



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS  
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**

12 avril 2017

**Pièce n° 1**

**Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de  
l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. France**  
Réclamation n° 149/2017

**RECLAMATION**

**Enregistrée au secrétariat le 4 avril 2017**



Réclamation collective formée par la CGT et la CFE-CGC à l'encontre du gouvernement de la France,  
à propos de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative  
au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels  
(Journal officiel de la République française n° 0184 du 9 août 2016)  
pour violation des articles 2§1, 2§5, 4§2 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte »)

## I. Présentation générale de la réclamation

### I-A Habilitation des syndicats demandeurs à former une réclamation

1. La Confédération générale du travail (« la CGT »), organisation syndicale représentative, est habilitée à présenter une réclamation collective au titre de l'article 1c du protocole additionnel à la Charte du 9 novembre 1995, ratifié par la France. Conformément à l'article 38 des statuts de la CGT, cette réclamation est présentée par son secrétaire général.

La Confédération française de l'encadrement-CGC (« la CFE-CGC »), organisation syndicale catégorielle représentative, est également habilitée à présenter une réclamation collective au titre de l'article 1c du protocole additionnel à la Charte du 9 novembre 1995, ratifié par la France, comme cela a déjà été reconnu (CFE-CGC c. France, réclamation n° 9/2000, décision sur la recevabilité du 6 novembre 2000, §7 ; CFE-CGC c. France, réclamation n° 16/2003, décision sur la recevabilité du 16 juin 2003, §7). Conformément à l'article 47 des statuts de la CFE-CGC, cette réclamation est présentée par son Président.

### I-B Historique

2. Dès sa mise en place par la loi 2000-37 du 19 janvier 2000, le régime des forfaits en jours a fait l'objet d'une réclamation collective de la part de la CFE-CGC (n° 9/2000), dont le Comité européen des droits sociaux (« le Comité ») a reconnu le bien-fondé par décision du 16 novembre 2001. A la suite des modifications législatives intervenues en 2003, la CGT et la CFE-CGC ont chacune formulé une réclamation collective (n° 22/2003 et n° 16/2003) à l'encontre du gouvernement français au regard de la législation en matière de temps de travail (régime des forfaits en jours et régime des astreintes). Le Comité a conclu au bien-fondé de ces réclamations en considérant que la situation des cadres en forfait en jours et l'assimilation des périodes d'astreinte aux périodes de repos constituaient une violation des articles 2§1, 2§5 et 4§2 de la Charte (décisions du 12 octobre et du 8 décembre 2004). Le Comité des Ministres a pris note de ces conclusions (résolutions n° 2005/7 et n° 2005/8 du 4 mai 2005).

3. Le gouvernement français n'a tenu aucun compte de ces décisions. Au contraire, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, tout en maintenant inchangé le régime des astreintes, a fortement réduit les modalités de contrôle de la charge de travail exigées des accords collectifs encadrant les forfaits en jours. La CGT et la CFE-CGC ont alors formulé de nouvelles réclamations collectives (n° 55/2009 et 56/2009) dont le Comité a encore reconnu le bien fondé, par décisions du 23 juin 2010, publiées le 14 janvier 2011.

4. La Cour de cassation française a ensuite rendu une série d'arrêts (entre autres : 29 juin 2011, n° 10-14743 ; 31 janvier 2012, n° 10-19807 ; 26 septembre 2012, n° 11-14540 ; 14 mai 2014, n° 12-35033 ; 7 juillet 2015, n° 13-26444) posant de fortes exigences concernant les garanties que doivent contenir les

accords collectifs nécessaires à la signature des conventions individuelles de forfaits en jours. Elle a ainsi déclaré douze accords collectifs de branche insuffisants au regard de ces exigences, concluant à la nullité des conventions de forfaits qu'ils étaient censés légitimer. Dans son Bulletin mensuel du droit du travail n° 35 (septembre 2012), elle note en commentaire de l'arrêt du 26 septembre 2012 que « *les solutions retenues par la chambre sociale dans ces différentes affaires sont inspirées en grande partie par les décisions du Comité européen des droits sociaux (CEDS) interprétant la charte sociale européenne* » en reproduisant les considérants les plus importants des décisions du Comité du 23 juin 2010. Dans son rapport 2014, elle a fortement interpellé le législateur pour que les principes de sa jurisprudence concernant les forfaits en jours soient transcrits dans la loi.

5. Dans ses conclusions 2014 concernant le 13<sup>ème</sup> rapport présenté par la France, « *le Comité constate que la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait jours. Il considère par conséquent que l'article 2§1 sera respecté lorsque toutes les conventions collectives concernées auront été modifiées conformément à l'arrêt de la Cour. Aussi, le Comité demande-t-il au Gouvernement quel est le nombre exact de conventions collectives qui ont été modifiées après cet arrêt. Il demande en particulier si les nouvelles limites de la durée de travail quotidienne et hebdomadaire qui sont désormais fixées pour les salariés relevant du forfait jours sont identiques à celles prévues par le Code du travail.* »

### I-C Exposé de la réclamation

6. C'est dans ce contexte qu'a été promulguée la loi 2016-1088 qui comporte de nouvelles dispositions concernant les régimes de l'astreinte et des forfaits en jours. Elles portent gravement atteinte au droit des salariés à des conditions de travail et de rémunération équitables. La CGT et la CFE-CGC considèrent qu'elles ne mettent pas fin aux violations précédemment dénoncées des articles 2§1, 2§5 et 4§2. Ainsi :

- perdre l'assimilation à un temps de repos des périodes d'astreinte n'ayant pas donné lieu à une intervention effective, non conforme aux articles 2§1 et 2§5 ;
- la législation française sur les forfaits en jours ne permet toujours pas d'assurer le respect des articles 2§1 et 4§2, ni par des mesures directement prévues par la loi, ni par des dispositions imposées aux accords collectifs organisant ces forfaits ;  
de surcroît, en validant la signature de conventions individuelles de forfait en jours même si les accords collectifs ne respectent pas les dispositions prévues par la loi, à la seule condition que l'employeur applique de son propre chef des mesures minimales tout à fait insuffisantes, la nouvelle législation a rendu l'encadrement de ces forfaits encore plus aléatoire et amoindri la protection des salariés concernés.

7. L'inertie du législateur, malgré les multiples condamnations précédentes ainsi que le nouveau cas de violation de l'article 4§2, créent une situation inacceptable, privant un très grand nombre de salariés des garanties prévues par la Charte, que l'état français s'est pourtant solennellement engagé à appliquer. C'est pourquoi la CGT et la CFE-CGC demandent :

- que le Comité constate la persistance, voire l'aggravation des violations des articles susmentionnés de la Charte par le gouvernement français et l'urgence d'y mettre un terme ;
- que le gouvernement français soit destinataire d'une ferme recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, lui demandant de mettre enfin sa législation relative au temps de travail en conformité avec les dispositions de la Charte.

## II. Sur les violations de la Charte par la nouvelle législation sur l'astreinte

### II-A Le droit interne applicable avant et après la promulgation de la loi du 8 août 2016

8. Antérieurement à la loi du 8 août 2016, le régime de l'astreinte était ainsi défini par le code du travail :

- « Article L.3121-5. *Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.*  
*La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif.*
- Article L.3121-6. *Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L.3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L.3132-2 et L.3164-2. »*

Les dispositions maintenant applicables sont ainsi rédigées :

- « Article L.3121-9. *Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.*  
*La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif. (...)*
- Article L.3121-10. *Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L.3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L.3132-2 et L.3164-2. »*

(Dans les deux textes, les repos évoqués sont le repos quotidien de 11 heures et le repos hebdomadaire de 24 heures.)

9. Ainsi le nouvel article L.3121-10 reprend exactement la formulation antérieure concernant l'assimilation à un temps de repos des périodes d'astreinte n'ayant pas donné lieu à une intervention effective. Les seules modifications concernent l'article L.3121-9 et portent sur la définition de l'astreinte : d'une part, la référence à son exécution « *au domicile ou à proximité* » a été supprimée, d'autre part, la présence sur le lieu de travail exclut la qualification d'astreinte.

### II-B Sur la violation de l'article 2§1 de la Charte

10. L'article 2 de la Charte (droit à des conditions de travail équitables) énonce :

« *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent:*

1. *à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent;*  
*(...) »*

11. Aux paragraphes 35 à 37 de sa décision du 8 décembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation CGT c. France n°22/2003, repris au paragraphe 64 de sa décision du 23 juin 2010, le Comité a exposé les raisons pour lesquelles les périodes d'astreinte ne peuvent constituer un temps de repos :

« Les périodes d'astreinte pendant lesquelles le salarié n'a pas été amené à intervenir au service de l'employeur, si elles ne constituent pas un temps de travail effectif, ne peuvent néanmoins être, sans limitation, assimilées à un temps de repos au sens de l'article 2 de la Charte révisée, sauf dans le cadre de professions déterminées ou dans des circonstances particulières et selon des mécanismes appropriés.

Les périodes d'astreinte sont en effet des périodes au cours desquelles le salarié est tenu de rester à la disposition de son employeur pour accomplir, si ce dernier le requiert, une prestation de travail. Or cette obligation, alors même que la réalisation de la prestation présente un caractère purement éventuel, empêche incontestablement le salarié de se consacrer à des activités relevant de son libre choix, programmées dans les limites du temps disponible avant la reprise du travail à un terme certain, et ne souffrant d'aucun aléa lié à l'exercice de l'activité salariée ou à la situation de dépendance qui en découle.

L'absence de travail effectif, constatée a posteriori, pour une période de temps dont le salarié n'a pas eu a priori la libre disposition, ne constitue dès lors pas un critère suffisant d'assimilation de cette période à une période de repos. »

12. La CGT et la CFE-CGC partagent complètement cette analyse. En effet, la limitation des activités que le salarié peut entreprendre pendant son temps d'astreinte tient au seul fait qu'elles ne doivent pas empêcher de le joindre sans délai et qu'elles doivent pouvoir être interrompues immédiatement en cas de demande d'intervention. Une contrainte de présence à proximité du domicile ou dans un lieu prescrit n'est pas nécessaire pour caractériser une telle limitation. Elle n'était d'ailleurs pas mentionnée dans les motivations du Comité rappelées au paragraphe précédent. Par conséquent, les modifications apportées à la définition de l'astreinte, si elles peuvent éventuellement influencer sur la qualification de la période considérée, ne modifient en rien le point essentiel : le temps dont le salarié, sous menace d'une possible intervention, n'a pas eu la libre disposition, ne peut être assimilé à une période de repos.

13. Ainsi, la suppression de « l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité » dans la nouvelle définition de l'astreinte n'en allège nullement les contraintes, de nombreux moyens de communication permettant de joindre le salarié et de lui enjoindre d'intervenir sans délais. D'ailleurs, dès avant la promulgation de la loi du 8 août 2016, la condition de présence du salarié à son domicile ou à proximité n'était déjà plus considérée par la jurisprudence comme un critère nécessaire pour caractériser l'existence d'une astreinte. Ainsi, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises (cf. récemment, cass. soc 2 mars 2016, n° 14-14919 et 16 mars 2016, n° 14-27971) que l'obligation d'être joignable et en capacité d'intervenir immédiatement, sans condition de présence en un lieu particulier, constituait une astreinte. La cour administrative d'appel de Versailles a rendu une décision analogue concernant un fonctionnaire territorial (7 novembre 2013, n° 12VE00164).

14. Le recours à l'astreinte est resté totalement généralisé, il n'est ni réservé à certaines professions, ni à des circonstances particulières dans la mesure où :

- Aucune restriction n'est prévue dans le code du travail ;
- La mise en place se fait en principe par un accord collectif, mais elle est tout à fait possible par simple décision unilatérale de l'employeur après avis des représentants du personnel (y compris avis défavorable), ou simple information de l'inspection du travail. A noter que dans ce deuxième cas, l'employeur fixe également de manière unilatérale les contreparties.

Le salarié n'est pas en droit de refuser la mise en place d'un système d'astreintes résultant de l'application d'un accord collectif (article L. 3121-11 du code du travail ; voir en ce sens : Cass. soc. 13 février 2002, n°00-40387 : « le contrat de travail, qui ne comportait aucune clause relative aux astreintes, n'a pas été modifié par la mise en œuvre d'astreintes, dès lors que la convention collective des entreprises d'installation, entretien, réparation et dépannage de matériel aéronautique, thermique et frigorifique, applicable au contrat, en prévoyait la possibilité ». Un tel refus est même jugé constitutif d'une faute grave (voir en ce sens Cass. soc., 16 décembre 1998 n°96-42102).

15. Enfin, la CGT et la CFE-CGC jugent utile d'informer le Comité que le projet de loi présenté en conseil des ministres le 17 février 2016 comportait la disposition suivante : « *Lorsque le salarié est intervenu pendant la période d'astreinte, il bénéficie à l'issue de la période d'intervention d'un repos compensateur au moins égal au temps d'intervention lui permettant de bénéficier au total d'au moins onze heures de repos quotidien ou trente-cinq heures de repos hebdomadaire* » ; ce qui revenait à autoriser le fractionnement des temps de repos, une partie pouvant être constituée par un temps d'astreinte antérieur à l'intervention, l'autre partie étant accordée après cette intervention ! Cette disposition fut ensuite abandonnée, mais traduit cependant une conception inacceptable de la notion de repos par les auteurs du projet.

16. Pour ces raisons, la CGT et la CFE-CGC souhaitent que le Comité confirme la violation de l'article 2§1 de la Charte et qu'il soit fermement recommandé au gouvernement français de modifier sa législation.

### II-C Sur la violation de l'article 2§5 de la Charte

17. L'article 2 de la Charte (droit à des conditions de travail équitables) énonce :

« *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent:*

*(...)*

*5. à assurer un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région ;*

*(...) »*

18. Au paragraphe 39 de la décision du Comité du 8 décembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation CGT c. France n°22/2003, il est indiqué que « *dans la mesure où ces périodes d'astreinte peuvent être effectuées le dimanche, le Comité considère qu'il y a également violation de l'article 2§5 de la Charte révisée.* » Cette appréciation a été reprise aux paragraphes 66 et 67 de la décision du 23 juin 2010.

19. Aucune modification de la législation française affectant cette analyse n'étant intervenue, la CGT et la CFE-CGC souhaitent que le Comité constate la violation persistante de l'article 2§5 de la Charte.

### III. Sur les violations de la Charte par la nouvelle législation sur les forfaits en jours

#### III-A Le droit interne applicable au régime des forfaits en jours avant et après la promulgation de la loi du 8 août 2016

20. Antérieurement à la loi du 8 août 2016, le régime des forfaits en jours était défini par les dispositions du code du travail issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 :

- « Article L.3121-39. *La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions.*
- Article L.3121-40. *La conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié. La convention est établie par écrit.*
- Article L.3121-43. *Peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L.3121-39 :  
1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;  
2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.*
- Article L.3121-44. *Le nombre de jours travaillés dans l'année fixé par l'accord collectif prévu à l'article L.3121-39 ne peut excéder deux cent dix-huit jours.*
- Article L.3121-45. *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. A défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours.  
Le nombre maximal annuel de jours travaillés doit être compatible avec les dispositions du titre III relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise, et du titre IV relatives aux congés payés.  
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 %.*
- Article L.3121-46. *Un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié.*
- Article L.3121-47. *Lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause contraire, conventionnelle ou contractuelle, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification.*

- Article L.3121-48. *Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :*
  - 1° *A la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L.3121-10 ;*
  - 2° *A la durée quotidienne maximale de travail prévue à l'article L.3121-34 ;*
  - 3° *Aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues au premier alinéa de l'article L.3121-35 et aux premier et deuxième alinéas de l'article L.3121-36. »*

21. À l'occasion de la loi du 8 août 2016, le législateur a inauguré un nouveau mode de rédaction du code du travail, distinguant les « *dispositions d'ordre public* » ne pouvant faire l'objet de dérogations, le « *champ de la négociation collective* » et les « *dispositions supplétives* », applicables en l'absence d'accord collectif. S'agissant des forfaits en jours, il a également prévu des modalités de traitement des accords collectifs et conventions individuelles de forfait conclus antérieurement à la promulgation de la loi.

22. L'article 8 de la loi réécrit ainsi les dispositions du code du travail concernant les forfaits en jours (3<sup>ème</sup> partie, livre 1, titre 2, chapitre 1, section 5 : Conventions de forfait ; ne sont reproduits ici que les articles relatifs à l'ensemble des forfaits ou aux forfaits en jours) :

« *Sous-section 1 : Ordre public*

- Article L.3121-53. *La durée du travail peut être forfaitisée en heures ou en jours dans les conditions prévues aux sous-sections 2 et 3 de la présente section.*
- Article L.3121-54. *Le forfait en heures est hebdomadaire, mensuel ou annuel. Le forfait en jours est annuel.*
- Article L.3121-55. *La forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit.*
- Article L.3121-58. *Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L.3121-64 :*
  - 1° *Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;*
  - 2° *Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.*
- Article L.3121-59. *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.*  
*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 %. Cet avenant est valable pour l'année en cours. Il ne peut être reconduit de manière tacite.*
- Article L.3121-60. *L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.*
- Article L.3121-61. *Lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause conventionnelle ou contractuelle contraire, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification.*
- Article L.3121-62. *Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :*
  - 1° *A la durée quotidienne maximale de travail effectif prévue à l'article L.3121-18 ;*

2° Aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues aux articles L.3121-20 et L.3121-22 ;

3° A la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L.3121-27.

#### Sous-section 2 : Champ de la négociation collective

- Article L.3121-63. Les forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

- Article L.3121-64. I.- L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine :

1° Les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, dans le respect des articles L.3121-56 et L.3121-58 ;

2° La période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs ;

3° Le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours ;

4° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;

5° Les caractéristiques principales des conventions individuelles, qui doivent notamment fixer le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait.

II.- L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine :

1° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;

2° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;

3° Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L.2242-8.

L'accord peut fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos en application de l'article L.3121-59. Ce nombre de jours doit être compatible avec les dispositions du titre III du présent livre relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise et avec celles du titre IV relatives aux congés payés.

#### Sous-section 3 : Dispositions supplétives

- Article L.3121-65. I.- A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L.3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

II.- A défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3° du II de l'article L.3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins

*cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L.2242-8.*

- *Article L.3121-66. En cas de renonciation, par le salarié, à des jours de repos en application de l'article L.3121-59 et à défaut de précision dans l'accord collectif mentionné à l'article L.3121-64, le nombre maximal de jours travaillés dans l'année est de deux cent trente-cinq. »*

23. L'article 12 de la loi comporte les dispositions suivantes, relatives aux accords collectifs ou aux conventions individuelles de forfait signés antérieurement au 8 août 2016.

- *« I. - Lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours est révisé pour être mis en conformité avec l'article L.3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié.*
- *II. - Les 2° et 4° du I de l'article L.3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, ne prévalent pas sur les conventions ou accords de branche ou accords d'entreprise ou d'établissement autorisant la conclusion de conventions de forfait annuel en heures ou en jours et conclus avant la publication de la présente loi.*
- *III. - L'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui, à la date de publication de la présente loi, n'est pas conforme aux 1° à 3° du II de l'article L.3121-64 du code du travail peut être poursuivie, sous réserve que l'employeur respecte l'article L.3121-65 du même code. Sous ces mêmes réserves, l'accord collectif précité peut également servir de fondement à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait.*
- *(...) »*

24. Il sera dès à présent noté que la nouvelle loi ne modifie en rien la définition des salariés éligibles au forfait en jours. Depuis la mise en place de ce régime, leur nombre n'a cessé d'augmenter. Selon les statistiques officielles de la DARES (DARES analyse n°48, juillet 2015), ce régime est appliqué à 13,3% des salariés relevant du code du travail, toutes catégories professionnelles confondues (au lieu de 4% en 2001). Dans certains secteurs, la proportion dépasse 20%, jusqu'à 31% dans les activités financières et assurantielles. Il est appliqué à 46,8% des cadres (58,8% dans l'ensemble des secteurs industriels), au lieu de 44% en 2014. Il se confirme donc qu'un grand nombre de salariés sont concernés. Par conséquent, aucune exception légitime à l'application totale de la Charte à ces salariés ne peut être soulevée, s'agissant notamment de l'exception prévue à l'article 4§2, comme l'avait d'ailleurs noté le Comité au paragraphe 73 de la décision du 23 juin 2010.

25. Il sera de plus noté que la nouvelle loi ne comporte aucune disposition nouvelle concernant la rémunération des salariés en forfait en jours, en particulier sa relation avec le nombre d'heures supplémentaires effectivement travaillées.

26. Enfin, la CGT et la CFE-CGC jugent utile d'informer le Comité que le fractionnement du temps de repos des salariés en forfait jours était aussi une mesure phare de la première mouture du projet de loi. Devant la forte présomption d'incompatibilité de cette mesure avec le droit national, européen et international, la CGT et la CFE-CGC, avec d'autres organisations syndicales, sont parvenues à faire retirer ce point du projet. Cependant, ce dernier est tout de même renvoyé à la concertation avec les partenaires sociaux sur le télétravail prévue à l'article 57 de la loi du 8 août 2016 :

*« I. - Une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance est engagée, avant le 1er octobre 2016, avec les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, qui, si elles le souhaitent, ouvrent une négociation à ce sujet.*

*Cette concertation s'appuie sur un large état des lieux faisant apparaître :*

*1° Le taux de télétravail par branche selon la famille professionnelle et le sexe ;*

*2° La liste des métiers, par branche professionnelle, potentiellement éligibles au télétravail.*

*Cette concertation porte également sur l'évaluation de la charge de travail des salariés en forfait en jours, sur la prise en compte des pratiques liées aux outils numériques permettant de mieux articuler la vie personnelle et la vie professionnelle, ainsi que sur l'opportunité et, le cas échéant, les modalités du fractionnement du repos quotidien ou hebdomadaire de ces salariés.*

*A l'issue de la concertation, un guide des bonnes pratiques est élaboré et sert de document de référence lors de la négociation d'une convention ou d'un accord d'entreprise.*

*II. - Avant le 1er décembre 2016, le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur l'adaptation juridique des notions de lieu, de charge et de temps de travail liée à l'utilisation des outils numériques. »*

Cette concertation s'est ouverte le 6 mars 2017. Un calendrier de rencontres est prévu jusqu'en avril 2017.

### III-B Sur la violation de l'article 2§1 de la Charte

27. Au paragraphe 49 de sa décision du 23 juin 2010, « *le Comité rappelle que les mesures de flexibilité du temps de travail ne sont pas, en tant que telles, contraires à la Charte révisée (voir en particulier l'Introduction générale des Conclusions XIV-2, p. 33). Pour être jugées conformes à la Charte révisée, ces législations ou réglementations doivent répondre à trois critères :*

- i. empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ;*
- ii. être établies par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes ;*
- iii. prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail. »*

La CGT et la CFE-CGC soutiennent que le régime des forfaits en jours issu de la nouvelle loi ne répond à aucun de ces trois critères et permet encore des durées de travail déraisonnables, comme il sera exposé ci-dessous.

#### *III.B.(i) Sur la durée de travail journalière ou hebdomadaire résultant de la loi*

28. La nouvelle législation maintient l'exclusion des salariés en forfait en jours des limites journalière ou hebdomadaire de la durée de travail prévues aux articles L.3121-18, 20, 22 et 27 du code du travail (selon la numérotation révisée par la nouvelle loi) et ne prévoit d'autres limites que celles déduites des temps de repos minimaux. Comme le Comité l'avait noté dans ses précédentes décisions (cf. les paragraphes 50 et 51 de la décision du 23 juin 2010), il en résulte que les seules limites résultant de la loi sont de 13 heures par jour et de 78 heures par semaine.

29. Le Comité a considéré de façon constante que la limite hebdomadaire de 78 heures « *est manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2§1 de la Charte révisée* » (décision du 23 juin 2010, paragraphe 51). Il a aussi décidé que la durée quotidienne de 13 heures n'étant susceptible d'aucune dérogation, n'était pas en soi déraisonnable (ibid., paragraphe 50). La CGT et la CFE-CGC rappellent cependant que « *les dispositions de la Charte révisée sur le temps de travail ont pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs* » (décision du Comité du 8 décembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation n° 22/2003, CGT c. France). Or, si l'on peut admettre que l'accomplissement ponctuel d'une journée de travail de 13 heures ne constitue pas une menace grave pour la santé, il n'en est pas de même lorsque cette situation se reproduit très fréquemment. La CGT et la CFE-CGC notent également que la durée quotidienne de travail et sa conformité à la limite de 13 heures ne sont en général appréciées qu'à

partir du travail « visible » du salarié (présence à l'entreprise ou chez un client, réalisation d'une tâche à domicile dans le cadre d'un contrat prévoyant le télétravail). Mais l'activité de nombreux salariés soumis au régime de forfait en jours comporte un temps important de travail accompli pendant les transports ou à domicile, phénomène considérablement amplifié par l'usage des moyens actuels de communication (consultation et réponse éventuelle aux courriels, SMS, etc.) que rien dans la législation ne permet d'évaluer.

30. La CGT et la CFE-CGC souhaitent donc que le Comité réexamine la question de la conformité de la législation française à l'obligation d'assurer une durée quotidienne de travail raisonnable. En tout état de cause, le constat concernant la durée hebdomadaire de travail suffit à démontrer que cette législation ne garantit pas le respect de l'article 2§1 de la Charte. Il convient donc d'examiner maintenant si les conditions imposées par la loi à la négociation collective présentent des garanties suffisantes.

### *III.B.(ii) Sur le cadre juridique des négociations collectives concernant les forfaits en jours*

31. La nouvelle loi a confirmé la délégation de l'encadrement des forfaits en jours à des accords collectifs. Dans sa décision du 23 juin 2010, le Comité avait considéré que cette délégation était légitime, mais que « *pour être jugé conforme à la Charte révisée, le système de flexibilité du temps de travail doit fonctionner dans un cadre juridique précis qui délimite clairement la marge de manœuvre laissée aux employeurs et aux salariés pour modifier, par accord collectif, la durée du travail* » (paragraphe 52). Il a aussi relevé « *que les conventions collectives peuvent être conclues au sein de l'entreprise* » et estimé « *qu'une telle possibilité, en ce qui concerne la durée du travail, n'est conforme à l'article 2§1 que si des garanties spécifiques sont prévues. Il relève à cet égard que la procédure d'opposition prévue aux articles L.2232-12, L.2232-13 et L.2232-27 du code du travail ne constitue pas une telle garantie, car sa mise en œuvre continue à présenter un caractère trop aléatoire.* »

32. La CGT et la CFE-CGC considèrent que le cadre juridique issu de la nouvelle loi n'apporte toujours pas de garanties suffisantes pour trois raisons qui seront développées dans les paragraphes suivants :

- si les mesures que doit comporter l'accord collectif encadrant les forfaits en jours (article L.3121-64) peuvent donner l'impression que ce nouveau cadre est plus protecteur, elles demeurent insuffisantes (paragraphes 33 à 36 ci-dessous) ;
- les forfaits en jours sont autorisés même si l'accord collectif ne comporte pas ces mesures, à condition que l'employeur respecte, de son propre chef, certaines modalités encore moins opérantes (paragraphes 37 à 39 ci-dessous) ;
- la possibilité de conclure des accords à différents niveaux, dont celui de l'entreprise, n'est pas accompagnée des « *garanties spécifiques* » nécessaires selon la jurisprudence du Comité (paragraphe 40 à 42 ci-dessous).

33. Selon l'article L.3121-64 - II :

« *L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine :*  
1° *Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;*

2° *Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;*

3° *Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L.2242-8. »*

34. D'une part, on notera qu'aucune référence n'est faite à la fixation « *d'une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire* », selon les termes de l'article 2§1 de la Charte. A l'inverse, la

jurisprudence de la Cour de cassation, telle que le Comité l'a appréciée dans ses conclusions 2014 concernant le 13<sup>ème</sup> rapport présenté par la France (cf. le paragraphe 5 ci-dessus), précise que « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* » et que ces stipulations doivent notamment « *garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié concerné demeurent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé.* ».

35. D'autre part, le point 3° de l'article L.3121-64 - II (« *droit à la déconnexion* ») ne peut être dans le meilleur des cas qu'un élément contribuant au respect des temps de repos minimaux. En l'état de la législation, il ne s'agit pas véritablement d'un droit opposable à l'employeur comportant des éléments objectifs, mais uniquement d'une obligation annuelle de négociation, pouvant déboucher soit sur un accord, soit sur une décision unilatérale de l'employeur sans réel contenu impératif. En effet l'article L.2242-8 qui sera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 énonce :

« *La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur :*

(...)

7° *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.* »

36. Il résulte de ces constats que les dispositions devant figurer dans les accords collectifs autorisant la mise en place des forfaits en jours n'assurent pas le respect de l'article 2§1.

37. Mais la nouvelle législation encourt une autre critique, particulièrement grave : bien qu'insuffisantes, les mesures que devraient contenir l'accord collectif ne sont pas toujours obligatoires. En effet, l'article L.3121-65 permet que des conventions individuelles de forfait en jours soient signées, même si l'accord les autorisant ne comporte pas les modalités énoncées à l'article L.3121-64 - II, sous la seule condition que l'employeur respecte les trois dispositions suivantes :

« 1° *L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;*

2° *L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;*

3° *L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.* »

Ce « contrôle » par l'employeur est strictement limité aux temps de repos minimaux, dont on a vu que, même respectés, ils ne garantissaient pas une durée raisonnable de travail hebdomadaire ni, du point de vue de la CGT et de la CFE-CGC, quotidienne (paragraphe 29 ci-dessus). Il sera aussi remarqué que la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le seul entretien annuel (déjà prévu par la législation antérieure à la loi du 8 août 2016) ne pouvait tenir lieu d'un suivi régulier de la charge de travail (voir par exemple l'arrêt du 24 avril 2013, n° 11-28398).

38. De même, l'article 12 III de la loi valide les conventions de forfait signées sur la base d'un accord antérieur ne comportant pas les modalités prévues à l'article L.3121-64 - II, si l'employeur respecte les dispositions 1° à 3° ci-dessus. A ces conditions, de nouvelles conventions peuvent aussi être signées

sans qu'il soit nécessaire de modifier l'accord collectif pour le mettre en conformité avec les nouvelles préconisations.

39. Ces possibilités de contournement de l'article L.3121-64 II en rendent les modalités totalement inopérantes (indépendamment de l'appréciation que l'on puisse porter sur leur suffisance) et permettent la mise en place des forfaits en jours en l'absence d'accord collectifs palliant efficacement les carences de la législation, en violation flagrante des obligations énoncées à l'article 2§1 de la Charte. De plus, les possibilités de contournement de l'article L. 3121-65 du code du travail et l'article 12 de la loi du 8 août 2016 rendent également la jurisprudence de la cour de cassation française inopérante. En effet, les arrêts rendus depuis des années par la chambre sociale, s'inspirant des décisions précédentes du CEDS, poussaient les employeurs à renégocier leurs accords collectifs pour garantir le droit à la santé et au repos des salariés en forfait-jours. La loi du 8 août 2016 non seulement n'offre pas de telles garanties mais en plus envoie en prime comme signal aux employeurs qu'il n'est plus nécessaire de renégocier leurs accords collectifs puisque les salariés ne seront plus autorisés à contester leur convention individuelle de forfait en raison des insuffisances de ces derniers.

40. La loi du 8 août 2016 a confirmé la possibilité de définir la durée et l'organisation du temps de travail par accord d'entreprise ou d'établissement et généralisé le principe selon lequel, dans ces matières, les accords de branche (qui concernent les entreprises d'un même secteur professionnel) ne s'appliquaient « qu'à défaut » de l'existence d'accords d'entreprise ou d'établissement. Les syndicats demandeurs soutiennent que les garanties exigées par le Comité pour accepter la possibilité d'organiser les forfaits en jours par accord d'entreprise (rappelées au paragraphe 31 ci-dessus) ne sont toujours pas réunies. En outre, en l'absence de syndicats représentatifs dans l'entreprise, des accords collectifs peuvent être négociés et validés selon les modalités suivantes :

- *« Article L.2232-21. En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'article L.2391-1 ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié.  
Les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.*
- *Article L.2232-21-1. L'accord signé par un représentant élu du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, par un délégué du personnel mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral.*
- *Article L.2232-22. En l'absence de représentant élu du personnel mandaté en application de l'article L.2232-21, les représentants élus titulaires du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'article L.2391-1 ou, à défaut, les délégués titulaires du personnel qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation mentionnée à l'article L.2232-21 peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail.  
Cette négociation ne porte que sur les accords collectifs de travail relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L.1233-21 [accords de méthode concernant la consultation du*

comité d'entreprise en cas de licenciements collectifs].

*La validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur signature par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, par des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Si cette condition n'est pas remplie, l'accord ou l'avenant de révision est réputé non écrit. Les accords conclus en application du présent article sont transmis pour information à la commission paritaire de branche. L'accomplissement de cette formalité n'est pas un préalable au dépôt et à l'entrée en vigueur des accords.*

*A défaut de stipulations différentes d'un accord de branche, la commission paritaire de branche comprend un représentant titulaire et un représentant suppléant de chaque organisation syndicale de salariés représentative dans la branche et un nombre égal de représentants des organisations professionnelles d'employeurs.*

- *Article L.2232-24. Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical lorsque, à l'issue de la procédure définie à l'article L.2232-23-1, aucun élu n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.*

*Les organisations syndicales représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations. Le présent article s'applique de droit dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel ainsi que dans les entreprises de moins de onze salariés.*

- *Article L.2232-27. L'accord signé par un salarié mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral.*

*Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit. »*

On notera des évolutions importantes par rapport à la législation issue de la loi 2008-789 en vigueur lors de la précédente réclamation collective présentée par la CGT (55/2009) : la négociation par des élus du personnel était alors limitée aux entreprises de moins de 200 salariés et un éventuel accord devait être approuvé par la commission paritaire de branche et non pas simplement « *transmis pour information* ».

41. D'autre part, la loi nouvelle autorise les employeurs à engager des négociations non seulement au niveau d'une entreprise, d'un établissement ou d'un groupe, comme ils en avaient déjà la possibilité, mais aussi au niveau d'un ensemble de certains établissements de l'entreprise (article L.2232-16 ci-dessus) ou de plusieurs entreprises ne constituant pas nécessairement un groupe ou une unité économique et sociale au sens du droit français ; les stipulations d'un tel accord interentreprises peuvent même primer sur celles d'un accord d'entreprise préexistant :

- *« Article L.2232-36. Un accord peut être négocié et conclu au niveau de plusieurs entreprises entre, d'une part, les employeurs et, d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées.*
- *Article L.2253-7. Lorsqu'un accord conclu au niveau de plusieurs entreprises le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord. »*

42. La CGT et la CFE-CGC considèrent que ce nouveau cadre juridique de la négociation à l'entreprise comporte encore moins de garanties que dans la législation précédente. En effet :

- Les employeurs disposent d'une totale liberté dans le choix du périmètre de la négociation : établissement, regroupement de certains établissements, entreprise, groupe ou même regroupement d'entreprises. Ils peuvent ainsi choisir la configuration qu'ils considèrent la plus favorable, compte tenu de l'implantation syndicale, de la composition du salariat concerné, etc. et utiliser pleinement les nouvelles règles de validité des accords de différents niveaux. D'autre part, l'annexe aux articles 21 et 22 de la Charte, point 3, précise qu'« *aux fins d'application de ces articles, le terme «entreprise» est interprété comme visant un ensemble d'éléments matériels et immatériels, ayant ou non la personnalité juridique, destiné à la production de biens ou à la prestation de services, dans un but économique, et disposant du pouvoir de décision quant à son comportement sur le marché.* » La CGT et la CFE-CGC considèrent que ni l'établissement, ni un regroupement d'établissements, ni un regroupement d'entreprises ne constituant pas un groupe ou une unité économique et sociale, ne peuvent être qualifiés « *d'entreprise* » au sens de l'article 22 de la Charte, article auquel le Comité se réfère habituellement s'agissant des questions liées à la négociation d'entreprise (cf. le Digest de jurisprudence du CEDS, 1<sup>er</sup> septembre 2008, page 52).
- Les possibilités de négociation en dehors des syndicats ont été élargies, avec en particulier la suppression du contrôle par la commission paritaire de branche dans les cas où il existait antérieurement.

Les résultats d'une négociation des forfaits en jours au niveau de l'entreprise paraissent donc plus que jamais « *aléatoires* ». C'est un motif supplémentaire pour conclure à la violation de l'article 2§1.

### *III.B.(iii) Sur les périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail*

43. Dans ses précédentes décisions sur le régime des forfaits en jours, le Comité a considéré qu'il n'était pas nécessaire de vérifier s'il était prévu « *des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail* », ses constats précédents suffisant à établir la violation de l'article 2§1. La CGT et la CFE-CGC rappellent cependant que, selon la jurisprudence du Comité, « *les périodes de référence ne doivent pas dépasser six mois. Elles peuvent atteindre un an au maximum dans des circonstances exceptionnelles* » (Digest de jurisprudence du CEDS, 1<sup>er</sup> septembre 2008, page 25). Dans le cas des forfaits en jours, la seule période de référence indiquée dans la loi ou devant être fixée par accord collectif est d'un an. La CGT et la CFE-CGC considèrent que dans le cas des forfaits en jours, cette situation a aussi une incidence sur l'évaluation et la rémunération des heures supplémentaires, qui sera traitée ci-dessous, à propos de la violation de l'article 4§2 de la Charte.

### III-C Sur la violation de l'article 4§2 de la Charte

44. L'article 4 de la Charte (droit à une rémunération équitable) énonce :

« *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties contractantes s'engagent :*

(...)

*2. à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers ;*

(...) »

45. Comme il a été noté au paragraphe 27, la nouvelle législation n'a en rien modifié les règles de rémunération des salariés en forfait en jours.

La CGT et la CFE-CGC considèrent par conséquent que l'analyse exposée par le Comité dans sa décision du 23 juin 2010 garde toute sa pertinence et que la violation de l'article 4§2 perdure :

- « (71) Le Comité constate que, par leur nombre et la nature des fonctions qu'ils exercent, les cadres et autres salariés assimilés n'entrent manifestement pas dans les exceptions visées par l'article 4§2. Dès lors, ils doivent bénéficier du droit prévu par cet article.
- (72) Or, le Comité estime que les heures de travail effectuées par les salariés soumis au système de forfait en jours qui ne bénéficient, au titre de la flexibilité de la durée du travail, d'aucune majoration de rémunération, sont anormalement élevées. Le fait qu'une majoration de la rémunération soit désormais prévue pour les jours travaillés correspondant aux jours de congés auxquels le salarié soumis au système de forfait en jours a renoncé, n'apparaît pas comme suffisant au regard du paragraphe 2 de l'article 4. Dans ces conditions, une période de référence d'un an est excessive. »

### III-D Conclusion

46. En conclusion, la CGT et la CFE-CGC soutiennent que la nouvelle législation est loin d'apporter les garanties que les précédentes décisions du Comité rendaient pourtant indispensables et urgentes, en violation persistante des articles 2§1 et 4§2. Elle déplore particulièrement que la loi permette la mise en place des forfaits en jours même si l'accord les autorisant ne respecte pas les modalités qu'elle a elle-même fixées, privant ainsi ce régime de tout cadre juridique digne de ce nom, alors qu'il ne cesse de s'étendre à un nombre de salariés de plus en plus important. Elle souhaite donc vivement qu'une nouvelle décision du Comité puisse être suivie d'une recommandation enjoignant au gouvernement français de mettre un terme à ces violations de la Charte qui portent atteinte au droit des salariés à des conditions de travail et de rémunération équitables.