

Le temps, le temps, le temps et rien d'autre...

À propos de la décision du Comité européen des droits sociaux sur l'aménagement du temps de travail sur une période pouvant aller jusqu'à 3 ans ⁽¹⁾

par Valérie LACOSTE-MARY, Maître de conférences HDR,
Université de Bordeaux, COMPTRESEC UMR 5114 institut du travail

PLAN

- I. Le droit de l'aménagement du temps de travail à l'épreuve de l'article 4 § 2
- II. La portée de la décision en droit interne

Devant le constat de l'affaiblissement de l'État social, certains auteurs ont pu déclarer que la Charte sociale européenne serait peut-être le nouvel instrument de défense de ce dernier dans un contexte de crise économique et de gestion néolibérale de celle-ci (2). Cette affirmation forte et lumineuse s'applique, par extension, aux droits des travailleurs et donne tout son sens à la décision du Comité européen des droits sociaux publié le 15 mars 2019 (3). La Charte sociale européenne propose un contrôle de ses dispositions soit au moyen de la remise de rapports (4) par les États, soit au travers d'une procédure dite de réclamations collectives initiée par les organisations syndicales (5). Les réclamations sont soumises à un comité d'experts, qui constitue un organe non juridictionnel chargé d'examiner la conformité des dispositions internes avec les droits sociaux reconnus dans la Charte (6). C'est cette voie empruntée par la CGT qui a conduit à la décision du Comité européen des droits sociaux (CEDS) du 18 octobre 2018, rendue publique le 15 mars 2019 (7).

Passée au travers des fourches caudines du contrôle interne (8), la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a introduit un nouveau dispositif contestable de l'aménagement du temps de travail. Pour mémoire, l'article L. 3121-41 (9) du Code du travail autorise, s'il existe un accord de branche, la conclusion d'un accord d'entreprise d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an et pouvant aller jusqu'à 3 ans. Justifiée par la nécessité d'une souplesse dans la gestion de projets (10), cette mécanique rend presque impossible la reconnaissance d'heures supplémentaires.

S'emparant du dispositif de contrôle proposé par la Charte sociale européenne, le syndicat CGT a porté une réclamation pour faire dire que le droit français, sur ce point, était contraire à son article 4 § 2. La CGT va déployer son argumentation en deux volets d'inégale importance en apparence. Elle conteste, d'une part, le délai de prévenance, qui ne serait pas suffisant en cas de modification de l'aménagement du temps de travail (11). Elle s'attache, d'autre part, à démontrer que la loi française est contraire à l'article 4 § 2

(1) Décision du 18 octobre 2018, rendue publique le 15 mars 2019, reproduite en annexe.

(2) Cette analyse forte est le constat de C. Nivard, « Le Comité européen des droits sociaux, gardien de l'État social en Europe ? », *Civitas Europ.* 2014/2 (n° 33) pp. 95-109, <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2014-2-page-95.htm>.

(3) *Confédération générale du travail (CGT) c. France*, réclamation n° 154/2017.

(4) Art. 21 à 29 de la Charte.

(5) Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, *Traité STE* n° 158.

(6) Ce système est très ressemblant à celui qui existe au sein de l'OIT. À côté d'un système récurrent de contrôles coexiste un mécanisme permettant aux organisations syndicales, de manière *ad hoc*, d'activer la surveillance des pratiques ou textes par les États.

(7) La réclamation doit être déclarée recevable par le CEDS qui examine ensuite le bien-fondé de la demande. La décision, avant d'être rendue publique, doit être transmise aux parties et au Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

(8) Voir *Cons. Const. Déc.* n° 2016-736 DC du 4 août 2016. Les dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail sur 3 ans n'ont pas été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

(9) Art. L. 3121-41, al. 1 et 2 du Code du travail : « *Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence. Cette période de référence ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur.* »

(10) Cf. argumentaire du Gouvernement français.

(11) Art. L. 3121-42 du Code du travail : « *Dans les entreprises ayant mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les salariés sont informés dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail.* ». Complété par l'art. L. 3121-47 : « *À défaut de stipulations dans l'accord mentionné à l'article L. 3121-44, le délai de prévenance des salariés en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours.* ».

de la Charte, qui proclame que « tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant ». Sur ce point, le syndicat indique que l'aménagement pluriannuel ne permet pas une rémunération équitable, car il fait échec au système de paiement des heures supplémentaires. En effet, l'argumentation insistera sur le fait que le salarié sera contraint de travailler de longues semaines sans percevoir de majoration de rémunération. Dans ces conditions, le syndicat considère que l'effort demandé n'est jamais compensé. Par conséquent, il juge que cette disposition, dans son ensemble, ne répond pas aux visées de progrès économique et social prônées par la Charte, puisque sa seule motivation réside dans la compétitivité des entreprises. Le Gouvernement français, d'ailleurs, ne dément pas cette position dans son argumentaire, puisqu'il légitime la mesure par le besoin d'anticipation de certaines entreprises sur de longues années pour bâtir des projets. Aucune restriction n'existe toutefois dans le texte litigieux quant aux secteurs d'activité ou quant aux projets à accomplir ou encore quant à la justification préalable à la conclusion de tels accords.

Le comité d'experts va, dans la continuité de ses solutions précédentes sur le temps de travail, déclarer l'aménagement du temps de travail issu de la loi « Travail » de 2016 contraire à l'article 4 § 2 de la Charte sociale (I). De toute évidence, la portée de cette décision devra être envisagée (II).

I. Le droit de l'aménagement du temps de travail à l'épreuve de l'article 4 § 2

L'argumentation du CEDS s'appuie sur un florilège de textes, issus non seulement de l'Europe, mais aussi du droit international de l'OIT. Le comité d'experts convoque singulièrement la directive de 2003 sur l'aménagement du temps de travail (12) et les conventions internationales relatives au temps de travail dans l'industrie, le commerce, les bureaux, ainsi que la convention sur les quarante heures et la recommandation sur la réduction du temps de travail. Les experts s'appuient aussi sur les travaux du BIT sur le temps de travail décent datant de 2018.

Ces normes ont pour intérêt de rappeler les liens entre durée du travail et santé des travailleurs, ainsi que la nécessité de protéger la vie personnelle de ces derniers. De plus, les textes supranationaux considèrent que les durées maximales de travail doivent être calculées sur des périodes de 4 à 6 mois ; seules des dérogations ne dépassant pas 12 mois sont autorisées si elles reposent sur des données objectives.

Ces textes ne portent pas directement sur la question de l'aménagement du temps de travail par voie conventionnelle. Aussi le lien entre les durées maximales et le paiement des heures supplémentaires n'est-il pas toujours probant. Le fondement juridique apparaît décalé au regard de la demande faite par le syndicat CGT (13). Toutefois, ces références permettent un raisonnement en deux temps : rappeler, dans un premier temps, que la durée maximale du travail doit être calculée dans une limite précise et de

base, et préciser, dans un second temps, les conditions d'acceptation des aménagements conventionnels de la durée du travail. Par conséquent, la décision rendue s'inscrit dans un ensemble cohérent en Europe – ce qui n'est pas toujours le cas – mais aussi en droit international.

Les experts vont rappeler que la Charte ne définit pas, à proprement parler, de durée maximale de travail, mais que l'article 4 § 2 fait état du droit à une rémunération équitable, c'est-à-dire de la possibilité pour les travailleurs d'être payés en heures majorées. La rémunération des heures supplémentaires est due, car le salarié fournit pour la circonstance un « effort accru » qui nécessite une contrepartie. Le renvoi aux textes européens et internationaux manifeste la volonté d'encadrer les périodes de références. Indirectement, le comité d'experts répond à la thèse des organisations d'employeurs qui estiment, d'une part, qu'aucune limite de 12 mois n'est fixée ni par la Charte, ni par les interprétations antérieures du comité, d'autre part, que l'aménagement de la durée du travail sur 36 mois ne priverait pas les salariés de la rémunération de leurs heures supplémentaires, mais permet « simplement d'adapter par accord collectif leurs (les) modalités de décompte ». Le comité repousse cette argumentation dans la continuité de précédentes interprétations (14).

Pour autant, il ne s'agit pas d'une condamnation des dispositifs d'aménagement du temps de travail, qui ne sont pas contraires à la Charte, sous réserve

(12) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOUE 18 novembre 2003, L2 99/9. Le comité d'experts a déjà affirmé que le droit issu de l'UE devait être en conformité avec les droits énoncés dans la Charte : déc. 55/2009.

(13) S. Tournaux, « L'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an en sursis ? », Lexbase, Hebdo éd. Soc. n° 777 du 28 mars 2019.

(14) Conclusions I, Observations interprétatives de l'art. 4 § 2.

toutefois de se conformer à certaines conditions déjà énoncées (15).

La première de ces conditions concerne les durées hebdomadaire ou journalière du travail. Le CEDS rappelle que la variation du temps de travail au sein de ces différentes périodes doit maintenir une durée journalière ou hebdomadaire raisonnable. Sans aucun doute, une durée maximale raisonnable devra être respectée dans les périodes hautes, mais il faut considérer qu'elle devra l'être également dans les périodes basses. En se conformant à de précédentes interprétations, le caractère raisonnable est d'abord conditionné par la période de référence qui sert de base au calcul de la durée moyenne du temps de travail. Sur ce point, la position du comité est relativement précise, puisque la période acceptable est déterminée de 4 à 6 mois et de manière exceptionnelle à 12 mois (16) et seulement si des motifs objectifs, techniques ou liés à l'organisation du travail sont avancés (17). Dans le cas contraire, les experts ont déjà considéré que les dispositifs ne sont pas conformes à la Charte. Par ailleurs, le comité relève que les périodes de référence trop étendues engendrent de l'insécurité juridique et ouvrent en quelque sorte la porte à des durées de travail excessivement longues. Il remarque que sa position n'est pas isolée, car reprise par la CJUE (18), ainsi que par la commission d'experts de l'OIT (19).

La deuxième condition sera remplie par la mise en place d'un cadre juridique ayant des garanties suffisantes, notamment en cas d'accord d'entreprise (20).

Enfin, des systèmes d'information anticipant les changements d'horaires ou d'organisation doivent être prévus afin de garantir le respect de la vie privée et familiale des travailleurs. Cet aspect n'avait pas clairement été avancé par l'argumentaire du syndicat CGT, mais le CEDS inscrit nécessairement le volet articulation vie personnelle/vie professionnelle comme un pendant de l'aménagement du temps de travail. Aucune hiérarchie n'est établie entre ces différentes conditions applicables simultanément. *A contrario*, l'absence de l'une d'entre elles rendrait contraire à la Charte tout le dispositif.

Fort de l'ensemble de ces arguments, le comité déclare qu'une période de référence pouvant aller jusqu'à 3 ans, sans justification, prive le travailleur d'une rémunération majorée qui ne serait pas compensée par les périodes de repos, alors même que sa vie personnelle et familiale pourrait en pâtir. Sur ce point, le comité d'experts a considéré que, contrairement à ce que soutenait la CGT, une durée de 7 jours était suffisante pour prévenir le salarié de modifications dans l'aménagement de la durée du travail initialement prévue (21).

Cette interprétation mérite d'être saluée, même si elle ne surprend pas totalement. En effet, le comité d'experts avait déjà validé une telle manière de lire l'article 4 § 2 et il émaille sa décision de références à ses solutions anciennes. On constate d'ailleurs que bon nombre d'entre elles concernent la France (22). À cet égard, on ne peut manquer de s'interroger sur la portée de cette décision en droit interne.

II. La portée de la décision en droit interne

La procédure prévue par la Charte est de soumettre la décision du comité d'experts au comité gouvernemental de la Charte sociale européenne et du Code européen de Sécurité sociale. Ce dernier entend les États sur les mesures prises pour se conformer à la

décision. En cas de défaillance ou de refus de l'État concerné, le comité gouvernemental transmet au comité des ministres une proposition de recommandation à l'État en cause qui sera mis à l'index.

(15) Conclusions XIV-2, observations interprétatives de l'art. 2 § 1 et Confédération française de l'encadrement CFE-CGC c. France, Réclamation n°9/2000, sp. § 32 : « Pour être jugé conforme à la Charte sociale révisée, le système de flexibilité du temps de travail doit par ailleurs 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. »

(16) Conclusions XIV-2, Observation interprétatives de l'art. 2 § 1.

(17) Conclusions XIX-3, *Allemagne*, art. 2 § 1. Les périodes de références servant au calcul de la durée moyenne du travail dans le cadre d'accords conventionnels d'aménagement du temps de travail en Allemagne ont été considérées comme trop longues pour être conformes à la Charte. Les accords prévoyaient des durées de 24, 27 et 36 mois.

(18) Le comité s'appuie sur une décision de la CJUE en date du 3 octobre 2000, aff. C-303/98, *Sindicato de medicos de Asistencia Publica (Simpia) c. Espagne*. La Cour de justice affirme dans

cette décision que la période de référence ne peut en aucun cas dépasser 12 mois.

(19) BIT, « Étude d'ensemble concernant les instruments relatifs au temps de travail — Garantir un temps de travail décent pour l'avenir », Conférence internationale du Travail, 107^{ème} session, 2018. V. spécifiquement le pt 686 du rapport : « Il convient d'accorder une attention toute particulière à la santé et à la sécurité dans les régimes de modulation du temps de travail, car de longues heures de travail peuvent avoir des effets négatifs sur la santé et le bien-être des travailleurs, et également sur la sécurité sur le lieu de travail ».

(20) Conclusions XIV-2, Observation interprétatives de l'art. 2 § 1.

(21) Pts 62 à 66.

(22) Sur le forfait jours : décision 55/2009 sur l'absence de conformité avec l'art. 2 § 1 de la Charte ; sur le régime des astreintes : décision n°22/2003.

Il a beaucoup été rapporté sur le rejaillissement des décisions du CEDS. Le débat doctrinal sur la force exécutoire de la Charte a déjà été liquidé (23). Il reste que la portée des décisions du comité d'experts suscite le doute dans la mesure où l'organe n'est pas juridictionnel. L'absence de sanctions, notamment financières, altère l'efficacité des interprétations rendues. Pourtant, l'adhésion d'un État à la Charte, à sa révision et donc à ses procédures de contrôle, devrait entraîner nécessairement une soumission de ce dernier à ses obligations internationales (24). Or, on sait qu'il n'en est pas toujours ainsi, l'attitude de la France étant inégale face aux décisions du CEDS. S'alignant parfois sur celles-ci (25), elle reste campée, lorsqu'il s'agit du temps de travail, sur des positions contraires à ses engagements internationaux, mais aussi européens. Pour mémoire, l'absence de conformité du système des forfaits-jours n'a trouvé aucun écho dans la législation française, si ce n'est une législation encore plus contraignante (26).

Actuellement, seule la branche de la métallurgie (27) a conclu un accord à titre expérimental. L'article 10 de ce dernier (28) permet la négociation d'un accord d'entreprise sur l'aménagement du temps de travail pouvant aller jusqu'à 3 ans, à la condition que les entreprises finalisent un accord dans un délai de 5 ans à partir de l'entrée en vigueur de l'accord de branche. Ce dernier ne donne pas de directives particulières, si ce n'est que l'accord d'entreprise doit contenir des éléments ou des « *contreparties de nature à faciliter un compromis entre l'intérêt de l'entreprise et celui des salariés* ». Un bilan sera dressé à la fin de l'expérimentation singulièrement sur « *l'incidence de ce type d'organisation sur l'emploi* ». L'accord n'innove en rien, notamment sur la question de la vie personnelle des salariés et surtout sur leur état de santé.

Il serait alors possible de s'emparer de la décision du CEDS pour porter une action en inconventionnalité

de cet accord de branche. On objectera que le délai de deux mois pour contester la validité d'un accord est largement dépassé. Pourtant, cet argument pourrait être écarté, car l'article L. 2262-14 du Code du travail fait référence à une action en nullité sans inclure les exceptions d'illégalité. Or, la reconnaissance de l'inconventionnalité d'un accord n'a pas pour effet de le rendre nul. Le raisonnement serait le même en cas de conclusion d'accords d'entreprise dans le cadre de l'accord sur la métallurgie. Toutefois, dans cette hypothèse, les salariés pourraient demander le paiement d'heures supplémentaires et de repos compensateurs. Il n'est pas certain que le juge puisse tempérer les effets importants qu'engendrerait la reconnaissance de l'inconventionnalité en se fondant sur l'article L. 2262-15 du Code du travail (29). Le succès de ce raisonnement n'aura toutefois de sens que si la Cour de cassation considère que l'article 4 § 2 est d'application directe. Or, si la Haute juridiction a déjà inséré, au visa de rares décisions, certains articles de la Charte (30), elle n'a jamais affirmé que l'ensemble des stipulations de la Charte était d'application directe. Il lui est toujours possible de faire appel à la technique du dépeçage et d'écarter l'article 4 § 2 dans ce type de contentieux.

Pourtant, la France se grandirait en supprimant ce texte. Sur un plan théorique, d'une part, elle démontrerait son intérêt pour la décision rendue par le comité d'experts et sa volonté de respecter les engagements auxquels elle a elle-même souscrit. D'autre part, cette mesure forte lèverait les incertitudes qu'un tel maintien engendre, notamment pour les partenaires sociaux. Certains pourraient, en effet, brandir un contrôle de conventionnalité sur les accords susceptibles d'être signés (31). De surcroît, en pratique, cette décision n'emporterait de conséquences que pour le seul secteur de la métallurgie, dont l'accord de branche serait vide de sens.

(23) Michel Miné, « Le droit du travail à la lumière de la Charte sociale européenne », 2011, SSL n° 1475.

(24) Sur l'application de l'art. 55 de la Constitution, v. M. Miné, *ibid.*

(25) Les exemples sont surtout hors champ du droit du travail : v. J.F. AKandji-Kombé, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011, p. 233.

(26) Loi n° 2005-882 du 20 août 2005, qui élargit le champ d'application du forfait-jours aux cadres ayant une réelle autonomie, et la loi n° 20 août 2008 autorisant la possibilité de travailler jusqu'à 282 jours. Cette situation a été pointée dans le rapport sur l'application de la Charte pour la période de 2005 à 2008. La France a été épinglée encore.

(27) Accord national du 23 septembre 2016 relatif à l'emploi dans la métallurgie, étendu le 28 avril 2017, Brochure n° 3109.

(28) L'art. 10 (« variations d'activités ») est placé dans le chapitre 2, dit « outils d'adaptation » du titre 2 « Adaptations aux variations conjoncturelles ».

(29) À savoir si, dans cette hypothèse, le juge pourra s'appuyer sur l'art. L. 2262-15 du Code du travail en cas de demandes

nombreuses en ce sens. Cet article énonce en effet : « *En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement* ».

(30) Cass. Soc. 14 avril 2010, n° 09-60.426 sur la question de la représentativité syndicale. Dans cette affaire, outre les textes issus de l'OIT, la Chambre sociale, dans son visa, mentionne expressément les art. 5 et 6 de la Charte sociale. Même incertitude devant les juridictions administratives : C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif. Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », RDLF 2016. 22 ; sur l'application directe de l'art. 24 de la Charte : CE, 10 février 2014, *Fischer*, n° 358992, AJDA 2014. 380 ; Dr. Soc. 2014. 474 J. Mouly.

(31) M. Miné, *op. cit.*

La multiplicité des sources et leur contradiction, parfois, n'aident pas toujours les salariés à faire reconnaître leurs droits, singulièrement en matière de durée du travail. La question de l'aménagement du temps de travail a été moins mobilisatrice ou moins diffusée que celle de la barémisation des indemnités de licenciement. Or, le CEDS est également saisi de la conformité de cette mesure avec l'article 24 de la Charte (32). L'absence de conformité risque de poser, au-delà du problème juridique, une prise de position politique sur ce point, qui aura sans doute plus de retentissement.

Par ailleurs, sur le terrain juridictionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État, longtemps réticents, semblent aujourd'hui prêts à considérer comme applicables de nombreuses dispositions internationales. La Cour de cassation s'autoproclame « *acteur direct de la non-conformité d'une loi aux normes supra législatives* » (33) et s'interroge sur le temps dans sa jurisprudence. Elle sera amenée, peut-être, à se pencher sur celui des salariés dans les entreprises.

Le temps, le temps et rien d'autre, le tien, le mien, celui qu'on veut nôtre...

Valérie Lacoste-Mary

(32) *Réclamation de la confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) c. France*, n° 160/2018 ; *Réclamation CGT (CGT) c. France* n° 171/2018.

(33) Rapport annuel de la Cour de cassation, « Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 2014.

Annexe :

DURÉE DU TRAVAIL Aménagement du temps de travail ou modulation – 1/ Période de référence supérieure à 1 an et pouvant atteindre 3 ans permise par l'art. L. 3121-41 du Code du travail instauré par la loi 2016-1088 du 8 août 2016 – Absence de caractère raisonnable – violation de l'art. 4 § 2 de la Charte sociale européenne – 2/ Délai d'information du salarié en cas de modification des dates des périodes hautes et basses – Information dans un délai raisonnable et, à défaut de précision prévue par accord collectif, application d'un délai de 7 jours (art. L. 3121-42 et L. 3121-47) – Garanties appropriées – Conformité à l'art. 4 § 2 de la Charte.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX 18 octobre 2018
Confédération générale du travail (CGT) c. France (réclamation n° 154/2017)

[...]

EN DROIT

VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 § 2 DE LA CHARTE

29. L'article 4 § 2 de la Charte est rédigé ainsi :

Article 4 – Droit à une rémunération équitable

Partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant. »

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties 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 ;

(...)

A – Argumentation des parties

1. L'organisation auteur de la réclamation

30. La CGT allègue que la loi 2016-1088 prévoyant l'organisation/l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et pouvant atteindre trois ans porte gravement atteinte au droit

des salariés à une rémunération équitable, en violation de l'article 4 § 2 de la Charte. Il est allégué qu'un tel aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, qui peut s'étendre sur de longs mois, voire sur une année et jusqu'à trois ans, n'est pas compatible avec la Charte en ce que qu'il prive le travailleur de ses droits à une rémunération équitable et en particulier à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaire.

31. La CGT souligne que la période de référence instaurée par la loi 2016-1088, qui peut aller jusqu'à trois ans, est bien supérieure à quelques mois. Un tel régime de flexibilité permet à l'employeur de faire effectuer au salarié un certain nombre d'heures de travail au-delà de la durée légale du travail de trente-cinq heures et sur de longues périodes, tout en lui évitant d'avoir à régler des heures supplémentaires et à verser une rémunération majorée. La CGT note que le salarié fournit les efforts et subit les contraintes liées à des durées de travail plus élevées pendant les périodes « hautes », qui peuvent être longues, mais ne perçoit aucune compensation pécuniaire ou en repos. Les périodes « basses » peuvent être placées plusieurs mois, voire plus d'un ou deux ans plus tard, et en aucune façon elles ne peuvent être considérées comme des compensations, puisqu'elles correspondent purement et simplement à la différence

arithmétique entre les heures effectuées en période haute et la durée légale du travail.

32. La CGT fait, en outre, observer que la législation indique que, si la période de référence est supérieure à un an, l'accord doit prévoir une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au-delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent des heures supplémentaires (article L.3121-44 du Code du travail). La CGT fait valoir que cette limite hebdomadaire est renvoyée à la négociation, mais qu'aucune limite obligatoire ne s'impose aux négociateurs. Cela implique qu'un salarié soumis à un aménagement du temps de travail supérieur à un an peut effectuer jusqu'à onze heures supplémentaires chaque semaine durant des mois sans bénéficier d'aucune compensation. À titre d'illustration, un salarié pourra ainsi effectuer 44 heures de travail par semaine pendant 122 semaines (28 mois environ) ; période incluant douze semaines de congés payés, puis ne pas travailler du tout pendant 34 semaines (huit mois environ). Dans ce cas, en fonction de ce que prévoit l'accord collectif, le salarié pourra percevoir soit un salaire constant correspondant à 35 heures sur toute la période, soit un salaire correspondant à 44 heures pendant 122 semaines, puis un salaire correspondant à zéro heure pendant 34 semaines. La CGT assure que le salarié ne percevra ni majoration, ni compensation pour les heures supplémentaires effectuées.

33. La CGT précise que, si la période de référence est inférieure ou égale à un an, l'accord peut prévoir cette même limite hebdomadaire, mais ce n'est pas obligatoire (article L.3121-44). Dans ce cas, un salarié peut effectuer, par exemple, 46 heures de travail pendant de nombreuses semaines d'affilée, sans percevoir aucune majoration ni compensation.

34. La CGT indique que les articles L.3121-41 à L.3121-47 de la loi n° 2016-1088 permettent, comme auparavant, d'aménager le temps de travail sur une période supérieure à la semaine, en principe en concluant un accord collectif. Cependant, la période d'aménagement du temps de travail, qui pouvait déjà être d'un an, peut désormais aller jusqu'à trois ans si un accord de branche l'autorise. En l'absence d'accord collectif, la période ne peut être que de quatre ou neuf semaines, selon les effectifs de l'entreprise.

35. La CGT souligne, d'abord, que l'employeur n'est pas tenu de démontrer une quelconque justification opérationnelle, économique ou sociale pour pouvoir mettre en place un aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine ; ensuite, que les modalités de conclusion d'accords collectifs offertes par la nouvelle législation offrent aux employeurs de multiples possibilités leur permettant de négocier, y compris en l'absence d'organisation syndicale, avec des conditions de validation des accords assouplies, ce qui les place en situation de force pour conclure des accords à des conditions défavorables aux salariés ; et, enfin, que ce type d'organisation s'impose au salarié

à temps complet sans que celui-ci ait à donner son accord ou ne puisse refuser (article L.3121-43).

36. La CGT fait, en outre, valoir que ce dispositif d'aménagement du temps de travail ne permet pas aux salariés de prévoir leur durée de travail. Elle signale que les dates des périodes hautes ou basses ne sont pas forcément fixes et que la législation prévoit seulement que « *les salariés sont informés dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail* » (article L.3121-42). À défaut de précision sur ce point dans l'accord collectif, « *le délai de prévenance des salariés en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours* » (article L.3121-47).

2. Le Gouvernement défendeur

37. Le Gouvernement soutient que les dispositions internes relatives à l'aménagement du temps de travail sur une période de référence pouvant aller jusqu'à trois ans sont conformes à l'article 4 § 2 de la Charte.

38. S'agissant de l'objectif de la pluri-annualisation, le Gouvernement indique que le législateur a souhaité répondre aux besoins de souplesse de certaines entreprises, principalement dans le domaine industriel, engagées dans des projets s'échelonnant sur plusieurs années (secteurs des transports, de l'aéronautique, de la construction navale ou automobile, etc.). Le Gouvernement relève, en outre, que, plus de dix-huit mois après l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, une seule branche professionnelle, celle de la métallurgie, a souhaité permettre le recours à une pluri-annualisation du temps de travail et seules quelques entreprises ont signé un accord en ce sens.

39. S'agissant de la violation alléguée de l'article 4 § 2 de la Charte, le Gouvernement souligne, en premier lieu, que, contrairement à ce qu'allègue l'organisation réclamante, le salarié n'est pas privé de majoration pour heures supplémentaires, puisque, par le biais de la compensation des périodes hautes par des périodes basses, il n'effectue pas d'heures supplémentaires. Durant la période de référence pour les horaires aménagés, les heures travaillées au-delà de 35 heures lui permettent de bénéficier de semaines de travail inférieures à 35 heures, et le respect des limites fixées par la loi est déterminé en fin de période de référence. Le Gouvernement considère que la totalité des heures de travail effectuées au cours de la période de référence sont payées au travailleur ; s'il s'avère, en fin de période de référence, qu'il a travaillé au-delà de la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures, il bénéficie alors d'une majoration salariale pour heures supplémentaires, conformément à l'article 4 § 2 de la Charte. Il se réfère à l'article L.3121-41 du Code du travail, qui dispose que toutes les heures qui excèdent la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures constituent des heures supplémentaires, compensées comme telles (majoration salariale ou compensation en temps de repos majoré).

40. En deuxième lieu, le Gouvernement relève que, si le Comité évoque, dans son Recueil de jurisprudence

cité par la CGT dans sa réclamation, le calcul d'une durée hebdomadaire moyenne de travail « sur une période de plusieurs mois », cette référence ne résulte que d'un constat des pratiques observées dans les États membres du Conseil de l'Europe et ne constitue en rien une injonction à respecter une période de référence déterminée, contrairement à ce qu'avance la CGT.

41. En troisième lieu, le Gouvernement précise que la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 a non seulement conditionné la mise en place d'une pluri-annualisation du temps de travail à son autorisation préalable par un accord de branche, mais encore prévu l'obligation, pour l'accord collectif, de définir une limite hebdomadaire au-delà de laquelle les heures effectuées au cours d'une même semaine sont qualifiées d'heures supplémentaires et payées avec majoration à l'issue du mois concerné (article L.3121-44 du Code du travail).

42. Le Gouvernement estime que l'exemple donné par la CGT d'un accord d'aménagement de la durée du travail sur trois ans, qui prévoirait 28 mois de travail à raison de 44 heures par semaine, et huit mois non travaillés, n'est absolument pas réaliste, même si cette hypothèse est juridiquement possible. Il fait valoir qu'il peut, certes, se trouver des semaines non travaillées au cours de l'année, mais, dans l'immense majorité des cas, la modulation du temps de travail se traduit par des semaines peu travaillées, et non pas par des semaines entièrement chômées.

43. S'agissant des allégations de la CGT, qui affirme que les dates des périodes hautes et basses ne sont pas forcément fixes et que le dispositif ne permet pas aux salariés de prévoir leur durée de travail, le Gouvernement indique que l'obligation d'affichage de la durée et de la répartition du travail de chaque semaine composant la période de référence, telle que prévue par l'article D. 3171-5 du Code du travail, permet précisément aux salariés de prévoir leur durée de travail. Par ailleurs, les salariés sont assurés d'un délai de prévenance raisonnable fixé par accord collectif, qui ne peut, en tout état de cause, être inférieur à sept jours, avant tout changement (articles L.3121-44 et L.3121-47 du Code du travail). L'employeur est également tenu d'informer l'Inspecteur du travail de toute modification de l'horaire collectif (article D. 3171-4 du Code du travail).

44. S'agissant des allégations de la CGT selon lesquelles les modalités de conclusion des accords collectifs mises en place par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, notamment la possibilité de conclure un accord sans organisation syndicale, placent les employeurs en situation de force par rapport aux salariés, alors que l'employeur n'est pas tenu de démontrer « une quelconque justification opérationnelle, économique ou sociale pour mettre en place un aménagement du temps de travail sur plus d'une semaine », le Gouvernement note que la CGT ne démontre pas en quoi ces modalités contreviendraient à l'article 4 § 2 de la Charte.

45. S'agissant des allégations de la CGT selon lesquelles l'accord collectif s'impose aux salariés sans nécessité de recueillir leur accord, le Gouvernement souligne que le principe de primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail (à l'exception de l'accord de performance collective prévu à l'article L.2254-2, qui a un fort impact sur le contrat de travail) vise à éviter que la logique individuelle ne remette en cause des équilibres contractuels négociés entre partenaires sociaux et n'est aucunement contraire aux principes posés par la Charte, et notamment au principe de rémunération équitable.

B – Appréciation du Comité

46. Le Comité note que la principale allégation de la CGT est qu'une période de référence supérieure à la semaine et pouvant aller jusqu'à trois ans est contraire à la Charte, alors que le Gouvernement soutient que les dispositions internes relatives à l'aménagement du temps de travail sur une période de référence pouvant aller jusqu'à trois ans sont conformes à l'article 4 § 2 de la Charte.

47. Le Comité rappelle qu'au titre de l'article 4 § 2 de la Charte, les États parties s'engagent « à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers ». Le principe consacré dans ce paragraphe trouve son origine dans la considération que les heures supplémentaires nécessitent, de la part du travailleur, un effort accru (Conclusions I, Observation interprétative de l'article 4 § 2). Le Comité a noté que l'on entend généralement par « heures supplémentaires » « le travail exécuté [...] en dehors des heures normales de travail, ou en plus de celles-ci » (Conclusions I, Observation interprétative de l'article 4 § 2).

48. Le Comité souligne que l'article 4 § 2 de la Charte est intrinsèquement lié à l'article 2 § 1, qui garantit le droit à une durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire. Les salariés accomplissant des heures supplémentaires doivent être rémunérés à un taux majoré par rapport au taux horaire normal (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 4 § 2).

49. Le Comité a noté que des États parties ont adopté des régimes de flexibilité de la durée du travail dans lesquels le temps de travail est calculé sur la base de la durée moyenne de travail hebdomadaire sur des périodes de référence données. Ces régimes ont pour conséquence que les heures travaillées au-delà de la moyenne sont, en pratique, compensées par une réduction des heures pendant d'autres semaines au cours de la période de référence (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1 et de l'article 4 § 2). Le Comité considère que les arrangements de ce type ne sont pas, en tant que tels, contraires à l'article 4 § 2 de la Charte, pourvu que les conditions énoncées à l'article 2 § 1 de la Charte soient respectées (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 4§2 et Conclusions XX-3 (2014), Portugal).

50. Le Comité a souligné que de tels dispositifs peuvent être jugés conformes à la Charte pour autant qu'un certain nombre de conditions ou critères soient respectés (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1 et *Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*, réclamation n° 9/2000, décision sur le bien-fondé du 16 novembre 2001, paragraphes 29 à 38) :

(i). premièrement, ces dispositifs doivent empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ;

(ii). deuxièmement, ils doivent être établis par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes. Les accords négociés au niveau de l'entreprise doivent être assortis de garanties supplémentaires (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1) ;

(iii). troisièmement, ils doivent prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail ;

(iv). quatrièmement, afin de protéger la vie privée et familiale des travailleurs, le Comité « *attache de l'importance au fait que ces travailleurs soient informés clairement et dans un délai raisonnable de tout changement intervenant dans leurs horaires de travail* ».

51. Le Comité souligne que les critères susmentionnés doivent être remplis simultanément. Le Comité relève que l'organisation réclamante n'a pas formulé d'allégations particulières s'agissant des deux premiers critères. Considérant que ces aspects ne posent pas problème, le Comité ne va pas, par conséquent, les examiner ici.

Sur le caractère raisonnable de la période de référence

52. La CGT allègue qu'une période de référence supérieure à la semaine et pouvant aller jusqu'à trois ans, à condition que des dispositions à cet effet soient prévues par un accord de branche, est contraire à l'article 4 § 2.

53. Le Comité a déclaré que les heures supplémentaires doivent être réglementées, en ce sens qu'elles ne doivent pas être laissées à la discrétion de l'employeur ou du travailleur ; le recours aux heures supplémentaires et/ou leur nombre doivent être limités afin de ne pas exposer le travailleur aux risques d'accidents en fin de journée. Il a souligné à de nombreuses reprises que les risques sont plus grands pour les travailleurs astreints à de longues heures de travail pendant une période considérable (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1).

54. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur la conformité avec la Charte des systèmes de flexibilité du temps de travail, le Comité prend en compte la longueur de la période de référence qui sert de base pour le calcul de la durée moyenne du temps de travail (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1).

55. Le Comité a conclu, s'agissant de la durée de la période de référence, qu'une période ne dépassant

pas quatre ou six mois est acceptable, et que des périodes allant jusqu'à un an au maximum peuvent également être acceptables dans des cas exceptionnels (Conclusions XIV-2, Observation interprétative de l'article 2 § 1).

56. Le Comité a noté que l'extension de la période de référence par une convention collective jusqu'à douze mois sera aussi acceptable, sous réserve qu'elle soit justifiée par des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail (Conclusions XIX-3, *Allemagne*, article 2 § 1). Il a considéré que l'existence de périodes de référence plus longues pour le calcul de la durée moyenne de travail n'était pas admise, indépendamment de la question de savoir si le nombre hebdomadaire d'heures réellement travaillées était inférieur à 48, et conclu que la situation n'était pas conforme à la Charte lorsque la période de référence pour le calcul de la durée moyenne de travail pouvait être prolongée au-delà de douze mois (Conclusions XIX-3, *Allemagne*, article 2 § 1).

57. Le Comité a souligné qu'il s'agissait d'une question de sécurité juridique, puisqu'en principe, plus la période de référence est longue, plus elle offre de souplesse pour répartir le temps de travail de façon inégale, une situation qui pourrait aboutir, à certains moments, à des durées de travail hebdomadaires excessivement longues (supérieures à 60 heures) (Conclusions XIX-3 et XX-3, *Allemagne*, article 2 § 1). Il a conclu que les périodes de référence (servant au calcul de la durée moyenne du travail dans le cadre d'accords d'aménagement du temps de travail) de 24 mois, 27 mois et 36 mois qui figuraient dans les conventions collectives étaient trop longues pour être conformes à la Charte (Conclusions XVI-2 et Conclusions XVIII-2, *Allemagne*, article 2 § 1).

58. Le Comité relève que, compte tenu des limitations aux dérogations à la période de référence, la Cour de justice de l'Union européenne ainsi a reconnu que « *la période de référence ne peut en aucun cas dépasser douze mois* » et qu'il « *est donc possible de déterminer la protection minimale qui doit en tout état de cause être mise en œuvre* » (Cour européenne de justice, arrêt du 3 octobre 2000 dans l'affaire C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Espagne*, paragraphes 69 et 72, voir *supra*, paragraphe 21).

59. Le Comité note, en outre, que la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations (OIT-CEACR) a souligné que « *le calcul en moyenne des heures de travail sur une période de référence supérieure à un an autorise de trop nombreuses exceptions aux horaires normaux de travail et peut avoir pour conséquence des horaires de travail très variables sur de longues périodes et l'absence de compensation* » (voir *supra*, paragraphes 26 et 27).

60. Compte tenu de ce qui précède, le Comité considère qu'une période de référence n'excédant pas douze mois pourrait être acceptable dans des

circonstances exceptionnelles, sous réserve qu'elle soit justifiée par des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail. Il estime cependant qu'une période de référence d'une durée supérieure à douze mois et pouvant atteindre trois ans a pour effet de priver les travailleurs du droit à un taux de rémunération majorée pour les heures de travail supplémentaires, étant donné que la durée de travail hebdomadaire peut être augmentée durant une longue période sans majoration de la rémunération pour les heures supplémentaires. En pareil cas, l'effort accru des salariés ne serait pas compensé par une majoration de salaire et l'on ne saurait considérer que le temps de repos accordé constitue une compensation adéquate, vu la durée potentielle des heures supplémentaires. Cela pourrait aussi avoir des effets négatifs sur la santé et la sécurité, ainsi que sur l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée des salariés.

61. En France, en matière d'aménagement du temps de travail, la période de référence peut aller jusqu'à trois ans en cas de convention collective et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur (articles L.3121-41 et L.3121-44 du Code du travail). Le Comité dit, par conséquent, qu'une période de référence supérieure à un an et pouvant atteindre trois ans pour le calcul de la durée moyenne du travail, telle qu'elle est prévue par le Code du travail, n'est pas raisonnable et est contraire à l'article 4 § 2 de la Charte.

Sur le droit des travailleurs d'être informés de tout changement d'horaires de travail

62. La CGT affirme que ce dispositif d'aménagement du temps de travail ne permet pas aux salariés de prévoir leur durée de travail. Elle signale que les dates des périodes hautes ou basses ne sont pas forcément fixes et que la législation prévoit seulement que « les salariés sont informés dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail » (article L.3121-42). À défaut de précision sur ce point dans l'accord collectif, « le délai de prévenance des salariés en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours » (article L.3121-47).

63. Le Comité relève qu'aux termes de l'article D. 3171-5 du code du travail, lorsque l'employeur met en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, « l'affichage indique le nombre de semaines que comporte la période de référence [...] et, pour chaque semaine incluse dans cette période de référence, l'horaire de travail et la répartition de la durée du travail » (article D. 3171-5 du code du travail). Cet horaire est préalablement adressé à l'inspecteur du travail (article D. 3171-4 du code du travail).

64. Le Comité relève en outre qu'aux termes de l'article L.3121-42 du Code du travail, « dans les entreprises ayant mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les salariés sont informés dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail ». À défaut de stipulations dans les accords collectifs, le délai de prévenance des salariés en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours (article L.3121-47 du Code du travail). L'organisation réclamante ne prétend pas que ces exigences n'ont pas été respectées dans la pratique.

65. Le Comité considère que les garanties prévues par le Code du travail pour prévenir les salariés des changements de leurs horaires de travail sont appropriées et, par conséquent, conformes à la Charte.

66. Pour ces raisons, le Comité dit qu'il n'y a pas violation de l'article 4 § 2 de la Charte en ce qui concerne le droit des travailleurs d'être informés de tout changement d'horaires de travail.

CONCLUSION

Par ces motifs, le Comité conclut :

- à l'unanimité qu'il y a violation de l'article 4 § 2 de la Charte en ce qui concerne le caractère raisonnable de la période de référence ;
- à l'unanimité qu'il n'y a pas violation de l'article 4 § 2 de la Charte en ce qui concerne le droit des travailleurs d'être informés de tout changement d'horaires de travail.

**ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)**

www.afdt-asso.fr