plus intéressants à étudier qu'ils peuvent relever de la validité du forfait jours, lorsque l'entreprise et le salarié parviennent à appliquer correctement les conditions susmentionnées, mais également de la non-validité du forfait jours (Partie II).

Partie II - Les effets de l'application du forfait jours

La création du forfait jours permet au monde du travail d'évoluer et de s'adapter aux besoins nouveaux des entreprises et des salariés en termes de gestion de la durée du travail.

Les entreprises ont, dès sa création, pris conscience des intérêts liés à la mise en place et à l'application de ce dispositif spécifique. La convention de forfait en jours a donc été mise en place dans certaines entreprises en France.

L'application du forfait jours n'est pas sans conséquence puisqu'elle produit des effets divers, concernant tant les entreprises que les salariés qui y sont soumis.

Premièrement, des effets peuvent émaner de la validité du forfait jours. Ainsi, lorsque l'entreprise parvient à appliquer ce dispositif en respectant l'ensemble des conditions de validité, les intérêts et les bénéfices pour les parties peuvent varier même si, après application, différentes problématiques peuvent se manifester (Chapitre I).

Secondement, il convient de relever les effets résultant de la non-validité du forfait jours qui découlent de l'absence, volontaire ou non, du respect des conditions d'application du forfait jours. Ces derniers seront énoncés de manière chronologique afin d'en comprendre les réelles conséquences, puisqu'il convient de prendre en compte les manquements de la part de l'employeur, qui doivent être identifiés par les salariés. À cet effet, lorsqu'un salarié parvient à identifier un tel manquement et qu'il souhaite saisir la justice se posent les questions relatives à la charge de la preuve et aux sanctions applicables (Chapitre II).

Chapitre I - Les effets émanant de la validité du forfait

Lorsque le dispositif de forfait jours est mis en place et appliqué avec justesse au sein de l'entreprise, la validité de ce dernier est bénéfique pour l'entreprise et pour le salarié.

Ces effets justifient notamment l'ampleur que prend ce dispositif dans le monde du travail depuis quelques années. Une étude de la Direction de l'Animation de la recherche, des Études et des Statistiques (DARES) révèle, dès 2015, que la gestion du temps de travail des forfaits jours concerne environ 1,5 millions de salariés en France, dont 47,8 % seraient des cadres contre 3 % de non-cadres⁹². De plus, une autre étude menée par la DARES en 2017 démontre que 13,9 % des salariés à temps complet sont soumis à un décompte du temps de travail sous forme d'un forfait jours⁹³.

La population de salariés soumis au dispositif de forfait en jours est donc importante dans le monde du travail, cela résulte notamment des intérêts et des atouts qui émanent de son application, tels que les bénéfices tenant à la souplesse et à la flexibilité d'un tel mécanisme, mais également pour l'entreprise l'absence d'heures supplémentaires à traiter et à payer et pour le salarié l'octroi de jours de repos (Section 1).

Cependant, malgré les bénéfices de la validité d'un tel dispositif, les entreprises font face en pratique à différentes problématiques et interrogations, notamment en termes de gestion des situations et hypothèses spécifiques de durée du travail et lorsque le dispositif se voit appliquer par un accord collectif de performance (Section 2).

⁹² PIGNIER (J.), Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre au 2^{ème} trimestre 2015, *DARES indicateur n°066*, septembre 2015.

⁹³ PIGNIER (J.), Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre au 1^{er} trimestre 2017, *DARES indicateur n°040*, juin 2017.

Section 1- Les conséquences bénéfiques de l'application du forfait jours

Le forfait jours est un mécanisme qui démontre de nombreux intérêts et bénéfices pour les deux parties, à savoir l'employeur et le salarié, lorsqu'il est appliqué correctement en respectant les conditions de validité.

L'une des conséquences importantes du forfait jours correspond à la flexibilité et à la souplesse qui se dégagent de son application, autant pour l'entreprise que pour le salarié, ce qui en fait un système apprécié en termes d'organisation dans le monde du travail depuis quelques années (Paragraphe 1).

D'autres conséquences sont importantes à étudier puisque résultent également de l'application du forfait jours l'absence d'heures supplémentaires à traiter et à payer pour l'entreprise, d'une part, l'octroi de jours de repos pour le salarié, d'autre part (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La flexibilité des parties

La flexibilité est une notion large qui ne bénéficie pas de définition juridique, il convient donc de la définir comme la qualité de quelque chose qui est susceptible de s'adapter aux circonstances particulières.

Plus spécifiquement, Michel OLIVIER définissait la flexibilité comme « *la qualité d'un système* » dans lequel ont été prévus « *les changements ultérieurs pouvant intervenir à la suite de fluctuations tant économiques que technologiques* ». ⁹⁴

Comme il a été possible de le considérer lors de l'introduction, le besoin d'une plus grande flexibilité n'est pas nouveau et se voit revendiquer dans la gestion du temps de travail, dès les années 80, par les entreprises et les salariés.

Il est intéressant de mentionner que ce besoin de flexibilité n'est pas récent, en effet, la notion qui tend à être définie comme quelque chose qui s'adapte avec habileté aux circonstances a déjà été étudiée sous d'autres appellations et à d'autres époques afin de faire face aux rigidités

⁹⁴ OLIVIER (M.), « Contribution à une introduction aux études des systèmes hommes-machines », *Bulletin du C.E.R.P.*, XVI, 1967, n°1, p.70.

législatives, tels que « *l'élasticité* » aux environs des années vingt » et la « *souplesse* » aux environs des années soixante »⁹⁵.

Cette notion est en corrélation avec la notion d'autonomie du salarié soumis au forfait jours. Il est même possible de considérer que l'autonomie et le niveau de responsabilité du salarié, tels que développés précédemment, engendrent un réel besoin de flexibilité dans la gestion du temps de travail.

Ce besoin laisse « *place à une gestion temporelle de l'activité plus souple et plus éclatée* »⁹⁶ permettant à l'entreprise et au salarié d'essayer de trouver un équilibre entre leurs attentes respectives dans l'organisation du temps de travail et visant une « *flexibilité partagée* »⁹⁷. Ainsi, l'introduction de la flexibilité permet « *de mieux organiser le travail et donc d'adapter la production aux fluctuations de l'ampleur et de la nature des activités et à la réalité économique* »⁹⁸.

Ainsi, la notion de flexibilité au sein du dispositif de forfait en jours constitue un bénéfice, à différents titres, autant pour le salarié (A), que pour l'entreprise (B).

A- Le gain en flexibilité pour le salarié

Les bénéfices apportés au salarié soumis au forfait jours sont divers. Tout d'abord, il est important de mentionner que le salarié dispose d'une liberté d'organisation de son travail, tant dans la gestion que dans le temps. À cet effet, ce dernier peut concilier plus facilement son activité et sa vie personnelle. À titre d'exemple, le salarié peut décider d'arriver plus tôt le matin pour partir plus tôt le soir, afin de se rendre à un rendez-vous médical ou pour aller chercher ses enfants par exemple. Ainsi, cela permet notamment de pouvoir gérer les imprévus, tant professionnels que personnels.

Ce bénéfice est apprécié des salariés qui, de nos jours, évoluent dans un monde dans lequel ils souhaitent accorder une place plus importante à la vie personnelle.

⁹⁵ ASLIN (M.), OYCE (J.), « Flexibilité du temps de travail », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1987/3 n°1148-1149, février 1987, p.9.

⁹⁶ LALLEMENT (M.), « Orientation et insertion professionnelle, 75 concepts clés », *Dunod*, 2007, p.196.

⁹⁷ RAY (J-E), *op. cit.*, p.173.

⁹⁸ ASLIN (M.), OYCE (J.), *op. cit.*, p.12.

Ensuite, il ne s'agit pas que d'un avantage au titre de la vie personnelle, mais également au titre de l'activité professionnelle réalisée par le salarié en forfait jours.

La flexibilité et la souplesse qu'apporte un tel dispositif permettent également une meilleure gestion de la vie professionnelle de ce dernier. En effet, en fonction des périodes et/ou des missions à accomplir, le salarié peut décider de consacrer davantage de temps à son travail, en son âme et conscience, ou a contrario, s'il a besoin de partir plus tôt il en a la liberté. Cependant, ceci est à nuancer avec le fait qu'il est préférable pour lui de s'organiser préalablement avec son équipe et de prévenir ses supérieurs hiérarchiques.

La liberté d'organisation du travail du salarié en forfait jours permet par conséquent à ce dernier de gagner en efficacité, notamment puisqu'il travaille à son rythme et selon ses « besoins ».

Enfin, concernant les bénéfices pour le salarié, il est possible de mentionner le fait qu'il est en pleine autonomie et peut organiser son travail comme il le souhaite, ce qui lui permet également de gagner en liberté.

En effet, le salarié gagne en liberté et en indépendance puisqu'il connaît l'importance de ses missions et de leur réalisation dans le temps imposé par l'entreprise, ainsi il doit veiller à consacrer le temps de travail nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Cette notion de consacrer le temps de travail nécessaire est intéressante sur un autre point puisqu'il est parfois compliqué, autant pour l'entreprise que pour le salarié, de prévoir une charge de travail sur une période donnée puisque les entreprises doivent faire face à certains imprévus et par conséquent il faut accomplir les missions en fonction des besoins de l'entreprise à l'instant T.

Ainsi, les bénéfices apportés au salarié par la mise en place du forfait jours sont divers, c'est notamment ce qui fait la notoriété de ce dispositif d'organisation du temps de travail.

Sa popularité est d'autant plus grande que l'application du forfaits jours apporte également des bénéfices en termes de souplesse et de flexibilité à l'entreprise (B).

B- Le gain en flexibilité pour l'entreprise

La mise en place du forfait jours permet de développer de nombreux bénéfices pour l'entreprise, notamment lorsqu'elle cherche à gagner en souplesse et donc en flexibilité.

Tout d'abord, l'entreprise bénéficie d'un atout important en matière de recrutement puisque les éventuels candidats, pouvant être éligibles à ce dispositif, sont souvent en quête de cette flexibilité et de cette autonomie, même si ce n'est pas le cas de tous les salariés puisque certains n'aspirent pas à être soumis au forfait jours.

Ce dispositif peut donc attirer des candidats pouvant être demandeurs de plus de souplesse dans leur activité professionnelle, ce qui peut être un avantage à tirer, notamment lorsqu'il y a une « pénurie » de candidats sur le marché du travail à des postes spécifiques.

Ensuite, en pratique, l'absence de décompte des heures de travail du salarié permet à l'entreprise de ne pas devoir s'assurer du nombre d'heures effectuées par le salarié au cours du mois.

À cela, deux idées peuvent être dégagées, d'une part, les formalités administratives liées au traitement du temps de travail, souvent traitées par les Ressources Humaines, sont modérées, même si d'autres formalités naissent de ce dispositif, tel que la mise en place de l'entretien annuel afin d'échanger sur la charge de travail raisonnable, l'organisation du travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et la rémunération.

En effet, l'entreprise ne doit pas s'attacher au nombre d'heures réalisées (35 heures ou 37 heures par exemple). Cela limite également les questions à se poser en termes de repos compensateurs à octroyer ou le paiement des heures supplémentaires...

D'autre part, par conséquent, cela permet au service paie de l'entreprise de verser au salarié la même rémunération chaque mois, même s'il est possible de nuancer ces propos puisque certaines entreprises mettent en place un système d'aménagement du temps de travail sur l'année avec un lissage de la rémunération sur l'année.

Ainsi, la flexibilité qu'apporte le forfait jours est un avantage pour l'entreprise qui doit effectuer moins de formalités en termes de traitement des données variables en paie.

Également, la flexibilité du forfait jours permet de bénéficier d'un salarié avec des horaires plus souples et plus maniables. Ainsi, le salarié reste disponible lorsque l'entreprise en a réellement besoin, par exemple si un projet important doit aboutir l'entreprise a connaissance

qu'elle peut compter sur la flexibilité du salarié en forfait jours pour travailler plus longtemps, sans en abuser.

Le gain en efficacité se retrouve ainsi également pour l'entreprise qui peut aiguiller le salarié sur sa gestion du temps de travail en fonction des besoins à un instant T. Cela n'est pas étonnant puisque les salariés en forfait jours sont à un tel niveau de poste et d'autonomie qu'il est parfois nécessaire pour l'entreprise qu'il travaille plus sur une période, sous respect des repos mentionnés plus tôt lors du développement.

Enfin, par cette flexibilité, il est possible pour l'entreprise de moduler le temps de travail du forfait jours en fonction des besoins de l'entreprise et du salarié, professionnels et/ou personnels. Ceci est intéressant puisque le plafond du forfait jours est fixé à 218 jours, cependant l'entreprise et le salarié peuvent décider d'effectuer plus ou moins de jours dans l'année, sous réserve du respect de certaines conditions, telles que le plafond maximum de 235 jours.

Comme cela a pu être démontré ci-avant, la flexibilité qu'apporte le forfait jours constitue un avantage considérable pour les entreprises et les salariés qui y sont soumis, cela fait notamment sa notoriété en France depuis quelques années.

La flexibilité n'étant pas le seul bénéfice à tirer du forfait jours, il est important de s'attarder également sur l'absence d'heures supplémentaires et l'octroi de jours de repos (Paragraphe 2).

Paragraphe 2- L'absence d'heures supplémentaires et l'octroi de jours de repos

La validité du dispositif du forfait jours a des avantages à la fois pour l'entreprise, notamment parce qu'elle ne doit pas traiter et payer les heures supplémentaires effectuées (A) et pour les salariés, puisqu'ils bénéficient de jours de repos qui s'ajoutent à leurs congés payés (B).

A- L'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires par l'entreprise

Il convient de s'attarder sur l'absence d'heures supplémentaires. À titre de compréhension, l'heure supplémentaire en droit du travail est définie comme « *toute heure de travail effectif effectuée par un salarié au-delà de la durée légale hebdomadaire (35 heures) ou de la durée considérée comme équivalente au sein de l'entreprise* »⁹⁹.

Dans le mécanisme de forfait en jours, comme son intitulé l'indique, il n'y a plus aucune référence horaire puisque le salarié doit travailler un nombre de jours prédéterminé, c'est notamment ce qui avait été développé précédemment. Par conséquent, la notion d'heures supplémentaires n'existe pas dans ce dispositif, ce qui constitue un bénéfice pour l'entreprise à double titre.

D'une part, l'avantage pour l'entreprise de ne pas devoir décompter le temps de travail en heures correspond à l'absence de traitement en paie des éventuelles heures supplémentaires de travail que le salarié aurait pu effectuer.

Le traitement des heures supplémentaires est fastidieux pour les entreprises, notamment pour le service paie qui doit s'assurer de traiter les majorations liées aux heures de travail effectuées et aux éventuelles heures que le salarié n'aurait pas mentionné. Mais également pour les managers et/ou responsables du salarié qui doivent valider les demandes d'heures supplémentaires, puisque, comme il est possible de le rappeler, la décision de recourir aux heures supplémentaires relève du pouvoir de direction de l'employeur et il peut, de ce fait, refuser ces dernières.

Le forfait jours étant appliqué aux salariés ayant un niveau de poste important, avec des responsabilités et une grande autonomie, en pratique, leur travail demande plus d'heures de travail que la durée légale prévue. Ainsi, l'absence de ces heures supplémentaires et, par conséquent, des majorations afférentes est un bénéfice pour l'entreprise qui ne doit pas s'attarder sur leur traitement.

D'autre part, même si ce n'est pas le but de la mise en place du forfait jours, il est très intéressant pour l'entreprise de ne pas devoir payer les heures supplémentaires et de ne pas en supporter le coût puisqu'elles pourraient être nombreuses pour les salariés en forfait jours. Il

⁹⁹ « Heures supplémentaires : définition », Lexique droit du travail, *Editions Tissot*. URL: <https://www.editions-tissot.fr/guide/definition/heures-supplementaires>.

faut cependant nuancer cette notion d'absence de paiement des heures supplémentaires puisqu'en réalité, la rémunération du salarié en forfait jours est calculée selon un forfait prenant en compte, en partie, ces heures supplémentaires.

Le non-paiement d'heures supplémentaires, qui peut être vu de façon négative, doit ainsi être atténué puisque les salariés cadres et les salariés non-cadres autonomes soumis au forfait jours bénéficient normalement d'un salaire avantageux, en rapport avec les sujétions qui leur sont imposées. À titre d'exemple, une étude menée en 2010 démontrait que les cadres en forfait jours touchaient en moyenne 62 291 € de rémunération brute annuelle totale¹⁰⁰.

Ainsi, en pratique, les entreprises mettant en place la convention de forfait en jours voient à travers ce dispositif les bénéficiaires relevant de l'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires comme un avantage majeur.

Le salarié bénéficie de son côté, en contrepartie de la mise en place du forfait jours, de l'octroi de jours de repos venant s'ajouter à ses congés payés (B).

B- L'avantage de l'octroi de jours de repos au salarié forfait jours

Il est important de s'intéresser à l'octroi de jours de repos qui est une conséquence bénéfique du forfait jours pour le salarié. Comme expliqué plus tôt lors de ce développement, ce dernier bénéficie chaque année de jours de repos venant s'ajouter aux jours de congés payés. Ces jours de repos découlent d'un calcul qui est effectué chaque année par les entreprises, puisqu'il varie en fonction des jours que compte l'année, les jours fériés chômés (qui ne tombent pas un jour de repos hebdomadaire), les jours de repos hebdomadaire, les congés annuels légaux, voire conventionnels et les jours compris dans le forfait.

L'octroi de jours de repos supplémentaires est attractif pour les salariés qui bénéficient ainsi de plus de journées de repos sur l'année, cela permet notamment de valoriser le temps de travail effectué en plus sur l'année.

La notion de valorisation du temps de travail réalisé sur l'année est intéressante puisque, comme expliqué ci-avant, les heures supplémentaires relèvent du pouvoir de direction de l'employeur et nécessitent donc leur validation par l'entreprise. Cependant, en pratique, dans certaines

¹⁰⁰ « Le forfait jours », Les guides thématiques FO-CADRES, 2021, p.11. URL: <https://www.fo-cadres.fr/content/uploads/2019/01/FO-Cadres-Guide-forfait-jours-A5-vdef-fichier-web.pdf>.

entreprises les heures supplémentaires ne sont pas reconnues puisqu'elles sont perçues comme l'incompétence du salarié à effectuer ses missions au cours de son temps de travail, alors que les salariés ont parfois simplement besoin d'une amplitude de travail plus large. Ainsi, dans ces circonstances, les jours de repos sont intéressants puisqu'ils sont prévus légalement et fixés par avance, permettant ainsi de s'assurer de la valorisation du temps de travail du salarié en forfait jours.

Enfin, l'octroi de jours de repos permet également une meilleure conciliation de l'activité professionnelle et de la vie personnelle du salarié. Ce dernier peut les utiliser selon ses besoins, sous réserve de contraintes liées à l'entreprise.

Lorsque le forfait jours est mis en place et appliqué en respectant les conditions de validité imposées, il permet à l'entreprise et aux salariés de bénéficier de nombreux avantages, c'est notamment pour cela que ce dispositif a pris une telle ampleur dans la société actuelle. Que cela soit l'entreprise ou le salarié, chacun y trouve des intérêts, parfois communs et parfois propres, tout en veillant à un équilibre pour éviter qu'une partie soit lésée. Cependant, malgré des bénéfices certains, les effets de la validité du forfait jours révèlent d'autres problématiques pouvant poser des difficultés aux entreprises auxquelles il convient d'essayer d'apporter une solution (Section 2).

Section 2- Les problématiques découlant de la validité du forfait jours

La jurisprudence et le législateur veillent à encadrer le forfait jours par le biais de conditions de validité, telles qu'énoncées précédemment. Cependant, malgré le respect de ces dernières, le forfait jours présente de nombreuses difficultés pratiques. En effet, la bonne mise en place et la bonne application de ce mécanisme n'empêchent pas les entreprises de rencontrer des problématiques diverses, auxquelles il n'y a pas toujours de réponse juridique précise.

En effet, les entreprises peuvent avoir des interrogations au sujet de la gestion de situations spécifiques impactant la durée du travail du salarié en forfait jours au cours de l'année (Paragraphe 1).

De plus, certaines entreprises font le choix de mettre en place la convention de forfait jours via un accord de performance collective, ce dont découle également certaines problématiques qu'il convient d'étudier (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les situations spécifiques impactant la durée de travail du forfait jours

Le nombre de jours compris dans la convention de forfait est établi en amont de son application par accord collectif et ne peut dépasser, en principe, 218 jours. Ces jours de travail doivent être respectés par les salariés et les entreprises.

Cependant, en pratique, au cours de l'année le salarié et l'entreprise font face à des situations spécifiques, parfois indépendantes de leur volonté, qui les conduisent à faire face à des problématiques diverses. Ces problématiques visant la durée du travail peuvent avoir un impact sur le calcul des jours de travail du salarié sur l'année.

En effet, dans certaines situations le salarié est amené, avec ou sans l'accord de l'entreprise, à dépasser le nombre de jours travaillés fixés (A).

Au-delà de ces situations de dépassement du forfait jours, il y a des hypothèses, telles que l'embauche ou la rupture du contrat en cours d'année et l'absence du salarié, qui viennent fragiliser le décompte des jours travaillés fixés (B).

A- Les hypothèses entraînant le dépassement du forfait

En principe, le volume maximum de jours de travail pouvant être demandé au salarié est fixé à 218 jours maximum, puisqu'il est considéré que sur les 365 jours que compte l'année il convient d'enlever les congés annuels légaux, voire les congés conventionnels et les jours de repos hebdomadaire. Il est possible de préciser que les jours fériés chômés, qui ne tombent pas un jour de repos hebdomadaire, sont également décomptés afin d'obtenir un nombre de jours travaillés et ne posent donc pas de difficultés.

Tout d'abord, le salarié peut, avec accord de l'employeur, faire le choix de renoncer à des jours de repos, à condition de ne pas dépasser le nombre maximal de jours travaillés dans l'année, qui est fixé par accord collectif ou, à défaut, par la loi à 235 jours maximum.

Ainsi, lorsque le salarié renonce à des jours de repos, il travaille automatiquement plus que ce qui est prévu dans son forfait, cependant cette situation est encadrée par le législateur qui prévoit les modalités de rachat et d'affectation des jours de repos au sein d'un compte épargne-temps, tel que mentionné précédemment au cours du développement. Une réponse juridique précise a été donnée à cette hypothèse de dépassement du forfait jours, cela n'entraîne donc pas de problématique spécifique pour l'entreprise.

Ensuite, il y a des situations dans lesquelles l'entreprise se trouve face à un salarié soutenant avoir dépassé le nombre maximal de jours de travail fixé par sa convention de forfait. Cette hypothèse de dépassement peut être problématique puisque le salarié peut réclamer le paiement des jours de travail effectués au-delà du forfait préalablement fixé.

À titre de précision, dans cette hypothèse, le régime de la preuve du nombre de jours travaillés est le même qu'en présence d'un litige sur la durée de travail prévu au sein de l'article L. 3171-4 du Code du travail. La charge de la preuve est partagée¹⁰¹ et appartient donc d'une part, au salarié formulant la demande qui doit établir des éléments en produisant, par exemple, un document auto déclaratif du nombre de jours travaillés sur l'année¹⁰² ou présenter des attestations de ses collègues et, d'autre part, à l'employeur qui doit répondre à la demande du salarié¹⁰³.

Il est intéressant de préciser que le dépassement du nombre de jours fixés par la convention de forfait n'entraîne pas la nullité de la convention puisque le salarié peut décider de se positionner sur une demande tenant au paiement des jours de travail effectués au-delà des jours fixés.

Enfin, d'un point de vue pratique, il est possible de préciser qu'il est souvent difficile pour les salariés d'effectuer exactement le nombre de jours de travail fixé.

À titre d'exemple, le nombre de jours de travail est calculé sur une année civile avec une déduction des congés annuels légaux, voire les congés conventionnels. Cependant, si l'entreprise demande au salarié de poser ses congés payés entre juin de l'année N et, mai de l'année N+1 parfois le salarié ne va pas prendre exactement 25 jours de congés payés sur une année civile, cela entraîne donc un déséquilibre et, par conséquent, l'absence de respect du nombre de jours de travail fixé.

¹⁰¹ Cass. Soc., 23 septembre 2009, n°08-41.377 ; Cass. Soc., 4 mai 2011, n°09-71.003.

¹⁰² Cass. Soc., 2 juin 2021, n°19-16.067.

¹⁰³ « Fonctionnement du forfait annuel en jours », RF social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, octobre 2021, p.10.

Cette hypothèse est un exemple type de problématique que peuvent rencontrer le salarié et l'entreprise, à laquelle aucune réponse juridique n'a été donnée afin de les aider à gérer une telle situation.

Ainsi, les problématiques sont nombreuses en cas de dépassement du forfait jours et le sont également dans les hypothèses venant fragiliser le décompte des jours travaillés (B).

B- Les évènements fragilisant le décompte des jours travaillés du forfait jours

Le décompte des jours travaillés peut être fragilisé en pratique par des situations spécifiques, telles que l'embauche, la rupture du contrat de travail et l'absence du salarié en cours d'année.

Premièrement, le calcul du forfait jours peut être impacté en cas d'embauche ou de rupture du contrat de travail du salarié en cours d'année. L'entreprise peut rencontrer des difficultés quant au calcul puisque le Code du travail ne précise pas le mode de calcul du nombre de jours de travail dans cette hypothèse.

De ce fait, depuis la loi du 8 août 2016 la convention collective applicable à l'entreprise doit normalement comporter une disposition à ce sujet. À défaut, deux solutions sont envisageables. D'une part, au regard de l'article 19 de la circulaire ministérielle n°2000/7 du 6 décembre 2000, le plafond peut être augmenté à due concurrence¹⁰⁴. À titre explicatif, cet article prévoit que le calcul du forfait soit fait hors congés payés et jours fériés, qui, par conséquent, s'ajoutent au forfait fixé à 218 jours. Ainsi, si par exemple un salarié n'a pas acquis de congés payés sur l'année le plafond de 218 jours se voit ajouter les 25 jours de congés payés, mais également les jours fériés. À la suite de ce calcul, il suffit à l'entreprise de proratiser ce plafond en fonction de la période de travail du salarié sur l'année de référence.

Cette règle de calcul peut éventuellement aider les entreprises lorsqu'elles rencontrent cette hypothèse, cependant ce calcul n'a pas fait l'objet de confirmation de la part de la jurisprudence. D'autre part, les entreprises peuvent faire le choix d'appliquer au salarié le plafond fixé à 218 jours et proratiser en fonction du nombre de jours travaillés.

¹⁰⁴ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 72.

Cette méthode de calcul des jours travaillés par le salarié, qui est embauché ou rompt son contrat en cours d'année, semble la plus abordable et la plus sûre pour les entreprises et le salarié, même si aucune de ces solutions n'a été approuvée par la jurisprudence ou le législateur.

Deuxièmement, il convient de mentionner l'hypothèse de l'absence du salarié.

En cas d'absence du salarié, le principe est celui de l'interdiction de récupérer les jours d'absence, à l'exception de ceux énumérés par l'article L. 3121-50 du Code du travail. Ainsi, il est possible de distinguer deux types d'absence.

D'une part, l'article L. 3121-50 du Code du travail fait mention des absences liées à des causes accidentelles, des intempéries ou des cas de force majeure, des inventaires et des journées de pont. Ces absences n'ont pas à être déduites du plafond annuel, dont la récupération est licite.

D'autre part, les absences indemnisées telles que la maladie, la maternité, les congés pour événements familiaux ou les autorisations d'absence conventionnelle doivent être déduites du plafond annuel du forfait en jours. La récupération est interdite ici, ainsi elles ne doivent pas être considérées comme des jours non travaillés au regard du décompte du nombre de jours travaillés dans l'année par le salarié en forfait jours¹⁰⁵¹⁰⁶.

Ainsi, la mise en place et l'application du forfait jours sont complexes et fragilisées par des problématiques diverses rencontrées par les entreprises et les salariés touchant à la durée de travail du forfait jours.

De plus, des problématiques découlant de la validité du forfait jours se posent également lorsque ce dernier est mis en place par un accord de performance collective (Paragraphe 2).

Paragraphe 2- Le dispositif du forfait jours à travers l'accord de performance collective

Le forfait jours doit être mis en place par accord collectif contenant diverses clauses obligatoires et/ou facultatives permettant de respecter les conditions posées par la jurisprudence et par le législateur.

Cependant, certaines entreprises peuvent faire le choix de conclure un accord de performance collective.

¹⁰⁵ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 74.

¹⁰⁶ ROSE (H.), « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », *RDT*, octobre 2020, 137.

De ce fait, il est intéressant, d'une part, d'étudier la notion d'accord de performance collective en matière de forfait jours, en cas de mise en place ou de modification d'un tel dispositif (A).

Et d'autre part, il convient de s'attarder sur les problématiques issues de l'accord de performance pour la mise en place ou la modification du forfait jours (B).

A- La notion d'accord de performance collective en matière de forfait jours

L'accord de performance collective (APC) est issu de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective¹⁰⁷.

L'APC est un accord qui permet de préserver ou de développer l'emploi et de répondre aux nécessités de l'entreprise¹⁰⁸. Pour cela, l'accord collectif permet de négocier trois sortes de mesures, à savoir l'aménagement de la durée de travail, l'aménagement de la rémunération et la détermination de la mobilité professionnelle et géographique interne à l'entreprise. L'article L. 2254-2 du Code du travail prévoit ces mesures.

Ainsi, le dispositif de forfait jours peut être mis en place ou modifié par un APC au titre de la négociation sur l'aménagement de la durée du travail, c'est notamment ce que confirme le ministère du travail dans son « questions-réponses » de juillet 2020 qui indique que l'APC peut « *mettre en place un dispositif de forfait annuel du temps de travail dans le respect des dispositions du Code du travail propre à ce dispositif* »¹⁰⁹.

Comme le rappelle le ministère du travail, les règles applicables au forfait jours doivent être respectées. L'article L. 2254-2 II du Code du travail prévoit, d'une part, qu'en cas de simple modification de la convention de forfait jours déjà existante, les dispositions en lien avec l'accord du salarié ne s'appliquent pas. Cela signifie que, la convention peut être modifiée sans l'accord écrit du salarié. À titre informatif, en cas de modification du forfait par un accord collectif de droit commun, les dispositions ne s'imposent pas aux salariés, il faut prévoir une clause spécifique ou rédiger un avenant au contrat afin de recueillir l'accord du salarié concerné¹¹⁰.

¹⁰⁷ « Accord de performance collective », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 1

¹⁰⁸ Cahier juridique n°221, RF Social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021, p.28.

¹⁰⁹ « Accord de performance collective », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 11.

¹¹⁰ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 66.

Et d'autre part, qu'en cas de mise en place de la convention de forfait jours par un APC, l'accord express du salarié est requis et le salarié ne peut pas être licencié s'il refuse l'application de l'accord.

Également, des conditions de validités doivent être respectées pour conclure l'APC et ces dernières sont identiques à celles de tout autre accord collectif.

Ainsi, doivent être respectées les clauses communes aux accords collectifs, tel que mentionnées plus haut lors du développement.

De plus, l'APC doit contenir le cas de recours et l'objet de l'accord. Tout d'abord, les cas de recours sont limitativement énumérés par l'article L. 2254-2 I du Code du travail qui prévoit que l'APC peut être mobilisé, d'une part, pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, qui est une notion large permettant à l'entreprise de toucher diverses situations et de s'adapter rapidement aux évolutions du marché, d'autre part, pour préserver ou développer l'emploi.

Ensuite, concernant l'objet de l'accord, l'APC peut porter sur trois points. Dans le cadre du dispositif du forfait jours il convient uniquement de rappeler que l'APC peut aménager la durée du travail des salariés, ainsi que les modalités d'organisation et de répartition de la durée du travail.

Lorsque l'APC est conclu, l'entreprise peut mettre en place un dispositif de forfait jours ou le modifier. Il convient de distinguer ces hypothèses puisqu'elles n'ont pas le même régime juridique.

D'une part, dans l'hypothèse de la mise en place du forfait jours par un APC, les articles du Code du travail qui règlementent le recours au forfait jours doivent être appliqués et respectés, dont la conclusion d'une convention individuelle établie par écrit afin de s'assurer de l'accord du salarié. Et d'autre part, dans l'hypothèse de la modification du dispositif, l'article L. 2254-2 II du Code du travail vient écarter l'application des dispositions concernant l'exigence d'un écrit du salarié et donc de la conclusion d'une convention individuelle. À cet effet, l'article précise que « *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* ».

Ainsi, comme il est possible de le constater, cet accord est différent des autres puisqu'il a un impact sur le contrat de travail. En effet, si des clauses du contrat de travail du salarié sont

incompatibles avec les dispositions de l'APC et que le salarié accepte l'accord, les clauses du contrat peuvent être suspendues.

Il est intéressant de mentionner qu'en cas de refus de l'application de l'accord, dans l'hypothèse de la modification du dispositif de forfait jours par un APC, le salarié peut être licencié et ce licenciement reposera automatiquement sur un motif réel et sérieux.

Les différents régimes juridiques de l'APC et leurs effets peuvent donc avoir un impact important sur le salarié soumis à un forfait jours, en découlent diverses problématiques qu'il convient d'étudier (B).

B- Les problématiques issues du forfait jours à travers l'accord de performance collective

L'accord de performance collective, dans le cadre du dispositif de forfait jours, peut dans certaines hypothèses se révéler complexe du fait des effets qu'il peut produire en fonction du régime juridique dans lequel il est utilisé et peut entraîner des conséquences importantes sur le salarié qui y est soumis.

Il convient, tout d'abord, de préciser que l'employeur doit informer les salariés, par tout moyen donnant date certaine et précise, de l'existence de l'APC, de son contenu et de leur droit d'accepter ou de refuser de voir appliquer à leur contrat de travail l'accord¹¹¹.

Cette information du salarié est importante puisque l'APC peut venir modifier le contrat de travail. En effet, l'APC se substitue aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail¹¹².

La problématique majeure du forfait jours découlant de l'APC, après l'information du salarié, correspond au refus du salarié de se voir appliquer un tel accord. Ceci est problématique puisqu'en fonction du régime juridique, à savoir la mise en place ou la modification du dispositif du forfait jours, les effets du refus sont différents.

¹¹¹ Cahier juridique n°221, RF Social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021, p.28.

¹¹² « Accord de performance collective », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 17.

Premièrement, dans le cadre de la mise en place du dispositif de forfait jours par un APC, l'employeur doit obtenir l'accord du salarié, notamment à travers la signature d'une convention individuelle de forfait jours. Ainsi, l'employeur ne peut pas par la seule acceptation de l'APC par le salarié lui appliquer une convention de forfait en jours, c'est notamment ce qu'affirme le ministère du travail dans son « questions-réponses » de juillet 2020¹¹³. Il affirme également que, lors de la mise en place du forfait jours par APC, « *le refus du salarié ne peut entraîner aucune sanction disciplinaire ni licenciement* ».

Cependant, il reste une incertitude sur le régime juridique de l'acceptation ou du refus du salarié, pour laquelle deux interprétations sont données.

D'une part, certains juristes ont établi que le salarié qui refuse la conclusion d'une convention individuelle de forfait, prévue par l'APC, ne pourrait se voir sanctionner et donc licencier. Cette interprétation rencontre des difficultés d'application puisque l'article L. 2254-2 du Code du travail précise simplement qu'une convention individuelle doit être conclue, de ce fait le salarié pourrait se voir appliquer le régime général de l'acceptation ou du refus de l'APC et ainsi être licencié.

D'autre part, certains juristes tendent à affirmer qu'il faut appliquer le régime général de l'acceptation ou du refus de l'APC. Ainsi, chaque salarié, après information, aurait un mois pour accepter ou refuser, ainsi, en cas d'acceptation une convention individuelle de forfait jours devra être conclue et en cas de refus le salarié pourra être licencié. Cependant, à ce délai d'un mois se pose la question de l'absence de réponse du salarié, à ce sujet la doctrine oscille entre l'acceptation tacite et le refus implicite¹¹⁴.

Secondement, dans le cadre de la modification du dispositif de forfait jours par APC, l'exigence de la conclusion d'une convention individuelle de forfait jours ne doit pas être appliquée. Par conséquent, l'acceptation de l'APC par le salarié entraîne de plein droit l'application des modifications apportées au forfait en jours.

Il convient de préciser que cette modification s'applique, au regard de la doctrine, uniquement aux salariés déjà soumis à une convention de forfait en jours lors de la conclusion de l'APC. Il est intéressant de le préciser puisque cela ne fait pas l'objet d'une mention au sein de l'article

¹¹³ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Questions-réponses, l'accord de performance collective », juillet 2020, question n°18.

¹¹⁴ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 2.

susmentionné, de ce fait, certains auteurs tendent à dire que le texte aurait dû être plus clair et préciser cela pour éviter les abus¹¹⁵.

Puisqu'il s'agit ici d'une modification du contrat de travail, le salarié peut décider de refuser les modifications apportées par écrit dans un délai d'un mois. Dans l'hypothèse où le salarié accepte ou ne répond pas à l'information de l'employeur, les dispositions de l'APC se substituent de plein droit aux « *clauses contraires et incompatibles du contrat* ».

Dans celle où le salarié refuse, l'employeur peut le sanctionner et engager une procédure de licenciement dans un délai de deux mois. Ce licenciement reposera automatiquement sur une cause réelle et sérieuse de licenciement, au sens de l'article L. 2254- 2 du Code du travail. Cet article précise que le licenciement repose sur un motif spécifique qui, s'il ne correspond ni à un motif personnel ni à un motif économique, correspond au refus en lui-même du salarié de se voir appliquer l'APC.

À titre de précision, l'employeur peut décider de ne pas licencier le salarié, malgré son refus.

Le refus ou l'acceptation de la mise en place ou de la modification du dispositif de forfait jours par APC est donc source de divers questionnements qui ne bénéficient pas forcément de réponse complète et claire à travers la rédaction de l'article L. 2254-2 du Code du travail.

Peut-être est-il souhaitable d'attendre la circulaire ministérielle qui viendra apporter des prescriptions et des informations supplémentaires, mais également d'attendre la position des juges sur ce sujet.

Il semble possible d'établir que le salarié n'a pas réellement le choix de l'acceptation ou du refus puisque soit il accepte de se « *plier aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » soit il refuse et se laisse « *licencier sans le moindre avantage particulier* »¹¹⁶.

Pour conclure sur ce chapitre, malgré la validité de ce mécanisme, par le respect des conditions exigées, les problématiques sont diverses et tendent à toucher différents thèmes de la convention de forfait jours.

Les entreprises et les salariés font face à des hypothèses qui peuvent entraîner le dépassement du forfait ou fragiliser le décompte des jours travaillés. Ces hypothèses sont complexes en termes de gestion de la durée du travail du salarié en forfait jours, dont le forfait est fixé préalablement.

¹¹⁵ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 68.

¹¹⁶ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), *op. cit.*, p.117.

Également, lorsque l'entreprise décide de mettre en place ou de modifier la convention de forfait jours à travers un accord de performance collective, les problématiques se forment lors de l'information au salarié et lors de son acceptation ou de son refus de se voir appliquer l'APC.

À ces problématiques, les entreprises vont devoir ajouter celle du système de retraite progressive. En effet, bien que les forfaits jours aient été exclus du bénéfice de ce système, puisqu'il suppose que le salarié soit à temps partiel ce qui n'est pas envisageable pour ce dispositif, le Conseil constitutionnel¹¹⁷ a censuré pour inégalité devant la loi les dispositions de l'article L. 351-15 du Code de la sécurité sociale. Au regard de cet article, le système de retraite progressive s'exprimait comme un temps partiel en heures, ce qui avait pour effet d'exclure les forfaits jours. Pour remédier à cette inégalité, le projet de loi prévoit de changer la notion de temps partiel pour la notion de temps réduit. Depuis le 1^{er} janvier 2022, les salariés en forfait jours peuvent bénéficier du système de retraite progressive puisqu'il est ouvert au salarié de moins de 60 ans et justifiant de 150 trimestres d'assurance vieillesse qui exerce une activité à temps partiel ou à temps réduit¹¹⁸.

De plus, cette notion de temps partiel et de temps réduit engendre également des questions relatives à la possibilité de prendre un congé parental « à temps partiel ». Le salarié souhaitant bénéficier d'un congé parental à temps réduit pourra demander la réduction de son forfait à travers un avenant à son contrat de travail. Aucune disposition n'est prévue à cet effet, mais « *il semble difficile que l'employeur puisse s'opposer à une telle demande ; il y aurait rupture d'égalité entre les salariés selon leur contrat de travail.* »¹¹⁹

L'entreprise devra donc faire face à des problématiques en lien avec ce système et cela même en l'absence de précisions concrètes.

Les effets émanant de la validité du forfait jours sont donc nombreux et variés. En effet, comme il a été possible de l'étudier, le forfait jours apporte de nombreux bénéfices aux entreprises qui l'appliquent et aux salariés qui y sont soumis, notamment en termes de souplesse et de flexibilité dans la gestion de la durée du travail, mais également en lien avec l'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires effectuées par le salarié et l'octroi de jours de repos au salarié.

¹¹⁷ Cons. Const., 26 février 2021, n°2020-885 QPC : JO 27.

¹¹⁸ « Conventions de forfait », *Elnet Droit social*, Lefebvre Dalloz, 2022, 85.

¹¹⁹ Id. n°87.

Cependant, la validité du forfait jours ne permet pas de lui procurer une mise en place et une application sans faire face à des problématiques diverses qui tendent à recevoir une réponse plus ou moins complète, tel est le cas des hypothèses de dépassement du forfait, des situations spécifiques rencontrées au cours de l'année de travail, ou encore des cas spécifiques en lien avec l'accord de performance collective.

Au-delà de ces bénéfices et de ces problématiques découlant de la validité du forfait jours, il est nécessaire d'étudier également les effets et les conséquences de l'absence de validité du forfait jours, à savoir lorsque les conditions de validité ne sont pas respectées (Chapitre II).

Chapitre II - Les effets résultant de la non-validité du forfait jours

Le forfait jours est un dispositif spécifique de la durée du travail en France encadré par des conditions de validité, telles qu'étudiées précédemment.

Par conséquent, en cas de non-respect de ces conditions, le forfait jours ne peut être considéré comme valide et de cela résulte divers effets, qui sont parfois observés hors contentieux et parfois sur le plan contentieux.

La conséquence première de la non-validité du forfait jours correspond à la mise en avant des manquements et de l'irrespect de l'employeur vis-à-vis du dispositif du forfait jours et du salarié qui y est soumis.

Ces manquements peuvent produire des effets conséquents dans les cas où le salarié parvient à identifier les manquements et les problématiques afférentes. De cette identification découle également la question relative à la charge de la preuve en la matière, en cas de souhait contentieux (Section 1).

La seconde conséquence, qui n'est pas des moindres, relève du contentieux relatif aux manquements identifiés, en matière de forfait jours. Le contentieux est d'ailleurs souvent peu favorable aux entreprises qui se voient engager leur responsabilité. Dans cette hypothèse, l'entreprise peut se voir sanctionnée civilement, voire pénalement, en cas d'application du dispositif du forfait jours à ses salariés alors que les conditions de validité ne sont pas établies ou correctement mises en place (Section 2).

Section 1- Les manquements de l'employeur et la charge de la preuve

Les effets de la non-validité du forfait jours relèvent des manquements de l'employeur au dispositif du forfait jours puisqu'il n'a pas veillé, d'une part, à la mise en place ou à la bonne application des conditions de validité qui lui sont imposées dans le cadre d'un tel dispositif et, d'autre part, à la santé et à la sécurité de son salarié en manquant à son obligation de sécurité (paragraphe 1).

Ces manquements ne sont parfois pas observés et/ou pris en compte par l'employeur et le salarié, cependant, parfois, le salarié parvient à identifier ces manquements et décide d'y faire face au travers d'une procédure contentieuse dans laquelle la charge de la preuve a son importance (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les manquements au forfait jours de l'employeur

La non-validité du forfait jours révèle le non-respect des conditions de mise en place d'une convention de forfait jours et l'absence d'exécution conforme des clauses de l'accord collectif par l'employeur.

Également, l'absence de respect du dispositif du forfait jours a pour conséquence le manquement par l'employeur à son obligation de sécurité.

Dans un premier temps, la remise en cause du forfait jours peut être faite en s'appuyant sur le non-respect par l'employeur de la mise en place et de la bonne application et exécution des clauses de l'accord collectif et de la convention individuelle de forfait en jours du salarié. Ces clauses ont été largement énumérées et développées précédemment, il n'est donc pas nécessaire de les étudier à nouveau, cependant il est possible d'en présenter des exemples.

D'une part, la non-validité du forfait jours pourra être caractérisée comme telle, par exemple, en l'absence d'accord collectif prévoyant ce dispositif ou de convention individuelle effectuée par écrit avec le salarié, ou encore lorsque le salarié soumis au dispositif de forfait en jours ne remplit pas les conditions d'éligibilité, telles que l'appartenance aux catégories déterminées, l'autonomie...

D'autre part, l'absence de validité du forfait jours peut également résulter du fait que l'employeur n'a pas exécuté conformément les clauses prévues pour l'application du forfait

jours, par exemple en cas de non-respect des clauses visant la protection de la santé et de la sécurité du salarié, les durées maximales de travail, les modalités de contrôle des jours travaillés...

Dans un second temps, il convient de mentionner que de ce non-respect découle, très souvent, le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. En effet, l'employeur peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il a manqué à son obligation de sécurité prévue aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail.

À titre explicatif, l'employeur joue un rôle prépondérant dans la prévention et la gestion des risques au travail et doit s'assurer de la santé et de la sécurité de ses salariés. L'article L. 4121-1 du Code du travail dispose notamment que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». À cet effet, l'employeur s'est rapidement vu mettre à sa charge une obligation de sécurité, posée par le législateur et la jurisprudence, qui apparaît comme une exigence de prévention.

Afin de comprendre son application en matière de forfait jours, il convient d'expliquer que cette obligation de sécurité a subi diverses évolutions avec une portée conséquente pour les entreprises. En effet, dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans les arrêts « Amiante » du 28 février 2002, avait affirmé l'obligation de sécurité de l'employeur comme une obligation de résultat.

L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur était vivement critiquée par le patronat. Elle faisait peser sur l'entreprise une responsabilité considérable puisque le manquement était caractérisé alors même que l'employeur avait pris les mesures nécessaires en vue de faire cesser les agissements¹²⁰.

Dans un second temps, face à ces critiques causées par la sévérité d'une telle obligation, l'obligation de sécurité de résultat a subi un recul important avec l'arrêt Air France du 25 novembre 2015¹²¹ qui « *la décline en obligation de moyens renforcée* »¹²².

Cette obligation permet désormais à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité s'il parvient à démontrer qu'il a pris toutes les mesures nécessaires exigées par la loi pour prévenir la

¹²⁰ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-69.444.

¹²¹ Cass. Soc., 25 novembre 2015, n°14-24.444.

¹²² LOKIEC (P.), « Droit du travail », PUF, *Thémis droit*, 1^{ère} édition, 2019, p.417.

survenance du dommage, en particulier en respectant les principes généraux de prévention¹²³ prévus à l'article L. 4121-2 du Code du travail, à savoir éviter les risques, évaluer les risques, combattre les risques, adapter le travail à l'homme, tenir compte de l'état d'évolution de la technique, remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas, planifier la prévention, prendre des mesures de prévention collective et donner les instructions appropriées aux travailleurs.

L'employeur est donc soumis à une obligation de sécurité et celle-ci s'impose notamment en matière de forfait jours.

En effet, tout d'abord, l'employeur peut se voir engager sa responsabilité du fait du manquement à son obligation de sécurité lorsqu'il s'abstient d'assurer le suivi de la charge de travail d'un salarié soumis à une durée du travail déraisonnable¹²⁴.

La chambre sociale de la Cour de cassation a récemment rendu un arrêt, en date du 2 mars 2022¹²⁵, dans lequel, d'une part, elle rappelle dans son préambule qu'au regard de l'article L. 4121-1 du Code du travail, l'employeur tenu d'une obligation de sécurité « *doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Il ne méconnaît pas cette obligation légale s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail* » et, d'autre part, elle juge en l'espèce que « *l'employeur ne justifiait pas avoir pris les dispositions nécessaires de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restaient raisonnables et assuraient une bonne répartition dans le temps du travail et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* ». La Haute Juridiction juge ainsi que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité et que le salarié peut prétendre au paiement de dommages et intérêts, si un préjudice en a résulté.

Ensuite, l'employeur peut également se voir engager sa responsabilité sur le fondement du manquement à son obligation de sécurité s'il n'a pas pris en compte le droit à la déconnexion dans le cadre de la mise en place du forfait jours et n'a pas veillé à la mise en place de dispositif s'assurant de ce droit en occultant le droit à la déconnexion ou en l'absence de négociation ou d'élaboration d'une charte.¹²⁶

¹²³ Ass. Plén., 5 avril 2019, n°18-17.442.

¹²⁴ Cass. Soc., 10 octobre 2018, n°17-10.250.

¹²⁵ Cass. Soc., 2 mars 2022, n°20-16.683.

¹²⁶ « Manquement à l'obligation de sécurité », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°94, 1^{er} décembre 2021.

Le non-respect par l'employeur du cadre juridique imposé pour l'application du forfait en jours au sein de l'entreprise a donc des effets divers pouvant entraîner des conséquences importantes sur l'entreprise et sur la responsabilité de l'employeur, puisqu'il porte généralement préjudice au salarié soumis à une convention de forfait en jours.

De telles conséquences peuvent avoir un impact sur l'entreprise et l'employeur lorsqu'elles sont portées devant la justice. Cependant, avant de mettre en place une procédure contentieuse, le salarié doit parvenir à identifier l'irrespect et les manquements éventuels de l'employeur, tout en tenant compte des règles applicables relatives à la charge de la preuve (paragraphe 2).

Paragraphe 2- L'identification des manquements par le salarié et l'apport de la preuve

Alors que la Haute Juridiction multiplie, depuis quelques années, les arrêts jugeant la validité¹²⁷ du forfait jours ou sa non-validité¹²⁸ au sein de divers secteurs d'activité, celle-ci ne peut pas s'assurer que l'ensemble des forfaits jours appliqués en l'absence de respect des conditions de validité soit invalidé et ainsi sanctionné.

En effet, l'identification de la non-validité du forfait jours, à travers l'absence de respect des conditions de mise en place et d'application du dispositif et de l'obligation de sécurité, intervient majoritairement à travers la saisine des juridictions compétentes par le salarié qui fait face aux manquements de son employeur. A titre de précision, cette saisine intervient principalement après rupture du contrat de travail du salarié qui peut notamment décider de démissionner, de prendre acte de la rupture ou encore d'effectuer une résiliation judiciaire.

Cependant, cette identification des manquements de l'employeur est parfois complexe voire inexistante de la part des salariés soumis à un forfait jours.

En pratique, le forfait jours peut se voir appliquer alors même qu'il ne répond pas aux exigences requises à sa validité.

Cette hypothèse est envisageable, soit lorsque le salarié ne prend pas conscience de l'absence de validité de sa convention de forfait en jours et des manquements de son employeur à son obligation de sécurité du fait de l'atteinte potentielle à sa santé, soit lorsque l'entreprise ne

¹²⁷ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107 ; Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-19.990 ; Cass. Soc., 17 décembre 2014, n°13-22.890.

¹²⁸ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807 ; Cass. Soc., 13 novembre 2014, n°13-14.206 ; Cass. Soc., 25 janvier 2017, n°15-14.807.

remarque pas que les conditions de validité ne sont pas remplies du fait des difficultés rencontrées à leur mise en place ou l'absence de compréhension de ces dernières ou alors lorsque, de manière consciente, l'entreprise ne souhaite pas respecter les conditions.

A contrario, lorsque le salarié prend conscience de la non-validité de son forfait et parvient à identifier les manquements de l'employeur, il peut saisir les juridictions compétentes. Dans cette hypothèse, il convient de s'intéresser à la charge de la preuve puisque c'est l'apport de la preuve de la non-validité ou de la validité du forfait jours qui permettra aux juges de rendre leur décision.

La preuve correspond à « *la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation* » et en principe « *l'administration en incombe à la partie qui se prévaut de ce fait ou de l'obligation dont elle se prétend créancière* »¹²⁹.

Ainsi, les règles relatives à la charge de la preuve en matière civile sont prévues au sein de l'article 1353 du Code civil, qui dispose que « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

Cependant, la charge de la preuve en matière de forfait jours ne correspond pas réellement aux règles précitées, notamment puisque les juges sont intervenus afin de l'adapter au monde du travail.

À cet effet, la charge de la preuve concernant la non-validité du forfait jours et, par conséquent, des effets qu'elle produit peut être divisée puisque l'apport de la preuve est différent en fonction de l'hypothèse concernée.

La première hypothèse renvoie au contentieux s'intéressant à l'existence de jours travaillés supplémentaires ou à leur nombre.

En effet, en cas de litige sur la durée du travail, la preuve des jours supplémentaires est partagée entre le salarié qui formule une demande en disposant d'éléments à l'appui et l'employeur qui y répond.

C'est notamment l'article L. 3171-4 du Code du travail qui prévoit que « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces*

¹²⁹ BRAUDO (S.), « La preuve », *Dictionnaire juridique du droit privé*. URL : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/preuve.php>.

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 chambre sociale de la Cour de cassation¹³⁰ rappelle notamment à diverses reprises ces règles et précise qu'au vu des éléments fournis par les parties le juge forme sa conviction, après avoir éventuellement ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles¹³¹.

De plus, la Haute Juridiction a récemment fait évoluer sa jurisprudence afin de maintenir une charge de la preuve partagée avec l'employeur, mais allégée pour le salarié. En effet, alors qu'auparavant, le salarié devait « étayer sa demande »¹³², il doit désormais « présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non-rémunérées »¹³³.¹³⁴

La seconde hypothèse relève du contentieux portant sur le non-respect des garanties conventionnelles, c'est-à-dire lorsque l'employeur ne respecte pas les garanties requises au sein de l'accord collectif telles que celles en matière de santé et de sécurité, à titre d'exemple.

Dans cette hypothèse, la charge de la preuve n'est pas partagée, comme précédemment, puisque c'est à l'employeur d'apporter la preuve qu'il réalise les contrôles exigés par l'accord collectif et qu'il applique correctement les conditions requises. À titre d'exemple, en cas de contentieux en la matière, il doit pouvoir apporter la preuve du contrôle de la charge de travail et de l'amplitude du temps de travail¹³⁵.

En l'absence de preuve, notamment, puisqu'il n'a pas respecté les clauses destinées à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés, l'employeur pourra être sanctionné.

L'identification des manquements de l'employeur face à ce dispositif est une première étape pour le salarié afin de prendre conscience de la non-validité de la convention de forfait en jours qui lui est appliquée.

Après avoir identifié ces manquements, le salarié souhaitant obtenir gain de cause en justice peut s'engager dans une procédure contentieuse, il doit à cet effet prêter attention à la charge de la preuve en fonction de sa demande, donc de l'hypothèse dans laquelle il se trouve, qui est soit partagée, soit appartient à l'employeur. Cette charge de la preuve est souvent très favorable

¹³⁰ Cass. Soc., 23 septembre 2009, n°08-41.377 ; Cass. Soc., 4 mai 2011, n°09-71.003.

¹³¹ Cass. Soc., 5 novembre 2014, n°13-14.230.

¹³² Cass. Soc., 25 février 2004, n°01-45.441.

¹³³ Cass. Soc., 18 mars 2020, n°18-10.919 ; Cass. Soc., 2 juin 2021, n°19-16.067.

¹³⁴ « Forfait jours : régime probatoire des jours supplémentaires de travail », RF Social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, 15 juin 2021.

¹³⁵ Cass. Soc., 19 décembre 2018, n°17-18.725.

au salarié, ce qui n'est pas étonnant puisque le droit du travail est un droit très protecteur des salariés.

Lorsque la preuve est rapportée et que le salarié parvient à convaincre le juge, l'employeur peut être sanctionné de diverses manières (section 2).

Section 2- Les sanctions afférentes à la non-validité du forfait jours

Les conséquences de la non-validité du forfait jours peuvent être importantes pour les entreprises, lorsqu'elles ne respectent pas les conditions requises à la validité du forfait jours ou lorsque l'employeur manque à son obligation de sécurité.

En effet, elles peuvent être sanctionnées sur le plan civil, même si un léger assouplissement a été instauré par la jurisprudence (paragraphe 1) et sur le plan pénal, lorsqu'il est possible de caractériser l'infraction de travail dissimulé (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les sanctions civiles

La sanction imposée à l'employeur, qui ne respecte pas le dispositif de forfait en jours, varie entre la nullité et la privation d'effet et cela en fonction du manquement reproché à l'employeur.

Dans un premier temps, il convient de s'intéresser à la nullité de la convention de forfait en jours. La nullité, qui a un effet rétroactif, est prononcée par les juges lorsque les conditions de recours et donc de mise en place à une convention de forfait ne sont pas réunies.

La Cour de cassation considère notamment qu'à défaut de garanties suffisantes insérées au sein de l'accord collectif mettant en place le forfait jours, les conventions individuelles de forfait jours sont nulles¹³⁶¹³⁷¹³⁸.

À titre d'exemple, la nullité peut être prononcée lorsque « *la stipulation conventionnelle n'est pas conforme aux exigences légales sur la charge de travail*¹³⁹, lorsque les conditions

¹³⁶ Cass. Soc., 24 avril 2013, n° 11-28.398 ; Cass. Soc., 4 février 2015, n° 13-20.891 ; Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-15.624.

¹³⁷ MORAND (M.), « Temps de travail », *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 21-12, novembre 2020, p.81.

¹³⁸ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), *op. cit.*, p.113.

¹³⁹ Cass. Soc., 13 octobre 2021, n°19-20.561.

d'éligibilité du salarié en forfait jours ne sont pas remplies¹⁴⁰ ou lorsque la convention de forfait ne fixe pas le nombre de jours travaillés¹⁴¹ »¹⁴². Mais encore, l'absence d'indication du nombre de jours travaillés dans l'accord collectif entraîne la nullité de la convention de forfait jours¹⁴³.

La nullité entraîne le retour automatique au décompte horaire du temps de travail et s'applique alors la durée légale du travail et les conséquences liées à l'accomplissement d'heures supplémentaires. Le salarié est donc en droit de réclamer le paiement de l'ensemble des heures supplémentaires. Il appartient notamment aux juges de vérifier l'existence et le nombre de ces heures. À titre de précision, le calcul du rappel des heures supplémentaires se fait sur le salaire réel de base et non pas sur la base du salaire minimum conventionnel ¹⁴⁴.

Également, il convient de mentionner que l'employeur s'est vu accorder un léger assouplissement, puisqu'il est maintenant considéré que l'employeur peut exiger du salarié, dans cette hypothèse, le remboursement des sommes perçues au titre des jours de réduction du temps de travail¹⁴⁵.

Afin d'obtenir le remboursement de ces sommes, l'employeur devra le faire sur le fondement de la répétition de l'indu, tel que consacré au sein de l'article 1302-1 du Code civil qui dispose que « *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* ».

Il faut ajouter que la demande du salarié tenant au paiement des heures supplémentaires se voit appliquer la prescription triennale au regard des décisions rendues par la Haute Juridiction, ainsi dans un arrêt rendu le 30 juin 2021¹⁴⁶ les juges ont affirmé que « *la durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours est soumise à la prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du Code du travail* ».

¹⁴⁰ Cass. Soc., 24 avril. 2013, n°11-28.398, RJS 7/13, n°543.

¹⁴¹ Cass. Soc., 12 mars 2014, n°12-29.141, RJS 5/14, n°404 ; JCP S 2014, 1227.

¹⁴² ANTONMATTEI (P-H.), « Droit du travail », Précis Domat Droit privé, *Lextenso*, 1^{ère} édition, LGDJ, 2021, p.599.

¹⁴³ Cass. Soc., 16 novembre 2007, n°06-40.417, RJS 1/08 ; Cass. Soc., 12 mars 2014 n°12-29.141.

¹⁴⁴ Cass. Soc., 17 novembre 2021, n°19-16.756.

¹⁴⁵ Cass. Soc., 4 décembre 2019, n°18-16.937.

¹⁴⁶ Cass. Soc., 30 juin 2021, n°18-23.932.

Dans un deuxième temps, la convention de forfait en jours peut être privée d'effet lorsque l'employeur ne respecte pas les garanties suffisantes prévues par l'accord collectif. Par exemple, tel est le cas du non-respect des mesures permettant de garantir le respect des durées maximales de travail et des temps de repos ou de l'absence de contrôle des jours travaillés par le salarié¹⁴⁷.

Il est intéressant de préciser que, contrairement à la nullité, lorsque la convention individuelle de forfait en jours est privée d'effet cela a un effet suspensif et suspend donc simplement l'exécution de la convention le temps que l'employeur respecte les exigences de l'accord collectif qui font défaut¹⁴⁸.

Lorsque la sanction de privation d'effet s'applique, le salarié est en droit de réclamer le rappel du paiement des heures supplémentaires et cela à compter de la défaillance de l'employeur.

À nouveau, la Cour de cassation a jugé, en matière de convention privée d'effet, dans un arrêt rendu le 6 janvier 2021, que « *dès lors que la convention de forfait en jours à laquelle le salarié est soumis est privée d'effet, le paiement des jours de réduction du temps de travail accordés en exécution de la convention devient indu pour la durée de la période de suspension de celle-ci* »¹⁴⁹¹⁵⁰.

Puisque cette sanction a un effet suspensif, il suffit alors à l'employeur de mettre en œuvre les dispositions qui font défaut afin de permettre à la convention individuelle de forfait jours de reprendre effet.¹⁵¹

À titre de précision, les règles relatives à la prescription et à la base de calcul du rappel des heures supplémentaires en cas de convention privée d'effet, telles que mentionnées précédemment, correspondent à celles applicables en cas de nullité.

Dans un troisième temps, il est intéressant de mentionner que la non-validité du forfait jours, résultant de l'absence de respect des conditions en matière de santé et de sécurité du

¹⁴⁷ Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Cass. Soc., 19 février 2014, n° 12-22.174 ; Cass. Soc., 2 juillet 2014, n° 13-19.990 ; Cass. Soc., 22 juin 2016, n° 14-15.171 ; Cass. Soc., 25 janvier 2017, n° 15-21.950.

¹⁴⁸ PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), « Conditions de travail 2021/2022 », *Dalloz référence*, 1^{ère} édition, 2021, p.113.

¹⁴⁹ Cass. Soc., 6 janvier 2021, n° 17-28.234, RJS 3/21, n° 150.

¹⁵⁰ PIGNARRE (G.), « Forfait annuel en jours irréguliers et journées de RTT : l'employeur peut agir sur le fondement de la répétition de l'indu », *Rev. Trav.*, 2021, p.254.

¹⁵¹ MORAND (M.), « Temps de travail », *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 21-12, novembre 2020, p.82.

salarié exposées plus haut lors du développement, engage la responsabilité de l'employeur pour manquement à son obligation de sécurité, comme expliqué précédemment.

Le salarié pourra par conséquent formuler une demande tenant au paiement de dommages et intérêts s'il en a subi un préjudice¹⁵².

Comme exposé, l'employeur peut être sanctionné de diverses manières sur le plan civil en cas de manquement aux règles applicables en matière de convention de forfait jours.

De plus, le non-respect par l'employeur de ce dispositif peut caractériser l'infraction de travail dissimulé en matière pénale (paragraphe 2).

Paragraphe 2 - La sanction pénale

L'absence de validité du forfait jours peut également, en cas de rupture de la relation de travail, avoir pour conséquence la sanction de l'employeur pour travail illégal et plus précisément pour travail dissimulé.

Le Code du travail consacre une partie entière au travail illégal au sein du livre II intitulé « *Lutte contre le travail illégal* », afin de prévenir et de sanctionner ce type de comportements. Le travail illégal recouvre plusieurs comportements infractionnels qui se manifestent par la dissimulation d'emploi, de salariés, ou encore par l'emploi de main-d'œuvre dans des conditions de précarité irrégulières.

Le travail dissimulé constitue l'une des formes du travail illégal visé par l'article L. 8211-1 du Code du travail, qui dispose que « *sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes : 1 ° Travail dissimulé* ». L'article L. 8221-1 du Code du travail précise notamment que « *sont interdits : 1 ° Le travail totalement ou partiellement dissimulé, défini et exercé dans les conditions prévues aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ; 2 ° La publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé ; 3 ° Le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé* ».

En matière de forfait jours, le salarié peut chercher à obtenir le paiement de l'indemnité forfaitaire de six mois pour travail dissimulé, prévue au sein de l'article L. 8223-1 du Code du

¹⁵² Cass. Soc., 2 mars 2022, n°20-16.683.

travail qui dispose qu'en « *cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire* ».

Il est nécessaire de préciser, afin de nuancer cette sanction de l'employeur, que les infractions au travail se décomposent en éléments constitutifs (légal, matériel et moral) qui doivent être établis afin que l'infraction soit caractérisée.

De ce fait, encore faut-il pouvoir caractériser l'infraction de travail dissimulé, puisqu'en vertu de l'article L. 8221-5 2° « *Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : [...] 2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie* ».

Ainsi, peut être écartée l'infraction de travail dissimulé lorsque la non-validité de la convention de forfait jours résulte d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail, cependant en matière de forfait jours, très souvent l'accord collectif aménageant le temps de travail est illicite et le décompte du temps de travail, par conséquent, n'existe plus¹⁵³.

À ce stade, l'employeur est susceptible d'être condamné du fait de l'absence sur le bulletin de paie de toutes les heures effectuées.

Cependant, il faut également rapporter l'élément intentionnel de l'infraction, puisque l'employeur doit avoir agi avec intention coupable.

En matière de forfait jours, l'employeur peut être sanctionné pour travail dissimulé s'il a « *volontairement cherché à dissimuler les heures de travail effectuées* »¹⁵⁴, il doit ainsi avoir eu conscience d'accomplir l'acte interdit et l'a fait de manière volontaire.

¹⁵³ BOSSU (B.), « Travail dissimulé- Convention de forfait illicite et travail dissimulé », *La Semaine Juridique Social* n°44, 27 octobre 2015, 1388.

¹⁵⁴ ANTONMATTEI (P-H.), *op. cit.*, p.599

À titre d'exemple, l'élément intentionnel « *ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite* »¹⁵⁵.

Cependant, il a déjà été jugé que l'employeur qui applique le dispositif de forfait jours au salarié sans qu'ait été conclue une convention de forfait en jours, alors qu'en l'espèce ce dernier effectuait plus de 10 heures de travail par jour, le caractère intentionnel était caractérisé¹⁵⁶.

L'élément intentionnel est également caractérisé lorsque « *l'employeur a rémunéré par un autre moyen les heures non reportées sur le bulletin de paie* »¹⁵⁷, ou si l'employeur n'a pas pu ignorer l'amplitude de travail « *en raison des moyens de contrôle du temps de travail existant dans l'entreprise* »¹⁵⁸¹⁵⁹, mais encore si l'employeur ne respecte pas les termes de l'accord collectif concernant l'application de la convention¹⁶⁰.

Ainsi, l'employeur peut être sanctionné pour travail dissimulé, si les éléments constitutifs de cette infraction sont caractérisés.

La non-validité du forfait jours entraîne donc des conséquences importantes pour les entreprises qui peuvent être sanctionnées sur divers fondements. En effet, l'employeur, en l'absence de respect du dispositif de forfait jours, doit faire face aux sanctions civiles voire pénales, à savoir la nullité, la privation d'effet, les conséquences afférentes à ces sanctions, le paiement de dommages et intérêts et le travail dissimulé.

A titre d'exemple, en prenant l'hypothèse d'un salarié ayant conclu un forfait annuel de 218 jours qui ferait 55 heures de travail en moyenne par semaine avec un salaire moyen de 5000 €, il pourrait réclamer le rappel des heures supplémentaires et la contrepartie en repos pour un total de 63 954 €. A ce montant, il serait possible d'ajouter l'indemnité pour travail dissimulé pouvant s'élever à 30 000 €.

L'employeur pourrait donc payer jusqu'à 93 954 € pour une année. Cependant, ce dernier pourrait exiger du salarié le remboursement des sommes perçues au titre des jours de repos pour un total de 2308 €, dans cette hypothèse.

¹⁵⁵ Cass. Soc., 16 juin 2015, n°14-16.953, RJS 10/2015, n°656.

¹⁵⁶ Cass. Soc., 28 février 2012, n°10-27.839, RJS 5/12, n°491.

¹⁵⁷ Cass. Soc., 13 mars 2013, n°12-11.549.

¹⁵⁸ Cass. Soc., 9 avril 2008, n°07-41.340.

¹⁵⁹ BOSSU (B.), *op. cit.*

¹⁶⁰ Cass. Soc., 19 février 2014, n°12-22.174.

Comme il a été possible de le développer au cours de ce chapitre, certes l'employeur peut être sanctionné de différentes manières en cas de non-validité du forfait jours, mais cela ne peut être le cas que lorsque le salarié parvient à identifier les manquements envisageables de l'employeur. Et cela doit être fait dans le respect des règles en matière de charge de la preuve, qui est soit partagée soit appartient à l'employeur.

Ce n'est que dans l'hypothèse où l'identification est intervenue et la preuve rapportée que l'employeur peut être sanctionné civilement, voire pénalement. Par cela, les effets de la non-validité de la convention de forfait en jours sont conséquents pour l'entreprise.

Il convient de conclure cette seconde partie en indiquant que divers effets résultent de la mise en place et de l'application du forfait jours au sein des entreprises en France. Ces derniers sont nombreux puisque certains sont la conséquence de la validité du forfait jours, alors que d'autres sont le résultat de sa non-validité.

Ainsi, le forfait jours démontre de nombreux effets attrayants, tels que la flexibilité, l'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires pour l'entreprise et l'octroi de jours de repos pour le salarié, malgré des interrogations certaines des entreprises sur le dispositif.

Cependant, l'absence de validité du forfait jours ne permet pas de bénéficier entièrement de ces effets. Le non-respect des conditions de mise en place et d'application de ce dispositif peut avoir des conséquences importantes pour l'entreprise qui peut être sanctionnée civilement et pénalement, en cas d'identification et d'apport de la preuve.

Il est intéressant de préciser qu'en pratique un forfait jours invalide peut également donner, aux entreprises et aux salariés soumis, la possibilité de tirer les effets résultant normalement de sa validité. Cependant, ces effets ne seront que temporaires puisque l'identification du non-respect de ce dispositif aura des impacts importants sur les parties concernées. Par conséquent, l'intérêt des entreprises et des salariés est de veiller à la validité du forfait jours afin de profiter des bénéfices de son application et de ne pas subir les conséquences résultant de sa non-validité.

CONCLUSION

Ce mémoire avait pour ambition d'étudier l'ampleur du dispositif spécifique de durée du temps de travail que représente le forfait jours en France, en se demandant quels sont les conditions et les effets d'application de ce dernier au sein des entreprises et auprès des salariés.

Il a fallu dans un premier temps s'intéresser à l'ensemble des conditions d'application du forfait jours.

Il convenait alors de comprendre les exigences requises à la validité du forfait jours et de percevoir les multiples efforts du législateur et des juges afin de sécuriser ce dispositif et de faire face à la complexité d'un tel dispositif.

La réflexion menée a démontré que les exigences sont nombreuses en la matière puisque, d'une part, le cadre juridique du forfait tend à prendre en compte la catégorie de salariés concernés, le contenu de l'accord collectif et celui de la convention individuelle et, d'autre part, elles concernent le respect de la protection de la santé et la sécurité des salariés qui y sont soumis.

Dans un second temps, il a fallu aller plus loin dans la réflexion et s'attarder sur les effets d'application du forfait jours au sein des entreprises et auprès des salariés.

Les effets peuvent découler de la validité du forfait jours, tels que la flexibilité, l'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires et l'octroi de jours de repos, malgré des problématiques diverses auxquelles doivent faire face les entreprises et les salariés.

A contrario, les effets peuvent provenir de la non-validité du forfait, tels que la prise en compte des manquements de l'employeur, leur identification, l'apport de la preuve et enfin les sanctions possibles.

Le résultat de cette étude n'est pas tant étonnant puisque, plus de 20 ans après sa création, le forfait jours semble avoir réussi à créer sa place auprès des entreprises et des salariés en tant que dispositif spécifique de durée du temps de travail.

La notoriété du forfait jours en France est due à son attractivité puisqu'il répond aux besoins nouveaux des entreprises, induits par les évolutions de la société et du droit du travail, tels que la flexibilité et l'autonomie dans l'organisation et la gestion du travail.

Sa place est cependant à nuancer puisque sa mise en place et sa bonne application sont sources de problématiques certaines, autant pour le législateur et les juges, qui souhaitent plus de sécurité, que pour les entreprises, qui parfois ne parviennent pas à comprendre l'entière de ce dispositif, enfin, que pour les salariés, qui malgré des avantages réels font parfois face aux préjudices qui peuvent en résulter.

Ainsi, la finalité d'une telle étude menée sur la convention de forfait en jours en France est de s'apercevoir que malgré sa popularité et son application à un grand nombre de salariés en France, le contentieux afférent à ce dispositif est récurrent et inépuisable. Cela résulte notamment des difficultés pratiques rencontrées par les entreprises quant à sa mise en place et sa bonne application.

Alors, si le dispositif spécifique de durée du travail que représente le forfait jours permet de répondre aux besoins et exigences de notre société, il serait nécessaire d'étudier des moyens visant à assurer sa bonne mise en place et application, bien que les juges et le législateur ont déjà effectué un travail conséquent en la matière.

En effet, des propositions pourraient être diverses et éventuellement envisageables, notamment il serait intéressant d'opérer une sensibilisation et une meilleure communication auprès des entreprises sur le cadre juridique du forfait jours, afin de limiter en aval le contentieux.

Malgré des efforts importants de certaines entreprises, elles ont très souvent simplement une vision pratique du mécanisme, à savoir le gain en flexibilité et en souplesse, mais ne connaissent pas forcément les impacts que cela peut avoir. Cela permettrait également de développer les conditions d'encadrement du forfait jours et de mieux les définir, afin que les entreprises puissent avoir une réelle connaissance de ce qu'elles doivent appliquer et ainsi veiller à la validité du forfait jours.

Mais également, cette sensibilisation et cette communication pourraient être effectuées auprès des salariés qui peuvent se voir proposer l'application d'un tel dispositif.

L'intérêt serait de leur expliquer les conditions et les effets du forfait jours, puisqu'ils acceptent souvent d'y être soumis sans en connaître le cadre juridique et les effets.

Ainsi, si le contentieux du forfait jours résulte majoritairement des manquements de l'employeur au respect des conditions requises à la validité du forfait jours, peut-être serait-il intéressant de s'attarder sur la compréhension de ces conditions par cette dernière et cela ne

peut se faire sans l'aide des juges, qui jusqu'ici ont permis de sécuriser le cadre juridique du forfait.

Les juges permettraient alors d'étayer leurs attentes sur les notions clés du forfait jours, en souhaitant que le législateur intervienne par la suite.

Cela doit se faire dans le maintien de la position jurisprudentielle actuelle, veillant à la sécurité du salarié dans ce dispositif spécifique, tout en étant plus ouverte aux entreprises en leur permettant de mieux comprendre les conditions de mise en place et d'application du forfait jours en France.

Ce maintien de la jurisprudence actuelle est nécessaire puisque, malgré les nombreuses conditions requises à la validité du forfait jours qui peuvent paraître irréalistes en pratique et les nombreuses exigences des juges en la matière, cette position et ces exigences sont pertinentes et fondées au regard des effets négatifs et dommageables que peut développer une mauvaise mise en place et application du forfait jours auprès des salariés.

Cependant, il est possible de nuancer ces propos puisque l'intervention des juges prend une place conséquente en matière de forfait jours, Jean-Emmanuel RAY¹⁶¹ indique notamment que « *le forfait jours a fait l'objet d'une lente asphyxie jurisprudentielle* » avec « *un mode d'emploi jurisprudentiel nettement plus contraignant que la loi* » du fait des différentes conditions requises à la validité de ce dispositif.

Cependant, cette position se justifie notamment au regard des diverses condamnations de la France par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui déclare l'absence de conformité de la réglementation française à la Charte sociale européenne. Le CEDS a notamment indiqué que la charte ne serait respectée que « *lorsque toutes les conventions collectives concernées auront été modifiées pour prendre en compte la jurisprudence de la Cour de cassation* »¹⁶².

Ainsi, veiller à modifier les conventions qui ne sont pas en conformité et assurer une meilleure application du forfait jours en France permettraient, au-delà de réduire le contentieux, de se rapprocher au plus proche des attentes du CEDS afin que la France ne soit plus considérée comme « mauvaise élève » à travers ce dispositif.

¹⁶¹ RAY (J-E.), « Droit du travail, Droit vivant 2022 », *Liaisons*, 30^{ème} édition, LGDJ, 2022 p.193.

¹⁶² « Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022, 74.

Il reste pourtant complexe pour la France d'adapter ce dispositif aux exigences européennes, notamment puisque « *le forfait en jours est une création juridique française dont la logique est très éloignée du droit européen* »¹⁶³. Il est ainsi impossible pour la France de comparer le mécanisme de forfait en jours auprès d'autres pays européens puisqu'il s'agit d'une exception française.

Ce dispositif de durée de travail spécifique que représente le forfait jours ne trouve donc pas d'équivalent qui permettrait à la France de veiller à une meilleure mise en place et application de ce dernier.

Encore serait-il possible de s'appuyer sur les similarités que rencontrent les États-Unis d'Amérique (US) avec les salariés « exempt », c'est-à-dire exemptés du paiement d'heures supplémentaires ou « exempt from overtime ».

Ces derniers ne sont pas soumis à l'application du mécanisme du temps de travail fondé sur « the Fair Labor Standards Act » (FLSA), datant de 1938¹⁶⁴, puisque les postes concernés sont à des niveaux de responsabilités et d'autonomie de gestion tels que l'employé doit pouvoir s'organiser en fonction des périodes d'activité hautes et basses. Ils se voient donc appliquer un mécanisme permettant de gérer de manière complètement autonome les horaires de travail¹⁶⁵. La France pourrait ainsi s'appuyer sur les similarités intéressantes que présente le dispositif applicable aux US, même si le cadre juridique applicable et les protections du salarié développés en France pour le forfait jours ne se retrouvent pas aux US, puisqu'il n'est pas s'en savoir que le droit du travail aux US reste beaucoup moins protecteur des salariés que le droit du travail en France.

Pour finir, le forfait jours fait l'objet d'opinions divergentes au regard de son application en France, notamment en lien avec le contentieux récurrent qui en découle.

Cependant, malgré les critiques formulées à son encontre, il est important d'affirmer que ce dispositif propre au droit du travail français peut répondre efficacement aux attentes des entreprises et des salariés. Par conséquent, le forfait jours doit être maintenu comme dispositif

¹⁶³ « Le forfait annuel en jours », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°82, 1^{er} octobre 2020, p.3.

¹⁶⁴ Society for Human Resource Management (SHRM), "Fair Labor Standards Act of 1938", 2022. URL: <https://www.shrm.org/hr-today/public-policy/hr-public-policy-issues/pages/fairlaborstandardsactof1938.aspx>

¹⁶⁵ U.S. Department of Labor, Wage and Hour Division, "Fact Sheet #17A: Exemption for Executive, Administrative, Professional, Computer & Outside Sales Employees Under the Fair Labor Standards Act (FLSA)", 27 September 2019. URL: <https://www.dol.gov/agencies/whd/fact-sheets/17a-overtime>

spécifique de durée du temps de travail, mais également être précisé et façonné en prenant en considération les notions fondamentales inscrites au sein du droit du travail. Et cela doit être réalisé afin de bénéficier des avantages qui en découlent et d'éviter de faire face à des conséquences regrettables, autant pour l'entreprise que pour le salarié.

BIBLIOGRAPHIE

1. TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES

ANTONMATTEI (P-H.), « Droit du travail », Précis Domat Droit privé, *Lextenso*, 1^{ère} édition, LGDJ, 2021.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), « Droit du travail », *Précis Dalloz*, 35^{ème} édition, 2022.

LOKIEC (P.), « Droit du travail », *PUF, Thémis droit*, 1^{ère} édition, 2019.

MORAND (M.), « Temps de travail », *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 21-12, novembre 2020.

RAY (J-E.), « Droit du travail, Droit vivant 2022 », *Liaisons*, 30^{ème} édition, LGDJ, 2022.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES ET MÉMOIRES

« Accord de performance collective », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022.

« Conventions de forfait », *Elnet Droit social, Lefebvre Dalloz*, 2022.

« Définition et fondements du droit à la déconnexion », *Guide pratique Le Lamy négociation d'entreprise*, 455, mars 2021.

DE MONTVALON (L.), « La charge de travail, pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail », *Bibliothèque de droit social*, t. 79, LGDJ, 2021.

LALLEMENT (M.), « Orientation et insertion professionnelle, 75 concepts clés », *Dunod*, 2007.

PIGNARRE (G.), BAILLY (P.), BLATMAN (M.), VERICEL (M.), « Conditions de travail 2021/2022 », *Dalloz référence*, 1^{ère} édition, 2021.

3. ARTICLES

AYACHE-REVAH (I.), GALVAN (A.), « Garantir l'efficacité du droit à la déconnexion, entre obligation et utopie... », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n°245, septembre 2017.

ASLIN (M.), OYCE (J.), « Flexibilité du temps de travail », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1987/3 n°1148-1149, février 1987.

Cahier juridique n°221, RF Social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021.

FLORES (P.), « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. Soc.*, 2016.

« Fonctionnement du forfait annuel en jours », RF social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, octobre 2021.

« Forfait annuel en heures ou en jours », RF Social, Cahier juridique n°221, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, septembre 2021.

« Forfait jours : régime probatoire des jours supplémentaires de travail », RF Social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, 15 juin 2021.

FRANCO (C.), SAGAR (S.), « Quelles limites à l'autonomie du cadre soumis à une convention de forfait jours ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°539, 5 avril 2022.

HAUTEFORT (M.), « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n°241, avril 2017.

IZARD (S.), « Droit à la déconnexion : De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés », Entretien avec LANOUZIERE (H.), Directeur général de l'ANACT, *Semaine Sociale Lamy*, n°1755, 6 févr. 2017.

« Le forfait annuel en jours », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°82, 1^{er} octobre 2020.

LYON-CAEN (A.), « Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme », *Dr. Ouvr.*, n°764, mars 2012.

« Manquement à l'obligation de sécurité », Les Thématiques, *Liaisons sociales*, n°94, 1^{er} décembre 2021.

MORAND (M.), « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », *Semaine Sociale Lamy*, n°1671, 7 avril 2015.

« Nullité du forfait jours pour insuffisance des modalités de suivi de la charge de travail », RF social, *Groupe Revue Fiduciaire – SAS*, 19 octobre 2021.

PACOTTE (P.), **LAMPERT (A.)**, « Autonomie du salarié en forfait-jours : un subtil équilibre entre liberté et contraintes », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°540, 20 avril 2022.

FIGNARRE (G.), « Forfait annuel en jours irréguliers et journées de RTT : l'employeur peut agir sur le fondement de la répétition de l'indu », *Rev. Trav.*, 2021.

ROSE (H.), « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », *RDT*, octobre 2020.

TOURNAUX (S.), « Pour un statut des forfaits jours réduit », *RDT*, 2021.

VERICEL (M.), « Forfaits-jours : validité d'un avenant de sécurisation antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail », *Rev. Trav.*, *Dalloz*, 2020.

4. COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS

BOSSU (B.), « Conditions de travail », enseignement Master 1 Droit social de l'Université de Lille, 2021.

BOSSU (B.), « Travail dissimulé- Convention de forfait illicite et travail dissimulé », *La Semaine Juridique Social n°44*, 27 octobre 2015, 1388. Note sous Cass. Soc., 16 juin 2015, n°14-16.953, F-P+B : *JurisData n°2015 — 014510*.

5. RAPPORTS, ENQUÊTES ET ÉTUDES

HANANEL (J.), Évolution des salaires de base et conditions d'emploi dans le secteur privé, *DARES indicateur n°028*, septembre 2020.

LETROUBLON (C.), Les salariés au forfait annuel en jours, *DARES analyse n°048*, juillet 2015.

Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Questions-réponses, l'accord de performance collective », juillet 2020.

OLIVIER (M.), « Contribution à une introduction aux études des systèmes hommes-machines », *Bulletin du C.E.R.P.*, XVI, n°1, 1967.

PIGNIER (J.), Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre au 2^{ème} trimestre 2015, *DARES indicateur n°066*, septembre 2015.

PIGNIER (J.), Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre au 1^{er} trimestre 2017, *DARES indicateur n°040*, juin 2017.

6. ARTICLES EN LIGNE

BOUQUILLARD (O.), GUERGOAT (J-C.), DOYELLE (A.), DETAPE (Y.), « La durée du travail au début de l'année 1982 : analyse du processus de réduction », *Travail et Emploi*, n°13, juillet 1982, p.1. URL : [https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue Travail-et-Emploi/pdf/13_2180.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/13_2180.pdf)

BRAUDO (S.), « La preuve », *Dictionnaire juridique du droit privé*. URL : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/preuve.php>

« Heures supplémentaires : définition », *Lexique droit du travail*, *Editions Tissot*. URL : <https://www.editions-tissot.fr/guide/definition/heures-supplementaires>.

« Le forfait jours », *Les guides thématiques FO-CADRES*, 2021, p.11. URL : <https://www.fo-cadres.fr/content/uploads/2019/01/FO-Cadres-Guide-forfait-jours-A5-vdef-fichier-web.pdf>.

Society for Human Resource Management (SHRM), “Fair Labor Standards Act of 1938”, 2022. URL: <https://www.shrm.org/hr-today/public-policy/hr-public-policy-issues/pages/fairlaborstandardsactof1938.aspx>

U.S. Department of Labor, Wage and Hour Division, “Fact Sheet #17A: Exemption for Executive, Administrative, Professional, Computer & Outside Sales Employees Under the Fair Labor Standards Act (FLSA), 27 September 2019. URL: <https://www.dol.gov/agencies/whd/fact-sheets/17a-overtime>

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	2
ABRÉVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	6
Partie I - Les conditions de validité du forfait jours.....	15
Chapitre I- Les exigences requises à la mise en place d'un forfait jours valide.....	16
Section 1 - Les salariés concernés.....	17
Paragraphe 1- Les critères légaux d'identification des salariés.....	17
A- Les catégories de salariés éligibles.....	17
B- L'importante autonomie du salarié.....	19
Paragraphe 2- Les difficultés pratiques relatives à l'autonomie.....	20
A- Les contours de la définition du salarié autonome.....	20
B- Les difficultés pratiques d'appréciation de la notion d'autonomie.....	23
Section 2 - Le contenu de l'accord collectif.....	25
Paragraphe 1- Les clauses obligatoires de l'accord collectif.....	26
A- L'application d'un socle commun aux conventions de forfait.....	26
B- Les clauses spécifiques applicables aux conventions de forfait jours.....	28
Paragraphe 2- Les clauses facultatives de l'accord collectif.....	30
A- Les clauses visant la gestion des jours de travail.....	30
B- Les clauses visant la gestion des jours de repos.....	32
Chapitre II - Les exigences tenant à la protection de la santé des salariés.....	35
Section 1- Le respect du principe de santé et de sécurité au travail.....	36
Paragraphe 1- La charge de travail dans le cadre du forfait jours.....	36
A- La mise en place progressive de garanties.....	36
B- La sécurisation de la notion de charge de travail par le législateur.....	38
Paragraphe 2- Le droit à la santé et au repos du salarié en forfait jours.....	40
A- L'encadrement du droit au repos à travers l'appui des droits fondamentaux ..	40
B- L'application pratique du droit au repos et le contrôle de l'employeur.....	41
Section 2- La protection de la santé du salarié par le nécessaire respect du droit à la déconnexion.....	43
Paragraphe 1- La définition du droit à la déconnexion source de débats.....	44
A- La définition du droit à la déconnexion à travers un contexte particulier.....	44
B- Les problématiques découlant de l'évolution des technologies de l'information et de la communication.....	46
Paragraphe 2- La nécessaire implication de l'entreprise dans l'application du droit à la déconnexion.....	48
A- Les entreprises soumises à des obligations en matière de droit à la déconnexion du forfait jours.....	48
B- La mise en place de mesures visant le respect du droit à la déconnexion.....	50
Partie II - Les effets de l'application du forfait jours.....	54
Chapitre I - Les effets émanant de la validité du forfait.....	55
Section 1- Les conséquences bénéfiques de l'application du forfait jours.....	56
Paragraphe 1- La flexibilité des parties.....	56
A- Le gain en flexibilité pour le salarié.....	57

B- Le gain en flexibilité pour l'entreprise	59
Paragraphe 2- L'absence d'heures supplémentaires et l'octroi de jours de repos.....	60
A- L'absence de traitement et de paiement des heures supplémentaires par l'entreprise.....	61
B- L'avantage de l'octroi de jours de repos au salarié forfait jours	62
Section 2- Les problématiques découlant de la validité du forfait jours	63
Paragraphe 1- Les situations spécifiques impactant la durée de travail du forfait jours	64
A- Les hypothèses entraînant le dépassement du forfait	64
B- Les événements fragilisant le décompte des jours travaillés du forfait jours...	66
Paragraphe 2- Le dispositif du forfait jours à travers l'accord de performance collective	67
A- La notion d'accord de performance collective en matière de forfait jours	68
B- Les problématiques issues du forfait jours à travers l'accord de performance collective	70
Chapitre II - Les effets résultant de la non-validité du forfait jours	75
Section 1- Les manquements de l'employeur et la charge de la preuve	76
Paragraphe 1- Les manquements au forfait jours de l'employeur	76
Paragraphe 2- L'identification des manquements par le salarié et l'apport de la preuve	79
Section 2- Les sanctions afférentes à la non-validité du forfait jours	82
Paragraphe 1- Les sanctions civiles	82
Paragraphe 2 - La sanction pénale.....	85
CONCLUSION.....	89
BIBLIOGRAPHIE.....	94
TABLE DES MATIERES	99
TABLE DES JURISPRUDENCES	101

TABLE DES JURISPRUDENCES

COUR DE CASSATION

- Cass. Soc., 9 juillet 2003, n°01-42.451.
- Cass. Soc., 25 février 2004, n°01-45.441.
- Cass. Soc., 31 octobre 2007, n°06-43.876.
- Cass. Soc., 16 novembre 2007, n°06-40.417, RJS 1/08.
- Cass. Soc., 9 avril 2008, n°07-41.340.
- Cass. Soc., 4 mars 2009, n°07-45.291.
- Cass. Soc., 23 septembre 2009, n°08-41.377.
- Cass. Soc., 28 septembre 2010, n°09-41.624.
- Cass. Soc., 26 octobre 2010, n°08-41.569.
- Cass. Soc., 4 mai 2011, n°09-71.003.
- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-69.444.
- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107.
- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-14.743.
- Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-17.593.
- Cass. Soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807.
- Cass. Soc., 28 février 2012, n°10-27.839, RJS 5/12, n°491.
- Cass. Soc., 8 mars 2012, n°10-24.305.
- Cass. Soc., 31 octobre 2012, n°11-20.986.
- Cass. Soc., 23 janvier 2013, n°11-12.323.
- Cass. Soc., 13 mars 2013, n°12-11.549.
- Cass. Soc., 24 avril. 2013, n°11-28.398, RJS 7/13, n°543.
- Cass. Soc., 19 février 2014, n°12-22.174.
- Cass. Soc., 19 février 2014, n°12-26.479.
- Cass. Soc., 12 mars 2014, n°12-29.141, RJS 5/14, n°404.
- Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-19.990.
- Cass. Soc., 5 novembre 2014, n°13-14.230.
- Cass. Soc., 13 novembre 2014 n°13-14.206.
- Cass. Soc., 17 décembre 2014 n°13-22.890.
- Cass. Soc., 4 février 2015, n°13-20.891.
- Cass. Soc., 16 juin 2015, n°14-16.953, RJS 10/2015, n°656.

Cass. Soc., 4 novembre 2015, n°14-10.419.
Cass. Soc., 25 novembre 2015, n°14-24.444.
Cass. Soc., 22 juin 2016, n°14-15.171.
Cass. Soc., 9 novembre 2016, n°15-15.624.
Cass. Soc., 15 décembre 2016, n°15-17.568.
Cass. Soc., 25 janvier 2017 n°15-14.807.
Cass. Soc., 25 janvier 2017, n°15-21.950.
Cass. Soc., 5 octobre 2017, n°16-23.106.
Cass. Soc., 17 janvier 2018, n°16-15.124.
Cass. Soc., 12 juillet 2018, n°17-13.029.
Cass. Soc., 10 octobre 2018, n°17-10.250.
Cass. Soc., 19 décembre 2018, n°17-18.725.
Cass. Soc., 27 mars 2019, n°16-23.800.
Cass. Soc., 27 mars 2019, n°17-31.715.
Ass. Plén., 5 avril 2019, n°18-17.442.
Cass. Soc., 19 juin 2019, n°17-31.523.
Cass. Soc., 4 décembre 2019, n°18-16.937.
Cass. Soc., 18 mars 2020, n°18-10.919.
Cass. Soc., 6 janvier 2021, n°17-28.234, RJS 3/21, n°150.
Cass. Soc., 2 juin 2021, n°19-16.067.
Cass. Soc., 30 juin 2021, n°18-23.932.
Cass. Soc., 13 octobre 2021, n°19-20.561.
Cass. Soc., 17 novembre 2021, n°19-16.756.
Cass. Soc., 15 décembre 2021, n°19-18.226.
Cass. Soc., 5 février 2022, n°20-15.744.
Cass. Soc., 2 mars 2022, n°20-16.683.

COUR D'APPEL

CA Toulouse., 4^{ème} ch., sect. 2, 13 juillet 2018, n°16/00835.

CONSEIL D'ETAT

CE., 2 octobre 2009, n°301014, *Union syndicale solidaires Isère*.

CE., 19 mars 2010, n°317225, *Syndicat national des officiers de police*.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., 26 février 2021, n°2020-885 QPC : JO 27.

COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX

CEDS., décis. 11 décembre 2001, réclam. n°9/2000.

CEDS., décis. 7 décembre 2004, réclam. n°22/2003.

CEDS., décis. 23 juin 2010, réclam. n°55/2009.