



Secteur juridique de l'UNSA

21 rue Jules Ferry - 93177 BAGNOLET CEDEX

site UNSA : [www.unsa.org](http://www.unsa.org)

N° 54  
Mai-Juin 2012

## Édito

**L**e 4 mai 2012, saisi par une question prioritaire de constitutionalité (QPC), le conseil constitutionnel a abrogé l'article 222-33 du code pénal, qui stipulait « *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende* ».

Au-delà la décision, il faut se rendre à l'évidence. L'excellent outil que constitue la QPC, peut se transformer en une mécanique insensible à la détresse des femmes et des hommes dont les procédures en cours ont été annulées.

La QPC a transformé de fait le conseil constitutionnel en cour suprême. Il n'en a ni les moyens, ni la vocation. Il s'agit d'un conseil de sages, nommés soit par les fonctions qu'ils ont tenues (au moment de la décision y siégeaient deux anciens présidents de la république), soit parce qu'ils sont considérés comme « sages » par les plus hautes autorités de l'Etat.

L'examen d'une QPC requiert sagesse, mais également une bonne connaissance de l'application des lois dans notre pays. La décision brutale, sans renvoi pour examen devant le parlement, crée pendant une période un vide juridique éteignant de fait toutes les procédures pénales en cours. Une bonne mesure peut se retourner contre l'intérêt général si on ne lui donne pas l'environnement favorable à son épanouissement.

## Les critères de la représentativité syndicale : mode d'appréciation

Selon une jurisprudence récente de la Cour de Cassation (Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748), si les sept critères prévus par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat, ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome.

Les autres, à savoir ; l'influence, les effectifs d'adhérents et cotisations, l'ancienneté dès lors qu'elle est égale à 2 ans, et l'audience, dès lors qu'elle est au moins égale à 10 %, des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale.

En l'occurrence, un syndicat, ayant obtenu plus de 10 % des suffrages et étant présent dans l'entreprise depuis plus de 2 ans, a vu les désignations de son délégué syndical d'établissement et de son délégué central d'entreprise annulées par le juge au motif que sa représentativité n'était pas établie au regard du critère de l'influence, et des adhérents, ainsi que de la transparence financière.

Dans cet arrêt du 29 février qui figurera au rapport annuel, la Cour de cassation fixe les modalités d'appréciation des différents critères légaux auxquels est subordonnée la représentativité syndicale en entreprise.

• Les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail « *doivent être tous réunis pour établir la*

*représentativité d'un syndicat* ». Ce qui confirme, par exemple, que l'audience obtenue lors des élections n'est pas suffisante pour être représentatif.

• Les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière « *doivent être satisfaits de manière autonome* ».

Ces trois critères s'apprécient donc isolément, indépendamment les uns des autres. La représentativité d'un syndicat peut alors être remise en question dès lors que l'un seulement de ces critères n'est pas rempli.

• Les critères relatifs « *à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale* ».

Cela signifie que, dès lors que l'audience de 10 % et l'ancienneté de deux ans sont atteintes, l'insuffisance de l'un des autres critères peut être palliée par le respect d'un autre. La faiblesse du nombre d'adhérents peut donc être compensée par l'activité et l'expérience ou le niveau d'audience atteint.

# Charge de travail et santé au travail : le forfait-jours annuel en question

L'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 29 juin 2010 constitue une invitation aux organisations syndicales à négocier dans l'entreprise ou dans la branche, le forfait-jours annuel, afin d'articuler charge de travail, droit au repos et protection de la santé.

■ Par Claude Katz,  
avocat membre du réseau  
UNSAVOCATS

Le droit fondamental à la protection de la santé du salarié, et consécutivement son droit au repos impliquant une limitation de la durée maximale de travail, ont depuis le siècle dernier, été constamment proclamés et gravés dans le marbre des textes constitutionnels et législatifs nationaux et dans les conventions internationales (11<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et article 2 § 1 de la Charte sociale européenne). Le contrôle du respect des dispositions de la Charte sociale européenne est assuré par le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS). Or, cet organisme saisi par les organisations syndicales de la conformité du régime juridique français du forfait-jours annuel, a considéré, par plusieurs décisions, que ce régime juridique était irrégulier au regard de l'absence de limitation des durées maximales de travail. C'est à l'aune de ces décisions du CEDS que la Cour de Cassation, dans un arrêt de principe en date du 29 juin 2011 (N° 09-71107), se prononçant dans le cadre d'une convention de forfait-jours sur la validité de cette convention, sans remettre en cause le principe du forfait-jours annuel, oblige désormais à un contrôle plus strict de sa mise en œuvre au niveau soit de l'accord d'entreprise, soit de l'accord de branche applicable.

## Rappel des conditions de validité du forfait-jours

On rappellera que les conditions de mise en place du forfait-jours résultant de la Loi Aubry II du 19 jan-

vier 2000, sont définies par l'article L 3121-39 du Code du Travail imposant : un accord collectif soit de branche, soit d'entreprise mais alors, dans ce cas, moins protecteur ; la conclusion d'un accord individuel écrit avec le salarié concerné ; la définition des catégories de salariés bénéficiant de la convention de forfait-jours annuel : les Cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auxquels ils sont intégrés. La jurisprudence veille à vérifier l'autonomie des salariés dans l'organisation du travail (CA PARIS Pôle 6 - 7<sup>e</sup> Ch. 20.10.2011 N° 09/07416). Il est indispensable que le Cadre entre dans l'une des catégories de personnel visées dans la Convention Collective comme pouvant conclure une convention de forfait-jours

(Cass. Soc. 03.11.2011 N° 10-14637 : arrêt se référant à la classification de la Convention Collective Syntec).

La convention ou l'accord d'entreprise doivent également comporter un certain nombre de modalités, comme indiqué dans l'ancienne rédaction de l'article L 3121-48 du Code du Travail : définition des catégories de salariés concernés ; fixation du nombre de jours travaillés (dans la limite de 218 jours) ; modalités des décomptes des journées ou demi-journées travaillées ; modalités de prise des journées ou demi-journées de repos ;

modalités concrètes d'application des règles sur le repos quotidien, le repos hebdomadaire et l'interdiction de travailler plus de six jours par semaine ; conditions de contrôle par l'application de ce type de forfait ; modalités de suivi de l'organisation du travail des intéressés, de l'amplitude leurs journées de travail et de la charge de travail en résultant. Si la convention applicable ou l'accord d'entreprise ne comporte pas ces différentes modalités, le forfait annuel jours ne peut être valablement conclu (Cass. Soc. 13.12.2006 N° 05-14685).

La Loi Aubry II impose en outre que la durée du travail soit décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées pour chaque salarié concerné (ancienne rédaction de l'article D 3171-10 du Code du Travail). Ce document doit être tenu obligatoirement à la disposition de l'Inspecteur du Travail pendant une durée de trois ans et faute par l'employeur de produire les documents de contrôle permettant de justifier les jours effectivement travaillés par le salarié, la convention de forfait-jours n'est pas opposable au salarié (Cass. Soc. 06.07.2011 N° 10-15050).

Plusieurs réformes législatives ultérieures ont sérieusement entamé les garanties légales du forfait-jours : loi Fillon du 17 janvier 2003 portant atteinte au contrôle judiciaire et aux conditions de mise en œuvre de la loi ; loi du 31 mars 2005 augmentant le nombre de jours travaillés dans l'année et ouvrant la possibilité de racheter des jours de RTT ; loi du 2 août 2005 en faveur des PME étendant le forfait-jours aux non Cadres ; loi du 20 août 2008 laissant à la libre appréciation des parties le plafond annuel jusqu'à 235 jours et permettant aux salariés de renoncer à une partie de leurs jours de repos jusqu'à ce plafond de 235 jours.

## L'arrêt du 29 juin 2010

Au regard des dérives successives ci-dessus mentionnées, le CEDS, par ses différents rappels à l'ordre, a contraint la Cour de Cassation à encadrer et limiter le régime du forfait-jours annuel énonçant que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles » et que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires ». Plus précisément, l'accord collectif instaurant le dispositif du forfait-jours annuel doit donc contenir des mesures concrètes afin de respect des normes constitutionnelles et européennes relatives au temps de travail et au repos. Dans le cas d'espèce soumis à la Haute Juridiction, l'accord collectif applicable de la métallurgie satisfaisait aux conditions de contrôle nécessaires à fin de protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait-jours. Par contre, la Cour de Cassation a constaté que l'employeur n'avait pas appliqué les règles de contrôle du nombre de jours de travail prévu par l'accord collectif. Dès lors, le forfait-jours était considéré comme privé d'effet et non opposable au salarié ; il ouvrait droit

à une demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires, des congés payés afférents et éventuellement de l'indemnité compensatrice de repos compensateurs.

## Quels enseignements à tirer de l'arrêt du 29 juin 2010 pour le régime du forfait-jours ?

Si on peut regretter que la Cour de Cassation n'ait pas analysé le forfait-jours annuel en son principe comme irrégulier car contraire aux normes internationales et dérogeant en Droit français aux normes légales de durée du travail, par contre par l'arrêt du 29 juin 2010, cette même juridiction a manifestement invité les partenaires sociaux à la négociation collective afin de renégocier soit les accords d'entreprise, soit même les accords de branche. Les organisations syndicales devront donc se montrer particulièrement attentives au respect des règles impératives protectrices de santé et, plus précisément, à l'effectivité de l'entretien annuel obligatoire de l'employeur avec le salarié, relatif à l'appréciation de la charge de travail, souvent excessive pour les Cadres et génératrice de stress et de pathologies somatiques afférentes. Plus généralement, c'est l'articulation entre la durée du travail, le droit au repos et la charge de travail qui est en cause. ■

## Le Secteur juridique de l'UNSA

**Responsable du secteur juridique :**  
Jean Grosset - 01 48 18 88 50

**Coordination - Communication**  
Animation des antennes :

Dominique Duclos - 02 40 35 06 20

**Veille - analyse - conseil représentativité :**  
Patrice Goardou - 01 48 18 88 13

**Formation :**  
Jacques Henri Gilson - 06 24 74 48 59

**Veille - Analyse - Documentation :**  
Frédérique Paquier - 01 48 18 88 04

**Publications - liens inter secteurs :**  
Christian Brœders - 01 48 18 88 43

**Veille - Analyse - Conseil :**  
Sophie Cogez - 03 20 61 03 25

Elisabeth Geneix - 04 73 19 83 89

**Lien secteur Prud'homal :**  
Serge Faye - 01 48 18 88 11

**Communication :**  
Paul Desideri

**Analyse droit administratif :**  
Alain Marais

**Secrétariat :**  
Corinne Debasseux - 01 48 18 88 15

# Journée UNSAVOCATS du 19/03/12

« Licenciements économiques et plans de sauvegarde de l'emploi :  
Quelle efficacité et effectivité du droit pour protéger les salariés ? »

*Ce colloque a été riche d'enseignements, de par la qualité des intervenants (avocats, universitaires et représentants syndicaux de l'UNSA). Le secrétaire général de l'UNSA a conclu ce colloque après avoir rappelé que ce débat est au cœur de l'actualité économique et sociale française :*

L'UNSA est confrontée aux réalités, son action dans des moments difficiles au cours desquels peut survenir la perte de l'emploi de salariés.

Il est nécessaire de procéder à une étude sur l'état du droit pour encadrer le dialogue social : la loi, toute la loi, mais pas que la loi. Car si elle établit les principes généraux, c'est la négociation qui peut, elle seule, amorcer des évolutions.

Les tribunaux ne sont que l'ultime recours.

*Quelles avancées sont-elles possibles pour favoriser le droit social et éviter les licenciements économiques ?*

Le cas Vivéo a souligné la problématique du contrôle des motifs de licen-

ciement économique.

*Le système actuel est-il satisfaisant quand les organisations syndicales n'interviennent pas directement dans la décision d'élaborer un PSE ?*

Il faut faire attention au détournement des procédures collectives dans le cadre desquelles la consultation des IRP est souvent bien formelle.

Il s'agit de laisser un espace plus large à la négociation : la procédure des PSE n'est pas satisfaisante et il faut veiller au recours abusif à ces derniers.

*Le PSE est la mesure la plus protectrice pour le salarié, mais...on peut formuler quelques propositions :*

- renforcer l'obligation de déclencher un PSE en prenant en compte un encadrement plus strict des ruptures conventionnelles en fonction des seuils,
- renforcer le pouvoir de contrôle du juge quand il s'agit de PSE « de façade » de la part de coemployeurs,
- obliger à une négociation dès l'ouverture de la procédure collective,

- créer une nouvelle possibilité de consultation en passant par le livre 2,
- entamer une négociation qui pourrait déboucher sur un accord de méthode avec la consultation du CE et du CHSCT

- si un accord était conclu, il serait signé selon la règle majoritaire pour les organisations syndicales et cela fermerait le recours au juge pour motif économique,

- si la négociation échoue, on revient à la procédure de PSE déclenchée par l'employeur avec une expertise en amont et un recours au juge qui rendrait ensuite sa décision,

- ce serait une réforme utile pour le salarié en incluant de réelles avancées, dont la sécurisation des procédures et la création d'une véritable logique de négociation.

**Ce bulletin est accessible  
au format PDF  
sur le site Internet  
de l'UNSA**

## La commission UNSAVOCATS

Le secteur juridique de l'UNSA travaille en liaison avec des cabinets d'avocats. Ceux-ci, avocats militants, connaissent particulièrement bien l'UNSA et sont spécialisés en droit social. Vous trouverez leurs coordonnées ci-dessous :

Maître	ARDONCEAU	Catherine	4 place de la République	59000	LILLE	03 20 57 03 35
Maître	ARNAUD	Michèle	20 rue de la Trémoille	75008	PARIS	01 45 44 65 70
Maître	BORG	Florian	15 rue de la Banque	75002	PARIS	06 08 57 82 04
Maître	BOUDAN	Thierry	2 rue Grignan	13001	MARSEILLE	04 91 33 70 42
Maître	COLIN	Etienne	7 bis rue de l'Aqueduc	75010	PARIS	01 55 35 02 25
Maître	KATZ	Claude	36 rue des Petits Champs	75002	PARIS	01 58 62 56 80
Maître	MAUGER	Emmanuel	20 rue des Pyramides	75001	PARIS	01 53 43 88 10
Maître	PARIENTÉ	Lionel	7 bis rue de l'Aqueduc	75010	PARIS	01 55 35 02 25
Maître	PLA	Marcelle	3 rue Saint-Roch	75001	PARIS	01 46 21 63 27
Maître	RIERA	Dominique	25 square Saint Charles	75012	PARIS	01 40 13 43 43
Maître	SAUVAGE	Guillaume	7 rue d'Argenteuil	75001	PARIS	01 44 01 09 59
Maître	TREY	Dominique	56 rue de la Glacière	75640	PARIS CEDEX 13	01 44 08 47 20
Maître	VUILLAUME-COLAS	Sylvie	155 rue Pierre Corneille	69003	LYON	04 78 95 32 97