



Le forfait jours, jadis mis en place par les lois **AUBRY I** et **AUBRY II** a subi, en raison de changements jurisprudentiels, des secousses juridiques successives qui ont remis en question sa validité, ayant pour conséquence de placer de nombreux employeurs en situation d'irrégularité alors qu'à l'époque, ils avaient pourtant respectés les règles **applicables**.

Tel est l'exemple type du défaut de reconnaissance, dans le système interne, du **principe de sécurité juridique**.

Il serait à notre sens grand temps de légiférer sur le principe de non rétroactivité de la jurisprudence.

Cet article vous propose un grand angle sur l'état actuel du forfait jours et les dérives de la rétroactivité judiciaire.

I) Genèse du forfait jours

En juin 1998 et au début de l'année 2000, étaient adoptées les Lois faisant passer la durée légale hebdomadaire de 39 à 35 heures pour les entreprises de plus de 20 salariés :

- **Loi no 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite Loi AUBRY I) ;**
- **LOI no 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite Loi AUBRY II).**

Cette nouvelle réglementation prévoyait des dispositions spécifiques pour les **salariés autonomes dans l'organisation de leur travail** (cadres ou non cadres) et la possibilité de mettre en place des conventions de forfait exprimées en jours sur une année, à l'époque fixé à maximum 217 jours (Articles **L212-15-3** du Code du travail en sa version applicable en 2000).

L'intérêt de ces forfaits était de permettre de se détacher du système des **35 heures** pour des **postes à forte autonomie** et de se référer, non pas à un maximum hebdomadaire mais à un nombre maximum de jours réalisés dans l'année.

Dans le cadre de ce forfait, devaient être respectées la durée de **repos journalier** (en principe 11h légales) soit une amplitude journalière maximum de 13 heures et le repos hebdomadaire d'une journée, ainsi que le plafond maximum de jours travaillés (le reste étant constitué par les repos, les congés payés...).

Hormis ces principes, le salarié au forfait jour n'était pas soumis aux 35 heures, ni à la durée maximale journalière légale ou conventionnelle etc...

Ce mécanisme, fort utile, a subi, au cours du temps, de sérieuses brèches à travers l'évolution de la jurisprudence, qui conduisent aujourd'hui à se demander si le forfait jour présente encore un intérêt, sans parler des risques contentieux pour les employeurs sur les forfaits déjà existant et appliqués à l'heure actuelle.

En effet, bon nombre d'employeurs qui avaient mis en place un forfait jours parfaitement valable au moment où ils l'ont négocié, se retrouvent aujourd'hui en « infraction » car la jurisprudence est rétroactive en France.

Ainsi vous pouvez être en parfaite conformité avec la Loi un instant T et vous retrouver quelques mois/années plus tard à violer les règles juridiques, car un Juge a décidé d'accorder un sens différent aux textes qui pourtant s'appliquaient précisément à votre situation !

Le législateur avait pourtant cherché à sécuriser la situation des employeurs au regard des lois successives sur le forfait jours.

II) Historique des changements dans la réglementation

1- Régime juridique applicable avant la loi du 20 août 2008

- **Loi du 19 janvier 2000**

La loi du 19 janvier 2000 a fixé la durée **maximale du forfait jours à 217 jours** par an.

A l'origine, le législateur avait simplement posé comme exigence la conclusion d'un accord collectif sans qu'il ne soit nécessaire de convenir d'un forfait jours de manière individuelle avec un salarié **cadre**, pour que celui-ci lui soit applicable.

Seule la conclusion d'une convention de forfait annuel en jours avec un salarié **non cadre** était subordonnée à la condition que le salarié ait donné individuellement son accord par écrit (ancien article L 212-15-3 du Code travail puis ancien art. L 3121-51).

Cependant, ajoutant à la Loi, la jurisprudence a posé l'exigence d'un accord individuel écrit avec le salarié dès mars 2008, dans un arrêt de la Chambre sociale 26 mars 2008 n° 06-45990 Publié au bulletin.

- **Loi du 30 juin 2004 (n°2004-626) relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées**

Suite à la canicule de l'été 2003 ayant entraîné le décès de nombreuses personnes âgées, la loi du 30 juin 2003 a institué une journée dite de solidarité, prévue, à défaut d'autre accord, le jour de la Pentecôte (normalement jour férié) au cours de laquelle les salariés devaient travailler sans être rémunérés en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées.

Ce financement par le travail des salariés était parallèlement complété par le versement d'une contribution patronale sur le fonds spécialement prévu à cet effet (Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie).

L'instauration de cette journée spécifique a naturellement eu pour effet d'influer sur les dispositifs relatifs à la durée du travail et notamment la convention de forfait jours qui a été portée à **218 jours** pour tenir compte de cette journée supplémentaire de travail.

Cette majoration s'est appliquée **de plein droit** par l'effet de la loi sans être subordonnée à la modification de la convention ou de l'accord collectif ou du contrat de travail.

2 - Régime juridique découlant de la loi du 20 août 2008

La loi du 20 août 2008 a sensiblement modifié les règles entourant le forfait jour.

Outre l'exigence d'un accord individuel avec le salarié pour formaliser la convention de forfait jours (précité) il a aussi été institué l'organisation **d'un entretien annuel avec le salarié**.

De plus, il a été instauré l'obligation d'établir un décompte annuel récapitulatif du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié (article D3171-16).

Antérieurement à cette Loi, il était seulement exigé que l'accord prévoie des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées de travail et charge de travail qui en résultait.

Sur le plan général, afin de lever toute ambiguïté sur le droit applicable aux conventions et accords collectifs conclus en application des différentes réglementations successives et d'assurer tant aux salariés qu'aux employeurs **un cadre juridique sûr**, le législateur est intervenu pour définir des **règles de sécurisation**.

Ainsi, d'après l'article 19 de la loi de 2008, les accords conclus en application des articles L3121-40 à L 3121-51 du Code du travail dans leur rédaction antérieure à la publication de la loi du 20 août 2008 devaient **rester en vigueur**.

Néanmoins la volonté, cohérente, du législateur a été bafouée par les arrêts successifs de la Cour de Cassation.

III) Etat actuel de la réglementation aux forfaits jours : une mise à mal du système d'origine

A) Règles applicables à toutes les conventions de forfait jour qu'elles aient été conclues avant ou après la Loi du 20 août 2008

a) Exigence d'un accord écrit entre l'employeur et le salarié s'ajoutant à l'accord d'entreprise

Tout d'abord et comme il a été rappelé, suite à des arrêts de la Cour de Cassation rendus en 2008, la mise en place d'une convention de forfait doit obligatoirement passer par un accord individuel écrit signé par le salarié et l'employeur.

En vertu du principe de rétroactivité de la jurisprudence en droit français les employeurs qui n'ont pas mis en place une convention individuelle avec le salarié, en sus de l'accord collectif, **risquent d'encourir la nullité du forfait jours**, et cela même si celui-ci a été conclu avant la loi du 20 août 2008, ce qui peut engendrer de graves conséquences financières en cas de réclamation.

En effet, tout d'abord, la nullité permet au salarié de se détacher du forfait et de réclamer, comme tout salarié soumis aux 35 heures, une rémunération complémentaire et majorée pour toute heure supplémentaire effectuée au-delà de la durée légale du travail, ce qui constitue évidemment un risque majeur.

Egalement le salarié pourra demander les contreparties obligatoires en repos découlant du dépassement du contingent annuel.

Par ailleurs, un employeur appliquant à un salarié un système de forfait jours sans avoir conclu de convention de forfait écrite et s'abstenant de mentionner sur les bulletins de paie toutes les heures, accomplies régulièrement au-delà de la durée légale, commet **l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié** (sanctionnée par une indemnité de **6 mois de salaire**).

De surcroît, les juridictions judiciaires ont tendance à constater le caractère automatique d'une telle condamnation sans rechercher l'**élément intentionnel** qui devrait pourtant être requis pour caractériser l'infraction.

(Soc. 28 février 2012, n° 10-27839, Soc. 27 novembre 2013, n° 12-20904 D).

Enfin, compte-tenu de la jurisprudence plus générale sur les conséquences d'un manquement grave de l'employeur à ses obligations, le salarié pourra solliciter la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'entreprise emportant versement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et les indemnités de rupture, si la Juridiction saisie devait y faire droit.

b) Garanties devant désormais entourer le forfait jours en termes de durée du travail et protection de la santé des salariés

Malgré les conclusions du Comité européen des droits sociaux (CEDS), relatives à la France, estimant que les dispositions sur le forfait annuel en jours, prévu par la loi du 20.08.2008 n'étaient pas conformes à la Charte sociale européenne, la Cour de cassation a reconnu la validité des conventions de forfait annuel en jours (Soc. 29 juin 2011, n° 09-71107, BC V n° 181).

Cependant elle a fait des préconisations en matière de durées maximales de travail, de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Elle a ainsi jugé dans un attendu de principe 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"».

(Soc. 31 janvier 2012, n° 10-19807, BC V n° 43)

C'est ici que **réside toute l'ambiguïté** du cadre réglementaire entourant désormais le forfait jour :

- En effet, d'après l'analyse des faits de l'espèce soumise à la Cour de Cassation, ces règles s'appliquent aux forfaits jours qu'ils aient été mis en place **avant ou après** la loi du 20 août 2008 alors qu'en principe le législateur avait prévu des règles de sécurisation juridique (article 19 de ladite Loi, précité) pour **garantir la validité des accords antérieurs** malgré la réforme ;
- **Aucune Juridiction ni même la doctrine juridique n'est venue expressément préciser ce que l'on entend par durées maximales :**

-s'agit-il de l'amplitude de la journée de travail ? (auquel cas nous resterions au statu quo des 13 heures par jour et repos de 35 heures par semaine : articles L3131-1 et L3132-1 du Code du travail);

-ou plutôt des durées maximales de travail journalières et hebdomadaires, sur la base des dispositions légales ou conventionnelles ? (auquel cas cela ôterait l'intérêt attaché au forfait jours).

Les arrêts **récents** de la Cour de Cassation ont semblé poser un principe plus pondéré, selon lequel l'important serait que l'accord d'aménagement du temps de travail garantisse que :

-l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc (...) la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; (Soc 24 avril 2013, 11-28.398, Publié au bulletin ; Soc. **11 juin 2014**, 11-20.985, Publié au bulletin).

Néanmoins la sanction en cas de défaut de conformité est sévère car si l'accord collectif n'apporte pas les

garanties nécessaires, **les conventions de forfait annuel en jours qu'il prévoit sont nulles** (même arrêt ci-dessus) avec les mêmes conséquences en termes financiers qu'en cas de défaut de conclusion d'un accord individuel (heures supplémentaires, contreparties obligatoires en repos, travail dissimulé, résiliation judiciaire).

Dans certaines branches, les juges sont même allés jusqu'à invalider les dispositions conventionnelles relatives au forfait annuel en jours.

A ce jour, il s'agit des secteurs suivants :

- la chimie (Soc. 31 janvier 2012, n°10-19807, BC V n° 43)
- le commerce de gros (Soc. 26 septembre 2012, n°11-14540, BC V n° 250) ;
- les bureaux d'étude (Syntec) (Soc. 24 avril 2013, n°11-28398, BC V n° 117) ;
- les cabinets d'expert-comptables (Soc. 14 mai 2014, n° 12-35033 FSPB)
- le bâtiment et les travaux publics (Soc. 11 juin 2014, n° 11-20985 FPB).

Cette remise en cause conduit les partenaires sociaux à devoir renégocier les accords.

c) Entretien individuel annuel obligatoire

L'employeur doit organiser un entretien annuel avec chaque salarié en convention de forfait en jours sur l'année.

Cet entretien doit porter sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale ainsi que la rémunération du salarié (Article L. 3121-46 du Code du travail).

La Cour de Cassation a jugé que cet entretien concerne également les salariés ayant signé une convention individuelle de forfaits en jours avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 (Soc. 12 mars 2014, n° 12-29141 FSPB) alors que celui-ci ne devait s'appliquer que postérieurement à l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi.

Là encore une telle position trahit incontestablement l'esprit du législateur dont la volonté avait été de sécuriser les modalités des accords conclus antérieurement à la réforme (article 19 de ladite Loi précitée).

d) Sanctions en cas de défaut non-respect par l'employeur des stipulations conventionnelles relatives au contrôle de l'exécution du forfait jour

Initialement, la Cour suprême avait jugé que lorsqu'un employeur n'avait pas respecté l'obligation de suivi de la charge de travail du salarié imposée par la réglementation antérieure à 2008, la convention de forfait **demeurait valable** et continuait à produire ses effets, de sorte que l'employeur n'avait pas à verser «*d'heures supplémentaires*» (Soc. 13 janvier 2010, n° 08-43201) mais uniquement à réparer le préjudice qui pouvait résulter de l'absence de suivi pour le salarié.

Revenant très récemment, cet été, sur sa jurisprudence antérieure la Cour de Cassation a opéré un revirement et considère désormais que le non-respect par l'employeur des stipulations conventionnelles relatives au contrôle et au suivi de l'organisation du travail, de la charge de travail et de l'amplitude des journées d'un salarié **prive d'effet la convention de forfait**.

Soc 2 juillet 2014, 13-11.940, Publié au bulletin - N° de pourvoi 13-11940

Cet arrêt modifie radicalement le paysage juridique et emporte des conséquences importantes en termes de risques contentieux, puisque cela revient à ouvrir toutes les réclamations découlant de la nullité du forfait (heures supplémentaires, contreparties obligatoires en repos, travail dissimulé, rupture du contrat aux torts de l'employeur...).

Il reste quand même quelques règles qui ne concernent, à ce jour, que les forfaits mis en place sur la base de la loi du 20 août 2008, mais cela va-t-il durer ?

B) Règles applicables uniquement aux conventions de forfait conclues après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008

La durée du travail des cadres ayant un forfait en jours doit être décomptée, chaque année, **par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié**. (Article D. 3171-106 du Code du travail).

(cf. Modèle de document en annexe)

L'employeur doit tenir à la disposition de l'inspecteur du travail, pendant une durée de 3 ans, le ou les documents existant dans l'entreprise ou l'établissement et permettant de comptabiliser le nombre de jours de travail effectués par les cadres au forfait en jours sur une base annuelle (Article D. 3171-16 du Code du travail).

Au regard de la tendance jurisprudentielle, il n'est pas certain que ces règles ne soient pas étendues aux forfaits antérieurs...

Compte-tenu des conséquences préjudiciables de la rétroactivité de la Jurisprudence, parfaitement illustrées par l'exemple du forfait jours, nous prônons auprès du Législateur de mettre en place une réforme de nature à garantir la sécurité juridique des entreprises, gage de stabilité et de croissance du marché du travail, thématique urgente.

La question avait été évoquée en 2005 mais les initiatives à ce titre sont restées sans suite.

Il paraît grand temps de reprendre ce dossier en main.

II) Réflexion sur la nécessité d'inscrire, légalement, le principe de non rétroactivité de la Jurisprudence

En 1959, Pierre Voirin avait observé que les revirements affectaient « *des actes que leurs auteurs sur la foi d'une norme, avaient cru réguliers au moment où ils les ont conclus* ». P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », JCP, 1959, I, 1467, spéc. n° 3

Christian Mouly avait, dans une série d'articles remarquables, attiré l'attention sur les dangers des revirements de jurisprudence. L'auteur souligne la croyance légitime des décisions /textes antérieurs :

« *Dans un Etat de droit, où les solutions juridiques tracent le paysage dans lequel chaque individu détermine ses prévisions et ses actions, seules sont admissibles des normes et solutions connues de tous au moment où les prévisions sont formées et les actions engagées. Les normes ne doivent pas être rétroactives, car la rétroactivité fausse les données ; elle spolie ceux qui se sont engagés en fonction de l'état du droit antérieur ; elle mine la prévisibilité et bafoue la croyance commune. Elle porte atteinte au principe supérieur de sécurité juridique, dont la Cour européenne des droits de l'homme fait grand cas* ».

Dès 1994, l'auteur proposait de reprendre les solutions des principaux pays occidentaux à savoir le revirement pour l'avenir. « Le revirement pour l'avenir », JCP, 1994, I, 3776.

En 2005, le **Premier Président de la Cour de Cassation** a souhaité que soit mis en place un groupe de travail sur l'opportunité d'instaurer, dans notre système juridique, des règles qui pourraient permettre de limiter les effets de la rétroactivité des revirements de jurisprudence, notamment lorsque ceux-ci entraînent des conséquences néfastes pour les justiciables.

Un rapport a été rédigé par Monsieur Nicolas MOLFESSIS. Ce rapport souligne les méfaits de la rétroactivité :

-imprévisibilité du droit et injustice du revirement : « *La rétroactivité comporte ainsi le risque de contredire les prévisions et anticipations des acteurs, alors que c'est le droit lui-même qui les avait rendues parfaitement légitimes* » ;

-désorganisation et coût des revirements : **effets antiéconomiques** ;

-dévoiement de la règle de droit : **les sujets de droit n'ont plus de repères/modèles.**

Monsieur MOLFESSIS en concluait que :

« *Une telle insécurité risque de se solder par un surcroît d'actions en justice. Le revirement de jurisprudence, en ce qu'il peut offrir à un justiciable une issue qui mette à mal les anticipations de son adversaire, est facteur de « litigiosité ». Il incite à tenter sa chance pour tirer profit de la versatilité de la règle.*

Ce rapport proposait, enfin, une modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence.

Il a donc été proposé que la Cour de cassation n'applique un revirement au cas qu'elle juge que pour certaines décisions, et que le pouvoir de décider d'un revirement de jurisprudence et de décider de moduler ses effets dans le temps soit réservé aux formations de la Cour de cassation qui ont pour vocation d'assurer l'unité d'interprétation de la loi (**Assemblée plénière, Chambre mixte**).

Ce rapport a donné lieu à de nombreuses réactions de la doctrine.

Selon M. Philippe Malinvaud par exemple:

« *La sécurité juridique est une exigence supérieure de toute société organisée qui ne saurait s'accommoder de l'imprévisibilité inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence* ». RTD Civ 2005 p 312

Cependant, le travail amorcé en 2005 a été complètement délaissé, malgré son importance primordiale.

Conclusion

La sécurité juridique des entreprises est fondamentale pour garantir la confiance et permettre le développement du marché du travail, actuellement en souffrance.

Avec la baisse du coût de la main d'œuvre, le **principe de sécurité juridique** est l'un des chantiers les plus importants pour préserver l'intérêt général ; c'est à notre sens une des clefs d'un redressement du marché de l'emploi.

En attendant que le Législateur intervienne, le forfait jours et le principe de sécurité juridique doit être défendu devant les Tribunaux, ce qui est la mission des auxiliaires de Justice que nous sommes.

Actualité parue sur le site du Cabinet AD HOC Avocats - www.adhoc-avocats.com