

- > **Auditer et sécuriser les forfaits-jours** : les conseils de M. Riou et G. Chastagnol, avocats
- > **Autorisation de licenciement** : des précisions sur la date d'appréciation des efforts de reclassement
- > **Comment encourager les entreprises** à favoriser l'emploi des personnes handicapées ?
- > **L'emploi caracole en tête des réclamations** pour discrimination devant le Défenseur des droits

## le dossier pratique p. 1-12

- > **Mise en place et gestion du forfait-jours**, mode d'emploi à jour de la loi Travail et des ordonnances

## // l'actualité

LIAISONS SOCIALES PRESSE

## TEMPS DE TRAVAIL

# Auditer et sécuriser les forfaits-jours : les conseils de M. Riou et G. Chastagnol, avocats

**Comment sécuriser ses pratiques en matière de forfaits-jours, en s'assurant de leur conformité aux exigences légales et jurisprudentielles? Alors que la législation sur le sujet a récemment évolué avec les ordonnances Macron et la loi de ratification du 29 mars 2018, Martine Riou, avocate associée chez Coblenz & Associés, et Grégory Chastagnol, avocat associé chez Fromont-Briens, font le point pour *Liaisons sociales quotidien*.**

## Comment apprécier si un salarié est éligible au forfait-jours ?

**Martine Riou** : Il faut d'abord se référer à l'article L. 3221-58 du Code du travail, d'où il ressort un critère essentiel : l'**autonomie** dans l'**organisation** de l'**emploi** du **temps**. C'est ce que rappelle régulièrement la Cour de Cassation (*Cass. soc.*, 15 décembre 2016, n° 15-17568, à propos des responsables de salle dans un casino). Un établissement ouvert au public, avec forcément des horaires d'ouverture, suppose que les salariés suivent aussi ces horaires, et donc qu'ils relèvent plus d'un statut de cadre intégré que de cadre autonome, mais ce n'est pas systématique. L'employeur doit s'interroger sur la manière réelle de travailler du salarié : dispose-t-il d'une autonomie non seulement dans ses fonctions (critère souvent invoqué par l'employeur) mais aussi et surtout dans son emploi du temps ? Par ailleurs,

l'employeur devra vérifier les **dispositions conventionnelles**. En effet certaines conventions collectives subordonnent l'accès au forfait-jours à une classification ou à une condition de rémunération minimale (Syntec, spectacle vivant, etc.). Enfin, l'article L. 3121-61 du Code du travail rappelle indirectement que le salarié en forfait-jours doit percevoir une rémunération en rapport avec les sujétions qui lui sont imposées ; on peut dire qu'un salarié en forfait-jours bénéficie d'une **rémunération** d'un certain niveau. **Grégory Chastagnol** : À l'inverse, ce n'est pas parce que l'employeur impose la présence à des réunions, ou des missions particulières, même avec présence contrainte, que l'autonomie ne sera pas caractérisée : tout est question de mesure.

## Pour auditer l'accord collectif applicable dans l'entreprise, quels sont les points à vérifier ?

**Grégory Chastagnol** : Qu'il s'agisse d'appliquer un accord de branche ou d'entreprise, il convient tout d'abord de vérifier que ces accords ne sont pas appliqués unilatéralement, mais sont bien d'**application impérative** : il doit s'agir soit d'un accord étendu ou signé par une organisation patronale à laquelle l'entreprise adhère, dont l'entreprise relève impérativement par l'effet de son activité réelle principale, soit d'un accord d'entreprise toujours en vigueur, et non simplement poursuivi par usage ou engagement unilatéral après un transfert d'entreprise, pour ne viser que les hypothèses les plus courantes.

Il faut ensuite vérifier l'existence dans l'accord des **clauses obligatoires** prévues par la loi [NDLR : *v. le dossier pratique*

*n° 80/2018 du 30 avril 2018 joint à cette édition*].

Il convient enfin d'être vigilant quant aux **prescriptions** de l'**accord de branche**. Celui-ci peut imposer un certain nombre de clauses à l'accord d'entreprise. Vérifier la conformité de l'accord d'entreprise par rapport à la loi sans vérifier sa **conformité** par rapport à l'**accord de branche** éventuellement applicable peut donc être une première erreur à ne pas commettre.

## L'accord d'entreprise ne prime-t-il pas désormais sur l'accord de branche ?

**Martine Riou** : Oui, en théorie, l'accord d'entreprise prime désormais sur l'accord de branche, mais il faut à mon sens préciser, notamment dans l'accord d'entreprise, que les partenaires sociaux ont voulu s'affranchir de l'accord de branche.

**Grégory Chastagnol** : Une réserve peut aussi être émise concernant les stipulations d'un **accord de branche** qui exigeraient un **salairé minimum** pour bénéficier du **forfait-jours**. Cette condition sera-t-elle analysée comme un salaire minimum hiérarchique, auquel l'accord d'entreprise ne saurait déroger, ou bien comme un minima d'une autre nature que l'accord d'entreprise pourrait réduire, voire simplement supprimer ? À notre sens, un tel salaire minimum n'a rien de hiérarchique, et un accord d'entreprise pourrait donc exclure toute exigence de salaire minimum. La question du silence de l'accord d'entreprise, s'agissant de stipulations prévues par l'accord de branche, se pose aussi. S'agira-t-il de considérer que le silence de l'accord d'entreprise vaut absence de condition, et donc dérogation à l'accord de branche,

ou qu'au contraire, en l'absence de stipulations expresses de l'accord d'entreprise excluant l'accord de branche, celui-ci demeure? Cette seconde interprétation peut, à notre sens, être retenue dès lors que l'accord d'entreprise n'est pas conçu par les signataires comme un complément à la branche, mais bien comme un dispositif autonome.

### **Quels mécanismes de contrôle des temps de repos et de la charge de travail prévoir?**

**Martine Riou:** C'est à l'employeur de vérifier que le salarié bénéficie bien du **temps de repos**. Il lui appartient de mettre en place un outil permettant ce contrôle. Mais attention: ce ne sont pas les horaires de travail et le temps de travail qui sont contrôlés, mais bien les **temps de repos**. Un système de badge? pourquoi pas. Même s'il me semble difficile à mettre en œuvre de par les missions confiées généralement au salarié en forfait-jours, qui impliquent souvent des déplacements et des réunions à l'extérieur ou encore la possibilité offerte de travailler de chez eux. Un système **auto-déclaratif** est le plus souvent mis en œuvre, mais il suppose un réel contrôle et une validation du supérieur hiérarchique.

Quant au **suiti de la charge de travail**, le système de contrôle des temps de repos est un premier outil pour l'assurer: un salarié qui, chaque jour ou presque, travaille treize heures, doit amener l'employeur à s'interroger sur sa charge de travail. Les entretiens individuels réguliers, le droit à déconnexion, un système d'alerte sont aussi des outils

indispensables à mettre en œuvre. Le supérieur hiérarchique ou management de proximité est au cœur du contrôle de la charge de travail.

### **Quelle stratégie adopter si l'accord d'entreprise n'est pas conforme?**

**Grégory Chastagnol:** Tout dépend des clauses visées. S'il s'agit des clauses portant sur le contrôle et le suivi de la charge de travail et le droit à la déconnexion, la **révision** peut-être envisagée, mais la mise en place de **dispositifs unilatéraux** est aussi possible [NDLR: v. le dossier pratique n° 80/2018 du 30 avril 2018 joint à cette édition].

S'il s'agit des autres clauses, seule la **révision** ou la **dénonciation** suivie d'un nouvel accord peut permettre de régulariser la situation. Le levier que constitue la dénonciation est parfois le seul moyen de convaincre la partie salariée de l'opportunité de la révision: faire comprendre aux intéressés que la dénonciation conduira à terme à un retour aux 35 heures sans jour de repos et que cette réalité, qui n'est pas que virtuelle, est parfois un passage obligé.

### **La sécurisation vaut-elle aussi pour le passé?**

**Grégory Chastagnol:** En l'état actuel du droit, tant la révision de l'accord collectif par conclusion d'un avenant que son «rattrapage» par voie unilatérale permettent de sécuriser le dispositif **pour l'avenir**, mais non de sécuriser les périodes au titre desquelles le dispositif aurait été irrégulier.

En contrepoint, l'article L. 2262-15 du Code du travail (issu de l'ordonnance

n° 2017-1385 du 22 septembre 2017) permet au juge, en cas d'**annulation** de tout ou partie d'un **accord collectif**, de décider que l'annulation ne produira d'effets **que pour l'avenir** ou de **moduler** les effets dans le temps de sa décision. Cette formule autorisera de nombreuses créations prétoriennes, comme par exemple de faire reporter une décision d'annulation en laissant aux parties le temps de négocier.

### **Quelles sont les autres opportunités issues des ordonnances Macron?**

**Grégory Chastagnol:** La dernière loi de ratification des ordonnances Macron du 29 mars 2018 a prévu la possibilité de modifier les dispositifs de forfait en jours par la conclusion d'un **accord collectif** dit de «**performance collective**». Conclu pour une durée déterminée, ce type d'accord permet d'imposer collectivement une **modification** de la durée du travail ou de la rémunération individuelle, y compris impliquant une modification contractuelle, **sans** nécessité d'un **accord individuel** exprès du salarié. Et en cas de refus, il permet à l'employeur de prononcer un **licenciement sui generis**, non économique, qui sera justifié par le seul effet du refus du salarié. Appliqué au forfait-jours, il s'agira par exemple de relever le nombre de jours travaillés collectivement ou de réduire le niveau de rémunération des salariés concernés, ici aussi collectivement sans avenant individuel. Le dispositif est très intéressant s'agissant d'entreprises qui ont pu prévoir historiquement des forfaits très réduits et très coûteux en jours de repos. ■

IRP

## **Autorisation de licenciement: des précisions sur la date d'appréciation des efforts de reclassement**

**Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, pour inaptitude ou pour motif économique, l'administration doit s'assurer du sérieux des efforts de reclassement menés par l'employeur, et ce jusqu'à la date à laquelle elle rend sa décision. Dans un arrêt du 13 avril 2018, le Conseil d'État décide toutefois de déroger à ce principe dans le cas particulier d'une décision administrative rendue sur recours hiérarchique alors que le salarié a déjà été licencié sur la base de l'autorisation initiale de l'inspecteur du travail.**

La loi fait peser sur l'employeur une obligation de reclassement avant tout licenciement pour motif économique ou pour inaptitude (*C. trav.*, art. L. 1233-4; L. 1226-2 et L. 1226-10). Avant d'autoriser le **licenciement d'un salarié protégé**, l'inspecteur du travail doit s'assurer que cette obligation a été correctement exécutée et que les efforts de reclassement ont été effectifs et sérieux.

La détermination de la **date** à laquelle l'**administration** doit se placer pour vérifier qu'**aucun reclassement n'était possible** et que tous les efforts nécessaires ont été entrepris par l'employeur pose cependant certaines difficultés, et en

particulier lorsque, sur **recours hiérarchique**, le **ministre** annule la décision de l'inspecteur du travail et prend une **nouvelle décision d'autorisation** alors que le salarié a déjà été licencié dans l'intervalle. Ce cas de figure vient d'être tranché par le Conseil d'État le 13 avril dernier: les possibilités de reclassement s'apprécient, par exception, à la **date** du **licenciement** et non à la date à laquelle le ministre rend sa décision.

### **Poste devenu disponible entre le licenciement et la décision du ministre**

L'affaire concerne un **salarié protégé licencié pour inaptitude** physique en