

¹ Soc., 12 juillet 2017, n° 15-26.262 : *Lexbase hebdo éd. sociale*, n° 708, 27 juillet 2017, note D. Tharaud ; *Cah. soc.* 2017, p. 394, note J. Icard ; *Cah. soc.* 2017, p. 410, note Fl. Canut.

² *Commission c/ France*, 25 octobre 1988, aff. 321/86, Rec., p. 6315.

I. LA JOURNÉE INTERNATIONALE DES DROITS DES FEMMES ET LA COUR DE CASSATION

Une décision¹, promise à large diffusion, a validé un accord collectif d'entreprise réservant aux salariées l'octroi d'une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits de la femme. En l'espèce, un salarié a estimé subir une inégalité de traitement. Plus précisément, il fondait son moyen de cassation sur l'article L. 3221-1 du Code du travail relatif au principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur cette question, et a choisi d'orienter le débat vers l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, issue du titre IV du livre I du Code du travail. Premier glissement...

Le pourvoi est rejeté car « en application des articles L. 1142-1, L. 1143-1 et L. 1143-2 du Code du travail, interprétés à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un accord collectif peut prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits de la femme, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». On appréciera la note explicative de la Cour de cassation, disponible sur son site internet, qui permet de mieux saisir son raisonnement.

Cette note comporte deux longs paragraphes explicitant le droit de l'Union européenne en matière de discrimination positive et d'égalité de traitement. À l'origine, la Cour de justice était extrêmement restrictive en la matière, n'admettant de telles discriminations que si elles étaient justifiées par la condition biologique de la femme. La France avait d'ailleurs été condamnée du fait de clauses conventionnelles octroyant aux femmes une journée de congé lors de la fête des mères². Puis, le droit de l'Union européenne a été plus ouvert aux mesures favorables aux femmes, lesquelles ont basculé vers la problématique plus générale de l'égalité de traitement.

L'aboutissement de cette évolution est l'article 157, paragraphe 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), visé par la Cour de cassation, selon lequel « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Ce détour par le droit de l'Union européenne légitime moins l'ouverture d'esprit à l'égard de mesures favorables aux femmes, qu'il permet à la Cour de cassation de ne pas tenir compte de la nature de l'avantage accordé aux femmes.

En vertu de l'article L. 1142-3 du Code du travail, toute clause d'un accord collectif de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure à un ou des salariés, en considération du sexe, est nulle. Ce principe ne fait pas obstacle, selon l'article L. 1142-4, à ce que des mesures soient prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. On retrouve ici les termes employés dans l'attendu à commenter. Mais ces mesures doivent être, selon ledit article, « temporaires ». Or, tel n'était pas le cas de la demi-journée de repos accordée en l'espèce. Cependant, le droit de l'Union européenne permet de ne pas tenir compte de la temporalité de la mesure, car l'article 157 du TFUE vise des « avantages spécifiques », sans tenir compte de leur nature. Deuxième glissement...

En outre, ces mesures positives peuvent avoir, selon l'article L. 1142-4 du Code du travail, plusieurs sources : le règlement, une convention de branche étendue ou accord collectif étendu, et un plan pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. *A priori*, un accord collectif d'entreprise ne peut pas contenir de telles mesures. Cependant, la Cour de cassation considère que si un employeur peut mettre en œuvre unilatéralement un tel plan en vertu de l'article L. 1143-2 du Code du travail, un accord d'entreprise peut le faire *a fortiori*. Cette interprétation est confortée par la jurisprudence actuelle, à laquelle fait référence la note explicative, qui accorde une large marge d'appréciation aux partenaires sociaux dans les entreprises quant à la définition de la norme collective. Troisième glissement...

Finalement, le cheminement emprunté par la Cour de cassation a été long et tortueux. Les glissements ont été nombreux pour sauver une clause conventionnelle, dont il est douteux qu'elle participe à restaurer l'égalité entre les hommes et les femmes.

³ En ce qui concerne les accords de branche, v. Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 pour la métallurgie ; Soc., 2 juillet 2014, n° 13-19.990 pour le commerce et la réparation automobile ; Soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444 pour le secteur bancaires. En ce qui concerne les accords d'entreprise, v. not. Soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.256.

⁴ Soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762 : *Lexbase hebdo éd. sociale*, n° 705, 6 juillet 2017, note S. Tournaux ; *JCP S*, 2017, 1267, note M. Morand.

II. FORFAIT-JOURS, PLUS D'EXCUSE POUR NE PAS CONNAÎTRE LES GARANTIES CONVENTIONNELLES

La validité des conventions individuelles de forfait-jours est subordonnée à l'existence d'un accord de branche ou d'entreprise garantissant le droit à la santé et au repos. Rares sont les accords en la matière à avoir survécu au contrôle exercé par la Cour de cassation³. Une décision récente a validé un tel accord d'entreprise⁴. Les exemples jurisprudentiels sont aujourd'hui suffisamment nombreux pour connaître le contenu adéquat des garanties conventionnelles en matière de forfait-jours.

En l'espèce, une salariée ayant signé une convention individuelle de forfait-jours demandait notamment le paiement d'un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et de diverses indemnités. Elle estimait que le contenu de l'accord d'entreprise relatif au forfait-jours ne garantissait pas la protection de sa sécurité et de sa santé, et que l'employeur n'avait pas mis en œuvre les mesures prévues par l'accord.

La Cour de cassation décide que l'accord d'entreprise précipité répond aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, « en ce qu'il prévoit, d'une part que les cadres sont tenus de déclarer régulièrement dans le logiciel « temps » en place dans l'entreprise le nombre de jours ou de demi-journées travaillées ainsi que le nombre de jours ou de demi-journées de repos et qu'une consolidation est effectuée par la direction des ressources humaines pour contrôler leur durée de travail, d'autre part qu'au cours de l'entretien annuel d'appréciation, le cadre examine avec son supérieur hiérarchique la situation du nombre de jours d'activité au cours de l'exercice précédent au regard du nombre théorique de jours de travail à réaliser, les modalités de l'organisation, de la charge de travail et de l'amplitude de ses journées d'activité, la fréquence des semaines dont la charge a pu apparaître comme atypique, que toute mesures propres à corriger cette situation sont arrêtées d'un commun accord et que s'il s'avère que l'intéressé n'est pas en mesure d'exercer ses droits à repos, toute disposition pour remédier à cette situation sera prise d'un commun accord entre le cadre concerné

et son manager ». Le contenu d'un accord relatif au forfait-jours est subordonné à la présence de trois garanties. En premier lieu, l'accord doit prévoir un décompte du temps de travail et des repos. Le décompte est réalisé par les deux parties au contrat de travail. Le salarié déclare les journées et les demi-journées de travail et de repos. L'employeur contrôle ces déclarations. En deuxième lieu, un bilan rétrospectif du forfait-jours doit être réalisé avec le supérieur hiérarchique, lors de l'entretien annuel individuel. En troisième lieu, l'accord doit mettre en place un « dispositif de rattrapage » du forfait-jours. Si l'organisation du forfait-jours est défailante, le salarié et son supérieur hiérarchique doivent arrêter, d'un commun accord, les mesures propres à corriger cette situation.

Le contenu de l'accord collectif fait donc peser une grande partie du dispositif du forfait-jours sur le salarié. Ce dernier doit déclarer son « temps » de travail, auto-examiner son organisation du travail, et trouver par lui-même des solutions à une organisation défailante. La responsabilisation du salarié en forfait-jours va de pair avec l'autonomie dont il doit disposer dans l'organisation de son travail en vertu de l'article L. 3121-43 du Code du travail. Cette responsabilisation est contrebalancée par le fait que la mise en œuvre du forfait-jours repose sur l'employeur. Le contentieux risque d'ailleurs de se déplacer du contenu des accords collectifs relatif au forfait-jours vers le contrôle de sa mise en œuvre. Cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. En l'espèce, « la Cour d'appel, [...], a relevé que la mise en place du forfait-jours avait fait l'objet d'un suivi régulier par l'employeur, et fait ressortir que celui-ci avait veillé à ce que la charge de travail de la salariée ne soit pas excessive ».

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, qui n'était pas applicable au litige, a précisé le contenu des accords collectifs autorisant le recours au forfait-jours⁵. Le dispositif du droit du forfait-jours repose sur trois étages : la loi distingue ce qui relève de l'ordre public, de la négociation collective et de la suppléativité en l'absence d'accord. Le contenu de l'accord est précisé par le II de l'article L. 3121-64 du Code du travail. L'accord d'entreprise en l'espèce semble en grande partie conforme à cette disposition. Les modalités d'exercice du droit à la déconnexion font toutefois défaut. Il ne sera pas nécessaire de réviser l'accord, dans la mesure où les dispositions supplétives de l'article L. 3121-65 dudit Code s'appliqueront. L'employeur devra déterminer unilatéralement les modalités d'exercice de ce droit à la déconnexion, et les communiquer par tout moyen au salarié concerné.

⁵ V. not. S. Tournaux, « Loi "Travail" : le nouveau régime des conventions de forfait et le rôle central du suivi de la charge de travail », *Lexbase hebdo éd. sociale*, n° 666, 1^{er} septembre 2016 ; M. Morand, « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S*, 2016, n° 1295.