

- La rémunération des jours de dépassement des conventions de forfait en jours

[La rémunération des jours de dépassement des conventions de forfait en jours](#)

[Les faits](#)

[Les demandes et argumentations](#)

La décision, son analyse et sa portée • Majoration unique et pluralité de législations applicables

La décision, son analyse et sa portée • L'affirmation du rôle du juge dans la détermination du taux

La décision, son analyse et sa portée • Les précisions jurisprudentielles relatives à la Convention de forfait en jours

La renonciation, par un salarié titulaire d'une convention individuelle de forfait en jours, à des jours de repos en contrepartie de la rémunération du temps de travail supplémentaire peut résulter d'un accord implicite avec l'employeur. Ces jours de repos sont majorés, le montant de la majoration ne pouvant être inférieur à 10 %. À défaut d'accord explicite entre le salarié et l'employeur, le juge peut fixer souverainement le montant de la majoration applicable.

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Solène Borocco

Avocat, Delsol Avocats

[Cass. soc., 26 janv. 2022, pourvoi n° 20-13.266, arrêt n° 123 FS-B+R]

Les faits

Un salarié a été engagé à compter du 5 juillet 2006 en qualité de responsable administratif et financier par la société Degermont devenue suez International. Le salarié était titulaire d'une convention individuelle de forfait en jours à hauteur de 215 jours par an.

Dès son embauche, un avenant d'expatriation a été signé, le salarié étant détaché au Qatar pour une durée de 3 ans renouvelable (jusqu'au 31 juillet 2010).

Le salarié a été licencié par lettre du 6 octobre 2010. Il a saisi le Conseil de prud'hommes de Nanterre en contestation de son licenciement et en formulant des demandes portant entre autres sur l'exécution de son contrat de travail, notamment le non-respect du temps de travail et de la convention individuelle de forfait en jours.

Les demandes et argumentations

Par jugement du 10 janvier 2017, le Conseil de prud'hommes de Nanterre a jugé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et a condamné la société suez International à payer au salarié diverses sommes au titre de rappel de salaire. Les premiers juges le déboutaient de sa demande de majoration des jours de repos auquel il avait renoncé.

Le salarié a interjeté appel de la décision. La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 16 octobre 2019, a infirmé le jugement et condamné la société suez International au paiement de dommages-intérêts pour non-respect des règles sur le temps de travail et la convention de forfait individuelle en jours et au paiement majoré des jours de repos auquel le salarié avait renoncé.

Le salarié, soutenant avoir travaillé au-delà de sa convention de forfait en jours, réclamait le paiement des 201 jours

supplémentaires qu'il prétendait avoir travaillé entre 2006 et 2009. Il n'était pas contesté par l'employeur que les fonctions du salarié impliquaient 6 jours de travail par semaine. À la suite de la réclamation du salarié en 2010, la société reconnaissait que 103 jours avaient été accumulés au 31 décembre 2009, une indemnité représentant 60 jours lui avait d'ailleurs été versée en juin 2010.

Mais le salarié demandait l'application d'un taux de majoration de 25 % sur la rémunération des 201 jours de dépassement de la convention individuelle de forfait.

La cour d'appel a retenu que le salarié ne rapportait pas la preuve du dépassement de la convention de forfait à hauteur de 103 jours sur les 201 jours sollicités et que l'employeur ne formulait pas d'observation sur le taux de majoration sollicité par le salarié. Elle a donc partiellement fait droit aux demandes du salarié en appliquant le taux de majoration de 25 % aux 103 jours travaillés en dépassement de la convention individuelle de forfait.

Le salarié a formé un pourvoi en cassation et la société un pourvoi incident. La société faisait notamment valoir, au soutien de son pourvoi incident, qu'en l'absence d'accord d'entreprise ou de groupe ou d'accord intervenu entre l'employeur et le salarié, l'application d'une majoration de 25 % n'était pas prévue par les législations successives concernant la renonciation par le salarié de ses jours de repos, ce qui devait conduire à en écarter l'application.

Le pourvoi du salarié portant sur la cause de licenciement n'a pas été repris par la Cour de cassation.

La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation a uniquement statué sur le montant de la majoration applicable aux jours de dépassement de la convention individuelle de forfait. Elle rejette le pourvoi de la société en considérant que :

« en l'absence d'accord sur le taux de majoration de la rémunération des jours de repos accumulés auxquels le salarié a renoncé, le juge fixe le montant de la majoration applicable au salarié dû en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

Après avoir constaté l'absence d'accord écrit relatif à la renonciation des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire et que l'employeur, qui en avait connaissance, avait payé les jours accomplis au-delà du forfait, de sorte que les parties étaient convenues de la renonciation aux jours de repos correspondants ».

La Cour de cassation constate l'absence d'accord écrit des parties concernant la renonciation des jours de repos et au montant de la majoration applicable. Elle note que l'employeur a spontanément payé les jours accomplis au-delà du forfait de sorte qu'un accord implicite était intervenu entre les parties sur la renonciation des jours de repos correspondant. Par ailleurs, la Cour suprême estime que c'est en appréciant les éléments qui lui étaient soumis que la Cour d'appel de Versailles a appliqué une majoration de 25 % pour l'ensemble des jours en dépassement de la convention individuelle de forfait.

• Majoration unique et pluralité de législations applicables

Le salarié a été embauché par suez International du 5 juillet 2006 au 6 octobre 2010. Durant cette période, deux législations se sont succédées concernant le paiement et le montant de la majoration des jours travaillés en dépassement du forfait :

l'article L. 212-15-3 de l'ancien Code du travail (1) complété par l'article 4 de la loi du 31 mars 2005 (2) : ces dispositions prévoyaient qu'un accord de branche ou d'entreprise pouvait prévoir la possibilité pour le salarié de renoncer à une partie de ses jours en accord avec l'employeur en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord de branche ou d'entreprise déterminait le montant de la majoration. Dans l'attente de l'entrée en vigueur de l'accord, et pour les entreprises de 20 salariés au plus, le montant de la majoration était fixé à 10 %. Par ailleurs, lorsque le nombre de jours travaillé dépassait le nombre de jours fixés par la

convention individuelle de forfait en jours, le salarié devait bénéficier au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jour de repos égal à ce dépassement ;

l'article L. 3121-45 du Code du travail, applicable à compter du 22 août 2008, prévoyait que le salarié bénéficiaire d'une convention individuelle de forfait en jours pouvait renoncer avec l'accord de l'employeur à une partie de ses droits de repos. Un avenant à la convention de forfait devait déterminer alors le taux de majoration applicable à la rémunération du temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %.

Depuis la loi Travail (3) , l'article L. 3121-59 du Code du travail précise que l'avenant au contrat de travail prévoyant le taux de majoration applicable et ne pouvant être inférieur à 10 % est valable pour l'année en cours et peut être reconduit de manière tacite.

La société Suez International a invoqué, pour la première fois devant la Cour de cassation, les différentes législations applicables pour limiter le montant de la majoration applicable. La Cour de cassation refuse de censurer la cour d'appel n'ayant pas pris en compte les législations successives. Et pour cause, peu important les évolutions, il en résulte que le taux de majoration des jours auxquels le salarié renonce doit au moins être de 10 % quelle que soit la période concernée.

La Cour de cassation valide donc la position de la cour d'appel ayant retenu un taux de majoration unique malgré les législations successives.

Toutefois, conformément aux législatives successives, pour pouvoir renoncer aux jours de repos, un avenant à la convention individuelle de forfait aurait dû être nécessaire, la Cour de cassation exigeant traditionnellement un accord exprès des parties afin de s'assurer de leur accord. Dès lors, faute d'avenant, la durée contractuelle ne saurait être modifiée (4) .

Ainsi, au cas particulier, en l'absence d'accord des parties sur la renonciation aux jours de repos prévus par la convention de forfait, le dispositif de rachat de jour de repos n'aurait pas dû être appliqué. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation vient ainsi protéger le régime de la renonciation aux jours de repos dans le cadre de la convention individuelle en jours, en particulier la rémunération du salarié en découlant, en ne retenant pas les conditions pourtant fixées par les législations successives applicables.

• L'affirmation du rôle du juge dans la détermination du taux

Outre la position qu'elle retient sur l'accord tacite des parties fondant la renonciation du salarié à ses jours de repos, la Cour de cassation vient de surcroît consacrer le rôle du juge dans la fixation du montant de la majoration due au salarié en l'absence d'accord collectif. Dans les faits, la cour d'appel constatait que : « *l'employeur ne réplique pas sur le taux de majoration de 25 % demandé par le salarié, taux qui sera donc appliqué* ».

Dans l'arrêt publié au bulletin, la Cour de cassation précise, pour la première fois à notre connaissance qu'en l'absence d'accord sur le montant du taux de majoration, il revient au juge de le fixer. Quels sont les éléments pris en compte pour fixer ce taux ?

L'arrêt d'appel ne précise pas les modalités de calcul du taux de majoration par le salarié, aucun accord n'étant intervenu entre les parties relatif au dépassement de la convention de forfait et à ses conséquences. Par ailleurs, l'accord de branche applicable ne prévoyait pas non plus la majoration applicable en cas de renonciation à des jours de repos (5) . Dans ce cadre conventionnel et contractuel, il ressort des termes de l'arrêt que le juge peut s'immiscer dans la relation contractuelle pour appliquer un taux de majoration qu'il détermine lui-même, bien supérieur au minimum légal.

Dans une précédente décision, la Cour de cassation avait censuré l'application d'un taux de majoration de 10 % faite par

une cour d'appel au motif que le préjudice subi par le salarié devait être évalué par la Cour (6) . La Cour de cassation estimait que, conformément à l'actuel article L. 3121-61 du Code du travail, le salarié pouvait saisir le juge judiciaire pour « *que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi* ». Dans l'arrêt commenté, le préjudice subi par le salarié semble justifier en partie l'attribution d'un taux de 25 %.

Il est intéressant de noter que la majoration appliquée dans la décision commentée est similaire à la majoration des heures supplémentaires. En effet, l'article L. 3121-33 du Code du travail prévoit la possibilité de fixer le taux de majoration des heures supplémentaires par accord collectif, sans pouvoir être inférieur à 10 %. Ce n'est qu'à défaut d'accord collectif que le taux de majoration des heures supplémentaires s'élève à 25 % pour les 8 premières heures et à 50 % pour les heures suivantes (7) .

Le pouvoir de fixation du montant de la majoration relève du pouvoir souverain des juges du fond. L'employeur doit donc discuter du montant proposé par le salarié car à défaut, il s'expose à ce que les juges du fond fassent droit aux demandes du salarié, comme le montre très clairement la motivation adoptée par les juges d'appel dans cette affaire. En effet, ces derniers ont bien pris le soin de préciser que « *l'employeur ne réplique pas sur le taux de majoration de 25 % demandé par le salarié* ».

• Les précisions jurisprudentielles relatives à la Convention de forfait en jours

Cette jurisprudence s'inscrit dans la lignée de précédentes décisions de la Cour de cassation venant préciser le régime des conventions individuelle de forfait en jours. Leur conclusion est souvent fondée sur le souci de simplifier le contrôle de la durée du travail du salarié et limiter le formalisme afférent.

Il n'est plus possible d'échapper au formalisme lié à cette modalité de décompte du temps de travail : convention individuelle écrite (8) , accord collectif (9) , entretien annuel sur la charge de travail (10) , contrôle des journées ou demi-journées travaillées, mise en œuvre effective des dispositions de l'accord collectif instituant le recours à la convention. Il convient désormais de vérifier que l'avenant relatif au rachat de jour précise bien le montant de la majoration applicable car à défaut l'employeur s'expose au paiement d'une majoration comparable avec celle des heures supplémentaires.

Dans le cas d'espèce, il est intéressant de noter que le salarié ne demandait pas l'inopposabilité de la convention de forfait-jours en raison, d'une part, de l'absence de suivi de sa charge de travail et d'entretien annuel et, d'autre part, du dépassement du nombre de jour prévu dans sa convention individuelle de forfait. Il sollicitait le paiement majoré des jours excédant sa convention de forfait en jours ainsi que l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence d'entretien annuel et de l'absence paiement immédiat des salaires à la suite du dépassement du forfait.

Si le salarié avait sollicité l'inopposabilité de la convention de forfait en jours, il aurait pu bénéficier du paiement majoré des heures supplémentaires au taux de 25 % ou de 50 % mais il aurait dû fournir des éléments justifiant la réalité des heures supplémentaires effectuées. En choisissant de forcer l'application de la convention de forfait en jours, le salarié a évité le débat sur la réalité des heures supplémentaires effectuées, pour se contenter de démontrer le nombre de journées de travail réalisées, preuve bien plus simple à apporter et plus difficilement contestable par l'employeur. Par ailleurs, de manière générale, il est intéressant d'observer qu'un salarié sollicitant l'inopposabilité de sa convention individuelle de forfait en jours peut se voir opposer une demande reconventionnelle de l'employeur en remboursement des jours de repos accordés en exécution de la convention privée d'effet (11) .

Le choix tactique visant à demander l'application forcée de la convention de forfait évite ainsi un débat fâcheux sur le remboursement des jours de repos, dont la pertinence dépend du « nombre de jours rachetés ». Dans l'arrêt commenté, compte-tenu du temps de travail du salarié, le salarié ayant massivement renoncé à des jours de repos, la demande reconventionnelle de l'employeur n'aurait pas été pertinente.

La complexité de la mise en place d'une convention de forfait en jours et de son suivi invite donc les employeurs à

limiter le recours aux conventions de forfait aux seuls salariés dont l'organisation de travail le justifie.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 16 octobre 2019), M. [F] a été engagé le 5 juillet 2006, en qualité de responsable administratif et financier, par la société [V] exerçant une activité d'ingénierie et d'études techniques, aux droits de laquelle vient la société suez international.

2. Licencié, par lettre du 6 octobre 2010, et estimant ne pas avoir été payé des jours de travail effectués au-delà de la durée prévue par la convention de forfait en jours qui lui était applicable, il a saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement et obtenir des rappels de salaires notamment au titre de la majoration de 25 % de la rémunération des jours litigieux.

[...]

Sur le deuxième moyen, pris en ses trois premières branches, du pourvoi incident

Enoncé du moyen

4. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une certaine somme au titre de l'indemnité de dépassement de la convention de forfait en jours, outre les congés payés afférents, alors :

« 1^o/ que selon l'article L. 212-15-3, devenu l'article L. 3121-49, du code du travail, en sa rédaction antérieure à la loi n^o 2008-789 du 20 août 2008, lorsque le nombre de jours travaillés dépasse le plafond annuel fixé par la convention ou l'accord, le salarié doit bénéficier, au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jours de repos égal à ce dépassement ; que ce nombre de jours réduit le plafond annuel de l'année durant laquelle ils sont pris ; [...]

2^o/ que l'article 4 de la loi n^o 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise -qui prévoit à titre transitoire une majoration de salaire de 10 % pour les journées ou demi-journées travaillées du fait de la renonciation par le salarié, auquel est applicable une convention de forfait en jours, à des jours de repos- n'est applicable qu'à compter du 1^{er} avril 2005 et jusqu'au 31 décembre 2008, aux seules entreprises dont l'effectif est au plus égal à vingt et dans le seul cas où le salarié a renoncé à des jours de congé, avec l'accord de l'employeur ; [...]

3^o/ qu'en accordant au salarié une majoration de 25 % pour chaque journée travaillée au-delà de la durée prévue par la convention de forfait au cours de la période courant du 1^{er} janvier 2006 au 21 août 2008, quand l'article 4 de la loi n^o 2005-296 du 31 mars 2005 prévoyait uniquement, pour les sommes à caractère salarial exigibles du 1^{er} avril 2005 au 31 décembre 2008, une majoration de 10 %, la cour d'appel a violé ce texte. »

Réponse de la Cour

5. Selon l'article L. 212-15-3 III, devenu L. 3121-49, dans sa rédaction antérieure à la loi n^o 2008-789 du 22 août 2008, lorsque le nombre de jours travaillés dépasse le plafond annuel fixé par la convention ou l'accord collectif de travail, le salarié bénéficie, au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jours égal à ce dépassement.

6. Selon l'article L. 212-15-3 III, devenu L. 3121-46 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n^o 2008-789 du 22 août 2008, une convention ou un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement peut ouvrir la faculté au salarié qui le souhaite, en accord avec l'employeur, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. La convention ou l'accord collectif de travail détermine notamment le montant de cette majoration ainsi que les conditions dans lesquelles les salariés font connaître leur choix.

7. En l'absence d'accord sur le taux de majoration de la rémunération des jours de repos auxquels le salarié a renoncé,

le juge fixe le montant de la majoration applicable au salaire dû en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

8. Après avoir constaté que le salarié avait accompli des jours de travail en dépassement du forfait de 215 jours et que ceux-ci avaient été payés par l'employeur, de sorte que les jours de repos équivalents n'avaient pas été pris, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche non demandée, relative à l'application des dispositions transitoires de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005, a fixé le montant de la majoration due au salarié.

9. Le moyen, irrecevable en sa troisième branche, comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre dernières branches, du pourvoi incident

Énoncé du moyen

10. L'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 4^o/ que l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 - applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008 -, subordonne le droit à majoration de rémunération du salarié soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année à sa renonciation préalable, avec l'accord de l'employeur, à une partie de ses jours de repos ; [...] ;

5^o/ qu'en application de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 - applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008 -, le salarié a droit, en cas de dépassement de la durée prévue par la convention individuelle de forfait en jours sur l'année, à la rémunération afférente aux journées de travail excédentaires, ainsi qu'à une majoration de salaire, fixée par avenant à la convention de forfait, qui ne peut être inférieure à 10 % ; qu'en l'absence d'avenant précisant un taux de majoration supérieur au taux légal de 10 %, le salarié a uniquement droit à celui-ci ; [...] ;

6^o/ que le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas reconnaissance de celui-ci ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel - qui a considéré que le silence gardé par l'employeur valait reconnaissance de l'existence d'un accord des parties sur une majoration de 25 % - a violé l'article 1315 du code civil en sa rédaction applicable au litige ;

7^o/ qu'en s'abstenant de constater, pour les journées excédentaires postérieures au 22 août 2008, un accord des parties sur un tel taux de 25 %, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. »

Réponse de la Cour

11. Selon l'article L. 3121-45 dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, 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. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit. Le nombre de jours travaillés dans l'année ne peut excéder un nombre maximal fixé par l'accord prévu à l'article L. 3121-39. À défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours. Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %.

12. En l'absence de conclusion d'un tel accord, le juge fixe, dans le respect du minimum de 10 %, le montant de la majoration applicable à la rémunération due en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

13. Après avoir constaté l'absence d'accord écrit relatif à la renonciation des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire et que l'employeur, qui en avait connaissance, avait payé les jours accomplis au-delà du forfait, de

sorte que les parties étaient convenues de la renonciation aux jours de repos correspondants, la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans être tenue de procéder à une recherche inopérante, a estimé le montant des sommes restant dues au salarié en contrepartie des jours travaillés en dépassement du forfait de 215 jours fixés par la convention individuelle de forfait en jours.

14. Le moyen n'est donc pas fondé. [...].

- (1) Au 1^{er} mai 2008, dans le cadre de la recodification à droit constant, cet article est devenu l'article L. 3121-46 du Code du travail.

- (2) L. n° 2005-296, 31 mars 2005, portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise.

- (3) L. n° 2016-1088, 8 août 2016, rel. au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

- (4) Cass. soc., 31 oct. 2012, n° 11-17.223. La Cour de cassation rappelle le principe selon lequel l'acceptation de la modification du contrat de travail ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté et ne peut se déduire d'un acquiescement implicite.

- (5) L'article 14 de la Convention collective de la métallurgie, accord nationaux ouvriers, ETAM ingénieurs et cadre prévoit la possibilité de renonciation à des jours de repos et que le montant du complément lié à la renonciation à un jour de repos et égal à la valeur d'un jour de salaire réel forfaitaire. L'accord conclu en 2003 et amendé en 2006 ne prévoit donc pas de majoration.

- (6) Cass. soc., 7 déc. 2010, n° 09-42.626.

- (7) C. trav., art. L. 3121-36.

- (8) C. trav., art. L. 3121-55.

- (9) C. trav., art. L. 3121-63.

- (10) C. trav., art. L. 3121-65.

- (11) Cass. soc., 6 janv. 2021, n° 17-28.234.