

ÉTUDES

p. 6 Jean Michel Servais

Droit international du travail et règlement des conflits transnationaux du travail

p. 16 Supriya Routh

Réseaux de solidarité et syndicalisme : une ressource pour les travailleurs informels en Inde ?

p. 28 Michel Miné

Interventions d'instances non juridictionnelles internationales : Brefs propos concernant la situation de la République Hellénique

p. 40 Leopoldo Gamarra Vílchez

Le droit du travail et la sécurité sociale au Pérou : Évolutions et défis de ces vingt dernières années

p. 50 Mathias Nyenti

Accès à la justice dans la sécurité sociale sud-africaine : vers un système efficient et efficace

p. 58 Sylvaine Laulom

La réception par la Cour de cassation française des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales

p. 68 Tania Bazzani

La protection contre le chômage en temps de crise au Danemark, en Italie et en Espagne

p. 80 Errico Urbani, Dominic Roux et Marie-Josée Legault

Les effets de l'institutionnalisation d'une culture de règlement à l'amiable des conflits de travail au Québec sur l'accès à la justice et l'effectivité du droit du travail

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : LES DISCRIMINATIONS RELIGIEUSES ET RACIALES

p. 93 Allison Fiorentino (coord.)

José Luis Gil y Gil (Espagne), Rosane Martins Padilha (Brésil),
Mélania Samson et Christian Brunelle (Canada)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

- | | | |
|---|--|---------------------------------------|
| p. 120 Algérie | p. 142 Fédération de Russie | p. 164 République Tchèque |
| p. 122 Argentine | p. 144 France - Sécurité Sociale | p. 166 Roumanie |
| p. 124 Autriche | p. 146 France - Travail | p. 168 Royaume-Uni |
| p. 126 Bulgarie | p. 148 Grèce | p. 170 Serbie |
| p. 128 Canada (Québec) | p. 150 Hongrie | p. 172 Slovénie |
| p. 130 Chili | p. 152 Japon | p. 174 Tunisie |
| p. 132 Conseil de l'Europe | p. 154 Lituanie | p. 176 UE - Protection Sociale |
| p. 134 Côte d'Ivoire | p. 156 OIT | p. 178 UE - Travail |
| p. 136 Cour Interaméricaine
des Droits de l'Homme | p. 158 Pays-Bas | p. 180 Uruguay |
| p. 138 Espagne | p. 160 Pologne | |
| p. 140 États-Unis | p. 162 République du Congo
(Congo Brazzaville) | |



ÉTUDES

SYLVAIN LAULOM

Professeure à l'IETL, Université Lumière Lyon 2, Erds-CERCRID (UMR 5137).

Thèmes de recherche : Droit social européen, Droit du travail comparé.

Parmi ses publications :

~ C. Escande Varniol, S. Laulom, E. Mazuyer et P. Vielle (sous la coordination de), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, 2012, Larcier.

~ « L'influence des normes européennes sur la jurisprudence sociale », in *Les rencontres de la Chambre sociale*, 2012, BICC, 1^{er} oct. 2012, p. 14.

LA RÉCEPTION PAR LA COUR DE CASSATION FRANÇAISE DES DÉCISIONS DES INSTANCES NON JURIDICTIONNELLES DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES



ABSTRACT

The example of the French Cour de cassation highlights the existence of an influence, which is never explicit, of the ECSR's decisions or the Committee of Experts of the ILO. In a European context, characterized by a significant deregulation of some national labour laws, the question arises of the role that these bodies can play.

KEY WORDS : Courts' dialogue, European committee of Social Rights, ILO, Fundamental Social Rights.

RÉSUMÉ

L'exemple de la Cour de cassation française montre l'existence d'une influence, qui n'est jamais explicite, des décisions d'organes tels que le CEDS ou encore la commission d'experts de l'OIT. Dans un contexte européen, où l'on assiste à une déréglementation importante de certains droits du travail nationaux légitimés par la crise financière et économique, la question se pose du rôle que ces organes peuvent être amenés à jouer.

MOTS CLÉS : Dialogue des juges, CEDS, OIT, Droits sociaux fondamentaux.

Si l'influence des décisions de juridictions telles que la Cour de Justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme sur les jurisprudences nationales n'est plus à démontrer, celle des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales est beaucoup plus diffuse, précisément car ces instances ne sont pas des juridictions. Par là même, les sources internationales que ces organes sont chargés de contrôler sont moins visibles que le droit social de l'Union européenne ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pourtant, ces sources peuvent constituer des remparts importants contre des tentatives de remise en cause des protections sociales, particulièrement dans le contexte actuel, et la question du devenir des décisions des organes de contrôle se pose.

Les organes non juridictionnels de contrôle de l'application des normes internationales du travail, qu'il s'agisse du comité européen des droits sociaux (CEDS), de la commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT ou du comité de la liberté syndicale, sont appelés à rendre des décisions qui peuvent constater la non-conformité de dispositifs nationaux aux règles internationales dont ils contrôlent l'application. Leur intervention peut être relativement rapide, car leur saisine par des organisations syndicales est possible et elle est indépendante de l'existence d'un contentieux. La mise en œuvre de ces décisions reste néanmoins problématique dans la mesure où, issues d'instances non juridictionnelles, elles sont dépourvues de sanction. L'introduction de la procédure de réclamations collectives, par l'article 1 du Protocole additionnel à la Charte de 1995, procédure qui permet notamment à des organisations syndicales représentatives de formuler des recours contre un État ayant ratifié la Charte sociale, a certainement été un vecteur de renforcement de la portée de la Charte sociale et elle a contribué à assurer une meilleure visibilité de ce texte. Il n'en demeure pas moins, que les décisions du CEDS restent dépourvues de sanctions. Publiées tardivement, elles sont transmises

au comité des Ministres qui doit en principe adopter une recommandation à l'adresse de l'État mis en cause, sans pouvoir remettre en cause l'appréciation juridique faite par le CEDS.

La crise de gouvernance que traverse l'OIT montre pourtant que l'influence d'une « jurisprudence » d'un organe, tel que la commission d'experts n'est pas négligeable. C'est, en effet, l'interprétation par la commission d'experts de la convention n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et le fait que la commission considère que le droit de grève émane de cette convention, qui a cristallisé l'opposition du groupe des employeurs. Ce qui est précisément remis en cause c'est la capacité interprétative de la commission d'experts, preuve s'il en est que ses décisions, dépourvues des atours d'une juridiction, ne sont pas dépourvues d'effectivité. La CEDH n'hésite d'ailleurs pas à faire appel aux normes de l'OIT et aux commentaires de ses organes de contrôle, comme le montre sa célèbre décision *Demir et Baykara* contre la Turquie¹.

En l'absence d'interventions des législateurs nationaux se conformant aux prescriptions des organes de contrôle, c'est par le relais des juges nationaux que les décisions de ces organes peuvent éventuellement transiter, à travers ce qui est aujourd'hui souvent désigné comme un dialogue des juges. En effet, si les décisions de ces organes ne sont pas juridictionnelles et ne sont pas obligatoires pour les juges nationaux, elles peuvent intervenir comme un « fait juridique qui peut être pris en compte par le juge national »².

¹ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97. Sur cette influence, J.-M. Servais, « Quel avenir pour l'OIT ? », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 530.

² M.F. Mazars et Ph. Flores, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *SSL* 2011, n° 1499, p. 5. On peut également se référer au communiqué de la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 mars 2006 (n°04-46499), qui admet l'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT et indique que « si un tel avis - de la commission d'experts de l'OIT - ne présente pas de caractère normatif, il constitue cependant une analyse juridique précise ».

L'une des voies de mise en œuvre de ces décisions peut donc être leur réception par les juges nationaux. L'exemple de la Cour de cassation française montre comment un juge national peut relayer ces décisions. Il faut néanmoins noter que dans le système judiciaire français, cette réception ne sera pas explicite. On ne peut, en effet, trouver de références aux décisions de ces organes dans le corps même de la décision. Seuls des indices, comme par exemple la publication des travaux préparatoires aux décisions (conclusions des rapporteurs publics, avis des avocats généraux ou rapports des conseillers rapporteurs) mentionnant les décisions de ces organes, ou la mise en parallèle, par la doctrine, de décisions européennes et de décisions nationales révélant des similitudes³, peuvent permettre de révéler cette prise en compte. Souvent, la référence à un texte européen ou international dans la décision de justice, indique en réalité l'intégration par le juge national de la jurisprudence, la plupart du temps européenne⁴. Nous ne prétendons donc pas ici traiter de manière exhaustive de l'intégration par la Chambre sociale de la Cour de cassation des décisions des organes de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne et des conventions de l'OIT. Il s'agit plutôt de montrer, à travers quelques exemples, comment le juge français a pu s'inspirer de ces décisions.

Le premier exemple est certainement le plus connu. Il voit la Cour de cassation utiliser la convention de l'OIT n° 158 pour remettre en cause une forme de contrat de travail unique qui avait été introduit dans le droit français. Le deuxième exemple concerne un contentieux plus technique relatif au temps du travail des cadres. Il n'est pas contestable ici que les décisions du CEDS sont à l'origine d'une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation qui va proposer une interprétation du droit français conforme au droit européen. Enfin, le troisième exemple est celui de la loi du 20 août 2008, qui opère une réforme fondamentale de la représentativité. Cette loi a été contestée par les organisations syndicales qui n'étaient pas signataires de la position commune à l'origine de la loi et l'une des voies de contesta-

tion a été la remise en cause de sa conformité à des textes internationaux, notamment à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et aux conventions de l'OIT relatives à la liberté syndicale. La contestation n'a pas abouti, mais certaines décisions du comité de la liberté syndicale ont pu influencer l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

I – L'application de la convention n° 158 de l'OIT par la Cour de cassation : la remise en cause d'une forme de contrat de travail unique

La convention n° 158 de l'OIT, concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, joue un rôle important en droit du travail français depuis que la Cour de cassation admet son application directe dans les relations de travail. C'est par un arrêt du 29 mars 2006⁵ que la Cour de cassation s'engage dans cette voie, en visant explicitement « *les articles 1, le b) du § 2 de l'article 2 et l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158, concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, qui sont d'application directe devant les juridictions nationales* ». L'arrêt valide l'exclusion, du droit à un préavis, des salariés qui ont moins de 6 mois d'ancienneté, ce qui constitue, selon les termes de l'arrêt, « une durée d'ancienneté raisonnable au sens de l'article 2 de la Convention ». L'arrêt opère ainsi un contrôle de la validité d'une exception à un principe reconnu par la convention.

Il faut lire le communiqué de la Cour de cassation, publié sur son site, pour repérer l'influence de la « jurisprudence » de la commission des experts de l'OIT sur l'interprétation de la Cour suprême française⁶. Selon le communiqué, « *cette compatibilité des textes nationaux avec la norme internationale avait déjà été reconnue en 1995 par un rapport de la commission des experts de l'OIT. Bien qu'un tel avis ne présente pas de caractère normatif, il constitue cependant une analyse juridique précise faisant apparaître une interprétation de chaque disposition de la Convention et de son application par les États signataires. Ainsi, ce rap-*

³ Voir S. Robin-Olivier et P. Rémy, « Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail », in M.-A. Moreau (dir.), *Justice et mondialisation, rôle du juge et recherche de modes alternatifs de résolution des conflits à la lumière des conflits sociaux transnationaux*, Dalloz, 2011, p. 65.

⁴ S. Laulom, « L'influence des normes européennes sur la jurisprudence sociale », in *Les rencontres de la Chambre sociale*, 2012, BICC, 1^{er} oct. 2012, p. 14.

⁵ Cass. soc. 29 mars 2006, n° 04-46499.

⁶ http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communiqu_e_8867.html

port souligne « qu'en réponse à la question d'un gouvernement de spécifier, dans l'instrument, la durée du préavis en fonction de l'ancienneté ou de la qualification du salarié, il a été jugé préférable de laisser à chaque État membre le soin de régler la question et qu'en cas de contestation, il appartiendrait aux organes de contrôle d'apprécier la caractère « raisonnable » de la durée ». Il précise également que « l'augmentation du délai de préavis en fonction de l'ancienneté constitue souvent le critère principal pour déterminer la durée du préavis, celui-ci étant en fonction de l'ancienneté de service » et cite à ce propos les articles L. 122-5 et L. 122-6 du Code du travail français avec le double mécanisme d'ancienneté « sous réserve de dispositions du contrat de travail ou de la convention collective ou d'usages plus favorables. » L'interprétation de la Cour de cassation rejoint cette solution, qui ressortait également des travaux préparatoires de la loi de ratification de la Convention. Lors des débats parlementaires, les rapporteurs du texte devant l'Assemblée Nationale et le Sénat avaient en effet clairement affirmé que la législation était très largement en concordance avec cette convention ». Après avoir reconnue l'application directe, devant les juridictions nationales, de la Convention n° 158 de l'OIT, le rapport de la commission d'experts est ainsi utilisé afin d'admettre la conventionnalité de l'exception française.

Cette première application de la convention n° 158 de l'OIT n'est pas la plus connue, mais elle a constitué un précédent sur lequel la Cour de cassation a pu s'appuyer dans son fameux arrêt où la Cour de cassation va affirmer que le Contrat nouvelle embauche est contraire à cette convention⁷. Mis en place par l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 dans le cadre de l'adoption de mesures d'urgence pour l'emploi, le CNE permettait aux entreprises de moins de 20 salariés, d'embaucher des salariés, soumis à une période d'essai, nommée période de consolidation de l'emploi, de deux ans. Pendant cette période, il était possible de rompre le contrat de travail sans aucune justification ni procédure spécifique. Avant même la décision de la Cour de cassation, le contentieux avait été porté devant la juridiction administrative, le Conseil d'État ayant été saisi par plusieurs organisations syndicales, d'une demande d'annulation de l'ordonnance notamment en raison de sa méconnaissance des stipulations de la convention n° 158 de l'OIT. Le Conseil

d'État⁸ rejettera le recours : tout en reconnaissant l'effet direct de cette convention de l'OIT, il estimera que l'ordonnance ne méconnaît pas les dispositions de la Convention n° 158 invoquées.

Saisi d'une réclamation par une organisation syndicale, le rapport de la commission d'experts au conseil d'administration du 14 novembre 2007 conclut qu'il n'existe pas de base suffisante pour considérer que la période de consolidation de l'emploi peut être assimilée à une période d'ancienneté d'une durée raisonnable au sens de l'article 2§ 2b) justifiant l'exclusion des travailleurs concernés de la protection de la convention pendant cette durée.

Enfin, la Cour de cassation estimera, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2008, que le CNE est contraire à la convention n° 158 de l'OIT. La décision de la Cour de cassation, en elle-même, ne fait qu'une référence à la Convention n° 158 de l'OIT. Néanmoins, on peut penser que la décision de commission des experts a pu jouer un rôle dans la position de la Cour de cassation, comme le montre l'avis de l'avocat général, rendu sous cet arrêt et publié à la Revue de droit du travail. L'avis fait référence à ce rapport et indique « qu'il convient de noter que les travaux des commissions d'experts de l'OIT, s'ils n'ont pas valeur normative, sont validés par de nombreuses cours suprêmes (Australie, Argentine, Canada, Espagne, Suède...) comme des développements faisant autorité vis à vis des principes contenus dans les Conventions de l'OIT. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 27 juillet 2004 concernant les restrictions dans l'emploi pour certains agents du KGB c. Lituanie, s'est référée pour caractériser l'atteinte à leur droit au respect de la vie privée ainsi qu'à l'interdiction de la discrimination (art. 8 et 14 de la Convention) aux instruments de l'OIT, et en particulier aux observations de la commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations. En l'absence de saisine de la Cour internationale de Justice, seule formellement chargée de l'interprétation authentique des instruments de l'OIT, il vous revient donc de prendre en compte cette « jurisprudence » des organes de contrôle aux fins d'interprétation du droit interne ».

L'avis de la commission d'experts, relatif au CNE, est ainsi un élément d'autorité qui vient conforter l'interprétation de la Cour de cassation. Celle-ci aurait néanmoins pu

⁷ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, *Bull.*, n° 07-44124. J.-M. Servais, « L'application par la France de la Convention n° 158 de l'OIT », *RDT*2008, p. 196.

⁸ CE, 19 octobre 2005, n° 283471, *CGT et a.*

parvenir à la même conclusion si la commission n'avait pas été saisie. La saisine de cette dernière comportait également le risque d'une interprétation différente. La décision du Conseil d'État montre les divergences d'appréciation qui peuvent intervenir lorsqu'il s'agit d'interpréter des normes peu précises.

Depuis, la Cour de cassation vise régulièrement la convention de l'OIT n° 158 afin de contrôler la durée des périodes d'essai⁹. Dans un contexte où de nombreux pays sont tentés par l'instauration d'un contrat de travail unique dont une des caractéristiques est l'insertion de période « d'essai » longue, l'arrêt de la Cour de cassation montre la ressource que peut constituer le recours à la convention n° 158 de l'OIT, telle qu'elle a été interprétée par la commission d'experts, à la condition bien sûr que cette convention ait été ratifiée.

II - L'influence des décisions du Comité européen des droits sociaux : le cas du temps de travail des cadres

Le 23 juin 2010, dans deux décisions publiées le 14 janvier 2011, le comité européen des droits sociaux constatait la violation de la Charte sociale européenne révisée par la France¹⁰. Les réclamations, qui ont donné lieu à la saisine du CEDS, ont été introduites par la CGT et la CFE-CGC, selon la procédure de réclamations collectives. Sont en cause dans ces décisions, deux aspects de la réglementation du temps de travail : le régime du forfait en jours sur l'année et le régime des astreintes qui vont être déclarés contraires aux articles 2§1, 2§5 et 4§2 de la Charte, consacrant respectivement le droit à une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, le droit au repos hebdomadaire et le droit à une rémunération majorée des

heures supplémentaires. Ces décisions ne sont pas surprenantes, dans la mesure où, sur ces différents points, la France avait déjà été condamnée par ce même comité¹¹. La décision de non-conformité à la Charte était d'autant plus prévisible que la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a facilité le recours au forfait en jours. La condamnation se fait d'ailleurs à l'unanimité des membres du comité, ce qui n'était pas le cas des décisions antérieures du CEDS.

Les salariés qui bénéficient d'une convention de forfait annuel en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire de 35 heures, à la durée maximale quotidienne fixée à 10 heures par jour et aux durées hebdomadaires maximales fixée à 48 heures au cours d'une même semaine, dans la limite de 44 heures sur une période quelconque de 12 semaines. La durée du travail est contractuellement fixée en jours, mais ne peut excéder 218 jours dans l'année. Par ailleurs, les salariés peuvent, en accord avec l'employeur, renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de leur salaire, la durée maximale annuelle étant de 235 jours. Ces conventions sont réservées aux cadres intégrés, dans une équipe, un service, un atelier, mais qui disposent d'une « autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps » et qui par la nature de leurs fonctions, ne suivent pas l'horaire collectif de cette unité, et aux salariés non-cadres qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

Pour le CEDS, si la Charte autorise des mesures de flexibilité dans l'organisation du temps de travail, c'est à la condition que trois conditions soient respectées : la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne doit pas être déraisonnable, des garanties suffisantes doivent être prévues ainsi que des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail. Pour le CEDS, le droit français ne respecte pas les deux premiers critères. Certes, l'application du droit à un repos

⁹ Voir par exemple pour une dernière application de la convention par la Cour de cassation, Cass. soc. 26 mars 2013, n° 11-25580.

¹⁰ Décisions du CEDS, *CGT c./France*, réc. n° 55/2009 et *CFE-CGC c./France*, réc. n° 56/2009, M. Miné, « Le droit du temps de travail à la lumière de la Charte sociale européenne », *SSL*, 2011, n° 1475, p. 7. Le 6 avril 2011, le Comité des Ministres adoptait deux résolutions appelant de ses vœux que la France fasse état, lors de la présentation du prochain rapport sur l'application de la Charte, de « tout nouvel élément dans la mise en œuvre de la Charte sociale européenne » [Résolution CM/ResChS(2011)4 et Résolution CM/ResChS(2011)5 du 6 avril 2011].

¹¹ Décision du CEDS du 16 novembre 2001, réc. n°9/2000, *CFE-CGC c./France*, Résolution du comité des ministres du Conseil de l'Europe, du 26 mars 2002. Décision du CEDS du 12 octobre 2004, réc. n° 16/2003, *CFE-CGC c./France*, Résolution du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 4 mai 2005 ; Décision du CEDS du 7 décembre 2004, réc. n° 22/2003, *CGT c. France*, Résolution du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 4 mai 2005. Sur ces décisions, voir obs. J. Ph. Lhernould, *RJS* 6/02, p. 513 et *RJS* 7/05, p. 511 ; M. Miné, *SSL*, 2005, n° 1228.

journalier de 11 heures limite la durée journalière du travail à 13 heures. Mais aucune limite spécifique n'est prévue pour la durée hebdomadaire du travail dans le système de forfait en jours. En application du droit au repos journalier de 11 heures et du repos hebdomadaire de 35 heures consécutives, la durée du travail hebdomadaire des salariés concernés par le forfait jours pourra donc atteindre 78 heures par semaine, ce qui pour le CEDS est une « durée manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2§1 de la Charte ». D'autre part, le CEDS estime que le droit français n'apporte pas de garanties suffisantes aux salariés. En effet, si le système de forfait en jours ne peut être mis en place que par conventions collectives, la loi n'impose pas que celles-ci prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire ou encore les modalités de suivi et notamment la durée de travail quotidienne et la charge de travail.

Durée trop longue de travail, absences de garanties conventionnelles suffisantes, les conclusions du CEDS sont sans appel : « *la situation des salariés avec forfait en jours sur l'année constitue une violation de l'article 2§1 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée, ainsi que de l'absence de garanties suffisantes* »¹².

Face à l'indifférence du législateur français qui, non seulement n'a pas tenu compte des condamnations précédentes du CEDS, mais a élargi les possibilités de recours aux forfaits en jours, c'est l'interprétation, par la Cour de cassation, des dispositions du Code du travail, qui a permis d'assurer la compatibilité du droit français à la Charte sociale.

Déjà, un arrêt *Blue Green* du 31 octobre 2007, relatif aux forfaits en jours¹³, a pu être interprété comme intégrant la position du comité européen des droits sociaux. S. Robin-Olivier et P. Rémy évoquent ici une « migration clandestine » et ils estiment que « *La Charte et les actes des*

autorités de contrôle ont ainsi joué un rôle dans la décision prise par la Cour de cassation de soumettre les dispositions légales sur les forfaits jours à une interprétation particulièrement restrictive ». Avec l'arrêt du 29 juin 2011, la référence à la Charte sociale est devenue explicite, celle-ci intégrant le visa de la décision¹⁴ qui fait d'ailleurs référence à de multiples sources. Sans condamner l'ensemble du dispositif, la Cour de cassation pose le principe d'un encadrement conventionnel des systèmes de forfait-jours. Ce sont donc aux conventions collectives d'organiser des systèmes de forfait-jours de telle sorte que les durées maximales de travail et les périodes de repos soient définies et respectées et de mettre en place les mécanismes de suivi et de contrôle des modalités ainsi définies. Les conventions qui ne respecteraient pas ces principes pourront être annulées. L'annulation sera également encourue lorsque les obligations conventionnelles ne sont pas respectées, comme c'était le cas en l'espèce. L'arrêt ne peut qu'inciter les partenaires sociaux à vérifier que les conventions de forfait en jours respectent bien ces principes sous peine de voir ces conventions privées d'effet et les demandes des salariés en paiement des heures supplémentaires accueillies.

L'arrêt laisse aux conventions collectives le soin d'encadrer le recours aux forfaits en jours et il donne ainsi « toute sa place aux accords collectifs », selon les termes du communiqué de la Cour. Pourtant, le CEDS avait précisément considéré que le droit français n'apportait pas de garanties suffisantes aux salariés, dans la mesure où, si le système de forfait en jours ne peut être mis en place que par conventions collectives, la loi n'impose pas que celles-ci prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire ou encore les modalités de suivi et notamment la durée de travail quotidienne et la charge de travail. En exigeant, ce que ne fait pas explicitement le législateur français, que les conventions collectives mettent en place des conventions de forfait en jours, qui respectent ces conditions, la Cour de cassation répond aux critiques du CEDS et impose une interprétation du droit français conforme au droit européen¹⁵. Les décisions du CEDS ont sans nul doute

¹² C'est également la rémunération des salariés soumis à ce système qui est à nouveau condamnée. L'article 4§2 de la Charte prévoit, en effet, une rémunération majorée des heures supplémentaires.

¹³ Cass. soc. 31 oct. 2007, n° 06-43876, voir le rapport de H. Gosselin, « Le contrôle du juge sur le forfait-jours », *SSL* 2007, n° 1327. A. Bugada, « Arrêt Blue Green : la convention de forfaits-jours sous contrôle judiciaire », *Dr. soc.* 2008, p. 443.

¹⁴ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71107. D'autres arrêts sont par la suite intervenus, reprenant une même solution avec les mêmes fondements. Voir par exemple, Cass. soc. 24 avril 2013, n° 11-28398.

¹⁵ Selon le commentaire autorisé de la décision par M.-F. Mazars, Conseiller-Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation et

guidé l'interprétation de la Cour de cassation. Pourtant, seule une référence indirecte à la Charte sociale dans le visa de la décision, permet de déceler cette influence européenne¹⁶. Néanmoins, loin de se référer seulement à la Charte sociale, le visa de l'arrêt témoigne d'un enchevêtrement des sources internationales du travail que la Cour de cassation s'essaie à concilier. Sont convoqués par la Cour de cassation : l'alinéa 11 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui reconnaît la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail relative à l'organisation du temps de travail et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et enfin l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie. Rarement un visa a été aussi riche. Il témoigne de l'une des difficultés émergentes que peut engendrer ce développement du recours aux sources internationales du droit du travail : jamais ces sources n'ont été aussi multiples et utilisées, jamais les interprètes de ces sources n'ont été aussi nombreux et la question de la conciliation de ces interprétations risque nécessairement de se poser¹⁷.

P. Flores, Conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, « *la Cour de cassation a adopté une approche pragmatique, avec une analyse assez voisine de celle adoptée par le CEDS. Mais là où ce dernier procédait à une analyse « in abstracto de l'ordre juridique national avec les engagements pris dans le cadre de la Charte», la chambre sociale a vérifié concrètement la conformité du système de forfait en jours contesté à l'occasion du litige qui lui était soumis, au regard des principes de droit à la santé et au repos et de ceux relatifs à la protection de la sécurité et de la santé du travailleur* » (« La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *SSL*, juillet 2011, n° 1499, p. 5).

¹⁶ S. Laulom, « Le contrôle des forfaits en jours ou comment concilier les sources européennes du travail », *RDT*, 2011, p. 481 ; « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298.

¹⁷ Dans une décision récente, le CEDS adopte une interprétation du droit de grève divergente de celle de la CJUE [CEDS, 3 juillet 2013, *LO et TCO c/ Suède*, réc. n° 85/2012, nos obs. *SSL*, 2014, n° 1616, p. 5.

L'application de la convention n° 158 de l'OIT, afin d'écarter les dispositions législatives instaurant le CNE, et de la Charte sociale dans le cadre du forfait jours sont certainement les exemples les plus emblématiques de l'influence que les décisions du CEDS ou de la commission d'experts peuvent avoir sur la jurisprudence française. Un dernier exemple permet d'illustrer une influence plus diffuse.

III – La remise en cause de la conventionnalité de la loi du 20 août 2008

Il est aujourd'hui devenu assez courant que, lorsqu'une réforme intervient en droit du travail, ses opposants remettent en cause sa conformité aux normes internationales. C'est ce qui s'est passé avec la loi du 20 août 2008, qui opère une réforme majeure de la représentativité. Les organisations syndicales, qui n'étaient pas signataires de la position commune qui a inspiré le législateur, n'ont pas hésité à saisir les organes de contrôle de l'OIT et à contester devant les tribunaux la conventionnalité de la loi. La première décision de la Cour de cassation qui admet cette conventionnalité va ainsi être rendu au visa des « *articles 4 de la Convention n° 98 de l'OIT, 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la CEDH, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 2122-1 et L. 2122-2 du Code du travail* »¹⁸. La Cour y affirme « *que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la CEDH, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 35 de l'OIT* ». Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision. D'une part, la Cour de cassation reprend ici l'interprétation de l'article 11 de la CEDH, telle qu'elle a été définie dans l'arrêt Demir, qui s'inspirait des conventions de l'OIT et de la Charte sociale européenne¹⁹. Où l'on

¹⁸ Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429. Voir le rapport de Jean Marc Béraud, « Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation », *RDT* 2010, p. 276.

¹⁹ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c/Turquie*. Sur l'arrêt Demir, voir N. Hervieu, « La Cour européenne des droits

voit ici les influences croisées qui peuvent exister entre les différentes sources internationales. D'autre part, le visa témoigne ici encore de la nécessaire conciliation des sources à laquelle se livre la Cour de cassation. Concernant la disposition en cause, le CEDS avait d'ailleurs déjà admis, à propos d'un dispositif portugais, qu'un seuil de 10% des suffrages n'était pas excessif pour déterminer la représentativité d'un syndicat²⁰.

Si la Cour de cassation a admis la conventionnalité des dispositions essentielles de la loi du 20 août 2008, il est parfois possible de repérer une influence du comité de la liberté syndicale, concernant l'interprétation de certains mécanismes, comme le montre l'exemple suivant. L'article L. 2143-3 du Code du travail, pose, depuis 2008, le principe du choix des délégués syndicaux parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections. Or, le choix par un syndicat de ses représentants est un corollaire de la liberté syndicale²¹. C'est ce qui a amené le comité de la liberté syndicale à émettre des réserves sur le dispositif français : « *tout en ne mettant pas en cause la légitimité du système d'élection de représentants syndicaux dans le comité d'entreprise, le comité considère que le droit des organisations syndicales d'organiser leur gestion et leur activité conformément à l'article 3 de la convention n° 87 comprend la liberté pour les organisations reconnues comme représentatives de choisir leurs délégués syndicaux aux fins de la négociation collective. Le comité aussi estime que les syndicats devraient pouvoir être assistés par des conseillers et s'attend à ce que le système établi sur la base des élections syndicales n'exclue pas cette possibilité. Compte tenu de ce qui précède, le comité invite le gouvernement à examiner, en consultation avec les partenaires sociaux, dans le cadre du Haut Conseil du dialogue social, la possibilité de réviser la législation à la lumière du principe susmentionné* »²².

de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*2009, p. 288.

²⁰ CEDS, 21 mai 2002, réc. n° 11/2000, *CESP c/Portugal*. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le CEDS, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RD publ.* 2001, p. 685.

²¹ M. Grévy, « Désignation du délégué syndical : quand l'audience perturbe le droit syndical », *RDT*2013, p. 495.

²² 362^{ème} rapport, novembre 2011, § 947, cité par Y. Struillou (Conseiller à la Cour de cassation), « Désignation d'un délégué syndical », *RJS*, 5/13, p. 283.

Il est probable que cette position du comité de liberté syndicale, connue de la Cour de cassation²³, a été prise en considération lorsque la Cour a eu à se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 2143-3 et qu'elle en a adopté une lecture souple. Ainsi, dans un arrêt du 27 février 2013, la Cour reconnaît que « *l'obligation de choisir ce délégué (syndical) parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer d'un représentant dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation* »²⁴.

Conclusion

L'exemple de la Cour de cassation française montre l'existence d'une influence, qui n'est jamais explicite, des décisions d'organes tels que le CEDS ou encore la commission d'experts de l'OIT. Dans un contexte européen, où l'on assiste à une déréglementation importante de certains droits du travail nationaux légitimés par la crise financière et économique et/ou demandée par les institutions européennes, la question se pose alors du rôle que ces organes peuvent être amenés à jouer. L'exemple de la Grèce est à cet égard révélateur des limites de la portée des décisions de ces instances²⁵.

On le sait la Grèce s'est engagée, à la demande et sous le contrôle de la troïka, dans des réformes de grande ampleur de son droit du travail, dans le cadre d'une politique d'austérité sans précédent²⁶. L'une des voies de contesta-

²³ Y. Struillou, Conseiller à la Cour de cassation, y fait référence, dans une chronique, commentant précisément les arrêts de la Cour de cassation, *ibid.*

²⁴ Cass. soc. 27 fév. 2013, n° 12-15807. Deux autres arrêts rendus le même jour confirment cette position (n° 12-17221 et 12-18828).

²⁵ M. Miné, « Interventions d'instances non juridictionnelles internationales : brefs propos concernant la situation de la République Hellénique », ce numéro, p.

²⁶ A. Koukiadaki et L. Kretsos, « Grèce », in M.C. Escande Varniol, S. Laulom, E. Mazuyer et P. Vielle (sous la coordination de), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larcier 2012, p. 189. C. Papadimitriou, « Le droit du travail grec face à la crise : un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 6. B. Palli, « Le droit du travail confronté à la faillite de l'État : le cas de la Grèce », *Droit soc.*, 2013, p. 4.

tion de certaines de ces mesures a été la saisine par des organisations syndicales du CEDS, la Grèce ayant accepté le système de réclamations collectives. Par 7 fois déjà, le CEDS a constaté que certaines des mesures d'austérité grecques violaient la Charte sociale européenne²⁷. Sans entrer dans le détail de ces décisions, le comité y lance un message à tous les États engagés dans des politiques de flexibilisation de leurs droits du travail au nom de l'emploi : la crise ne peut légitimer une remise en cause des droits sociaux garantis par la Charte. Ainsi, si la crise peut légitimement conduire « à des réaménagements des dispositifs normatifs et des pratiques en vigueur en vue de limiter certains coûts pour les budgets publics ou d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises, ces réaménagements ne sauraient se traduire par une précarisation excessive des bénéficiaires de droits reconnus par la Charte. Le Comité considère qu'une plus grande flexibilité dans le travail pour lutter contre le chômage ne peut pas conduire à priver de larges catégories de salariés, singulièrement ceux qui ne sont pas depuis longtemps titulaires d'emplois stables, de leurs droits fondamentaux en matière de travail, contre l'arbitraire de l'employeur ou les aléas de la conjoncture ». Même si le CEDS prend bien en compte l'ampleur de la crise, ce qui le conduit à ne pas consacrer un « effet cliquet », c'est à dire un principe de non régression, qui interdirait à un État de diminuer le standard de protection qu'il a déjà atteint²⁸, les décisions assurent le respect d'un ensemble de droits dont la substance ne doit pas être atteinte.

Dans les deux décisions du 23 mai 2012, le CEDS va ainsi constater plusieurs violations de la Charte : droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi, droit des travailleurs de moins de 18 ans à des congés annuels payés de 3 semaines, droit à la formation professionnelle, droit à la sécurité sociale, droit

de tous les travailleurs à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant.

Saisi, le comité de la liberté syndicale de l'OIT, lors de la session de novembre 2012, a également constaté de nombreuses et sérieuses atteintes au principe de l'inviolabilité des conventions collectives librement conclues et un déficit important de dialogue social²⁹.

Pour autant, ces décisions n'ont en aucun cas modifié la politique suivie par la Grèce et par les institutions européennes. La Grèce a reconnu la violation des droits garantis par la Charte, mais elle a souligné le caractère provisoire des mesures adoptées en raison de la crise économique. Le gouvernement Grec se dit prêt à retirer ces mesures dès que la situation économique le permettra, mais il craint de ne pas pouvoir l'envisager avant 2015. Le 13 février 2013, le Comité des ministres a adopté une recommandation qui n'est pas sans ambiguïtés, car elle semble accepter cette argumentation. En effet, le Comité des ministres « note en particulier que le gouvernement défendeur déclare que les mesures constituant une violation de la Charte de 1961 ont un caractère provisoire et qu'elles seront retirées dès que la situation économique du pays le permettra et il appelle de ses vœux que la Grèce retire ces mesures dès que possible et qu'elle tienne le Comité des ministres informé régulièrement de tout progrès réalisé »³⁰. On touche là aux limites du contrôle opéré par le CEDS, qui demeure sans effet en l'absence d'intervention du législateur ou d'un relai des juges nationaux. À cet égard, la Cour de cassation montre les voies possibles d'une prise en compte de ces décisions, mais qui dépendra de l'exercice d'une action judiciaire et des possibilités qu'offrent les systèmes juridiques nationaux de recourir à des normes internationales³¹.

Pourtant, dans le contexte économique actuel, la Charte sociale, telle qu'interprétée par le CEDS, pourrait contribuer à une meilleure prise en compte des droits

²⁷ Réc. n° 65/2011, 66/2011, 23 mai 2012, de 76 à 80/2012 du 7 décembre 2012. C. Deliyanni-Dimitrakou, « La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions n° 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux », *RDT* 2013, p. 457. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le CEDS face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit soc.*, 2013, p. 339 ; nos obs., « Les droits sociaux fondamentaux, repart des déconstructions des droits du travail », *RDT* 2013, p. 410.

²⁸ Sont ici repris les termes de l'analyse de J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le CEDS face au principe de non-régression en temps de crise économique », *op.cit.*

²⁹ 365^{ème} Rapport du Comité de la liberté syndicale, 13 nov. 2012, § 784-1003.

³⁰ Résolutions CM/ResChS (2013)3 et (2013)2. Les résolutions reprennent les conclusions de la Grèce sur la violation reconnue de la Charte.

³¹ Sur les conséquences en Grèce des décisions du CEDS, voir C. Deliyanni-Dimitrakou, *op.cit.* Une action en responsabilité contre l'État pourrait également être envisagée.

sociaux au sein notamment de l'Union européenne et à la définition d'un nouvel équilibre entre les droits sociaux et les libertés économiques. Encore faudrait-il qu'elle soit largement ratifiée par les États membres, dans sa version de 1996 et dans sa globalité et que le mécanisme de réclamations collectives soit lui aussi accepté.

Le développement d'une « jurisprudence » originale du CEDS est également susceptible de poser une autre difficulté : celle du développement de jurisprudences divergentes des juridictions européennes. Ainsi, la CEDH a admis, dans une décision du 8 octobre 2013³², que la baisse des pensions de retraite de fonctionnaires portugais, baisse équivalente à un 13^{ème} mois et à un 14^{ème} mois d'une retraite à taux plein, constitue une atteinte proportionnée au droit de propriété des requérants. Selon la Cour, compte tenu des problèmes financiers exceptionnels auxquels le Portugal était alors confronté et du caractère limité et temporaire de ces mesures, le gouvernement portugais avait ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et la protection des droits individuels des requérants au versement de leur pension de retraite. De son côté, la Cour constitutionnelle portugaise avait jugé qu'aucune réduction similaire n'ayant touché les retraités du secteur privé, les mesures étaient inconstitutionnelles. Elle a, cependant, suspendu les effets de sa décision. Il n'est évidemment pas possible de déterminer quelle aurait été la position du CEDS, s'il avait été saisi : la procédure de recours n'est pas la même et les droits invoqués ne sont pas non plus similaires. Mais les décisions de la CEDH et de la Cour constitutionnelle portugaise, de même d'ailleurs que les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État relatives au CNE, montrent que les différences d'appréciations dans l'interprétation de textes par nature imprécis sont loin d'être une hypothèse d'école. Dans un autre contexte, le CEDS vient d'ailleurs de rendre une décision qui prend très nettement position contre l'interprétation du droit de grève qu'avait adoptée la CJUE dans les arrêts Laval et Viking³³.

Face à la multiplication des interprètes des sources internationales du droit social et du risque de divergences qui en résulte, la question peut alors se poser de la voie de contestation procédurale à choisir. En schématisant, vaudra-t-il mieux pour une organisation syndicale, tenter la voie de l'OIT, de la Charte sociale et/ou demander aux juges nationaux une interprétation conforme aux normes internationales ? Le choix dépendra évidemment du contexte national (ratification ou non d'une convention, acceptation de la procédure de réclamation collective de la Charte sociale) et contentieux. Ainsi, la procédure de réclamation collective permet un recours des organisations syndicales en dehors de tout contentieux judiciaire. Au contraire, l'existence d'un litige peut éventuellement permettre un recours à la CEDH ou à la CJUE, à condition bien sûr que les conditions de ces recours soient remplies.

Enfin, on peut émettre l'hypothèse que le dialogue des juges (au sens large) permette d'éviter la réalisation de ce risque d'interprétations divergentes. Les exemples choisis montrent ainsi comment la Cour de cassation peut faire prévaloir une interprétation qui assure la conformité du droit français à des obligations internationales. On peut aussi espérer qu'une meilleure prise en compte de la « jurisprudence » du CEDS aboutisse devant la CJUE, à une meilleure effectivité des droits sociaux. Mais une contamination inverse n'est pas à exclure. Le risque d'une jurisprudence intégrée des droits sociaux existe, risque qui se concrétiserait par un alignement, plus ou moins complet, des juridictions internationales (entendues dans un sens large) sur les décisions les plus libérales de la Cour de Justice de l'Union européenne.

³² CEDH, 8 oct. 2013, Req. n° 62235/12 et n°5725/12, *Conceição Mateus c/Portugal*.

³³ CEDS, 3 juillet 2013, *LO et TCO c/Suède*, réc. n° 85/2012, *op.cit.* Sur les différentes approches du droit de négociation collective de la CEDH et de la CJUE, voir M. Schmitt, « L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective », *RDT* 2013, p. 513.