

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**



16 décembre 2003

**Réclamation collective n° 16/2003
CFE-CGC c. France**

Pièce n° 4

**OBSERVATIONS DE LA CFE-CGC
SUR LE BIEN-FONDÉ**

enregistrées au Secrétariat le 12 décembre 2003

Société Civile Professionnelle
JEAN-JACQUES GATINEAU

*Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de Cassation*

18, AVENUE DE FRIEDLAND - 75008 PARIS
TÉL. 01 45 63 16 32
FAX 01 45 63 16 27

Paris, le 12 DECEMBRE 2003

Aff : CFE-CGC
c/ ETAT FRANÇAIS

N/Réf : Réclamation n° 16-2003 - JJG/fy
(à rappeler impérativement SVP)

V/Réf : Réclamation n° 16/2003

RECOMMANDE AR



Monsieur,

Je vous prie de trouver ci-joint le mémoire en réplique que je dépose dans cette affaire en réponse aux observations produites par le Gouvernement français.

Vous en souhaitant bonne réception, je vous prie de croire, Monsieur, à l'assurance de mes sentiments respectueux.

*A l'attention de Monsieur Régis BRILLAT
Secrétaire exécutif de la Charte Sociale Européenne*

SECRETARIAT DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE
Direction Générale des Droits de l'Homme - DG II
Conseil de l'Europe
F-67075 STRASBOURG CEDEX

E-mail : Social.charter@coe.int

Fax : 03-88-41-37-00

*Successor de la S.C.P. Desaché Gatineau
Membre d'une association agréée. Le paiement par chèque est accepté.*

REPLIQUE AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS

SUR LA RECLAMATION n° 16/2003

DE LA CONFEDERATION FRANCAISE DE L'ENCADREMENT

DEVANT LE COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX

I. Par le présent mémoire, la Confédération Française de l'Encadrement « CFE-CGC », requérante, entend répliquer aux observations présentées par le Gouvernement Français sur la réclamation relative à la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, présentée le 14 mai 2003 aux Comité Européen des Droits Sociaux.

Par une décision en date du 16 juin 2003, le Comité européen des droits sociaux a déclaré recevable la requête formée par le syndicat requérant.

Le Gouvernement français a en conséquence formulé des objections tendant au rejet au fond de la requête ; objections qui ne sont toutefois aucunement convaincantes, comme le requérant va le démontrer.

II. S'agissant tout d'abord des observations préalables relatives à la réclamation n° 9/2000 déjà examiné par le Comité européen des droits sociaux, et qui concernait la loi dite « Aubry II » du 19 janvier 2000, le Gouvernement ne peut faire autrement que rappeler que cette requête avait été jugée partiellement bien fondée par le Comité, en particulier en ce que le dispositif légal régissant le forfait-jours ne prévoyait aucune limite raisonnable à la durée du travail, journalière comme hebdomadaire (cf : décision du 11 décembre 2001).

A cette occasion, le Comité européen des droits sociaux avait admis que la mesure litigieuse pouvait concerner un nombre significatif de salariés, et devait donc respecter les exigences de la Charte.

Le Comité des Ministres a cependant cru bon ne pas suivre cette décision, prétexte pris de ce que le forfait-jours n'était susceptible de concerner que 5 % des salariés.

Aussi contestable que soit cette appréciation, elle ne pourra en tout cas s'appliquer à la présente requête.

Comme il a été amplement exposé par le requérant, les nouvelles dispositions légales mises en œuvre par la réforme du 17 janvier 2003 ont pour effet principal d'étendre considérablement le champ du forfait-jours, en permettant un recours quasi-discrétionnaire à ce procédé, moyennant la conclusions d'accords de branche ; la loi n'encadrant plus d'aucune garantie spécifique ni d'aucun critère réel le recours à ce procédé.

Le Gouvernement ne peut donc sérieusement soutenir que les dispositions de la loi du 17 janvier 2003 n'auraient aucunement affecté les modalités encadrant la possibilité de mettre en œuvre le forfait en jours ; tout en reconnaissant d'ailleurs que la loi a modifié le critère de définition des cadres susceptibles de relever de ce procédé, ce qui a évidemment pour effet d'augmenter considérablement le nombre de salariés concernés.

La loi de 17 janvier 2003, contrairement à ce qu'observe le Gouvernement, a incontestablement pour effet d'élargir les possibilités de recours au forfait en jours, et de diminuer encore les garanties, déjà insuffisantes, encadrant le recours à ce procédé et la détermination par la négociation collective des modalités de ce recours.

Dans le même temps, la nouvelle loi n'a aucunement cherché à corriger les carences du texte précédent, emportant méconnaissance de la Charte Sociale Européenne comme l'a retenu le Comité dans sa décision du 11 décembre 2001 ; puisque la loi du 17 janvier 2003 n'a, pas plus que la loi du 19 janvier 2000, encadré le forfait jours dans des limites raisonnables de durée du travail, journalière ou hebdomadaire.

III. Particulièrement vaine à cet égard est la référence faite par le Gouvernement à la nécessité d'un accord de branche pour déterminer les catégories de cadres devant relever du forfait jours (cf : Observations du Gouvernement français, 2.1.1 p. 5).

D'abord, comme on y reviendra, c'est à tort que le législateur a entrepris de « sécuriser » des accords de branche conclus sous l'empire de la loi antérieure, et annulés comme non conformes à cette loi par des décisions passées en force de chose jugée.

Le Gouvernement ne peut donc s'arc-bouter sur la nécessité d'un accord de branche, comme constitutive d'après lui d'une garantie spécifique encadrant le recours au forfait-jours, alors que d'une part la seule exigence d'un tel accord ne constitue aucunement une telle garantie ; et que d'autre part le renvoi à l'accord de branche est en lui-même vicié de par la validation rétroactive d'accords illégaux au mépris de décisions judiciaires passées en force de chose jugée.

Symptomatique est à cet égard la référence faite par le Gouvernement à l'existence d'un « *grand nombre d'accords de branche qui ont précisé les catégories de cadres susceptibles de conclure des conventions de forfaits en jours* », alors que bon nombre de ces accords ont justement été déclarés illégaux sous l'empire de la loi précédente, et ont été validés par la loi du 17 janvier 2003 en contravention avec les principes posés en particulier par la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais surtout, le Gouvernement est très mal venu de s'appuyer sur la conclusion d'accords de branche pour alléguer l'existence de garanties spécifiques suffisantes au sens de la Charte Sociale Européenne, en affirmant que les accords d'entreprise sont liés par les dispositions de ces accords de branche (cf : Observations du Gouvernement, 2.1.1 p. 5 § 3).

Il serait presque cocasse, si les enjeux n'étaient pas si graves, et il est en tout cas singulier pour le requérant de devoir rappeler au Gouvernement français **qu'il a lui-même déposé un projet de loi relatif « à la formation tout au long de la vie et au dialogue social », dont la mesure phare consiste précisément à modifier en profondeur la hiérarchie des normes en droit social et *in fine* à battre en brèche le principe de faveur ; en permettant en particulier aux accords d'entreprise de déroger de manière générale aux accords de branche dans un sens défavorable aux salariés, sauf exclusion expresse d'une telle dérogation stipulée dans l'accord de branche.**

On conçoit dès lors qu'est dénuée du moindre sérieux l'objection du Gouvernement consistant à prétendre que la loi nouvelle respecte l'exigence de garantie spécifique quant à la détermination par voie de négociation collective des modalités de recours au forfait-jours et aux catégories de cadres concernés, du fait de la nécessité d'accords de branche qui s'imposeraient aux accords d'entreprise.

Au contraire, comme le soulignait déjà le requérant dans sa requête, la loi élargit considérablement les possibilités de recours au forfait-jours, sans prévoir aucune limite raisonnable de durée du travail, et en renvoyant en outre la détermination des catégories de salariés concernés à la négociation collective avec pour seul viatique un vague critère d'autonomie autorisant tous les arbitraires ; et en permettant en outre toutes les discriminations, puisque la détermination *in fine* des catégories de cadres relevant du forfait-jours dépendra du rapport de force au sein de chaque entreprise, et aucunement d'un critère objectif susceptible d'un contrôle judiciaire effectif.

L'imminence de l'instauration d'un droit généralisé à ce que les accords d'entreprise dérogent aux accords de branche ne fait que renforcer avec une acuité évidente les travers de la loi du 17 janvier 2003, ainsi que les risques d'abus et d'arbitraires en résultant.

Il convient également de souligner que, bien entendu, les accords de branche illégaux conclus sous l'empire de la loi précédente, et que la loi du 17 janvier 2003, a entrepris de valider, n'ont évidemment pu stipuler utilement une interdiction de dérogation pour les accords d'entreprise ; puisque à l'époque de leur conclusion, il n'était pas encore question de permettre la généralisation d'une telle dérogation, sauf stipulation contraire.

Ainsi, la référence du Gouvernement à la garantie que représenterait la conclusion d'accords de branche s'imposant aux accords d'entreprise apparaît particulièrement spécieuse, puisque non seulement il est en train de faire en sorte que les accords de branche ne s'imposent plus aux accords d'entreprise, mais en outre il a validé des accords de branche qui ne pouvaient à l'époque de leur conclusion anticiper sur cette remise en cause de la hiérarchie des normes conventionnelles, et donc limiter les dérogations possibles par accords d'entreprise.

Loin de démontrer l'innocuité de la loi par rapport aux principes posés par la Charte sociale européenne, les observations du Gouvernement tendent en réalité à conforter les violations dénoncées par le requérant.

IV. Sur le caractère vague du critère d'autonomie, le requérant ne peut que confirmer ses développements précédents.

Du reste, les explications du Gouvernement sur ce point ne sont aucunement convaincantes, puisqu'elles consistent essentiellement à insister sur la clarification de la notion de cadres intégrés, lesquels relèvent de l'horaire collectif (cf : § 2.1.3 p. 6).

Mais, précisément, c'est bien là l'illustration de l'extrapolation du forfait jours dénoncée par le requérant, car la question n'est pas de différencier le cadre autonome relevant du forfait jours du cadre intégré relevant de l'horaire collectif de travail ; mais bien le cadre autonome relevant du forfait jours du cadre qui n'est pas assez intégré pour relever de l'horaire collectif ni assez autonome pour relever du forfait jours, et devrait donc pouvoir conclure des forfaits en heures.

Force est bien de constater que la loi tend en réalité à supprimer de fait, petit à petit, la catégorie des cadres dits intermédiaires relevant du forfait en heures.

Cela signifie donc que tout cadre qui ne sera ni dirigeant, ni intégré, c'est-à-dire en réalité la très grande majorité des cadres, aura vocation à relever du forfait jours, le forfait en heures tombant de fait en désuétude puisque le cadre non intégré sera considéré comme suffisamment « autonome » pour relever du forfait jours.

C'est d'ailleurs très exactement ce que relevait sans ambiguïté un éminent auteur commentant la loi du 17 janvier 2003, en soulignant que « *la déclinaison des cadres se résume désormais à trois : dirigeants, intégrés (catégorie quelque peu élargie) et autonome pouvant conclure une convention de forfait jours. En effet, la définition de ces derniers est tellement large qu'elle fait disparaître la distinction opérée par l'article L 212-15-3 entre cadres au forfait heures et cadres au forfait jours. C'est cette dernière solution qui se généralisera* » (cf : Françoise FAVENNEC-HERY : Mutations dans le droit de la durée du travail, Dr. social N°1 Janvier 2003, p. 36 c).

Révéléateur est à cet égard le silence embarrassé du Gouvernement dans ses observations, qui se garde bien de s'expliquer sur la survie d'une distinction entre cadres au forfait heures et cadres au forfait jours.

C'est donc bien l'ensemble de la catégorie des cadres intermédiaires qui aura vocation à relever du forfait jours, pour peu que les accords collectifs d'entreprise, dérogeant le cas échéant aux accords de branche, le prévoient au prix d'une simple référence formelle à l'autonomie de ces cadres.

Là encore, les objections du Gouvernement sont donc sans portée, et la violation de la Charte est établie, car si la loi Aubry II n'encadrerait pas suffisamment par des garanties spécifiques le renvoi à la négociation collective pour déterminer les catégories de cadres relevant du forfait jours, c'est incontestablement *a fortiori* le cas de la loi Fillon II.

Il est tout aussi incontestable que cette loi a pour effet d'élargir considérablement le nombre de salariés susceptibles de relever du forfait jours, et qu'elle a donc vocation à toucher un nombre de salariés suffisamment significatif pour qu'elle doive respecter les exigences posées par la Charte Sociale Européenne.

A cet égard, il est à noter que d'autres syndicats ont décidé de présenter un recours fondé sur la contrariété entre la loi Fillon II et la Charte Sociale Européenne ; en soulignant que depuis la loi Aubry II et le recours précédent du requérant, les choses avaient évolué, la pratique montrant que « *c'est massivement que les cadres ont été mis au forfait-jours* », et que la loi Fillon II avait pour effet, en ne conservant que le critère de l'autonomie, de soumettre « *une majorité de salariés cadres à des dispositions dérogatoires fixant une durée excessive* » (cf : Options n° 449, 12 mai 2003, Annexe 2).

L'extension sensible du forfait-jours par la loi Fillon II, la généralisation possible du procédé à tous les cadres intermédiaires qu'elle permet, ne relèvent donc pas d'une idée fautive que se ferait le requérant ni d'une posture idéologique, mais d'une réalité pratique constatée par tous les acteurs sociaux.

Sur toutes ces questions, le requérant ne peut donc que persister avec confiance dans les fins et moyens de ses précédentes écritures ; les objections du Gouvernement confortant en réalité les thèses du requérant plus qu'elles ne les fragilisent.

V. Sur la sécurisation des accords illégaux conclus sous l'empire de la loi précédente, les observations du Gouvernement sont tout aussi inopérantes.

Ce n'est pas en effet parce que le Conseil Constitutionnel a validé l'article 16 de la loi emportant cette validation qu'elle serait pour autant à l'abri de toute critique.

On rappellera à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas que puisse être considérées comme contraires à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des lois de validations qui ne sont pas justifiées par un motif impérieux d'intérêt général, alors même que le Conseil Constitutionnel aurait déclaré conforme à la Constitution la mesure législative en question (cf : 14 déc. 1999, Antonakopoulos c/ Grèce ; 28 mars 2000, Georgiadis c/ Grèce, cités in. « Heures d'équivalence, loi de validation et motif impérieux d'ordre général - Rapport du Conseiller Doyen Jean MERLIN », Droit social 2003 p. 376).

En outre, on sait que le Conseil Constitutionnel, lorsqu'il est saisi de la constitutionnalité d'une loi, n'examine pas la conformité de cette loi aux stipulations des traités internationaux et notamment de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dès lors, rien n'empêche de constater la contrariété d'une loi par rapport à un texte supranational ; ce que le juge interne, tant judiciaire qu'administratif, peut d'ailleurs faire depuis les célèbres jurisprudences « Jacques Vabre » et « Nicolo ».

La déclaration de conformité d'une loi à la constitution par le Conseil Constitutionnel n'est donc aucunement un obstacle au contrôle de conventionalité de cette loi.

C'est pourquoi le Gouvernement français ne peut avec pertinence se borner à s'appuyer sur la décision du Conseil Constitutionnel du 13 janvier 2003 pour prétendre que le moyen du requérant, tiré de ce que la sécurisation des accord illégaux antérieurs méconnaîtrait les stipulations de la Charte, ne pourrait être retenu.

Au contraire, rien n'interdit au Comité européen des droits sociaux de constater que cette validation législative formulée sans la moindre réserve relative aux litiges en cours ni aux décisions passées en force de chose jugée tend à sécuriser des accords qui étaient contraires à la Charte Sociale Européenne, et est donc elle-même contraire à cette charte.

Qu'il soit permis de souligner à ce titre que cette validation a clairement eu pour but et pour objet de sauver de nombreux accords jugés illégaux sous l'empire de la loi Aubry II, en leur permettant de bénéficier des nouvelles dispositions légales ne prévoyant aucun cadre ni aucune limite réelle au pouvoir des partenaires sociaux pour déterminer les catégories de cadres relevant du forfait jours.

Nombreuses sont en effet les décisions passées en force de chose jugée qui ont constaté le non-respect par les accords collectifs relatifs au forfait jours des conditions, pourtant déjà peu exigeantes, posées par la loi Aubry II (cf : CA Paris, 18 déc. 2002, RJS 2/03 n° 204 ; TGI Paris, 3 juillet 2001, RJS 11/01 n° 1295 ; CA Lyon, 2 mai 2002 : annexe 1 ; TGI Paris, 18 mars 2003, RJS 6/03, n° 760 ; CA Versailles, 27 fév. 2002, RJS 5/02, n° 575 et 13 fév. 2002, n° 576).

Comme le soulignait le syndicat requérant dans sa requête, ce n'est donc ni un hasard ni un oubli si le législateur a pris soin de ne pas formulé de réserve quant à la validation des accords illégaux sous l'empire de la loi Aubry II ; alors même qu'il avait pris soin de le faire lorsqu'il a décidé de revenir sur les conséquences d'une jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'indemnité de réduction du temps de travail dans le secteur médico-social, en réservant explicitement les litiges et cours et surtout les décisions passées en force de chose jugée.

Le législateur, en validant sans réserve les accords illégaux conclus sous l'empire de la loi Aubry II, a sciemment entendu revenir sur cette illégalité, au besoin en méconnaissant l'autorité de décisions passées en force de chose jugée.

En l'absence d'un motif impérieux d'intérêt général que le législateur n'a pas même pris soin de chercher à définir, cette validation est donc contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à la Charte Sociale Européenne, comme démontré dans la requête.

Le Gouvernement français, qui se borne à ce titre à renvoyer à la décision du Conseil Constitutionnel, laquelle ne peut en soi aucunement écarter l'existence d'une méconnaissance par la loi des textes supranationaux précités, ne convaincra donc pas le Comité sur ce point.

VI. S'agissant de l'imputation du temps d'astreinte sur le temps de repos, le Gouvernement allègue en premier lieu que le requérant interpréterait mal la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui considère à propos de gardes médicales que « *seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps de travail* ».

Cette critique manque singulièrement en fait, puisque le requérant a lui-même pris soin de rappeler que la CJCE considère que seul le temps lié à la prestation effective doit être considéré comme du temps de travail (cf : requête p. 12 in fine).

Mais cela n'empêche pas que le temps d'astreinte ne puisse pour autant être considéré comme du temps de repos.

On sait en effet que le temps d'astreinte, hors intervention, est un temps « gris », qui n'est pas du temps de travail effectif, mais qui ne peut non plus être assimilé à du temps de repos, et donc s'imputer sur ce temps.

Le Gouvernement est mal venu à ce titre de prétendre que la doctrine serait incertaine, ou qu'avant l'intervention de la loi, aucune solution claire ni unique n'était posée, ni donc que la loi aurait eu pour effet de clarifier la situation du salarié.

On rappellera simplement à cet égard que la Cour de cassation a, avant l'intervention du législateur, posé sans la moindre ambiguïté le principe suivant lequel le temps d'astreinte n'est pas du temps de repos, et ne peut donc être décompté de ce temps (Soc. 10 juillet 2002, P. n° 00-18. 452).

Sous prétexte de « clarifier » une solution déjà claire, la loi a donc plutôt entendu supprimer aux salariés le droit à des temps de repos minima hors astreinte ; alors qu'on sait bien que durant l'astreinte, le salarié n'est pas libre de s'éloigner de son domicile ou de son lieu de travail, et peut à tout moment être sollicité par son employeur, d'où s'évince que ce temps n'est pas assimilable à du repos véritable.

Ce n'est donc pas à une clarification que s'est livré le législateur, mais bien à une remise en cause d'un droit fondamental des salariés, celui de bénéficier de temps minima de repos véritable.

L'euphémisme prudemment employé par le Gouvernement ne saurait donc aucunement tromper la religion du Comité sur ce point. C'est une véritable atteinte au droit au repos hebdomadaire que consacre la loi du 17 janvier 2003.

Quant à l'octroi au salarié d'un temps de repos intégral en cas d'intervention du salarié, c'est bien la moindre des choses.

Mais le Gouvernement se garde bien de s'étendre sur la situation du salarié qui a déjà « bénéficié » antérieurement, avant le début de son intervention, de la durée

minimale de repos continue prévue par le Code du travail ; c'est-à-dire qui a effectué une astreinte hors intervention d'une durée égale au repos minimal.

En ce cas, la loi prévoit en effet que le salarié n'a plus droit à aucun repos même après son intervention.

Autrement dit, il est considéré que le temps d'astreinte antérieur à l'intervention, parce qu'il est égal au temps de repos minimal, vaut intégralement repos.

La conséquence est claire. Le salarié dans cette situation n'aura plus de repos digne de ce nom, son seul repos étant l'astreinte ; qui lui interdit pourtant de s'éloigner de son domicile ou de son lieu de travail, et l'oblige à rester, même à distance, à la disposition de son employeur pour une intervention qui peut survenir à tout moment.

Le Gouvernement n'en conclut pas moins que cette disposition ne contreviendrait en rien au droit à des conditions de travail équitables.

Qu'il soit permis d'espérer que le Comité européen des droits sociaux aura au cœur de le convaincre du contraire.

VII. Sur l'atteinte au droit à une rémunération équitable, les observations du Gouvernement appellent peu de commentaires.

Certes, la Charte admet des exceptions limitées et justifiées au droit, qu'elle consacre clairement, à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires.

Mais précisément, le problème est que la loi du 17 janvier 2003 ne permet aucunement de déterminer de telles exceptions limitées et justifiées, puisqu'elle tend à permettre un recours au forfait-jours non seulement massif, mais qui plus est arbitraire d'une entreprise à l'autre.

C'est donc une grande majorité des cadres qui va se trouver privée du droit à bénéficier d'une rémunération majorée pour les heures supplémentaires.

En outre, les discriminations sont inévitables avec les cadres, certes de moins en moins nombreux, qui continueront au gré de critères peu objectifs à bénéficier d'un forfait heures, et qui auront quant à eux vocation à bénéficier d'une rémunération majorée pour les heures supplémentaires.

Quant à l'atteinte au droit à une rémunération équitable résultant de l'imputation du temps d'astreinte sur le temps de repos, elle n'est pas sérieusement contestable.

A ce titre, le Gouvernement affirme que le législateur n'a pas remis en cause l'ensemble du régime de l'astreinte, mais seulement voulu affirmer la compatibilité de l'astreinte hors intervention et des temps de repos quotidien et hebdomadaire (cf : 3.2 p. 9).

Mais c'est précisément là remettre en cause l'ensemble du régime de l'astreinte !

Car assimiler le temps d'astreinte au temps de repos revient clairement à modifier en profondeur la notion d'astreinte, laquelle suppose une contrepartie justement parce que, même si elle n'est pas du travail effectif, elle n'est pas non plus du repos.

Pour le reste, on aurait aimé que le Gouvernement explique sérieusement comment l'astreinte allait désormais donner lieu à une contrepartie sous forme de repos supplémentaire, alors que l'objectif de la loi est précisément de l'imputer sur le temps de repos et donc de dispenser de fait l'employeur de toute contrepartie en repos supplémentaire.

A considérer même que les accords conclus avant la loi et prévoyant un repos compensateur restent en vigueur, et que les employeurs ne soutiennent pas que le repos a déjà été pris, cela ne pourra en tout cas empêcher que les nouveaux accords pourront parfaitement ne rien prévoir en contrepartie du temps d'astreinte.

Au mieux, le dispositif législatif organise donc une discrimination manifeste au regard du droit à une rémunération équitable.

VIII. Quant à la négociation collective et au droit de grève, l'atteinte résultant du dispositif légal est certes plus subtile, mais elle est réelle.

De deux choses l'une en effet.

Soit l'employeur retient forfaitairement une demi-journée de grève dès lors que le salarié concerné a manqué une heure de travail, le matin ou l'après-midi ; soit l'employeur se livre à une retenue exactement proportionnelle au temps de grève.

C'est cette dernière option que le Gouvernement met en avant en indiquant que la doctrine administrative propose de décompter la durée de grève proportionnellement à la « *durée de la journée de travail que le salarié avait prévu d'effectuer* » (cf : p. 10 § 1).

Cette méthode n'apparaît cependant pas réaliste.

D'une part, comment connaître la durée de la journée de travail que le salarié avait prévu d'effectuer, alors que le cadre au forfait jours est précisément celui disposant d'une autonomie dans l'organisation de son travail ?

Est-ce le salarié lui-même, ayant décidé de faire grève, qui devra indiquer à son employeur la durée de la journée qu'il aurait accomplie s'il n'avait pas fait grève ? Cela ne paraît pas très sérieux.

Est-ce alors l'employeur qui déterminera dans le cadre de son pouvoir de direction la durée de la journée que le salarié avait prévu d'effectuer ? Mais, en ce cas, on voit mal où se situe l'autonomie du salarié, qui constitue pourtant le seul critère justifiant le recours au forfait jours.

D'autre part, la retenue proportionnelle que le Gouvernement préconise d'appliquer ne se conçoit que dans le cadre d'un calcul en heures. De fait, il s'agit donc de rapporter le nombre d'heures de grève au nombre d'heures que le salarié avait prévu de travailler, pour obtenir le ratio de retenue applicable, par rapport à la rémunération d'une journée de travail du cadre au forfait jours.

Mais alors, l'absence de référence au nombre d'heures travaillées est une fiction, et le forfait jours consiste bien, comme il a été amplement démontré, en un procédé qui permet simplement de supprimer le paiement des heures supplémentaires et la fixation de toute référence horaire minimale, quotidienne comme hebdomadaire.

Autrement dit, le forfait jours exclurait toute référence pertinente aux heures travaillées lorsque cela pourrait être favorable aux salariés ; mais n'empêcherait pas pour autant de prendre en considération le nombre d'heures en principe travaillées lors d'une journée de travail lorsqu'il s'agit de retenir la rémunération afférente aux heures de grève.

L'injustice du procédé est donc évidente, car s'il n'est pas impossible de déterminer le nombre d'heures qu'aurait travaillé un cadre autonome, lorsqu'il s'agit de retenir le salaire correspondant aux heures de grève, on voit mal pourquoi cela deviendrait subitement impossible lorsqu'il s'agit de rémunérer des heures supplémentaires, « par rapport à la durée de la journée de travail que le salarié avait prévu d'effectuer », pour reprendre littéralement l'expression du Gouvernement.

Il y a donc bien là une contradiction indépassable, de laquelle s'évince le caractère vicié du procédé au regard des exigences posées par la Charte.

S'agissant plus particulièrement du droit de grève, on l'a dit, soit les employeurs feront l'effort de ne retenir strictement que le salaire correspondant aux heures de grève, ce qui supposera alors de déterminer le nombre d'heures de la journée de travail, mais rendra par là-même illégitime et injustifié l'exclusion de principe des cadres au forfait jours du bénéfice des heures supplémentaires ; soit, plus probablement, les employeurs appliqueront une retenue forfaitaire par journée ou au mieux par demi-journée, ce qui reviendra bien à sanctionner pécuniairement les salariés concernés au-delà des heures de grève, et partant à entraver le droit de grève de ses salariés, en les défavorisant qui plus est par rapport aux autres salariés.

En outre, même dans la première hypothèse, la détermination par l'employeur de la « durée de la journée de travail que le salarié avait prévu d'effectuer » permettra évidemment tous les abus, car l'employeur aura alors intérêt à retenir une durée minimale, pour que la proportion d'heures de grève, et la retenue afférente, soit importante.

Ainsi, des cadres autonomes ne bénéficiant d'aucune limite quotidienne ni hebdomadaire, et donc par principe évincés du bénéfice des heures supplémentaires, se verront en revanche opposer par l'employeur une durée en heures de leur journée de travail pour pratiquer les retenues relatives au temps de grève.

Puisque le Gouvernement reproche au requérant de ne pas fournir d'élément concret tendant à prouver que la disposition litigieuse pose problème, le requérant

entend justement soumettre au Comité un exemple concret, qui lui a été fourni par un de ses adhérents.

Cet exemple concerne une grève dans une entreprise où tous les cadres de l'entreprise sont au forfait annuel en jours.

D'ores et déjà, cela illustre assez bien la généralisation massive du procédé, et la tendance à identifier les notions de cadres et de cadres autonomes.

En outre, suite à une grève, le salarié a fait l'objet d'une retenue sur salaire. Pour calculer cette retenue, son employeur a tenu compte des heures de grève, en l'occurrence 4, alors même qu'il s'agissait d'un cadre au forfait jours.

Cependant, en comparant la retenue pratiquée pour 4 heures, de 98,15 euros, à l'indemnité correspondant à une journée de travail, de 171,77 euros, comme il ressort de la fiche de paie (cf : annexe 3 p. 2), on constate que l'employeur a retenu pour son calcul une « durée de la journée de travail que le salarié avait prévu d'effectuer » de 7 heures ; ce qui n'est pas crédible s'agissant d'un cadre autonome, et ce qui ne correspond d'ailleurs pas à la réalité dans le cas d'espèce, puisque le salarié indique qu'il avait commencé à travailler avant 9 h 00, et que sa journée s'était achevée aux alentours de 18h45 (cf : annexe 3 p. 1).

L'employeur a donc retenu une durée de la journée de travail de 7 heures, là où elle était en réalité d'au moins 9 heures ; ce qui lui a évidemment permis de pratiquer une retenue plus importante.

Ainsi, les journées de travail des cadres au forfait jours sont-elles à géométrie variable.

Ces cadres peuvent d'un côté travailler sans compter les heures, au sens littéral de l'expression, puisqu'ils ne bénéficient d'aucune limite quotidienne ni d'aucune rémunération majorée pour heures supplémentaires ; mais d'un autre côté, la durée de leur journée de travail devient soudain des plus raisonnables lorsqu'il s'agit d'un jour de grève et qu'une retenue doit être pratiquée par l'employeur.

A tous égards, la violation de la Charte et la discrimination par rapport aux autres salariés sont avérées, sans que les observations du Gouvernement ne puissent utilement convaincre du contraire.

IX. Concernant enfin l'atteinte au droit à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement des travailleurs ayant une responsabilité familiale, les observations du Gouvernement n'appellent pas de remarques particulières de la part du requérant, puisqu'elles se bornent à reprendre les vaines allégations déjà critiquées concernant l'absence prétendue d'extension du forfait-jours par la loi du 17 janvier 2003, ainsi que l'absence prétendue d'atteinte aux temps de repos minima en raison de l'imputation du temps d'astreinte.

Ces observations sont donc sans portée, pour les raisons déjà exposées.

X. Concernant enfin les frais irrépétibles exposés par le requérant, c'est vainement que le Gouvernement observe que le Comité européenne des droits sociaux a dans sa décision du 11 décembre 2001 rejeté les demandes indemnitaires, ou encore que l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'appliquerait pas devant le Comité européen des droits sociaux.

D'une part en effet, on ne saurait confondre la demande de réparation du préjudice causé, et donc l'octroi de dommages et intérêts, avec la simple prise en charge des frais irrépétibles.

D'autre part, le requérant n'a pas prétendu que l'article 41 précité lierait le Comité européen des droits sociaux, mais seulement que, à l'instar de ce que prévoit cet article, la prise en charge de ces frais s'imposait.

A ce titre, il n'est pas contestable qu'une telle prise en charge, qui s'inscrit dans la mise en œuvre concrète du principe de recours effectif à la justice, ne peut qu'être le corollaire nécessaire de l'admission des réclamations présentées par des organisations nationales représentatives.

PAR CES MOTIFS :

Le requérant persiste donc avec confiance dans les fins et moyens de sa requête.

PIECES ANNEXES :

- 1- CA Lyon, 2 mai 2002
- 2- Options n° 449 12 mai 2003 (extraits)
- 3- exemple de décompte des heures de grève pour un cadre au forfait jours