

Le point sur...

## « Forfait jours : impacts sur la rémunération du nombre de jours réellement travaillés ? »

Laurence Cohen, avocate associée, et Lauren Fazy, avocate  
**CHASSANY WATRELOT & ASSOCIES**



Extrait du magazine n°142  
Octobre 2012  
**Financiers et dirigeants  
d'entreprise  
Combien gagnent-ils ?**

# Forfait jours : impacts sur la rémunération du nombre de jours réellement travaillés ?

Douze ans après la consécration législative du forfait jours, cette question n'est pas complètement tranchée. Face aux imprécisions de la loi, les partenaires sociaux et les praticiens ont adopté des solutions que la jurisprudence récente fragilise.



Laurence Cohen, avocate associée



Lauren Fazy, avocate

Laurence Cohen et Lauren Fazy exercent au sein du cabinet Chassany Watrelot & Associés. Présent à Paris, Lyon, Marseille ainsi qu'au Maghreb, il regroupe 40 avocats spécialisés en droit social (droit du travail, droit pénal du travail, restructurations, fusions-acquisitions, sécurité sociale, protection sociale complémentaire, rémunération et avantages sociaux, mobilité internationale).

La convention individuelle de forfait vise un nombre déterminé de jours travaillés. *Quid* si le salarié autonome travaille au-delà ou en deçà ? L'autonomie des salariés concernés<sup>1</sup> et la confusion des genres entre « jours non travaillés » et « jours de repos »<sup>2</sup>, entretenue par le législateur<sup>3</sup>, compliquent les réponses.

## Le traitement du dépassement du plafond dépend de sa cause

L'affectation de « jours de repos » sur un compte épargne-temps augmente le plafond de jours travaillés sans impact sur la rémunération<sup>4</sup> (autre que celui lié à la valorisation/revalorisation des éléments affectés au compte selon la méthode déterminée par l'accord collectif qui l'institue). La non-acquisition ou non-prise de congés payés (circ. n° 2000/07 du 06.12.00) ainsi que le report de congés payés en application d'un dispositif conventionnel<sup>5</sup> emportent les mêmes conséquences<sup>4</sup>.

Par ailleurs le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses « jours de repos » - ce qui augmente mécaniquement les jours de travail - à condition de ne pas dépasser un nombre de jours de travail

maximal fixé par l'accord instituant le forfait et, à défaut, par la loi (235 jours); une majoration de salaire est appliquée aux « jours supplémentaires », dont le taux, au moins égal à 10 %, est fixé par avenant à la convention de forfait<sup>6</sup>.

*Quid* si des « jours supplémentaires » sont générés par le salarié ne prenant pas tous ses jours de repos sans en solliciter le rachat ? Aucune contrepartie ni indemnité ne devrait lui être due. Cependant, il peut en être autrement si l'employeur est à l'origine de l'augmentation du nombre de jours travaillés ou fait, directement ou indirectement, obstacle à la prise des jours de repos: la jurisprudence écarte logiquement l'application des règles régissant les heures supplémentaires, mais renvoie à la possibilité qu'a le salarié en forfait jours ayant subi un préjudice du fait de la perception d'une rémunération sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, de solliciter l'indemnité prévue à l'article L. 3121-47 du code du travail (Cass. Soc. 07.12.10 n°09-42626).

Le salarié peut-il obtenir, à la place ou en sus de ces dommages et intérêts, le paiement des jours au taux majoré de 10 % ? Aucun fondement textuel exprès ne le

permet. Néanmoins, les juges pourraient l'admettre, notamment si l'employeur a refusé une demande de rachat présentée par le salarié au regard de sa charge de travail ou n'y a pas répondu. Notons qu'un arrêt de la Cour de cassation vient de juger, à propos d'un forfait annuel en heures assorti de « RTT » conclu avec un cadre autonome, que le simple défaut d'information en matière de jours de repos justifie une demande de rappels de salaires<sup>7</sup>.

Quant aux sanctions pénales et civiles prévues en cas de travail dissimulé, elles ne devraient être encourues que si la convention de forfait est inexistante<sup>8</sup> ou privée d'effet<sup>9</sup> et si l'accomplissement d'heures supplémentaires est avéré.

## La loi est muette sur l'incidence des absences sur le forfait

Si l'absence coïncide avec un jour travaillé, le salarié devrait bénéficier du maintien total ou partiel de sa rémunération au titre des absences indemnisées (maladie par exemple) ou subir une retenue sur salaire en cas d'absence non rémunérée (congé sans solde par exemple); dans le cas contraire, le « non-travail » ne devrait impacter ni le nombre de jours de tra-

## LES POINTS CLÉS

- Le dépassement non concerté du plafond de jours travaillés expose l'employeur au paiement de dommages et intérêts (art. L. 3121-47 c.trav.); des rappels de salaires au taux majoré de 10 % ne sont pas à exclure.
- Il faut formaliser les entretiens annuels spécifiques des salariés autonomes (art. L. 3121-46 c.trav.), les informer sur les délais de prise des « jours de repos » et anticiper la question du rachat.
- La réduction des jours de repos du fait de la maladie est illégale; les jours d'absence doivent être « neutralisés » au regard de l'appréciation du nombre de jours travaillés.

vail « dus », ni la rémunération. Mais comment savoir si les jours d'absence coïncident ou non avec des jours de travail, puisque le salarié « autonome » est libre d'organiser son temps de travail? La plupart des entreprises ne se posent pas cette question. Elles procèdent au complément de salaire ou à une retenue (selon le cas) et réduisent les « jours de repos » selon des méthodes de proratisation diverses. Cette pratique est remise en cause.

### La jurisprudence condamne implicitement la proratisation des jours de repos

Selon la Cour de cassation, « le retrait d'un jour de réduction du temps de travail en raison d'une absence pour maladie a pour effet d'entraîner une récupération prohibée par l'article L. 3122-27 du code du travail »<sup>10</sup>. La suppression d'un jour entier de repos dès la survenance d'une absence au cours d'un mois, revient bien à la faire « récupérer », ce qui peut justifier cette position. Cependant l'attendu de principe rend contestable toute forme de proratisation du nombre

de jours de repos. Comment adapter les pratiques? La plupart des accords collectifs qualifient les jours de non-travail de « jours de repos » et imposent au salarié un délai de prévenance avant leur prise. Dans cette hypothèse, il paraît possible de considérer que l'absence du salarié n'ayant pas préalablement « posé » de repos coïncide implicitement avec un jour de travail. Dès lors l'absence s'impute sur le nombre de jours prévus par le forfait et :

- la rémunération est impactée en fonction de la nature de l'absence;
- l'absence doit être « neutralisée » (*i. e.* fictivement ajoutée aux jours de travail effectifs) pour permettre le suivi du nombre de jours « exigibles » et, le cas échéant, l'application du dispositif de rachat, en cas de dépassement concerté du plafond.

Corrélativement, le nombre de jours de repos (non-travail) ne peut et ne doit pas être réduit par l'employeur. Pour autant, si l'absence du salarié dépasse 218 jours, son « capital » de jours non travaillés sera *de facto* « entamé », voire épuisé s'il est

absent toute l'année. Autrement dit, si le nombre de jours d'absence (hors samedi, dimanche, jours fériés chômés et congés payés) dépasse le « capital » théorique de jours non travaillés, il ne saurait y avoir de report des jours de non-travail d'une période à l'autre (au même titre qu'il serait inconcevable qu'un salarié demande le report des jours fériés en raison de son absence). Reste à suivre la jurisprudence à venir sur ces questions et à vérifier, au cas par cas, si les dispositions conventionnelles et/ou usages d'entreprise sont compatibles avec ce raisonnement ou nécessitent d'être révisés.

<sup>1</sup> Art. L. 3121-43 c.trav.

<sup>2</sup> Qualificatifs impropres donnés aux jours non travaillés (hors samedi, dimanche et jours fériés) résultant mécaniquement du plafond de jours travaillés.

<sup>3</sup> L'article 3121-45 du code du travail vise la renonciation aux « jours de repos ».

<sup>4</sup> L'ancien article L. 3121-49 du code du travail le prévoyait expressément; la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ne devrait pas avoir remis en cause ce principe.

<sup>5</sup> Art. L. 3141-21 c.trav.

<sup>6</sup> Art. L. 3121-45 c.trav. issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui a abrogé le mécanisme de la « récupération » (Cf. tableau ci-dessous).

<sup>7</sup> Cass. Soc. 16.05.12, n° 11-11732.

<sup>8</sup> Cass. Soc. 28.02.12, n° 10-27839.

<sup>9</sup> Cass. Soc. 31.01.12 n° 10-19807.

<sup>10</sup> Cass. Soc. 03.11.11, n° 10-18762.

	Avant la loi du 20 août 2008	Après la loi du 20 août 2008
Incidence du dépassement du plafond de jours travaillés	Article L. 3121-49 c.trav.: Mécanisme de « récupération » des jours de dépassement sur les 3 premiers mois de l'année suivante  Neutralisation: - des jours affectés à un compte épargne-temps ou auxquels le salarié a renoncé en application d'un dispositif de rachat; - des jours de congés payés reportés dans les conditions de l'article L. 3141-21 c.trav.	Abrogation du mécanisme de « récupération » Élargissement du dispositif de rachat (cf. infra)  Neutralisation des congés payés reportés en application de l'article L. 3141-21 c.trav.
Dispositif de rachat des jours de repos non pris	Article L. 3121-46 c.trav.: - sur la base d'un accord collectif - subordonné à l'accord des parties - moyennant une majoration de salaire négociée	Article L. 3121-45 c.trav.: - l'accord écrit des parties suffit - rachat des jours de repos au taux majoré minimal de 10 % - dans la limite du nombre maximal de jours de travail fixé par accord collectif ou, à défaut, par la loi (235 jours) et du respect des dispositions relatives aux congés payés, repos quotidien et hebdomadaire et jours fériés chômés dans l'entreprise
Sanction en cas de rémunération sans rapport avec les sujétions imposées	Indemnisation calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau de salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à la qualification du salarié (ancien article L. 3121-50 et nouvel article L. 3121-47 du c.trav.)	
Incidence des absences	Interdiction de récupération, hors cas visés limitativement par l'article L. 3122-27 du c.trav.	