



LE TEMPS DE TRAVAIL DES CADRES  
EN 7 QUESTIONS

**Matinée Débat**  
**Les cadres, renforcement ou recul de leurs spécificités**

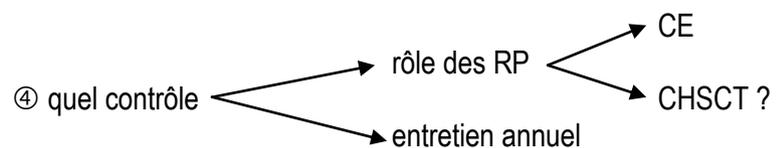
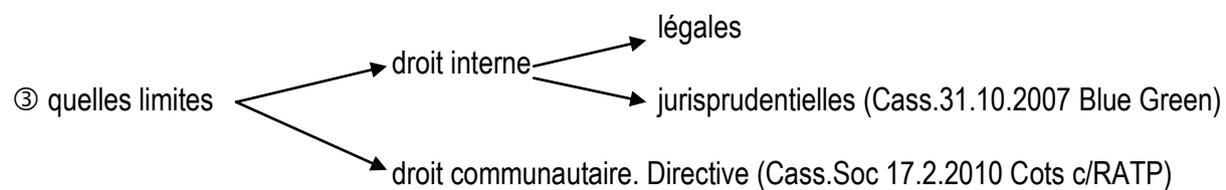
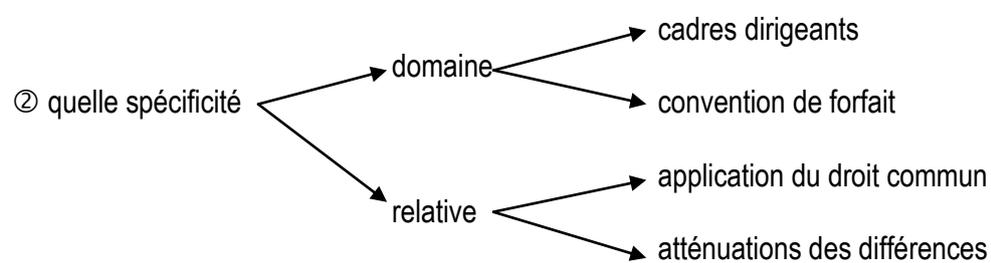
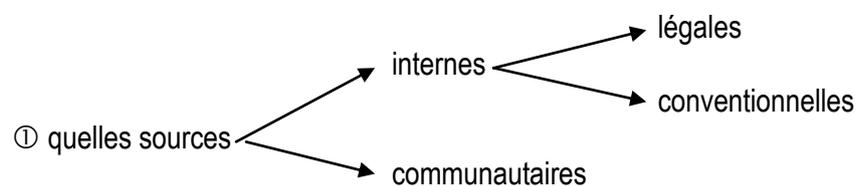
Intervention du jeudi 4 novembre 2010

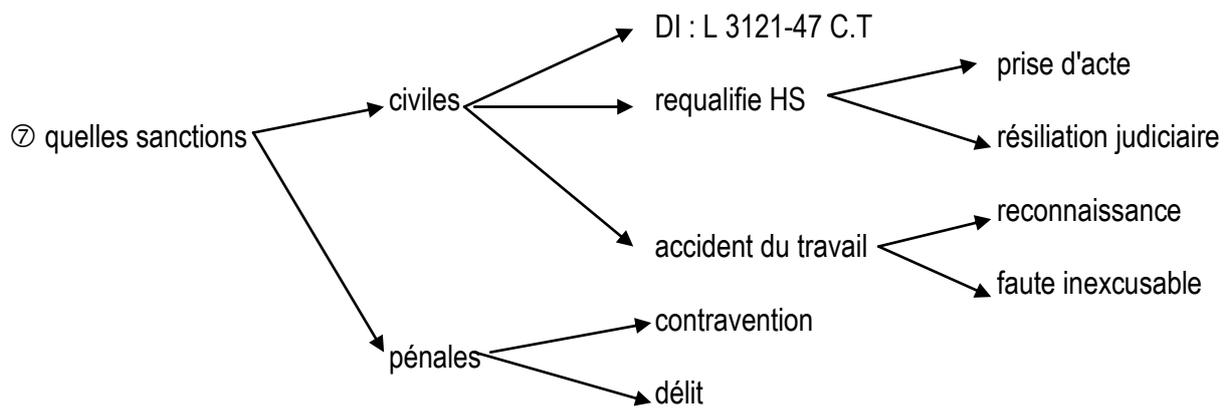
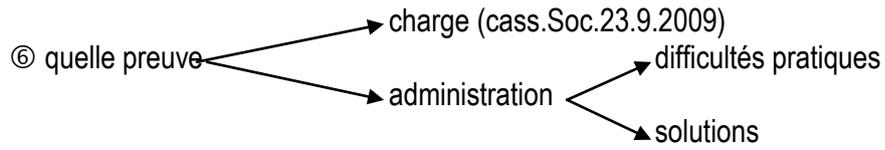
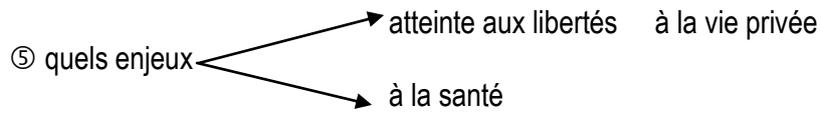
Université Panthéon Assas  
12, place du Panthéon 75005 PARIS

---

Par Vincent COTTEREAU  
Avocat au Barreau de Tours

## LE TEMPS DE TRAVAIL DES CADRES EN 7 QUESTIONS





Pour les parties au contrat de travail comme pour les Juges, la question centrale est posée : est-ce que le temps de travail des cadres relève d'un régime spécifique ?

Renonçant aux méthodes canoniques, nous y répondrons en posant successivement 7 questions interdépendantes dont chacune génère la suivante.

### 1<sup>ERE</sup> QUESTION : QUELLES SOURCES ?

Quels sont les reflexes du conseil des parties au contrat de travail, du juge, lorsqu'il s'agit de fixer, contrôler le temps de travail d'un cadre ?

- \* les textes communautaires
- \* la loi
- \* les accords collectifs
- \* le contrat de travail

\* La loi

Article L 3111-1 du Code du travail. Texte général :

*"Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés."*

Elles sont également applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial.

Article L 3111-2 du Code du travail. Texte spécifique relatif aux cadres dirigeants :

*"Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant 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."*

La loi ne vise pas le temps de travail mais seulement la durée définie par référence à son effectivité (art. L 3121-1 du CT), les astreintes (art. L 3121-5 du CT), les équivalences (art. L 3121-9 du CT) pour ensuite en fixer

1/ la durée légale hebdomadaire (art. L 3121-10 du CT) par opposition aux heures supplémentaires

2/ la durée maximale

- continue (art. L 3121-33 du CT))
- quotidienne (art. L 3121-34 du CT))
- hebdomadaire (art. L 3121-35 du CT))

3/ la durée forfaitaire

- en heures sur la semaine ou le mois sous forme de contrat individuel (art. L 3121-38 du CT)
  
- en heures (art. L 3121-42 du CT) ou en jours annuels (art. L 3212-43 du CT) impliquant aujourd'hui :
  - . soit un accord collectif d'entreprise
  - . soit un accord de branche

Qui déterminent les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait

Elargissons le champ de vision au niveau des sources européennes avec :

- les articles 6 b et 17 de la directive communautaire n°2003/88 du 4 novembre 2003 qui établit une première réglementation communautaire d'ensemble en matière de temps de travail avec pour finalité la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs en articulation avec les dispositions de la directive cadre 89/39 sur la sécurité des travailleurs.

\* l'article 6 b limite à 48 heures hebdomadaires la durée du travail

\* l'article 17 prévoit des dérogations :

. lorsque la nature de l'activité ne permet pas de mesurer la durée du travail,

. lorsque cette durée n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes et notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome

L'élargissement du champ de vision est d'autant plus nécessaire qu'il ouvre immédiatement le débat houleux – opposition syndicale oblige – relatif aux fameuses clauses de non participation dite d'opt permettant aux états membres d'accorder ou non aux salariés le droit de renoncer par accord individuel à l'application de la durée maximale hebdomadaire fixée à 48 heures.

- La charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, qui dispose que les signataires s'engagent à fixer une durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire afin d'assurer aux travailleurs des conditions de travail équitables.

- La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JOUE n°C 303 du 14 décembre 2007 p.1) ayant désormais la même valeur juridique que les traités en application de l'article 6 § 1 du traité de Lisbonne entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 qui vise sur les questions intéressant le droit du travail et notamment :

. le droit de tout travailleur à des conditions qui respectent sa santé et sa sécurité ;

. le droit à "une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire.

Ce n'est qu'après avoir puiser aux sources du droit relatif à la durée du travail que l'on peut tenter de répondre à la question centrale de la subsistance ou non d'une réelle spécificité des cadres...

## 2<sup>EME</sup> QUESTION : QUELLE SPECIFICITE POUR LES CADRES ?

Pendant de longues années, l'idée reçue consistait à laisser entendre que les cadres travaillaient plus que les autres sans pour autant bénéficier de majoration de salaire pour les heures supplémentaires accomplies.

A plus d'un titre, la réforme des 35 heures a levé le voile.

Le retour aux sources conduit au constat suivant : Il existe une spécificité pour les cadres mais son domaine est limité ; autant dire qu'il s'agit d'une spécificité relative.

### A- DOMAINE

La loi fait référence aux cadres à deux reprises :

- pour les cadres dirigeants
- pour les conventions de forfait

#### ➤ Les cadres dirigeants :

L'article L 3111-2 du Code du travail dispose :

*"Sont considérés comme ayant la qualité de cadres dirigeants les cadres auxquels sont confiés 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 se situent dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement."*

Pour eux, le temps de travail n'a pas de limite à raison de l'importance de leur responsabilité illustré par la place réservée dans l'échelle de la hiérarchie et la participation directe de l'entreprise à l'élaboration de sa politique et des orientations stratégiques.

Plus les responsabilités du cadre deviennent lourdes moins le temps est compté.

➤ **Les conventions de forfait :**

La forfaitisation du temps de travail peut se mettre en place en heures sur la semaine ou sur le mois (article L 3121-38 du Code du travail) ou en heures ou en jours sur l'année (article L 3121-39 Code du travail).

Les premières sont ouvertes à tous les salariés sans distinction à la condition impérative de conclure une convention individuelle respectant les conditions de validité du forfait.

Les secondes sont subordonnées à la conclusion préalable d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'un accord de branche (article L 3121-39 du CT).

Dans tous les cas de figure, l'accord du salarié est requis et matérialisé par écrit (article L 3121-40 du CT (Cass. Soc. 26.3.2008 n°06-45.990 FS P+B Gerricks c/SA Paindor Cote d'Armor note F.Dumont JCP S n°375 p.24.25 ).

La spécificité des cadres se situe au niveau des conventions de forfait sur l'année.

D'une part elles concernent environ 30% des cadres contre 10% des non cadres.

D'autre part et surtout, la loi opère une distinction quant aux conditions d'accès variable suivant la nature de la convention.

- Peuvent conclure des conventions de forfait en heures sur l'année, les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés alors qu'elles ne s'ouvrent aux non cadres qu'à la condition de disposer d'une réelle autonomie dans l'organisation du temps de travail.

L'autonomie n'est curieusement plus exigée pour les cadres alors qu'il faut une autonomie qualitative pour les non cadres. Il en ressort un élargissement général de l'accès à la convention de forfait heures annuels mise en œuvre par accord d'entreprise ou, à défaut de branche puis accord individuel qui ne peut en aucun cas stipuler une durée supérieure à celle de l'accord collectif.

- Peuvent conclure une convention de forfait jours annuelle 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 effectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe et les non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

Le forfait jours exige une condition supplémentaire pour les cadres par rapport au forfait heures annuel et s'avère plus restrictif.

La restriction est également de mise pour les non cadres pour lesquels la durée du temps de travail ne doit pas être prédéterminable.

On saisit difficilement le sens de la distinction entre une simple autonomie pour les cadres et une réelle autonomie pour les autres, comme si l'autonomie pouvait être à géométrie variable ou ne pas être vraie même une fois stipulée (P.Y. Verkindt les conventions de forfait Drt. Soc. p. 393).

Pour les cadres, les deux catégories ne se confondent pas. L'accès au forfait annuel en jours exige une autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps que n'exige pas le dispositif du forfait annuel en heures. Qui peut le plus peut le moins. Les cadres éligibles au forfait jours sont éligibles au forfait annuel en heures mais la réciproque n'est pas vraie (P.Y.Verkindt les conventions de forfait op.cit. p.387).

Faut-il ouvrir les dispositifs des conventions de forfait annuel aux assimilés cadres en considérant que la loi abandonne la référence à la qualité de cadre prévue par la convention collective ou prévue à l'article 4 de la Caisse Nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947.

La question est posée. La réponse n'est pas si évidente (P.Y.Verkindt op.cit. p.387).

## B- RELATIVITE

La spécificité du temps de travail des cadres est relative.

En dehors des cadres dirigeants (article L 3111-2 du CT) et des conventions de forfait heures (article L 3121-42 du CT) ou jours (article L 3121-45 du CT), ils sont soumis aux mêmes règles que les non cadres avec une fixation certes encadrée légalement mais répartie soit :

- unilatéralement par l'employeur
  
- conventionnellement par la négociation collective.

Unilatéralement les options qualitatives et quantitatives sont respectivement limitées et réduites.

\* limitées au niveau qualitatif

1° au cadre hebdomadaire avec une répartition de l'horaire à l'intérieur toujours conformes aux décomptes professionnels d'application de la loi du 21 juin 1936 postulant pour une répartition de la durée égalitaire sur 5 jours ou 6 jours de manière inégalitaire.

2) au cadre pluri hebdomadaire dans les entreprises travaillant en continu (article L 3122-3 du CT) ou tout simplement dans le cadre du décret du 4 novembre 2008 sur des périodes de 4 semaines (D 3122-7-1).

\* réduites au niveau quantitatif pour la durée maximale journalière à la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'Inspecteur du travail, et à la durée légale hebdomadaire, toute variabilité de l'horaire tendant à une augmentation ou une réduction nécessitant le consentement exprès du salarié à l'exception des heures supplémentaires.

Suivant l'article L 3121-11 du CT, les heures supplémentaires peuvent être accomplies :

- dans la limite d'un contingent annuel fixé par décret soit en l'absence de convention ou d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement,

- au-delà du contingent sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'Inspecteur du travail avec seulement obligation pour l'employeur d'accorder une contrepartie en repos obligatoire fixée à 50% pour les entreprises de 20 salariés au plus et 100% pour les autres (Cons. Constit. 7 août 2008 JO 21.8.2008 P.13079 JCP S 2008 Actes 441) alors que le repos obligatoire de 50% est supprimé au-delà de la 41<sup>ème</sup> heure.

En dehors du cadre hebdomadaire ou pluri hebdomadaire qui circonscrit le champ du pouvoir de direction unilatéral pour répartir le temps de travail, c'est nécessairement par la technique de l'aménagement du temps de travail que l'employeur peut répartir le durée sur l'année.

L'article L 3122-2 du Code du travail simplifie considérablement le modus operandi.

*"Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou à défaut une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine ou au plus égale à l'année."*

Le principe est clair : Primauté à l'accord d'entreprise et application subsidiaire de l'accord de branche.

Quid cependant des accords antérieurs et de la chronologie de la conclusion des accords.

➤ 1<sup>ère</sup> hypothèse : en présence d'un accord de branche ou d'entreprise antérieur à la loi du 20.8.2008 :

. l'accord d'entreprise conclu postérieurement à la loi peut y déroger nonobstant toute clause contraire,

➤ 2<sup>ème</sup> hypothèse : en présence d'un accord de branche conclu après la loi du 20.8.2008 :

. l'accord d'entreprise conclu antérieurement à l'accord de branche s'impose

. l'accord d'entreprise conclu postérieurement à l'accord de branche s'impose également.

Les partenaires à la négociation ont toute liberté et toute latitude pour organiser à l'intérieur de l'accord d'entreprise une répartition spécifique du temps de travail des cadres.

En revanche et paradoxalement, le nouveau dispositif n'inclut pas les conventions de forfait dans le champ de l'aménagement du temps de travail (article L 3121-38 à L 3121-48 du CT), comme si le législateur avait voulu marquer sa réserve envers ce mécanisme en l'écartant de la dynamique de l'assouplissement du droit de la durée du travail.

La méfiance manifestée envers les conventions de forfait conduit naturellement à poser la 3<sup>ème</sup> question relative aux limites.

### **3<sup>EME</sup> QUESTION : QUELLES LIMITES ?**

Fixer et répartir le temps de travail des cadres ne se conçoit qu'en respectant les limites imposées par le droit interne et le droit communautaire.

#### **A- EN DROIT INTERNE**

##### 1/ Légales

Les cadres sont soumis au même titre que les autres salariés aux limites quotidiennes et hebdomadaires maximales prévues par les articles L 3121-34 et L 3121-36 du C.T :

10 heures

48 heures jusqu'à 60 en cas de circonstances exceptionnelles

44 heures sur 12 semaines

Mais c'est à nouveau vers le forfait annuel que se situent les questions essentielles.

Le forfait annuel en heures est établi dans la limite de la durée annuelle du travail applicable dans l'entreprise.

L'accord d'entreprise et subsidiairement de branche, déterminent les repos hebdomadaires et quotidiens, les durées maximales et hebdomadaires sans qu'il soit possible d'y déroger par voie d'accord individuel.

Les heures supplémentaires sont comptabilisées et payées et éligibles à la loi Tepas. En principe, le forfait annuel en jours n'excède pas 218 jours (Article L 3121-44 CT). Mais les limites réelles résultent du respect du repos quotidien et hebdomadaire des jours fériés et chômés dans l'entreprise et des congés payés.

Les cadres et les non cadres soumis au forfait jours échappent a priori à l'obligation de respecter les limites maximales quotidiennes et hebdomadaires.

Ainsi la limite maximale hebdomadaire peut se prolonger jusqu'à 78 heures et le nombre de jours travaillés dans l'année jusqu'à 288 si l'on intègre la cinquième semaine de congés :

$$365 - 1 - 30 - 52 - 1 - 7 = 288$$

## 2/ Jurisprudentielles

La Cour de cassation a, dans la célèbre affaire Blue Green, objet de commentaires divergents (Cass. Soc. 31 octobre. 2007 n°06-43.876 GS+P+B+R Sarl Blue Green Vennes c/Loustaud n°2007-14.1131 JCP S n°1004 p.37 note Vachet ; F.Champeaux Menaces sur forfait jours ? Semaine Sociale Lamy 5 novembre. 2007 p.10) considéré qu'en présence d'un cadre dont l'emploi du temps était déterminé par la direction, le forfait jours ne pouvait s'appliquer dans la mesure où il ne disposait pas du libre choix de ses repos hebdomadaires et ne disposait d'aucune liberté dans l'organisation de son travail.

Les juges ont ainsi manifestement voulu préserver la spécificité du forfait jours réservé avant tout à des cadres autonomes et conférant à l'autonomie une totale plénitude couvrant la prise de décision et la liberté dans l'organisation du travail.

D'aucuns ont trop vite considéré que l'existence du forfait jours était remis en cause sans doute sous l'influence du rapport du Conseiller Gosselin qui s'interrogeait légitimement sur la compatibilité du forfait jours avec le droit européen (Le contrôle du juge sur le forfait jours, rapp. H. Gosselin : Semaine Sociale Lamy 5 novembre. 2007 p.5).

## **B- LIMITES PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE**

Les normes communautaires posent avec acuité la question de la compatibilité des conventions de forfait jours avec le droit communautaire.

L'article 2 de la charte sociale européenne révisée qui a la nature d'un traité international ratifiée par la France le 7 mai 1999, prévoit le droit à des conditions de travail équitables en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables et s'engage :

*"à fixer une durée raisonnable de travail journalier et hebdomadaire".*

En droit interne, le régime des forfaits jours ne prévoit pas de durée maximale hebdomadaire de travail.

Les salariés dont les cadres peuvent travailler jusqu'à 78 heures par semaine.

Or le Comité européen des droits sociaux a considéré dès le 12 octobre 2004 que "la situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de l'article 2 § 1 de la charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisé ainsi que de l'absence de garantie suffisante (CEDS 12 oct. 2004 § 41 CEDS 7 déc. 2004).

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a confirmé la décision du CEDS qui se trouve en totale harmonie avec la Jurisprudence de la CJCE qui considère que la limite maximale de 48 heures constitue une règle de droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé (CJCE 5 oct. 2004 Aff. 397/01 RJS 2004 n°1336 F Baron "La notion du temps de travail en droit communautaire Drt.Soc. 2001 1097 ; Morel Travail et Repos quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national Drt. Soc. p.142).

Le législateur français n'a pas réagi et prend même le parti de ne tenir aucun compte de l'alerte donnée par le CEDS (Voir M. Miné Le droit du temps de travail à l'épreuve de la charte sociale européenne Semaine Sociale Lamy 2005 p.228) puisqu'au lieu de mettre le droit interne en conformité, il opte pour la surenchère en favorisant l'allongement de la durée du travail et en particulier des forfaits jours 235 à 281 voir 288.

La surdité est d'autant moins compréhensible qu'elle risque de heurter encore frontalement la directive européenne du 4 novembre 2003 dont précisément l'article 6 b "lu à la lumière de l'article 17" (P.Y Verkindt op.cité p.388).

Suivant l'article 6 b, la durée hebdomadaire maximale de travail ne peut excéder 48 heures, heures suppl ementaires incluses dans le cadre d'une période de référence de 4 mois ; tandis que l'article 17 précise les dérogations susceptibles d'être apportées par les Etats qu'il s'agisse de la durée hebdomadaire, du travail de nuit, des périodes de références, du repos journalier, du temps de pause, du repos hebdomadaire.

L'article 17 de la directive institue des dérogations lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée n'est pas mesurée et /ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes et lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes.

La dérogation couvre sans difficulté les cadres dirigeants.

Il est moins certain qu'elle couvre les salariés en forfait jours au regard de la finalité de la directive "temps de travail" qui décline une directive cadre du 12.6.1989 mettant en œuvre les mesures destinées à améliorer la santé et la sécurité des travailleurs au travail.

L'obstination du législateur français à refuser de tenir compte scrupuleusement des normes européennes et notamment de la directive européenne vient de recevoir une désapprobation solennelle de la Cour de Cassation (à propos du problème des temps de pause, autrement dit des temps de repos corrélativement liés à la forfaitisation du temps de travail à l'année en jours ou en heures) qui, à propos du régime dérogatoire des salariés de la RATP auxquels les dispositions du Code du travail relatives au repos quotidien et au temps de pause ne sont pas applicables considère que :

1/ les prescriptions de la directive du 4 novembre 2003 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 de sa santé.

2/ en s'abstenant de rechercher si les dispositions du droit interne applicables prévoyaient les compensations requises pour déroger au principe de la pause après 6 heures de travail, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (Cass. Soc. 17.02.2010 n°08-43.212 Cots c/Soc.RATP RJS 5/10 n°431).

La portée de la décision est considérable et s'étend comme une trainée de poudre au forfait jours voire aux dérogations visées par l'article L 3121-35 du Code du travail qui admet en cas de circonstances exceptionnelles de porter la durée du travail à plus de 60 heures.

Il est grand temps que les pouvoirs publics français acceptent de se soumettre aux normes européennes.

Il en va, outre la sécurité juridique, du crédit de la parole publique.

Il est permis d'espérer que les partenaires sociaux qui en ont le pouvoir veilleront dans la négociation des accords d'entreprise et subsidiairement de branche, à stipuler les gardes fous exigés par le droit européen là où le droit interne ne les exige pas.

Autant dire qu'il convient d'être vigilant et exigeant quant aux modalités du contrôle.

## 4EME QUESTION : QUEL CONTROLE ?

Nous n'évoquerons ici que le contrôle préventif à l'exclusion du contrôle a posteriori du juge.

Il existe un contrôle collectif classique des RP et un contrôle individuel spécifique aux conventions de forfait jours avec l'entretien annuel.

### A- LE CONTROLE CLASSIQUE DES RP

D'une manière générale, l'article L 2323-27 du CT dispose que le CE est informé et consulté sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail notamment l'organisation et le temps de travail sans distinction entre cadres et non cadres.

A défaut de CE, les DP exercent collectivement les attributions définies à l'article L 2323-37 du CT.

L'avis des RP est obligatoire en cas de recours aux heures supplémentaires ou de changement d'horaire, de dérogation à la durée maximale absolue justifiée par des circonstances exceptionnelles en moyennes sur 12 semaines (Cass. Crim. 7 janvier 1981 JCP G 1981 IV p. 94) ou pour introduire des horaires à temps partiel (Article L 3123-2 du CT).

Quid en cas d'applications conventionnelles par voie d'accord collectif d'un aménagement du temps de travail sur l'année ?

Deux situations sont à distinguer :

➤ Si l'employeur ne fait qu'appliquer un accord de branche qui fixe les normes impératives que l'employeur doit contractuellement appliquer, il n'a pas à consulter le comité sur la mise en œuvre.

➤ En revanche, la conclusion d'un accord d'entreprise portant sur l'une des questions soumises à l'avis du CE, doit faire l'objet préalable de la saisine du CE pour qu'il puisse donner son avis motivé.

Mais le défaut de consultation n'entache pas l'accord de nullité (Cass. Soc. 5 mai 1998 TPS 1998 Comm. 244 ; voir P Morand Temps de travail Jurisclasseur Travail Fasc. 21-22 § 43).

Le CHSCT doit être également, préalablement au CE, consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de travail et peut, à cette occasion, se faire assister d'un expert dans le cadre de l'article L 4614-12 du Code du travail.

➤ De manière plus ciblée, le CE est consulté sur la durée et l'aménagement du temps de travail ainsi que sur la période de prise des congés dans les conditions prévues à l'article L 3141-43 du CT.

Il délibère sur les aménagements d'horaires des salariés à temps partiel.

Enfin, il est consulté annuellement sur le recours aux conventions de forfait ainsi que sur le suivi de la charge de travail des salariés concernés.

Tout recours aux conventions de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois ou en heures ou en jours sur l'année, doit être porté à la connaissance du CE afin d'être informé et consulté pour émettre son avis.

Quid de l'objet de la consultation sur "les modalités de suivi de la charge de travail".

Suivant une première interprétation restrictive, le suivi ne concernerait que le cas des conventions de forfait jours annuel visées à l'article L 3121-46 du CT, ce qui conduit à instituer une consultation différenciée du CE en fonction de la nature du forfait :

- consultation sur le recours aux conventions de forfait quelles qu'elles soient,
  
- consultation sur le suivi de la charge de travail pour les seuls forfaits jours.

Pour M. Verkindt, l'interprétation doit s'élargir et conduire à consulter le CE systématiquement tant sur le principe du recours que sur les conditions de mise en œuvre de tous les forfaits quelle qu'en soit la nature dans la mesure où ils contiennent communément le germe d'une fragilisation de l'équilibre personnel et familial.

La discussion et le débat doivent être réels et respectueux des normes communautaires dans le souci de garantir la sécurité au travail.

Dans la même ligne, le CHSCT devra être consulté même si les textes ne le prescrivent pas, sur le suivi des forfaits (P.Y Verkindt op.cité p. 391 et "le CHSCT et la réduction du temps de travail Drt. Soc. p. 362).

## **B- LE CONTROLE INDIVIDUEL SPECIFIQUE : L'ENTRETIEN ANNUEL**

L'article L 3121-46 du CT impose à l'employeur d'organiser annuellement un entretien individuel avec chaque salarié cadre ou non ayant conclu une convention de forfait jours qui doit porter sur :

- sa charge de travail
- l'organisation du travail dans l'entreprise
- l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale

La forme de l'entretien est laissée à la discrétion de l'employeur. Nul doute qu'il convient de ne pas en négliger ni l'intérêt ni surtout le contenu.

Il est important de le structurer; de le décomposer, d'en matérialiser le résultat par un support écrit signé des parties sur lequel doivent être soigneusement consignées les observations, les doléances et les revendications des salariés.

La plainte d'une surcharge de travail et les conséquences que des semaines harassantes sont susceptibles d'entraîner sur la vie personnelle et familiale ne doivent pas être passées sitôt l'entretien à la trappe des oubliettes sous peine de s'exposer à des lendemains qui déchantent de nature à faire toucher du doigt les enjeux.

## 5EME QUESTION : QUELS ENJEUX ?

Les articles L 3121-44 et L 3121-45 du CT posent un nombre de jours travaillés dans les conditions du forfait qui ne devraient pas normalement excéder 218 jours. Mais la durée peut atteindre 281 jours voire 288 jours.

L'article L 3121-35 prévoit une durée maximale de 48 heures mais aussi immédiatement une dérogation permettant d'atteindre 60 heures.

L'article L 3121-36 du CT déroge à la limite de 44 heures pour la porter à 46 heures sur 12 semaines.

Le salarié peut, sur la base de la convention individuelle de forfait en accord avec son employeur renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire d'au moins 10%.

Les cadres, même s'ils ne sont pas les seuls, sont directement visés par l'incitation à devoir toujours travailler plus ou à tout le moins offrir une disponibilité de plus en plus élargie notamment par l'accessibilité en tout lieu et à tout instant via les nouvelles technologies.

D'où la nécessité de plus en plus impérieuse de faire respecter les dispositions ayant une portée humaniste de la relation individuelle du travail. L'institution de l'entretien individuel en cas de forfait jours dont l'idée pourrait être reprise non seulement pour tous les forfaits mais aussi pour tous les salariés soumis à un dépassement de l'horaire de travail légal hebdomadaire et mensuel répond au besoin.

L'enjeu n'est autre que, d'une part la protection des libertés individuelles, d'autre part la santé des salariés en général et des cadres en particulier.

## A- L'ENJEU SUR LA VIE PRIVÉE

La notion de l'atteinte à la liberté touche le point sensible de la pénétration de la sphère privée du cadre.

Sa vie personnelle et familiale relève normalement de son jardin secret impénétrable et protégé qui, par définition, échappe au domaine de l'information et de la consultation des RP (CE, DP ou CHSCT).

Mais quelque part, l'article L 3121-46 du CT par le biais de l'entretien individuel ouvre la brèche de la prise en considération obligatoire de l'évaluation entre les exigences de travail, de la productivité au service de l'entreprise, du quantitatif côté entreprise et du qualitatif côté vie privée.

L'articulation doit être évoquée pour sauvegarder l'équilibre.

Cette vision humaine a vocation à être expérimentée avec loyauté pour en étendre la portée au-delà des seuls forfaits jours.

L'exigence de conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle est un enjeu clé des politiques du temps de travail en particulier pour les cadres plus exposés que les autres aux impératifs de la production (Mme Favennec-Hery "le droit de la durée du travail fin d'une époque Drt.Soc. mars 2009 p. 253) qui nécessite de prendre exemple sur d'autres pays européens qui privilégient la maîtrise par les salaires de leur temps de travail et le considère comme un enjeu majeur (Danemark, Finlande, Belgique, Pays-Bas) avec possibilité de prendre des congés payés supplémentaires, le droit de modifier la durée de travail et de peser sur la détermination des horaires de travail.

Le travail à temps partiel constitue également un domaine privilégié de la prise en compte des besoins de la vie familiale (article L 3123-7 du CT), de manière négative ou positive.

\* Négative puisque la référence à la situation familiale légitime le refus opposé par le salarié à l'employeur qui va lui proposer un changement de la répartition du temps de travail lorsque la nouvelle répartition n'est pas compatible avec ses obligations familiales impérieuses (article L 3123-24 du CT).

Encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre le concept laissé, sur le plan politique, à l'appréciation souveraine au cas par cas des juges du fond, source d'une inéluctable insécurité.

\* Positive puisque la situation familiale confère une priorité d'accès au temps partiel permettant de bénéficier d'une réduction de la durée du travail en raison des besoins de la vie familiale (article L 3123-7 du CT).

Pour refuser la demande du cadre, l'employeur doit motiver sa réponse.

La prise en considération émergente de la vie privée dans l'organisation du temps de travail poursuit le sillon ouvert par les lois Aubry avec les 35 heures modifiant les modes de vie avec la pratique des RTT et rendent indissociable la valeur travail de la qualité de vie. Toutefois, le propos doit être nuancé.

Le législateur a opéré un mouvement de balancier destiné à insuffler un vent de réaction à la culture des 35 heures. L'entretien annuel institué par l'article L 3121-46 du CT n'est obligatoire qu'à propos du mode d'organisation du temps de travail. Le forfait jours qui expose le cadre au risque des journées et des semaines les plus lourdes peut présenter un risque pour sa santé.

## **B- L'ENJEU SUR LA SANTE**

La volonté de gagner plus en renonçant à ses jours de repos en contrepartie d'une rémunération majorée, l'abondement du compte épargne temps par l'apport de jours de congés, l'adhésion sans condition à la forfaitisation du temps de travail ont pour corollaires l'augmentation exponentielle du stress et de la fatigue de nature à altérer la santé du salarié.

Les bornes imposées par l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée avec une durée raisonnable de travail journalier et hebdomadaire ont pour finalité de décliner la directive cadre du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures destinées à améliorer la sécurité et la santé des salariés et en particulier des cadres.

L'objectif est confirmé par la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne qui vise le droit de tout travailleur à des conditions de travail qui "respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité".

Le juge peut :

- écarter, à l'occasion d'un litige mettant en jeu les libertés et les droits des personnes ou leur santé démontré par l'avis du médecin du travail ou du CHSCT, une norme interne pour requalifier un contrat individuel de travail forfaitisant l'horaire

- ou annuler un accord d'entreprise ou de branche contraire aux normes européennes (M.Bonnechère "Droit sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe" II Semaine Sociale Lamy n°1188 p. 5).

L'obligation d'interprétation conforme a vocation à s'appliquer à la directive sociale européenne qui a la force d'une convention internationale (G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen Drt. Social international et européen Dalloz 8<sup>ème</sup> édition BP § 184).

D'où l'utilité pour les parties au contrat de travail de disposer de la preuve des horaires de travail réellement accomplis.

## **6EME QUESTION : QUELLE PREUVE ?**

La question se scinde immédiatement en distinguant la charge de l'administration de la preuve.

### **A- LA CHARGE**

Quid de la charge de la preuve en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre de jours de travail effectués par un cadre soumis à une convention de forfait ?

Alors que la Cour d'appel avait rejeté sa demande de rappel de salaire à raison de sa large autonomie dans l'organisation du travail, la Cour de cassation censure en énonçant que "l'employeur doit fournir au

juge les éléments de nature à justifier des jours effectivement travaillés par le salarié ; au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné en cas de besoin toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles." (Cass. Soc. 23 sept. 2009 n°08-41.377 JCP S n°1531 note F. Dumont).

La Cour de cassation s'est toujours très largement inspirée de l'article L 3171-4 du CT (figurant sous un titre intitulé "contrôle de la durée du travail et des repos" et un chapitre intitulé "contrôle de la durée du travail") qui vise les documents à fournir au juge. Ce texte a manifestement une portée générale. Fréquemment utilisé en matière d'heures supplémentaires, il a vocation à s'appliquer à tout litige relatif aux heures effectuées et donc à tous les forfaits.

La charge de la preuve est partagée et pèse sur les deux parties au contrat.

*"Le juge ne peut, pour rejeter une demande d'heures ou de jours travaillés, se fonder exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié. L'employeur doit de son côté fournir les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés".* (Cass. Soc. 5 juin 1996 Juris Data n°1996 002197 Bull. Civ. 1996 V n°224 ; Cass. Soc. 20 septembre 2003 Bull. Civ. 2003 V n°248 RJS 2003 n°1452).

Le sort du procès dépend alors de la gestion du partage.

## **B- L'ADMINISTRATION**

L'administration de la preuve du temps de travail suscite des difficultés à géométrie variable sur le plan pratique.

Lorsque le travail est accompli à l'intérieur de l'entreprise et que le cadre est soumis au forfait jours, l'application du forfait n'a pour finalité que d'échapper aux durées journalières et hebdomadaires respectivement de 10 heures et de 35 heures.

Il est relativement aisé de démontrer que les dépassements sont imposés par l'employeur et qu'il n'existe pas d'autonomie dans l'organisation du travail. Dans ce cas, le forfait jours sera déclaré illicite par le juge.

Les choses sont beaucoup plus complexes en présence d'un cadre jouissant d'une autonomie, c'est-à-dire d'une liberté totale et effective dans l'organisation de la gestion de son temps.

Comment concilier le respect de l'autonomie et la nécessité du contrôle ?

➤ Côté salarié, l'autonomie tend à donner l'avantage quant à la fixation et la répartition du temps de travail.

➤ Côté employeur, toute immixtion porte atteinte à l'autonomie.

Comment peut-on pratiquement mettre en œuvre un contrôle d'une activité exercée par un cadre autonome afin de se réserver la preuve de l'absence d'une durée excessive débordant l'exigence communautaire de durée raisonnable ?

Les solutions résident essentiellement dans le contenu des accords collectifs puis dans le contrat de travail. Rien n'interdit dans un forfait jours ou heures à l'année, de stipuler que les semaines ne doivent jamais excéder 48 heures et les journées 10 heures.

L'entretien annuel élargi du salarié peut être l'occasion de confirmer le respect des engagements de non dépassement des amplitudes raisonnables d'horaires.

La créativité consiste à normaliser et étendre les entretiens en augmentant leur périodicité sous forme de bilan régulier ayant pour objet de préserver un suivi a posteriori du forfait qui ne remet en rien en cause l'autonomie du cadre mais constitue en revanche la preuve formelle de la conformité tant du forfait mensuel que du forfait annuel aux règles légales, conventionnelles et aux normes communautaires.

C'est au prix d'une formalisation du suivi du forfait que l'employeur peut éviter de s'exposer au risque de la sanction.

## 7EME QUESTION : QUELLES SANCTIONS

Contraindre un cadre à une amplitude d'heures, de journées, de semaines excessives imposant une surcharge considérable de travail expose l'employeur à des sanctions civiles voire pénales.

## **A- SANCTIONS CIVILES**

La nature de la faute imputable à l'employeur conditionne le degré de la sanction encourue.

En matière de convention de forfait jours, la Jurisprudence et la Loi créent une sanction spécifique dont le caractère exclusif n'est pas pour autant certain.

### ➤ La Jurisprudence :

En présence d'un cadre autonome dont le seuil de 1800 heures de travail est dépassé sans respect du suivi d'activité, la Cour de Cassation censure la Cour d'appel qui avait fait droit à sa demande d'heures supplémentaires pour limiter la sanction à l'octroi de simples dommages-intérêts (Cass. Soc. 13 janvier 2010 JCP S n°1101 Note Dumont).

L'apport de l'arrêt résulte de la détermination et de l'application d'une sanction adaptée à la nature du manquement de l'employeur.

Les Juges d'appel avaient remis en cause la validité de la convention de forfait jours pour condamner au paiement d'heures supplémentaires.

La Cour de Cassation se veut plus nuancée considérant que l'absence de suivi d'activité imposé par l'accord collectif instituant la convention de forfait ne justifie pas la remise en cause de la convention de forfait mais seulement l'octroi de dommages-intérêts (Cass. Soc. 13 janvier 2010 précité).

➤ La Loi :

L'article L 3121-47 du CT édicté par la loi du 20 août 2008 institue la sanction :

*"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 contraire, conventionnelle et contractuelle, saisir le Juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau de salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à sa qualification."*

Le texte est marqué du sceau d'une imprécision donnant au Juge un large pouvoir d'appréciation tant au niveau du fait générateur de la demande d'indemnité qu'au niveau du quantum.

Il appartient au Juge d'apprécier la relation entre la rémunération et les sujétions imposées au salarié d'où le risque de différences notoires d'appréciation entre les Juges du fond quant au caractère raisonnable ou non des horaires pratiqués. La mesure du préjudice n'est guère plus aisée.

La référence non limitative au salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à la qualification n'est pas d'un réel secours.

On voit mal à quel titre elle peut suffire à déterminer le préjudice. Quid du salaire pratiqué dans l'entreprise ?

S'entend-il du salaire versé spécifiquement au salarié demandeur ou au salaire pratiqué pour tous les salariés de la même catégorie ?

Le singulier semble militer pour la première hypothèse mais le montant du salaire doit correspondre à la qualification et non au nombre d'heures accomplies s'agissant d'un forfait jours.

La question de l'ouverture du droit à l'indemnisation se pose lorsque l'horaire accompli s'avère manifestement excessif et insusceptible d'être légitimé par le recours au forfait jours.

Ce dernier s'entend d'un mode de répartition et d'organisation du temps de travail et non d'une technique permissive pour autoriser toutes les dérives.

Le seul moyen de déterminer le préjudice consiste alors à reconstituer l'horaire réellement accompli pour en vérifier le caractère raisonnable.

Si la moyenne annuelle des heures accomplies hebdomadairement dans le cadre d'un forfait jours excède 48 heures, la sujétion risque fort de s'avérer sans rapport avec la rémunération ouvrant ainsi le droit à l'indemnisation. Faut-il au demeurant considérer l'article L 3121-47 du CT comme une sanction exclusive ?

Rien n'est moins sûr dans la mesure où le texte vise prioritairement l'insuffisance de la rémunération alors qu'il peut être envisagé de sanctionner la convention de forfait par sa nullité à raison du caractère déraisonnable du temps de travail et de ses effets induits sur la liberté et sur la santé des cadres.

L'incidence de la nullité n'est autre que le calcul du rappel des heures supplémentaires à compter de la 35<sup>ème</sup> heure. Le raisonnement vaut aussi pour le forfait annuel en heures ou le forfait mensuel.

Prolongeant le raisonnement, rien n'interdit à un cadre soumis à un rythme infernal :

① de prendre l'initiative de la rupture de son contrat de travail :

a. par une prise d'acte,

b. ou plus prudemment par une résiliation judiciaire du contrat sous réserve de démontrer l'absence d'autonomie dans l'organisation du travail à raison d'une immixtion caractérisée de l'employeur.

② de faire prendre en charge une pathologie susceptible d'être en relation avec le rythme et la durée du travail (infarctus, dépression..) au titre de la législation sur les risques professionnels (AT ou MP), puis de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur nécessairement conscient du danger encouru par son salarié à la suite d'alertes réitérées des représentants du personnel (CE, DP ou CHSCT) voire du salarié lui-même, soit par courrier, soit lors d'un entretien périodique ou annuel.

Les malheurs n'arrivant jamais seuls, l'employeur encourt aussi à ce stade des sanctions pénales.

## B- LES SANCTIONS PENALES

Les pénalités relatives à la durée du travail de nature contraventionnelle oscillant entre la 4<sup>ème</sup> et le 5<sup>ème</sup> classe sont énoncées sous les articles R 312-4 1° à R 312-4-16 du CT.

Elles sanctionnent tour à tour le non respect par tout salarié cadre ou non cadre des règles communes à tous les salariés cadre ou non concernant essentiellement :

- le contingentement des heures supplémentaires (art. L 3121-11 et L 3121-15 du CT),
- le mode de calcul à la semaine des heures supplémentaires (art. L 3121-10 du CT),
- les majorations de salaire (art. L 3121-22 et L 3121-23 du CT),
- le repos compensateur (art. L 3121-24 du CT),
- les astreintes (art; L 3121-52 du CT),
- la durée quotidienne maximale et hebdomadaire (art. L 3121-10 et L 3121-34 du CT),
- l'omission des mentions obligatoires relatives à la répartition du temps de travail à temps partiel.

En principe, les peines contraventionnelles se cumulent sauf dispositions dérogatoires (Cass. Crim. 11 mai 1982 n°81-93.406 Bull. Crim. N°131 ; Cass. Crim. 12 mai 1982 n°80-91.466 Bull. Crim. N°124).

Curieusement, les conventions de forfait jours ou heures annuelles restent en dehors du champ des pénalités sauf à subir la sanction de la nullité par le juge et la requalification corrélative en heures supplémentaires. L'effet induit est immédiat.

L'employeur s'expose au risque de poursuites sur un fondement délictuel pour travail dissimulé (art. L 8224-1 du CT) pouvant entraîner jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et une amende de 45 000 €, des peines de sûreté (art. L 8224-3 du CT), d'interdiction, d'exclusion des marchés publics pour une durée de 5 ans, la confiscation d'objets susceptibles d'être à l'origine de la commission du délit (véhicule de service, ordinateur, etc , l'affichage du jugement).

Le défaut d'information et de consultation des représentants du personnel constitue un délit d'entrave (art. L 2328-1 du CT et L 2316-1 du CT) alors que l'absence d'entretien annuel afférent au forfait jours échappe à toute sanction pénale.

La pratique d'horaires manifestement "déraisonnables" forfaitisés ou non peut matérialiser une dégradation des conditions de travail portant atteinte aux droits (sphère de la vie privée) à la dignité du cadre, altérant sa santé physique ou mentale (art. L 1153-2 du CT).

L'employeur "auteur responsable" encourt alors une peine délictuelle d'un an d'emprisonnement et d'une amende outre l'affichage du jugement à titre de peine complémentaire (art. L 1155-2 du CT).

Si, pour comble de malheur, le cadre surmené décède d'un infarctus sur le lieu ou à l'occasion du temps de travail ou se suicide, l'employeur peut être rendu coupable d'une atteinte involontaire à la vie visée à l'article 221-6 du Code pénal.

Le manquement à l'obligation de sécurité ou de prudence pourrait être caractérisé en présence d'alertes préalables soit des représentants du personnel ou du CHSCT, soit du cadre lui-même, exprimées par écrit. Halte cependant au scénario catastrophe. Le temps de travail des cadres ne doit pas nous faire sombrer dans la sinistrose.

Il constitue seulement une occasion idéale pour prendre conscience de la nécessaire maîtrise du quantitatif : "travailler plus pour produire et gagner plus" aux fins de privilégier l'essentiel, le qualitatif "le plaisir de travailler !"