

Le contenu des accords collectifs d'entreprise sur les 35 heures (observations à partir d'une analyse de 300 accords signés en Aquitaine)

par Isabelle DAUGAREILH, *Chargée de recherches CNRS*

Pierre IRIART, *Maître de conférences*

Valérie LACOSTE, *Maître de conférences*

(COMPTRESEC UMR CNRS 5114 - Université Montesquieu-Bordeaux IV)

P L A N

I. La consolidation conventionnelle des intérêts de l'entreprise

A. La modélisation du temps de travail

1. La durée du travail.
2. Le temps de travail effectif

B. La diversification de l'organisation du temps de travail

1. La catégorisation des temps de travail
2. La flexibilisation des temps de travail

II. L'affaiblissement conventionnel des intérêts des salariés

A. La réalité des renoncements

1. La renonciation implicite
2. La renonciation négociée

B. L'intégration de contraintes ?

1. L'intégration des contraintes professionnelles par le salarié
2. L'intégration des contraintes de la vie personnelle du salarié par l'entreprise

Les lois Aubry I et II (1) se situent dans la continuité de la législation française sur la durée du travail et marquent en même temps un changement de cap et de style. Bien que les 35 heures soient une vieille revendication partagée par l'ensemble des organisations syndicales des Etats membres de l'Union européenne (2), en France comme à l'accoutumée, le législateur est intervenu pour imposer cette nouvelle durée hebdomadaire de travail. Mais l'objectif prioritaire de la nouvelle législation a été mis sur l'emploi (3) contrairement aux lois précédentes plutôt orientées sur l'amélioration des conditions de travail. Très volontariste et très pragmatique, ou très pédagogue, le législateur s'est assuré du succès de la nouvelle réglementation en accordant aux entreprises des moyens financiers conséquents (4), en imaginant un appui logistique original (les cabinets d'appui conseil) (5), en optant pour une corrélation modérée entre création (ou maintien) d'emploi et réduction de

-
- (1) Ces deux lois ont été à l'origine d'une abondante littérature scientifique. Voir en particulier, P.H. Antonmattéi, "Les cadres et les 35 heures : De la règle de trois à la règle de quatre !", DS, 2000, p. 159. Du même auteur, "Le temps dans la négociation 35 heures", DS, 2000, p. 305. B. Bossu, "La réduction du temps de travail à 35 heures : Mythes et réalités", Dalloz, 2000, p. 43. F. Favennec-Héry, "Les 35 heures injonction ou incitation ?", DS, 1997, p. 1073. J. Freyssinet, "L'évolution du temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux", DS, 1998, p. 752. B. Henriot, "Les 35 heures et la relation de travail : vers le renouvellement du diagnostic social", DS, 2000, p. 471. C. Jacques, "Aménagement et réduction du temps de travail: impact sur les conditions de travail et la santé", DS, 1999, p. 242. A. Jeammaud, "Programme pour qu'un devenir soit un avenir", DS, 1999, p. 447. L. Merlin, "La durée annuelle du travail : une figure en hausse", DS, 1999, p. 863. M. Miné, "Négocier la réduction du temps de travail", VO/Atelier, 2ème ed., Paris, 2000. M.L. Morin, "La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité ?", DS, 1998, p. 419. J. Pélissier, "La loi dite des 35 heures : constat et perspectives", DS, 1998, p. 793. J.E. Ray, "Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective (à propos des articles 11 et 15 du projet de loi)", DS, 1999, p. 1018. Du même auteur, "Les astreintes, un temps du troisième type", DS, 1999, p.250 ; "A propos de la subsidiarité horizontale", DS, 1999, p. 459 ; "De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998", DS, 1998, p. 312 ; "Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles", DS, 1998, p. 347 ; "Quelques questions autour de la loi Aubry I", DS, 1998, p. 764 ; "Temps de travail des cadres et 35 heures. Un tournant à négocier collectivement", DS, 1998, p. 979. P. Rémy, "Réduction du temps de travail et vie familiale", DS, 1999, p. 1012. Du même auteur, "Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire", Droit ouvrier, 1999, p. 269. J. Savatier, "Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales", DS, 1998, p. 330. Ph. Waquet, "En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié", DS 1998, p. 963.
- (2) Chronique internationale de l'IREC, n° spécial, "La réduction du temps de travail en Europe", septembre 1998.
- (3) Ch. Daniel, "Les politiques d'emploi : une révolution silencieuse", DS, 1998, p. 3.
- (4) A. Euzéby, "L'allègement des cotisations sociales patronales : Quels espoirs pour l'emploi ?", DS 2000 p. 368. G. Auzero, "Le dispositif d'allègement des cotisations sociales", DS, 1999, p. 1026. F. Favennec-Héry et G. Bélier, "Accords de réduction du temps de travail et compensation financière", DS, 1998, p. 970.
- (5) J. Barthélémy, "La réorganisation du travail dans l'entreprise et la prestation juridique", JCP, E, 2000, p. 7. Du même auteur "Le professionnel libéral et les 35 heures", DS, 2000, p. 485.

la durée du travail (6), et en bousculant le système classique de la négociation collective pour que toutes les entreprises, y compris les très petites et moyennes entreprises, adhèrent au projet largement dessiné par le législateur d'une réduction négociée de la durée du travail.

Les bilans semestriels et annuels au plan national et régional de la négociation d'accords sur les 35 heures indiquent sans aucun doute, et malgré les contestations qui ont entouré l'adoption des deux lois, que l'objectif a été atteint (7), singulièrement en terme d'emploi même s'il reste toujours difficile de distinguer les parts respectives des effets de la réduction de la durée du travail et de la reprise économique (8). Des données chiffrées indiquent également une progression des 35 heures, globale mais aussi différenciée selon les secteurs d'activité et selon les métiers (9). Parallèlement à ces mesures réalisées par les services du ministère du travail, des travaux de recherche ont été engagés sur des aspects plus qualitatifs et plus ciblés des accords sur les 35 heures conclus sur des territoires géographiques plus limités (10). Les perspectives sont alors différentes et les résultats, sans diverger de manière radicale sur les grandes tendances des accords évalués par les services ministériels, permettent de souligner de manière critique certains aspects de la réduction négociée de la durée du travail et en particulier de constater un réel écart entre approche quantitative et qualitative de la durée du travail (11).

S'intéresser au traitement du temps dans des accords sur la réduction de la durée du travail relève de l'évidence. Et pourtant, la question a été souvent et en réalité reléguée à l'arrière plan au profit de celle relative à l'emploi et aux aides financières afférentes (12). La mobilisation des acteurs sociaux à partir de ces deux contraintes a d'ailleurs donné un contour particulier à la dynamique conventionnelle engendrée par les lois Aubry (13), ce qui a eu un effet déterminant sur le temps consacré à la négociation et par delà sur le contenu des accords. Les accords sur les 35 heures conclus dans les entreprises de la région Aquitaine, à partir desquels ont été dégagées des observations sur le traitement de la question du temps, n'ont pas échappé à cette logique (14). En tout état de cause, l'étude des accords d'entreprise sur les 35 heures renvoie inévitablement à une analyse, même rapide, de la négociation collective elle-même.

Après avoir posé, en 1982, une obligation annuelle de négocier sur la durée effective et l'organisation du temps de travail dans les entreprises ayant une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives (15), le législateur a créé, par les lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000, un intérêt à négocier la réduction de la durée du travail à 35 heures pour toute entreprise, ayant ou non une représentation syndicale constituée. Le postulat étant qu'il était de l'intérêt des entreprises et des salariés de passer aux 35 heures, la conflictualité a été souvent évitée, reportée ou étouffée. Néanmoins, elle a parfois surgi pour la première fois dans l'histoire de certaines entreprises, se traduisant par des grèves importantes, suivies par une majorité de salariés et d'une durée de plusieurs jours, sur l'emploi, les conditions de travail, voire les pauses, question apparemment secondaire et a priori réglée par le législateur. La seule lecture des accords ne permet certainement pas de rendre compte des tensions sauf lorsque exceptionnellement le préambule mentionne que des organisations syndicales ont quitté la table des négociations ou n'ont pas conclu l'accord en raison d'un différend. Engagées "à froid", les négociations ont été aussi menées sans véritables états des lieux (16) dressant

(6) Dans la loi Aubry I, pour que le dispositif d'aide financière (allègement des charges) soit octroyé, il fallait prévoir une création ou un maintien d'emplois d'au moins 6% pour une réduction de la durée du travail d'au moins 10%. Cette corrélation, déjà modérée, a disparu de la loi Aubry.

(7) Voir : "La réduction du temps du travail, les enseignements des accords (1998-1999)", Mes-Dares, La Documentation française, 1999. "Les conventions de réduction du temps de travail de 1998 à 2000 : embaucher, maintenir les rémunérations, se réorganiser", L. Doisneau, Premières synthèses, n°45-2, Mes-Dares, novembre 2000. Dynamique de la négociation d'entreprise en 1999 et 2000 : l'effet de la RTT, O. Barrat, C. Daniel, Premières synthèses, Mes-Dares, n°19.2, mai 2001.

(8) P. Cahuc, P. Granier, "La réduction du temps de travail : une solution pour l'emploi ? ", Travail et Emploi, 1998, p. 111. G. Cette, A. Gubian, "Les évaluations des effets sur l'emploi d'une réduction de la durée du travail : quelques remarques", Travail et Emploi, 1998, p. 91. Des mêmes auteurs, "Les impacts de la réduction du temps de travail. Effets potentiels sur l'emploi et le chômage", Futuribles, n°237, 1998, p. 55.

(9) La Dares indique qu'on est passé de 7% des salariés aux 35 heures en 1999 à près de 29% en mars 2000 et que tous les domaines professionnels sont concernés mais à des degrés divers. La progression est importante dans les métiers de l'industrie et des transports et moindre dans ceux du tertiaire. La

RTT semble aussi être plus importante pour les emplois d'exécution que pour les professions de cadres. Mes-Dares, Premières synthèses, mai 2001, n°22-1.

(10) Voir par exemple, F. Meyer, "Analyse de 200 accords RTT en Alsace", in "35 heures, négocier les conditions de travail", sous la direction de T. Grumbach, Ed. de l'Atelier, 2000, p. 47.

(11) Dans ce sens J.E. Ray, "A propos de la subsidiarité horizontale", DS, 1999, p. 459, sp. p. 465.

(12) La Dares estimait en novembre 2000, que sur 39 500 entreprises qui ont signé un accord de passage à 35 heures, 23 000 l'ont fait avec l'aide de l'Etat entre juin 1998 et juillet 2000. Mes-Dares Premières Synthèses, Novembre 2000, n°45.2.

(13) Dynamique réelle si elle est analysée du point de vue de l'activité conventionnelle des entreprises en termes quantitatif ou si elle est abordée au regard de la diversification des acteurs de la négociation collective pour la partie salariés.

(14) Les analyses s'appuient sur un échantillon de 300 accords d'entreprise, tous secteurs confondus, conclus entre janvier et décembre 2000 en région Aquitaine.

(15) Article L.132-27 du code du travail.

(16) Dans les entreprises mais aussi dans les branches d'activité ou les secteurs professionnels.

l'inventaire du temps de travail effectivement réalisé, des rémunérations globalement perçues, des repos réellement pris, et de la charge et du contenu du travail (17).

Par ailleurs, le législateur a provoqué le mouvement de négociation collective et a stimulé sa généralisation par la technique du mandatement. Mais a-t-il vraiment contribué à donner à chaque interlocuteur à la négociation les moyens d'action et de défense des intérêts à faire valoir ? Dans les petites et moyennes entreprises, dépourvues d'instances syndicales ou de représentation élue du personnel, c'est démunis de toute expérience de la négociation ou du dialogue " tout court " que les salariés mandatés ont participé à la négociation (18), n'ayant d'autre recours que le syndicat local, lui-même " débordé " par les demandes. Il faut à cet égard souligner que la négociation collective sur les 35 heures a revitalisé les structures syndicales locales ; les unions locales ont été ré-investies par la fonction négociatrice. Par nécessité et par pragmatisme, des organisations syndicales ont reconstitué un maillage territorial pour accompagner les salariés mandatés. Il s'est également instauré implicitement ou explicitement un jeu nouveau entre niveau fédéral et local.

En outre, la faculté de recourir à un dispositif d'appui conseil pour les entreprises de moins de 500 salariés a facilité indéniablement l'ouverture des négociations. Bien que le dispositif imaginé n'ait pas à interférer avec la négociation collective, qui est formellement restée l'affaire des acteurs sociaux, il a conduit à une professionnalisation de l'expertise en matière de temps de travail. Ce dispositif nouveau et totalement justifié, vu la complexité de la réglementation, a en réalité connu de multiples perversions tant et si bien qu'il n'a pas nécessairement atténué le " *risque toujours présent d'une négociation en trompe-l'œil qui donne seulement une forme conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l'employeur*" (19). Il est même possible au regard des observations de terrain de se demander si ce ne sont pas les employeurs qui se sont emparés dans leur intérêt de cette opportunité offerte par l'Etat aux entreprises, provoquant ainsi un déséquilibre des expertises et donc des pouvoirs dans la négociation. Or, " *la négociation implique un équilibre des pouvoirs, que l'autorité de l'Etat doit favoriser. Sinon la négociation n'est que " flatus vocis " - pire : un mot alibi*" (20). Si l'appui conseil a indéniablement contribué au succès de la négociation collective des 35 heures en la rendant possible là où l'idée même n'avait jamais été évoquée, il n'est pas certain qu'il ait contribué à la pénétration de ce droit collectif ; il est peut être même probable que son sens ait été perverti, singulièrement du côté de l'employeur.

Si la négociation collective sur les 35 heures a été atypique dans le sens où elle a été provoquée par le législateur, elle l'a été également du fait de pratiques syndicales originales. Elle a donné lieu à des préparatifs hors de l'entreprise. La négociation collective d'entreprise sur les 35 heures n'a pas été qu'un face à face employeur/salariés. Elle a été fortement externalisée, singulièrement en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Des organisations syndicales ont recouru à la formule du débat public ou du forum. Des réunions hors de l'entreprise ont été organisées entre syndicats et groupes de salariés. A l'intérieur de l'entreprise, les salariés se sont aussi emparés de la question et ont, sous des formes diverses, participé à la négociation collective. Du fait du mandat, on peut constater que souvent et pour la première fois dans les très petites et moyennes entreprises, il y a eu débats et discussions là où la parole du chef d'entreprise était la seule à être entendue. Ces discussions collectives avec l'ensemble du personnel sont parfois retranscrites dans le préambule de l'accord collectif d'entreprise qui précise que " *la commission paritaire a été élargie à la commission de réflexion et les solutions imaginées par ce collectif représentatif et légitime ont été arrêtées* ". A ces formes spontanées de démocratie participative, il faut ajouter des pratiques syndicales faisant de la consultation des salariés, en dehors des cas de référendum prévus par la loi, un point de passage obligé durant le processus de négociation et une condition de la signature de l'accord. Parfois, la consultation référendaire des salariés a permis de mettre en évidence des désaccords profonds entre salariés préconisant la non signature de l'accord et le texte malgré tout validé par des organisations syndicales. Dans l'impossibilité d'user du droit d'opposition, si l'accord n'est pas dérogoire, les organisations syndicales majoritaires dans l'entreprise et non signataires de l'accord sont par ailleurs exclues des mécanismes de suivi mis en place par l'accord adopté (20 bis).

Les lois Aubry ont indirectement concouru à revitaliser le droit d'expression des salariés institutionnalisés par les lois Auroux. Elles ont fondamentalement été l'occasion de reconsidérer le principe constitutionnel selon lequel " *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ". Le Conseil Constitutionnel a décidé que si les organisations syndicales ont " *vocation*

(17) Marginalement des accords mentionnent la mise en place de commissions préparatoires mais sans qu'il soit possible d'en déduire qu'elles aient eu pour mission d'établir un état des lieux.

(18) Voir sur la faiblesse des négociateurs, M.A. Souriac et G. Borenfreund, " La négociation collective entre désillusions et illusions ", in Mélanges en l'honneur de J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 181.

(19) A. Supiot, " Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise ", DS 1989, p. 195, sp. p. 197.

(20) G. Lyon-Caen, " Critique de la négociation collective ", DS, 1979, p. 350, sp. p. 350.

(20 bis) Sur ce point cf. Soc. 29/05/2001 Dr. Ouv. août 2001 note M.F. Bied-Charreton à paraître.

naturelle à assurer notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles (les dispositions de la Constitution) n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives" (21). Il reste à se demander si à la réduction négociée de la durée du travail voulue par le législateur ne s'est pas souvent et en réalité substituée une forme de dialogue social, très cadré par la loi. Mais il est unanimement considéré que, sinon dans les faits du moins formellement, le pouvoir unilatéral de l'employeur a cédé du terrain. Pour autant, à lire le contenu des accords, les intérêts de l'entreprise n'ont pas été ravalés.

La négociation sur les 35 heures a produit un tassement et une uniformisation de la durée moyenne hebdomadaire. A une exception près, aucun accord sur 300 examinés dans le cadre de cette étude instaure des semaines de 32 heures ou de quatre jours de travail (22). De nombreux accords ont un contenu qui se limite en fait à reprendre les termes de la loi et à les " plaquer " à la situation concrète de l'entreprise, tout en omettant certains aspects de la réglementation, telles que les contreparties en faveur des salariés. Ils ne se sont pas davantage saisis des opportunités ou des voies suggérées par le législateur pour innover, notamment en ce qui concerne le temps choisi ou l'articulation vie professionnelle/vie familiale ou personnelle.

La question s'est dès lors posée de savoir quelle a été la " plus-value " de la négociation collective en dehors du fait d'avoir permis de déclencher le système des aides financières, principalement en faveur de la création ou du maintien d'emplois. Certes, de rares accords d'entreprise indiquent dans leur préambule que les signataires ont adopté le principe d'une non dégradation des conditions de travail, notamment en terme de pénibilité et de santé, ou précisent que les temps de pause doivent être respectés car ils sont une garantie de prévention des accidents du travail. Mais, le plus souvent, la négociation de la réduction de la durée du travail s'est avérée être une véritable opportunité pour dénoncer, au niveau des branches et/ou des entreprises, un certain nombre d'usages ou d'accords directement ou indirectement liés aux temps de travail.

Faut-il rappeler que si les salariés bénéficient d'une réduction de la durée du travail, ce n'est pas du fait de la négociation collective mais de la loi ? Il est surprenant que la majorité des accords ait expressément stipulé dans les préambules que la réduction de la durée du travail était la contrepartie de différentes formes d'aménagement et de flexibilisation du temps de travail. C'est là indiscutablement une fausse contrepartie. Si la norme de référence est bel et bien la semaine de 35 heures, les limites maximales de la durée du travail et les quotas d'heures supplémentaires n'ont été que peu modifiés par la nouvelle législation et les accords collectifs de travail signés n'ont pas véritablement abaissé ces plafonds. Bien que le législateur ait proposé d'associer annualisation et réduction de la durée du travail pour faciliter le passage à 35 heures dans les entreprises, il n'a pas pour autant assimilé modulation et réduction de la durée du travail, qui ont été de fait associées par les négociateurs, allant fréquemment jusqu'à confondre annualisation et modulation, présentées à la fois comme contrepartie de la réduction de la durée du travail et comme nécessité pour les entreprises. De plus, là où la loi instaure une obligation de négocier des contreparties qui n'a pas été suivie d'effet, les négociateurs ont failli au mandat donné par le législateur. Il apparaît que si la distinction est faite entre ce qu'apporte -et impose- la loi et ce qui a été obtenu dans les accords collectifs sur la seule question du temps de travail, ce sont les intérêts de l'entreprise qui ont été soutenus et revalorisés conventionnellement (I) tandis que les intérêts des salariés ont été sensiblement atteints et remis en cause (II) du fait d'une action conjuguée de la loi et de la négociation collective.

(21) Conseil Constitutionnel 6 novembre 1996, D.96-383 DC. JO du 13 novembre 1996, p.16531. Voir G. Lyon-Caen " La constitution française et la négociation collective - Commentaire de la décision 96-383 par un esprit «non prévenu» ", Droit Ouvrier 1996 p. 499 ; X. Prétot, " Les bases constitutionnelles de la négociation collective ", TPS, 1997, Chron.1. M.L. Morin, " Le Conseil constitutionnel et le droit à

la négociation collective ", DS, 1997, p. 25. M. Poirier, " Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle ", Droit Ouvrier 1996 p. 311.

(22) Alors que la loi de Robien avait enclenché ce type de négociation.

I.

La consolidation conventionnelle des intérêts de l'entreprise

Il est pratiquement certain que pour la première fois en France, malgré les tentatives répétées du législateur depuis 1982, la durée du travail est partout devenue le sujet central de la négociation collective. Contraintes par des dates butoirs, les entreprises ont saisi l'opportunité d'adapter la durée du travail à leurs besoins. Les accords conclus ont, certes, institutionnalisé une véritable diversification de l'organisation du temps de travail (B), mais ils ont aussi produit une modélisation du temps de travail (A). La combinaison conventionnelle de la diversification et de la modélisation est sous tendue par une seule et même logique productiviste du temps de travail.

A. La modélisation du temps de travail

Plus aucun temps ne paraît échapper à l'emprise légale, sauf celui du déplacement. Le législateur français a reconnu l'existence de multiples catégories de temps et de durée du travail et a organisé leur régime juridique en s'inspirant de la jurisprudence française ou du droit communautaire. A ainsi pris forme un modèle légal, conforté par la négociation de branche, qui repose sur deux piliers : la durée du travail (point 1) et le temps de travail effectif (point 2).

1. La durée du travail

Les durées maximales de travail quotidiennes et hebdomadaires fixées par la loi sont très généralement reprises par les accords. Un seul accord précise que la durée maximale de dix heures par jour pourra être utilisée sur deux jours consécutifs pour les salariés soumis à la modulation des horaires. Les durées hebdomadaires maximales ne pouvant donner lieu à dérogations que par intervention de l'administration du travail (directeur départemental du travail et de l'emploi ou ministre, elles sont reprises telles quelles dans les accords sans être réduites.

En revanche, s'agissant de la durée quotidienne, quelques accords prévoient une durée maximale inférieure à la limite légale (9h30, 9h ou 8 h30). Un seul accord précise que la dérogation à la durée maximale de dix heures pourra être mise en œuvre sur autorisation de l'inspecteur du travail. D'autres accords utilisent la possibilité de déroger *in pejus* à la durée maximale et appliquent l'article D. 212-6 du code du travail en prévoyant douze heures de travail maximum pour les salariés travaillant de jour comme de nuit. Ces accords

dérogatoires n'ont pas fait l'objet d'opposition. Mais comment peut-il y avoir exercice du droit d'opposition alors que l'accord a été négocié et conclu par un salarié mandaté ? Il est également possible que l'accord d'entreprise comprenne, contrairement à l'accord de branche, une dérogation sans limite et sans condition expressément mentionnée. Ainsi, un accord d'entreprise relevant du champ d'application de la CCN étendue des Papiers et Cartons (Production et transformation) (23) stipule : " *Par dérogation aux dispositions de l'art. L. 212-1 du code du travail, la durée quotidienne maximale de travail effectif par salarié peut être portée de jour comme de nuit à 12 heures* ". Or, l'accord de branche applicable (puisque étendu) admet cette possibilité uniquement pour le personnel d'entretien, en cas d'incident ou de travaux impliquant la mise ou la remise en état, la modification ou l'aménagement des matériels et exceptionnellement pour le personnel de production en cas de travaux urgents, par exemple liés à des problèmes de sécurité ou d'environnement (24).

La dérogation à la durée quotidienne maximum est parfois accompagnée de limites. Ainsi un accord stipule que la faculté d'augmenter de deux heures la journée de travail ne pourra pas être utilisée sur plus de quinze semaines. Un autre prévoit une dérogation dans deux hypothèses liées aux spécificités de l'activité (les salariés en tournée ou en activité de festival) ou aux caractéristiques du métier (salariés employés au montage et démontage des décors de spectacle). La dérogation est encore limitée à certains services de l'entreprise considérée, spécialement dans des accords du secteur de l'hospitalisation privée. Dans d'autres accords, l'amplitude de la dérogation n'est pas précisée, seul est indiqué le motif du dépassement, des circonstances exceptionnelles ou des cas de force majeure, avec parfois l'exigence d'obtenir l'accord exprès du salarié. Mais il n'est pas rare que le motif réside dans de simples circonstances imprévues ou imprévisibles en raison ou non d'exigences du client, ce qui revient à laisser une vraie marge de manœuvre pour l'employeur qui, de fait, est libéré par accord collectif de la demande d'autorisation administrative.

Des accords prévoient, outre la dérogation à la durée quotidienne de travail, des amplitudes maximales de travail supérieure, allant parfois jusqu'à 13h30, l'écart pouvant correspondre à des temps non comptabilisés comme temps de travail effectif. De telles amplitudes de travail viennent implicitement réduire la durée du repos quotidien fixée à au moins onze heures

(23) Accord du 27 avril 1999, étendu par arrêté du 4-8-99 (JO 8-8-99), modifié par arrêté du 16-5-2000 (JO du 27-5-2000), Liaisons sociales du 21 mai 1999, n°58. La plupart des accords d'entreprise ne mentionnent pas l'accord de branche applicable,

ce qui ne facilite pas la comparaison entre les deux niveaux de négociation.

(24) Art. 4 de l'accord Papiers et Cartons, op.cit.

consécutives alors que cette faculté n'est envisageable que par convention de branche étendue ou par accord d'entreprise n'ayant pas fait l'objet d'une opposition. L'extension extrême de la durée quotidienne de travail, via la notion d'amplitude de travail, accroît inévitablement la sujétion du salarié et annihile corrélativement l'apport de la réduction de la durée du travail, ce qui a échappé aux préoccupations du législateur mais plus gravement aussi aux négociateurs. Dès lors que l'amplitude de la journée de travail ne correspond pas à la durée effective de travail, il ne serait pas illégitime de poser la condition de compensations à ce qui est bel et bien un temps de sujétion d'une part, et d'articuler amplitude de travail et droit au repos afin que ce dernier ne soit pas de fait réduit en deçà du plancher légal d'autre part. Telle est en tout cas la conséquence d'une conception de la durée du travail désormais totalement subordonnée à la notion de temps de travail effectif.

2. Le temps de travail effectif

La légalisation de la définition jurisprudentielle du temps de travail effectif (25) a permis aux accords collectifs de travail sur les 35 heures de supprimer tous les temps pendant lesquels le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur, n'est pas soumis à son pouvoir de direction et peut vaquer à des occupations personnelles. Il en résulte que les pauses, les coupures pour la prise du repas, l'habillage et le déshabillage peuvent ne plus être du temps de travail effectif. Mais rien n'empêche les accords collectifs de travail de prendre le contre-pied de l'article L.212-4 du code du travail. Cette possibilité a été rarement saisie : les accords (entreprises) faisant valoir que c'était une contrepartie à la réduction de la durée du travail acceptée par les salariés. L'avantage immédiat et apparent pour l'entreprise réside à la fois dans une limitation des effets de la réduction de la durée du travail en termes de production, d'embauche et de rémunération. En donnant une définition légale du temps de travail effectif excluant les temps non strictement productifs, le législateur a succombé à une logique purement économique du temps de travail en recourant à des critères juridiques inadaptés à la situation réelle des salariés en pause : comment peuvent-ils ne pas être à la disposition de l'employeur et soumis à son pouvoir de direction alors qu'ils se trouvent sur le lieu de travail et durant le temps de travail (26) ?

Par ailleurs, l'obligation légale d'accorder vingt minutes de pause dès lors qu'un salarié travaille six

heures, qui figure comme une mesure protectrice du salarié (de sa santé et de sa sécurité), est en réalité une obligation sans effet pour l'employeur puisqu'elle ne se répercute ni sur la comptabilité du temps de travail, ni sur le coût du travail. La rédaction de l'article L.220-2 du code du travail suggère au moins deux remarques.

D'une part, le législateur a pris le soin de préciser qu'aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre six heures sans que le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes. Cela signifie que sur toute amplitude de travail de six heures, vingt minutes au moins doivent être consacrées à une pause ; peu importe le moment auquel ces vingt minutes sont prises. Sauf à considérer qu'il y ait eu une maladresse d'écriture du législateur, temps de travail quotidien et temps de travail effectif ne peuvent pas se confondre. Une telle hypothèse paraît peu probable, puisque c'est le même législateur qui a transposé la directive européenne instituant les vingt minutes de repos quotidien et a donné une définition légale du temps de travail effectif. De toute évidence la chambre sociale de la Cour de cassation ne l'entend pas de cette façon. Dans un arrêt de cassation du 13 mars 2001, rendu pour violation de la loi, la Haute juridiction semble avoir réécrit l'article L.220-2 du code du travail en précisant dans un attendu en forme de principe, " *après six heures de travail effectif, le salarié doit bénéficier d'une pause d'au moins vingt minutes* " (27). Que le législateur ait été involontairement plus généreux que la directive européenne n° 93/104 du 23 novembre 1993 en vertu de laquelle les Etats doivent " *prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie au cas où le travail journalier est supérieur à six heures d'un temps de pause* " (...) (28) est une chose, que la Haute juridiction transforme la lettre d'un texte, même si c'est pour se conformer à son esprit en est une autre !

D'autre part, le statut juridique de ces vingt minutes appelées pause, semble ne pas pouvoir être du temps de travail effectif, ne serait-ce que du fait de l'insertion de l'article L. 220-2 dans un chapitre consacré au repos quotidien. Toutefois, ce temps de repos étant obligatoire du fait de la loi, il aurait mérité d'être au moins traité comme les temps d'habillage et de déshabillage, à savoir d'être obligatoirement assorti d'une contrepartie financière ce qui permettrait d'éviter des contentieux sur le salaire et la durée du travail et en particulier sur le respect du SMIC (29). Enfin, ce parti pris permet de rappeler que le salaire est la contrepartie due à l'occasion du travail. Les pauses, si elles ne sont pas du temps de travail effectif, sont néanmoins des temps

(25) Soc. 7 avril 1998, Bull. Civ. V. n° 201.

(26) Dans le même sens, F. Meyer, " Travail effectif et effectivité du travail : une histoire conflictuelle ", Dr. Ouv., 1999, p. 385. C.P. Bayonne, n° S00/00232 du 18 décembre 2000, Sarraude et a. c./SNC Sasam.

(27) Soc.13 mars 2001, Pourvoi n° G 99-45. 253, Arrêt n° 1042 FS-D, rendu sur pourvoi contre le jugement rendu en référé par le Conseil des Prud'hommes de Bayonne du 24-8-1999.

(28) Article 4 de la Directive n° 93/104 du 23 novembre 1993, JOCE n° L.307, 13 décembre 1993.

(29) Soc.13 mars 2001, obs. Ch. Radé, DS, 2001, p. 555.

pendant lesquels la subordination juridique du salarié demeure à tel point que souvent les accords sur les 35 heures, après avoir posé le principe que les pauses ne sont pas du temps de travail effectif, précisent qu'elles peuvent le devenir à tout moment selon les besoins du service ou de l'entreprise et sur simple décision du chef de service. Pour les salariés, cela se traduit par la nécessité d'intégrer trois temps : le temps effectif, le temps de présence (ou amplitude de la journée de travail) et le temps rémunéré. La chasse aux temps perdus -de pause- a souvent été effectuée au niveau des accords de branche. Un des enjeux ou des points de conflit de la négociation au niveau de l'entreprise a pu être de rétablir comme temps de travail effectif ce qui a pu être perdu au niveau de la branche.

En toute hypothèse, il est légitime de se demander si la légalisation de la définition de la durée de travail effectif ne va pas créer plus de problèmes qu'elle n'en résoudra. Il apparaît de toute évidence que s'en tenir au seul temps de travail effectif soulève la question des autres temps imposés au salarié du fait de la loi, du règlement, des conventions collectives ou règlement intérieur qui, s'ils ne peuvent pas -plus- être du temps effectif, sont néanmoins des temps de sujétion qui, à ce seul titre, devraient légitimement être rémunérés. Il suffit de rappeler que de simples circonstances de fait permettent à l'employeur au nom de son pouvoir de direction de mettre un terme immédiat à une pause, ce qui suffit à considérer que l'une des caractéristiques de la pause, à savoir la possibilité de vaquer à des occupations personnelles, n'est pas un droit du salarié mais une simple faculté, et qu'il n'est donc pas dégagé de toute obligation à l'égard de l'employeur, qu'il reste bel et bien à sa disposition et doit se conformer à ses directives et en particulier celle de reprendre le travail si nécessaire pendant une pause. Si l'accord collectif prévoit des clauses allant dans ce sens (et c'est plutôt fréquent), ne peut-on pas considérer que deux caractéristiques de la définition légale de la pause font défaut ? En tout cas, tant que l'ordre de reprendre le travail n'a pas été donné, la pause n'est ni du temps de travail effectif ni un repos, c'est un troisième temps (30), juridiquement bâtard qui pourrait donner lieu *a minima* à une compensation à l'instar des astreintes.

En ce qui concerne les pauses, le législateur a invité les partenaires sociaux à chercher des compromis, notamment à prévoir une rémunération par voie conventionnelle ou contractuelle. L'invite a été peu suivie. En outre, lorsque la pause était un usage d'entreprise, la négociation des 35 heures et l'intégration du nouveau standard légal a été l'occasion de le dénoncer. En concentrant en une seule et même opération, négociation

des 35 heures et dénonciation d'usages, les salariés ont à la fois perdu sur le terrain contractuel et conventionnel. Par ailleurs, les conditions de prise de la pause auraient pu être négociées pour assurer aux salariés les conditions matérielles du repos que peut constituer la pause. Un seul accord précise la mise en place d'un lieu affecté à cette fonction. En revanche, des accords ont associé à la pause la notion de continuité ou de permanence du service tant et si bien que la pause n'est plus ce moment de relâche collectif accordé à tout un service ou de sentiment de liberté reconnu à l'individu. De plus, cela redonne aux chefs de service des pouvoirs sur les collaborateurs qu'ils n'avaient plus lorsqu'il leur est demandé de gérer la continuité du service et les pauses.

La négociation de contreparties devient une obligation s'agissant des temps consacrés à l'habillage et au déshabillage. En vertu de l'article L. 212-4 du code du travail, si le port d'une tenue est imposé et que l'habillage et le déshabillage doit être réalisé dans l'entreprise, des contreparties doivent être offertes au salarié soit en terme de repos soit financièrement. Le législateur en précisant que ces contreparties doivent être fixées conventionnellement, ou à défaut contractuellement, a donné de toute évidence la préférence à la négociation collective. Les accords de branche ont en réalité souvent repris la disposition légale en précisant cependant dans quels délais ces contreparties devaient être accordées aux salariés et en renvoyant systématiquement à la négociation collective d'entreprise et à défaut au contrat de travail. Le plus souvent, il faut constater que les accords d'entreprise restent silencieux sur cette question malgré le mandat accordé par l'accord de branche. Il reste donc en réalité le jeu du contrat de travail ou de l'action en justice. Quand des contreparties ont été fixées, elles ont consisté en l'octroi de jours de repos supplémentaires dans l'année (31), ou de l'allocation d'une prime mensuelle symbolique (32). Mais deux accords stipulent expressément que le personnel reconnaît que les temps d'habillage et de déshabillage ne sont pas du temps de travail effectif et ne peuvent pas donner lieu à des contreparties. Ces deux accords, relevant respectivement de l'accord de branche du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif et de la branche du secteur hospitalier à but lucratif, tous deux conclus par un salarié mandaté, ne peuvent pas stipuler une renonciation collective à un droit qui, s'il n'est pas mis œuvre par accord collectif, doit l'être à défaut par contrat de travail selon les termes de la loi.

A la lecture des accords, c'est bien à une modélisation de la durée du travail que l'on assiste alors

(30) J.E. Ray, "Les astreintes, un temps du troisième type", DS, 1999, p. 250.

(31) Un accord a prévu cinq jours de repos supplémentaires (pris par demi ou jour entier d'un commun accord ou à défaut pour

moitié à l'initiative du salarié et pour moitié à celle de l'employeur), un autre un jour.

(32) Un accord a prévu 30F par mois.

même que le temps de travail collectif a été éclaté et qu'il donne lieu à une diversification de l'organisation du temps de travail.

B. La diversification de l'organisation du temps de travail

Depuis l'ordonnance de 1982, le législateur français a organisé une diversification des temps de travail afin de répondre aux intérêts des salariés (temps choisi) et à ceux de l'entreprise (temps modulé). L'empilement des régimes juridiques propres à chaque mode d'organisation du temps de travail n'avait d'autre but que d'introduire plus de souplesse. En réalité, le résultat produit fut une complexité croissante que la deuxième loi Aubry a tenté d'atténuer. La diversification des temps de travail constatée dans les accords sur les 35 heures résulte moins de la variété des modes d'organisation du temps de travail offerte par le législateur que de la possibilité légale d'organiser différemment la réduction de la durée du travail selon les services ou les catégories professionnelles représentées dans l'entreprise. Cette diversification engendre une catégorisation des temps de travail voire à l'extrême une personnalisation plus qu'une individualisation des temps de travail (point 1). Les accords 35 heures ont également consacré ou institutionnalisé une véritable flexibilisation des temps de travail en fonction des contraintes de l'entreprise (point 2), ce qui peut conduire à une modification quasi permanente des horaires.

1. La catégorisation des temps de travail

Jusqu'à la loi du 19 janvier 2000, la réglementation du temps de travail ne comprenait de dispositions spéciales que pour deux catégories de travailleurs, en raison de l'âge (les jeunes travailleurs et apprentis) et en raison du sexe (travail de nuit des femmes) (33). La loi Aubry II a introduit explicitement une nouvelle catégorie socioprofessionnelle, les cadres, disposant d'un régime juridique propre en matière de temps de travail. Les accords conclus en application de la loi ont repris cette distinction et ont autant que possible étendu le régime des cadres à des catégories assimilées. Ils ont aussi établi des distinctions selon les services, dans l'organisation de la réduction de la durée du travail.

De l'action conjuguée de la loi et des accords, il apparaît désormais au moins quatre catégories de travailleurs ayant des organisations du temps de travail propre : les travailleurs des services administratifs, ceux des services de production, les travailleurs à temps partiel et les cadres et assimilés. Les premiers continuent

en général à avoir un horaire de travail stable quelle que soit la période de l'année et bénéficient de la réduction de la durée du travail, le plus souvent hebdomadaire ou bihebdomadaire et plus rarement quotidienne. Les deuxièmes ont un horaire de travail variable soumis aux fluctuations de la production se traduisant par trois modes d'organisation du travail, le plus souvent la modulation et/ou l'annualisation du temps de travail et plus rarement la mise en place d'un cycle de travail. Les jours de repos induits par le passage aux 35 heures sont de fait pris en fonction des contraintes de l'entreprise. Les troisièmes ont un horaire de travail contractualisé et souvent le choix leur a été donné de maintenir l'horaire contractuel ou de le réduire proportionnellement à la réduction de la durée du travail. Les quatrièmes ont un horaire contractualisé et annualisé.

Il est possible, au regard du contenu des accords, d'émettre l'hypothèse selon laquelle les intérêts des diverses catégories ont été différemment traités. S'il est des catégories pour lesquelles on a tenu compte des aspirations, c'est vraisemblablement celle des administratifs et celle des travailleurs à temps partiel. Aux premiers, les accords ont souvent reconnu le droit de choisir entre demi-journée ou journée entière de repos sur une semaine ou sur deux semaines. Il leur a été demandé exceptionnellement de travailler le samedi. Les seconds ont eu le choix de maintenir leur horaire contractuel initial, de le réduire ou de passer à temps complet. Les cadres et assimilés, au travers de la convention de forfait, ont pu en principe conserver voire acquérir des marges de liberté quant au choix des jours de repos sur l'année. En revanche, les salariés liés à la production sont ceux auxquels toutes les contraintes en termes de variabilité sont imposées.

En toute hypothèse, la catégorisation des temps de travail conduit à un effritement de l'intérêt commun des salariés et pose la question des modalités de consultation par référendum. La consultation des salariés sur le projet de l'accord relatif aux 35 heures correspond à l'hypothèse d'un accord avec demande d'allègement des cotisations sociales. Cette consultation est prévue par l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 dans trois cas : lorsque l'accord est signé par une ou des organisations syndicales qui n'a pas obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel (34), lorsque l'accord est conclu par un salarié mandaté (35) et lorsqu'il est négocié par un délégué du personnel (36). Le législateur a précisé les conditions dans lesquelles devaient se dérouler cette consultation. Il s'agit en premier lieu des conditions relatives aux électeurs : ce

(33) Depuis la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, il n'existe plus de dispositions spéciales relatives au travail de nuit des femmes. La section I du chapitre III du titre 1er du livre II du code s'intitule désormais : Dispositions générales. JO du 10 mai 2001.

(34) Art.19-5 de la loi du 19 janvier 2000. Décret n° 2000-113 du 9 février 2000, JO du 13 février.

(35) Art.19-6 de la loi du 19 janvier 2000.

(36) Art.19-7 de la loi du 19 janvier 2000.

sont les salariés satisfaisant aux conditions posées par les articles L. 433-4 ou L. 423-7 du code du travail. En deuxième lieu, les modalités d'organisation et de déroulement du vote font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales ou le cas échéant avec le salarié mandaté. En troisième lieu, cet accord doit respecter les principes généraux du droit électoral. La deuxième condition qui porte sur la négociation d'un protocole préélectoral est en réalité, à la lecture des accords signés dans la région Aquitaine, intégrée dans le texte du projet de l'accord 35 heures et ne paraît pas avoir fait l'objet de négociation particulière.

Les accords d'entreprise distinguent, souvent, en ce qui concerne les modalités d'organisation de la réduction de la durée du travail, selon les catégories de salariés (employés, ouvriers, cadres, non cadres), les modes d'organisation du travail (travail posté ou non, travail à temps complet ou travail à temps partiel, cycles, astreintes...), ou selon les services (administratifs, marketing, production,...). Or, l'employeur tenu de présenter un vote majoritaire favorable cherchera à obtenir une validation du texte dans sa globalité par le personnel, sans distinguer les différentes catégories alors que les différences d'intérêt et d'enjeu pour les salariés comme pour l'entreprise sont explicitement traduites dans l'accord. Dès lors se pose la question de l'organisation de la consultation par un accord préélectoral ou à défaut en respectant les règles du droit commun en matière d'élections professionnelles. Un accord préélectoral peut, à condition d'avoir fait l'unanimité des organisations syndicales, instituer autant de collèges qu'il apparaît nécessaire. Du fait de la forte catégorisation des temps de travail observée, on aurait pu légitimement s'attendre à l'instauration d'autant de collèges que de régimes particuliers de travail. En pratique, les accords analysés adoptent implicitement le système du collège unique alors qu'ils ne mentionnent aucun accord préélectoral. Même si dans les accords plusieurs dispositions portent sur la consultation des salariés, elles ne visent en réalité que l'organisation matérielle du vote. En toute hypothèse et en particulier en cas de désaccord impliquant l'intervention du juge d'instance, la référence au droit commun des élections décidé par le législateur apparaît comme une solution minimale, bien qu'inadaptée, à l'adoption des accords sur les 35 heures.

Dans une décision du 26 février 2001, le tribunal d'instance de Clermont Ferrand a ainsi dans l'affaire du référendum organisé par Michelin, à la demande de la Fédération de la CFDT, donné raison à la Fédération FNIC-CGT notamment sur la nécessité d'organiser la consultation par collèges. La décision est importante car elle met en relief l'idée selon laquelle l'accord de la majorité ne doit pas masquer le désaccord de la

minorité. Il ne s'agit pas de remettre en cause la loi de la majorité mais d'éviter qu'elle n'occulte les intérêts d'une catégorie de salariés qui n'auraient pas été prise en compte dans le texte de l'accord et par là même d'ouvrir une possibilité de renégociation d'une partie du projet de l'accord soumis au vote (37). La décision exige par ailleurs de l'employeur qu'il fournisse aux salariés tous les éléments nécessaires à la prise de décision pour éclairer leur opinion et en particulier de joindre les positions prises par chaque organisation syndicale ayant participé à la négociation.

Les accords sur les 35 heures ont ainsi formalisé non seulement l'organisation du temps de travail par catégories mais aussi des pratiques de diversification des horaires qui n'étaient envisageables dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale que par le seul jeu des heures supplémentaires. La technique du mandat a ouvert la voie à une généralisation des formes d'aménagement du temps de travail. A la flexibilité obtenue conventionnellement le législateur n'impose plus aucune contrepartie en faveur des salariés (38).

2. La flexibilisation des temps de travail

La flexibilisation des temps de travail se manifeste de deux manières dans les accords 35heures.

C'est tout d'abord dans le choix du mode d'organisation du temps de travail. Pour les salariés à temps complet, la loi du 19 janvier 2000 ouvre deux possibilités : la modulation des horaires en application de l'article L. 212-8 et l'annualisation en vertu de l'article L.212-9. La modulation des horaires de travail peut être mise en place par convention ou accord collectif de travail. L'article L. 212-8 alinéa 1 *in fine* du code du travail dispose que " *la convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation* ". Cette précision légale sous-entend que le recours à ce mode d'organisation du temps de travail n'est pas automatique, qu'elle doit être discutée entre les négociateurs et donc être motivée. Cette motivation figure dans pratiquement tous les accords sur les 35 heures analysés dans la région Aquitaine. On doit néanmoins constater que la justification est toujours minimaliste et symbolique, en ce sens que les parties indiquent de manière relativement laconique que la variabilité des commandes et les imprévisions du marché conduisent *de facto* à recourir à la modulation. Quel que soit le secteur d'activité, quels que soient les effectifs de l'entreprise, quelle que soit l'organisation du travail, la justification est formulée dans des termes quasi identiques. Il en résulte une banalisation et une normalisation de la variabilité des horaires. Un seul accord d'entreprise appartenant à la branche des industries chimiques stipule expressément que " *compte tenu des possibilités accordées par la loi du 19-1-2000,*

(37) T.I. Clermont Ferrand, 26 février 2001, FNIC CGT contre Michelin, Dr. Ouv., 2001, p. 161, note Ch. Baumgarten, I. Taraud, p. 168.

(38) Contrairement à l'ancienne rédaction de l'article L.212-8 du code du travail.

les parties ont été amenées à constater qu'elles ne pouvaient plus se placer, comme en 1982, dans le cadre de la modulation, dans la mesure où les données économiques et sociales de la société ne pouvaient justifier un tel recours et la fluctuation des horaires en période haute et basse ne présentait pas d'intérêt au regard de l'activité des services" (39).

L'attribution de jours de repos dans un cadre annuel permet d'annualiser le temps de travail sans soumettre l'entreprise aux contraintes de la modulation : justifications économiques et sociales, fixation de programme indicatif, définition de périodes de haute et basse activité, plafonds hebdomadaires, ... Ces jours de repos, selon l'article L. 212-9, sont pris pour partie au choix du salarié et pour partie au choix de l'employeur. Dans les accords analysés, le choix du salarié est très cadré, voire inexistant. Il n'est pas rare en effet de trouver des dispositions conventionnelles qui déterminent les périodes pendant lesquelles ces jours peuvent être pris et celles pendant lesquelles ils ne peuvent pas être pris, sachant que pour ces dernières les accords empruntent au vocabulaire du régime de la modulation en les qualifiant de périodes hautes (!). Il en résulte en pratique une véritable confusion entre modulation et annualisation, les entreprises cumulant ainsi les intérêts propres à chacune de ces formes d'organisation du temps de travail.

La flexibilisation peut ensuite être obtenue par l'utilisation généralisée de la modification des horaires avec des délais de prévenance dérogatoires. La faculté de modifier les horaires de travail trouve ses origines dans le régime juridique du travail à temps partiel. Conformément à l'article L. 212-4-3, l'employeur peut et doit notifier au moins 7 jours ouvrés avant la date à laquelle elle doit avoir lieu, toute modification des horaires aux salariés. Ce délai de prévenance peut être réduit jusqu'à trois jours par convention ou accord collectif de branche étendu en vertu de l'article L. 212-4-4. Mais, l'article précité précise que la convention ou l'accord collectif étendu doit prévoir des contreparties en faveur du salarié. L'obligation de négocier et le niveau de la négociation sont très clairement identifiés par la loi. Deux accords d'entreprise relevant de la branche services de l'automobile, conclus par des salariés mandatés ont prévu la possibilité de notifier trois jours avant des modifications d'horaires à des travailleurs à temps partiel. Cette possibilité figure bel et bien dans l'accord de branche étendu (40) mais n'est assortie d'aucune contrepartie. Les deux accords d'entreprise se réfèrent à l'accord de branche, mentionnent le principe de contreparties, mais il ne s'agit que d'une hypothèse puisque rien n'est précisé.

Cette possibilité de modifier les horaires de travail a été étendue et généralisée par les lois Aubry à la modulation et l'annualisation. Les accords 35 heures ont très majoritairement intégré cette faculté. Selon l'article L. 212-8 alinéa 7, ces modifications peuvent intervenir dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement doit prendre effet. Ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif lorsque, précise la disposition légale, " les caractéristiques particulières de l'activité le justifient. Des contreparties au bénéfice du salarié doivent alors être prévues dans la convention ou l'accord ". Deux conditions sont donc posées par le législateur, une justification par l'activité et des contreparties. Aucun des accords analysés ne s'appuie sur les caractéristiques particulières de l'activité pour réduire le délai de prévenance. En réalité lorsqu'une justification existe elle a trait à des circonstances, travaux urgents de sécurité, commandes nouvelles ou modifiées, difficultés d'approvisionnement ou liées à des sinistres, incident technique, commandes comportant un risque de pénalités de retard, absence imprévisible d'un salarié, force majeure, exigences du client. Dans ces cas, le délai est réduit le plus souvent à deux ou trois jours. Mais dans certains accords, beaucoup plus rares, la notion de délai disparaît en cas de circonstances particulières affectant de manière non prévisible le fonctionnement de l'unité de travail. Quant à la deuxième condition, celle des contreparties, qui au regard de la loi relève de l'obligation de négocier, elle est très majoritairement " oubliée " des accords analysés dans la région.

De manière indirecte, la flexibilisation des temps de travail provient de la faculté de modifier les dates fixées pour la prise des jours de repos, soit dans l'hypothèse d'une mensualisation de la réduction de la durée du travail, soit dans l'hypothèse de son annualisation. Dans le premier cas, le changement doit être notifié au salarié dans un délai de sept jours ; dans le second ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par l'accord collectif de travail en vertu de l'article L. 212-9 du code du travail.

Plus généralement, la détermination des périodes d'activité en cas de modulation des horaires est, contrairement à la loi, laissée au libre arbitre du chef d'entreprise voire très souvent au chef de service. On doit constater que ces formes de flexibilisation jouent un rôle de renforcement du pouvoir de l'employeur malgré l'habillage juridique de la négociation collective. Il est en effet très peu fréquent que les accords mentionnent que la définition des périodes d'activité soit effectivement soumise au comité d'entreprise, comme le prévoit le code du travail. Si des accords, à défaut de comité

(39) Alors que l'accord de branche étendu des industries chimiques du 8 février 1999 prévoit la modulation des horaires comme mode d'organisation du temps de travail. Liaisons sociales, C2, n° 38 du 4 mars 1999.

(40) Art.1-11 de l'accord. Accord Services de l'Automobile du 18 décembre 1998, étendu par arrêté du 17 février 1999 (JO du 23 février 1999), Liaisons sociales, C2, n° 41 du 12 mars 1999. Accord du 31 mars 2000, Liaisons sociales C2, n° 104, 25 avril 2000.

d'entreprise, stipulent que les périodes seront fixées par la commission de suivi de l'accord puis amendées par les chefs de service en tenant compte de l'activité passée, puis validées par la commission de suivi, l'essentiel des accords restent muets sur les modalités d'établissement des périodes d'activité, ou accordent cette prérogative au chef d'entreprise ou aux chefs de service, " en fonction des besoins ".

La consultation des instances représentatives du personnel est prévue avant la négociation sur le programme de modulation, ses modifications et un bilan de la modulation sont remis au moins une fois par an au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel selon l'article L. 212-8 al. 6 et 8 du code du travail. Depuis l'arrêt du EDF GDF du 5 mai 1998, il est acquis qu'" il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du code du travail que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise " (41). Le principe de la consultation du comité d'entreprise ayant été clairement posé, deux questions restent à examiner.

La première vise les conditions concrètes de la consultation, à savoir le moment de l'information, la date et l'objet de l'avis du comité d'entreprise. Sur la temporalité de la consultation, il semble admis qu'elle ne doit être ni prématurée ni tardive, et que les délais entre la remise de l'information et l'émission de l'avis doivent être raisonnables. Quant au contenu de l'information, ou quant aux sujets soumis à consultation, les pratiques entrepreneuriales peuvent être plus ambiguës, l'employeur se limitant à poser la question globale du passage aux 35 heures et remettant à un examen ultérieur, c'est-à-dire après la signature de l'accord, la question des modalités d'organisation de l'aménagement du temps de travail. C'est cette tactique consistant à décomposer dans le temps et à découper dans leur contenu la consultation qui avait été adoptée dans certains établissements du groupe Vivendi dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord de groupe (42). La pratique, certes astucieuse, n'a pas échappé à des organisations syndicales d'établissement et a été à l'origine d'un recours en référé. En première instance comme en appel, il a été déduit du principe dégagé

par l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 5 mai 1998 (43) qu'" il appartenait à la Direction de soumettre l'ensemble du dispositif d'aménagement du temps de travail avant d'appliquer le nouvel horaire " à la consultation du comité d'établissement (44).

La seconde question porte sur les effets du défaut de consultation du comité d'entreprise dans le cadre de la négociation d'un accord d'entreprise sur les 35 heures. Dans son arrêt du 5 mai 1998, la Cour de cassation avait décidé que " le défaut de consultation du comité d'entreprise, (...) n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres " (45). Si la formalité omise est substantielle, l'acte pris en toute irrégularité devrait être inopposable aux salariés, ce qui devrait conduire à une réouverture des négociations et pour le moins protéger les intérêts des salariés par l'inapplicabilité de l'accord dans son intégralité (46). Le texte n'ayant pas prévu la nullité, celle-ci ne pouvait pas être appliquée par la Chambre sociale. Il y a certes la faculté de demander en référé la suspension des négociations, le report de la date de signature quand l'accord n'a pas encore été adopté. Mais lorsque l'action en justice est postérieure à la signature de l'accord, la suspension de la mise en application de celui-ci décidée par le juge des référés à la régularisation de la procédure de consultation du comité d'entreprise ou d'établissement n'est pas suffisante pour protéger à terme les intérêts de salariés. Telle est la leçon qu'il faut tirer de l'affaire Vivendi précitée dans laquelle la Cour d'Appel, constatant qu'à la date de sa saisine il y avait eu régularisation, a levé la suspension de la mise en application de l'accord. Ainsi, les salariés n'ont d'autre ressource que d'engager sur un autre terrain juridique, une action en justice tendant à contester le prélèvement de 0,9% sur les salaires décidé conventionnellement en contrepartie du passage aux 35 heures.

Les lois Aubry ont ainsi permis d'introduire comme première contrepartie à la réduction de la durée du travail une flexibilité dans l'organisation du temps de travail. Si la grande majorité des accords s'auto proclament plus favorables aux salariés on peut constater malgré tout un affaiblissement des intérêts de ces derniers.

 (41) Soc. 5 mai 1998, Bull. Civ. V, n° 219, Dr. Ouv. 1998 p. 353 en annexe à D. Boulmier "Consultation et négociation dans l'entreprise". Note G. Auzero, Dalloz, 1998, p. 608. M. Cohen, "La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif", RJS, 6/98, p.435. P.H. Antonmattéi, "Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe", RJS, 8-9/98, p. 611.

(42) Accord signé par la CFDT, la CFTC et la CGC le 20 janvier 1998.

 (43) Soc. 5 mai 1998, précité.

(44) CA Rennes, 26 novembre 1998, arrêt 792-793 Société Vivendi contre Syndicat FO de la CGE et autres. TGI Rennes, 12 août 1998, Référé n°487, Syndicat FO de la CGE du centre régional de Bretagne contre CGE.

(45) Op. cit.

(46) M. Cohen, "La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif", op. cit.

II.

L'affaiblissement conventionnel des intérêts des salariés

Les lois Aubry ont créé un contexte de négociation particulier. Pour faire accepter la réduction de la durée du travail par les entreprises, le législateur a prédéterminé les termes de l'échange en ayant un double souci : renforcer les possibilités de flexibiliser l'organisation du temps de travail et déplacer complètement la question de la durée du travail sur le terrain des politiques de l'emploi. La négociation collective a été l'outil de cette politique. Cette nouvelle instrumentalisation a dépossédé en quelque sorte les salariés de ce qui aurait pu être une partie de leur revendication. Privés de leur grain à moudre, les négociateurs salariés ont été conduits à accepter de prendre en compte les arguments avancés par les entreprises selon lesquelles la réduction de la durée du travail avait des effets en termes de coût, de compétitivité et d'organisation. Les préambules des accords collectifs qui soulignent à la fois une volonté d'améliorer les conditions de travail pour les salariés et de répondre aux contraintes pour les entreprises témoignent de ce rapport faussé à la réduction de la durée du travail. Les salariés ont ainsi été amenés à renoncer réellement à certains droits (A) et sans doute à intégrer de nouvelles contraintes (B).

A. La réalité des renoncements

Il n'est pas illégitime que dans une négociation collective chaque partie renonce à des éléments appréciables pour obtenir ce qui est souhaitable. Mais en l'occurrence, on peut relever des renoncements implicites qui découlent de la mise en œuvre de la loi (point 1) et des renoncements qui ont été négociés (point 2).

1. La renonciation implicite

Si l'article L. 212-3 du code du travail énonce que " la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail ", il ne porte que sur la seule durée du travail. Il reste muet sur les autres aspects du temps de travail pouvant avoir un effet sur le contrat de travail. L'observation des accords conclus en Aquitaine montre sur ce point que le législateur a été relayé par les partenaires sociaux, tant et si bien qu'à la renonciation suggérée par la loi sur la modification du

contrat de travail, s'ajoute une renonciation plus globale induite par les préambules des accords.

En effet, en réponse aux discussions doctrinales lors de l'entrée en vigueur de la loi Aubry I (47), le législateur a tenu à régler la question de la modification du contrat de travail dans la seconde loi Aubry. Sauf exceptions, les accords collectifs ont implicitement intégré la nouvelle disposition légale ou, du moins, les partenaires sociaux n'ont pas cru utile de négocier sur cette question. Le texte adopté est loin de clarifier les débats, la doctrine ayant souligné les difficultés d'interprétation inhérentes à celui-ci (48). Cette dernière remarque est corroborée par quelques accords conclus en Aquitaine, dans lesquels les négociateurs ont tenu à se protéger des invocations de la modification du contrat de travail, soit en proposant la modification par la conclusion d'avenants au contrat de travail, soit en soutenant que les accords constituaient une amélioration des droits des salariés.

Peu d'accords prévoient un traitement individualisé de la modification du contrat de travail, ou autrement dit de l'acceptation individualisée de l'accord de réduction de la durée du travail par les salariés. Des accords isolés reprennent de façon maladroite l'article L. 212-3 du code du travail ou envisagent de recueillir l'accord de chaque salarié par voie d'avenant au contrat de travail. Ainsi, un accord indique que ses dispositions devront être acceptées par chaque salarié, l'acceptation individualisée valant avenant au contrat. Un autre accord précise que la direction soumettra les modifications du contrat à chaque salarié, qui aura un délai de quinze jours pour les accepter. L'accord précise que " *compte tenu des conséquences de la réduction de la durée du travail par le biais du présent accord dans la relation individuelle de travail avec chacun des salariés de l'entreprise, quand bien même seraient-elles minimales puisque la rémunération n'est pas affectée, il sera incontournable d'adapter le contrat de travail individuel aux dispositions du présent accord. En cas de difficulté dans la signature de l'avenant considéré, la négociation se traitera entre la direction et le salarié dans les termes de l'article 30 de la loi Aubry II* ". Ce type de clause appelle au moins une remarque dans la mesure où, voulant se prémunir contre la question de la modification, les partenaires sociaux ont considéré que l'accord est porteur de modification, ce qui reviendrait à écarter l'application de l'article L. 212-3 et donc à appliquer le

(47) P.H. Antonmattéi, "Les éléments du contrat de travail", DS, 1999, p. 330. J.E. Ray, "Du collectif à l'individuel, les oppositions possibles", DS, 1998, p. 347. Ph. Langlois, "La réduction du temps de travail et la rémunération", DS, 1998, p. 785. P.H. Antonmattéi, "L'incidence de la loi Aubry sur les

contrats individuels de travail", in "Les 35 heures, approche pratique et doctrinale", Les Petites Affiches, 1998, n°105, p. 33.

(48) M. Morand, "L'accord collectif de réduction du temps de travail et la modification du contrat", Les Petites affiches, 2000, p. 83.

régime jurisprudentiel de la modification du contrat de travail.

De manière indirecte, mais au fond complémentaire à l'article L. 212-3 du code du travail, les préambules des accords collectifs de travail tentent d'éviter de possibles contestations sur la modification des contrats de travail lorsqu'elles pourraient résulter des nouvelles formes d'organisation du temps de travail et de leurs effets sur les rémunérations. Les préambules, dans leur rédaction souvent stéréotypée, postulent à cet effet le caractère plus favorable de l'accord. Si juridiquement les préambules n'ont pas de valeur normative, leur portée n'est pas neutre s'agissant de l'interprétation de la volonté des négociateurs par le juge, saisi d'un différend sur l'articulation entre l'accord collectif et le contrat individuel de travail.

L'affirmation du caractère plus favorable de l'accord dans les préambules peut être expresse ou tacite. De nombreux accords font état de leur caractère plus favorable au regard des dispositions antérieures existant dans l'entreprise (49), en mettant en avant l'équilibre entre intérêts de l'entreprise (sa compétitivité, sa viabilité) et intérêts des salariés à la mise en œuvre de la réduction et de l'aménagement du temps de travail. Ce type de formulation revient à affirmer que le caractère plus favorable doit être apprécié au regard de l'activité de l'entreprise comme condition de la préservation de l'emploi. En accordant trop peu d'intérêt aux préambules des accords, les syndicats signataires se sont ainsi laissés enfermer dans une logique qui n'est pas la leur, mais qui ne manquera pas d'orienter l'interprétation des accords en cas de contentieux.

Les dispositions de l'article L.212-3 du code du travail ont une portée très différente s'agissant des travailleurs à temps partiel. En effet selon l'article L. 212-4-3 du code du travail, la répartition et la durée du travail sont des éléments du contrat de travail à temps partiel. Aussi, la négociation collective du passage aux 35 heures constitue-t-elle pour ces salariés une modification potentielle du contrat de travail sur au moins

trois aspects, la durée du travail, la répartition des horaires et la rémunération. C'est pourquoi, l'immense majorité des accords a intégré que la durée du travail étant un élément du contrat, sa modification ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord exprès du salarié. Ainsi, les accords observés offrent réellement le choix aux salariés à temps partiel de maintenir l'horaire contractuel avec modification de la rémunération, ou de réduire proportionnellement la durée du travail avec maintien du salaire (50). La situation des salariés à temps partiel a même été traitée dans les accords de manière individualisée à tel point que le choix fait par le salarié concerné a été expressément transcrit dans des accords (51). A l'inverse quelques rares accords dénie toute possibilité de choix au salarié. Dans cette hypothèse, l'idée même de temps choisi est remise en cause et le régime de la modification du contrat de travail doit être appliqué (52).

Les renoncations découlant de la mise en œuvre de la loi n'ont vraisemblablement pas été regardées comme telles par les négociateurs qui ont en revanche débattu sur d'autres renoncations.

2. La renonciation négociée

La renonciation à des droits a pu être négociée dans un grand nombre d'accords au nom du nécessaire équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés (53). En effet, la négociation de la réduction de la durée du travail a été l'occasion pour les entreprises de dénoncer un certain nombre d'usages alors en vigueur, non pour les intégrer dans les accords et leur conférer une autre valeur juridique, mais bien pour les supprimer. Les dénonciations des règles non écrites ont été opérées de deux façons dans les accords analysés. Soit les préambules des accords prononcent une dénonciation globale des usages en vigueur ce qui interroge sur la validité formelle de la dénonciation et sur l'indétermination de l'objet de la dénonciation (54). Soit la dénonciation a porté sur des usages instituant des avantages particuliers, comme le temps de repos (55), le

(49) A titre d'exemple, "les parties reconnaissent que le présent accord au regard des intérêts de l'ensemble des salariés met en place un dispositif plus favorable que les dispositions conventionnelles applicables à ce jour au sein des établissements en matière de durée et d'organisation du travail".

(50) A cet égard, on doit souligner de véritables clauses types dans les accords observés en Aquitaine, rédigées de la manière suivante : " compte tenu des souhaits des salariés, et après accord des parties, certains postes à temps partiel connaîtront un maintien de leur durée du travail ", ou encore "la réduction de la durée du travail sera convenue d'un commun accord entre la direction et les intéressés et fera l'objet d'un avenant écrit".

(51) Par exemple, un accord relevant du secteur des transports routiers, signé par un salarié mandaté, stipule que le seul salarié à temps partiel concerné par la mesure a décidé de conserver son ancien contrat de travail.

(52) Ainsi, un accord du secteur des laboratoires pharmaceutique dit très clairement : "aucun choix n'est donné au salarié à temps partiel ; si la durée du travail est de 32 heures hebdomadaire,

la réduction de la durée du travail sera concrétisée par l'octroi de jours repos, en conséquence de quoi, les salariés ne verront pas leur temps de travail hebdomadaire changé". L'octroi de ces jours de repos, dont six seront pris à l'initiative de l'employeur, aura pour conséquence de faire varier la répartition des jours de travail et de constituer une modification du contrat de travail des salariés.

(53) Sur l'antériorité de cette tendance amplifiée par les lois Aubry, voir, M. Cohen, " La réduction négociée des avantages des salariés ", DS, 1996, p. 18. H. Blaise, " Les droits individuels des salariés face à une réduction ", DS, 1985, p. 634.

(54) Plus particulièrement, seuls les accords ayant pour objet le temps de travail sont-ils concernés ou faut-il y ajouter également ceux portant sur toute autre question ?

(55) Suppression d'un jour de congé supplémentaire pour ancienneté, pour événements familiaux, suppression des congés de fractionnement, d'ancienneté, suppression des ponts, suppression du 31^e jour ouvrable de congés payés, etc.

temps de travail (56), ou certains aspects de la rémunération (57). Bien que la dénonciation constitue indiscutablement une perte d'avantages pour les salariés, de nombreux accords la font figurer dans la rubrique " compensation ".

Les renonciations les plus fortes, et cependant les moins affichées, ont certainement porté sur les rémunérations (58). La loi impose le maintien des rémunérations des salariés percevant le SMIG lors de la réduction du temps de travail, mais laisse aux partenaires sociaux le soin de régler le sort des autres salariés. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle précisé, dans un arrêt du 27 mars 2001, que si l'existence d'un accord de branche étendu suffit à rendre la réduction de la durée du travail obligatoire, la diminution de la rémunération qui en résulte constitue une modification du contrat de travail que le salarié peut refuser (58 bis). A une exception près, les accords posent le principe du maintien des rémunérations, soit par augmentation du taux horaire, soit par le versement d'une indemnité différentielle. Il n'est pas discutable que l'augmentation du taux horaire opère un véritable maintien du salaire. En revanche, les stipulations relatives au versement de l'indemnité différentielle comme technique du maintien du niveau de rémunération suggèrent quelques observations.

En premier lieu, une majorité d'accords ne précise pas si l'indemnité différentielle sera intégrée dans le salaire de base. Cette indemnité différentielle pourrait donc être modifiée ou supprimée à l'occasion d'une révision de l'accord ou d'une dénonciation suivie d'un accord de substitution, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une rémunération contractuelle (59). Peu d'accords garantissent l'insertion progressive, et sur une période déterminée, de l'indemnité différentielle dans le salaire. Encore moins d'accords assurent le maintien de l'indemnité en cas de dénonciation de l'accord. La règle du maintien des avantages individuels acquis pourrait certes donner une certaine stabilité à l'indemnité (60). Mais on sait que l'employeur peut par le biais d'une

modification du contrat de travail (61) remettre en cause l'existence de cette somme.

En deuxième lieu, le recours à une indemnité différentielle plutôt qu'à une augmentation du taux horaire de salaire n'est pas neutre. De nombreux accords stipulent que certaines primes seront calculées non sur la base de la rémunération globale (salaire de base et indemnité différentielle) mais sur le seul salaire dit " de base ". D'autres encore précisent que " les majorations salariales seront calculées sur le taux horaire sans prise en compte de l'indemnité différentielle ". Ceci entraîne bel et bien une perte de revenus. Un tempérament est parfois apporté notamment à propos des indemnités liées à la rupture du contrat (licenciement ou départ à la retraite). Des accords, en effet, énoncent que le montant des indemnités de rupture ne peut être réduit pour les salariés employés à la signature de l'accord par la nouvelle structure de la rémunération. Reconnaissance implicite d'une perte de revenus !

En troisième lieu, des accords réservent le bénéfice de l'indemnité différentielle aux seuls salariés employés à la date d'entrée en vigueur de l'accord, excluant ainsi les nouveaux embauchés.

Enfin, beaucoup d'accords traitent la rémunération de façon laconique. Ainsi, des clauses conventionnelles indiquent simplement que le salaire est maintenu sans expliquer par quel mécanisme. De la même manière, les stipulations sur le gel des salaires sont tout aussi peu détaillées, même s'il est vrai que celui-ci a parfois été limité dans le temps dans certains accords et sous réserve d'un niveau d'inflation précisé. Le gel des salaires, qui correspond par ailleurs à une renonciation à l'obligation légale annuelle de négocier sur les salaires, pose accessoirement un problème de licéité...

Les renonciations, qu'elles aient été implicites ou négociées, ont modifié les modalités d'exécution du contrat de travail mais elles n'ont pas en soi transformé la relation de travail, qui a pu l'être du fait de l'intégration de nouvelles contraintes dans les accords sur les 35 heures.

(56) Suppression de l'assimilation de différentes pauses dans le temps de travail effectif.

(57) Suppression de primes de congé, de 13^{ème} mois, d'assiduité, de prime de 3x8, de salissure, etc.

(58) Ph. Langlois, "La réduction du temps de travail et la rémunération", DS, 1998, p. 785. M. Morand, "Salaire et temps de travail", Travail et protection sociale, Août 1998. M. Morand, "Réduction du temps de travail et réduction des salaires", JCP, E, 1998, p. 597.

(58bis) Soc. 27 mars 2001, DS 2001 p. 667, n. Ch. Radé.

(59) Soc. 16 novembre 1993, Bull., Civ., V, n°273. RJS 1/94 n° 3. Soc. 3 mars 1998, Bull. Civ. V, n° 109 ; Soc. 19 mai 1998,

Bull. Civ., V, n° 265 ; Soc. 27 juin 2000, Bull. Civ., V, n° 247. RJS 9/10 2000, n° 899. Voir pour une analyse critique de cette jurisprudence : J. Pélissier, "Droit des conventions collectives, évolution des transformations", Mélanges en l'honneur de J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 95 ; G. Couturier, "La rémunération élément du contrat de travail", DS, 1998, p. 523 ; E. Dockès, "La détermination des obligations nées du contrat de travail", DS, 1997, p. 140.

(60) Sur ce thème voir les observations de E. Dockès sous Soc. 13 mars 2001, Dr. Ouv. 2001 p.261

(61) M. Bonnechère, " L'ordre public en droit social ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité ", Dr. Ouv., 1988, p. 188.

B. L'intégration de contraintes ?

Un des objectifs affichés du passage aux trente cinq heures était de développer le temps libre des salariés, pour leur vie familiale (62), associative, culturelle et sportive... Les accords reprennent régulièrement ce principe dans leur préambule. Mais cette affirmation se heurte, en pratique, à une autre affirmation : la volonté de donner à l'entreprise une souplesse de fonctionnement. Le conflit de ces deux logiques donne un résultat parfois défavorable au salarié, au moins si l'on se place dans une conception classique du salariat et si l'on examine concrètement les conséquences sur leurs conditions quotidiennes d'existence et de travail (63). Le nouveau rapport salarial développé à l'occasion des accords sur les trente cinq heures se traduit par l'intégration de contraintes professionnelles par le salarié (point 1), quitte à ce qu'éventuellement l'entreprise intègre des contraintes de la vie privée pesant sur le salarié (point 2).

1. L'intégration des contraintes professionnelles par le salarié

Les accords relatifs aux trente cinq heures semblent entraîner, assez paradoxalement, la fin de l'étanchéité entre la vie professionnelle et la vie privée. L'organisation classique du temps de travail permettait de distinguer le temps collectif de travail, temps qui appartient à l'entreprise, et le temps hors du travail, temps de la vie privée ou personnelle du salarié. Les nouvelles organisations du temps de travail mettent en place des dispositifs éclatés y compris d'un service à l'autre d'une même entreprise, très individualisés, et organisés en fonction des intérêts de l'entreprise.

Ceci se manifeste notamment par plusieurs modalités de mise en œuvre du repos réduction (article L 212-9). Comme pour la modulation, les accords peuvent fixer des durées maximales hebdomadaires plus conformes à l'intérêt de l'entreprise qu'à celui du salarié.

Les temps de liberté du salarié ne sont plus la conséquence de l'exercice d'un droit mais de l'absence d'utilité de ce temps pour l'entreprise. Ainsi, les modalités d'attribution des jours de repos sont fréquemment envisagées en fonction des besoins de l'entreprise. L'article L 212-9 II du code du travail prévoit que ces jours sont pris pour partie au choix du salarié et pour partie à l'initiative de l'employeur. La plupart des accords retenant ce système indiquent cependant que les jours pris à l'initiative du salarié seront pris en concertation avec la direction de l'entreprise, ou la hiérarchie, en fonction des besoins du service. De ce type de formule

découle deux solutions. Soit la hiérarchie refuse les temps qui pourraient poser une difficulté pour l'entreprise ou le service (mais comment déterminer objectivement cette difficulté ?). Soit le salarié se censure et demande à sa hiérarchie des jours ou des demi-journées qu'il sait pouvoir lui être accordés. Cette seconde possibilité semble en tout cas envisageable lorsque l'accord prévoit qu'un planning sera établi au sein du service, par concertation des salariés et de la hiérarchie, ou lorsqu'il fixe un quota minimum de salariés présents dans chaque service (par exemple 50% des salariés). Dans ce cas, l'attribution des jours de repos dépend de la célérité du salarié, ou de ses rapports avec son supérieur, mais sera en grande partie déterminée avant tout par l'intérêt de l'entreprise...

La tendance à rattacher la prise des jours de repos en fonction des besoins de l'entreprise est renforcée par une disposition fréquente, en vertu de laquelle les jours de repos non utilisés sont perdus pour le salarié lorsque la période de référence est écoulée. Disposition pour le moins étrange qui rapproche les jours de repos des congés payés, et qui représente une violation des dispositions de l'article L 212-9 II du code du travail. En effet, si la réduction du temps de travail est accomplie par l'attribution de jours de repos, toute heure accomplie au-delà de 1600 heures dans l'année est une heure supplémentaire. L'article L.212-9 II, tel qu'il est rédigé, écarte la question, classique en matière d'heure supplémentaire, de savoir si le travail a été accompli à la demande ou non de l'employeur : " *lorsque la durée du travail constatée excède trente-cinq heures en moyenne sur l'année, et, en tout état de cause, une durée annuelle de 1600 heures, les heures effectuées au delà de cette durée sont des heures supplémentaires auxquelles s'appliquent les dispositions des articles L 212-5, L 212-5-1 et L 212-6*". La formule " en tout état de cause ", comme l'absence de conditionnel ou de restriction à la qualification d'heures supplémentaires ne laissent aucun doute. Le salarié a alors droit aux majorations de salaires et éventuellement aux repos compensateurs légaux.

Un tempérament est parfois apporté, sans pour autant rendre le dispositif conventionnel conforme à la loi : certains accords mentionnent que les jours seront perdus sauf s'ils n'ont pas pu être pris du fait de l'entreprise. Mais ils précisent aussi que les jours de repos à rattraper seront pris dans une période fixée par l'entreprise... Rappelons que la Cour d'Appel de Paris a sanctionné, dans un arrêt du 16 mai 2000, un accord collectif qui prévoyait que les jours de repos seraient attribués à l'occasion des jours fériés pour une partie, et

 (62) Voir sur ces points A. Benoit, "Pour une meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle", Droit de la famille n°4, 2000, p. 15. J. Fagnani, "Politique familiale, flexibilité des horaires de travail et articulation travail/famille", DS 1999, p. 244. Ph. Waquet, "En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié", DS p. 963. J. Freyssinet,

 "L'évolution du temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux", DS 1998, p. 752.

(63) Cf. B. Bossu, "La réduction du temps de travail à 35 heures : mythes et réalités", Dalloz 2000 chron. p. 43. M.A. Moreau, "Temps de travail et charge de travail", DS 2000, p. 263. Ph. Waquet, "Le temps de repos", DS 2000, p. 288.

en fonction des besoins du service pour une autre partie, aux motifs que la faculté offerte au salarié de choisir les jours de repos constitue une disposition impérative de la loi (64).

Le même mépris du dispositif légal se rencontre dans un accord décidant que les salariés qui auront accompli au cours de l'année moins de trente cinq heures en moyenne verront leur solde négatif en heures de travail reporté sur l'année suivante. Même s'ils se sont tenus à la disposition de l'employeur, ces salariés pourront accomplir plus de 1600 heures au cours de la période de référence suivante, sans que ces heures soient qualifiées d'heures supplémentaires, conformément aux dispositions conventionnelles. Ils accompliront ce travail selon les modalités fixées par l'entreprise, sans réelle garantie concernant leur temps disponible, puisque les modifications des plannings peuvent être réalisées avec deux jours de prévenance (65).

Des accords rendent aussi impossible toute organisation personnelle du temps par le salarié, lorsqu'ils indiquent que les jours de repos fixés par la direction le seront avec un délai de prévenance égal au temps de repos accordé. Il est donc possible de commencer une semaine de travail qui sera interrompue à compter du troisième jour, ou une journée de travail qui s'achèvera à midi, si la direction décide de ne pas attribuer d'un seul tenant ces jours ou demi journées.

Sans prévoir une concertation en fonction des besoins du service, on rencontre aussi des situations de choix orientés, ou de renoncations affichées du salarié. Ceci peut être constaté principalement à propos des congés payés, mais aussi à l'occasion de la prise des jours de repos. L'instrumentalisation est assez fréquente. Certains accords peuvent indiquer des périodes précises de fermeture de l'entreprise (66), conformément à un mécanisme classique dans un cadre industriel, mais précisément dans des entreprises qui n'ont pas en l'occurrence toujours une activité industrielle. Ils peuvent aussi laisser *a priori* une certaine liberté au salarié, tout en encadrant en réalité son choix. L'accord comprend alors un engagement des salariés de ne pas prendre de jours repos pendant les périodes de suractivité, ou indique que les congés payés seront limités pendant la période allant du 1^{er} mai au 31 octobre à douze jours maximum. Eventuellement, les salariés peuvent être incités à se limiter à ne prendre que douze jours dans cette période, par l'attribution de jours de fractionnement supérieurs au dispositif légal. Mais on rencontre aussi, à l'occasion, la suppression pure et simple des jours de fractionnement. D'autres accords mentionnent que les

jours choisis par le salarié ne pourront être accolés aux congés payés et/ou aux jours fériés. C'est en définitive un mécanisme de liberté très surveillée, avec selon les situations un dispositif plutôt rigide, presque répressif, ou fortement incitatif, mais en tout état de cause peu respectueux de l'exercice de leurs droits par les salariés, et à l'occasion des dispositions impératives du code du travail.

L'intégration de contraintes professionnelles peut aussi se rencontrer par la mise en place de dispositifs susceptibles de réduire les périodes d'absence du salarié. Contrepartie au temps libre accordé, il n'est plus possible de manquer dans les périodes prévues pour le travail. Les accords reprennent naturellement la possibilité de réduire les sommes versées par le salarié en cas de rupture du contrat de travail, s'il n'a pas accompli le travail attendu au cours de la période de référence. Mais ils innovent aussi à l'occasion. Telle cette prime d'assiduité versée sous forme de jours de repos, qualifiée par un accord collectif de congé d'assiduité. Paradoxal à première vue, le dispositif permet à l'entreprise de gérer strictement les temps de présence et d'absence des salariés. Il rejoint en ce sens l'esprit de ces accords qui remplacent des primes plus anciennes, versées par exemple pour des salariés postés, par des primes d'assiduité. Ceci ne semble pas être contraire à une disposition légale. On s'étonnera plus en revanche de la possibilité d'affecter des jours de repos acquis à l'indemnisation d'absences pour cause de maladie. Un accord prévoit cette possibilité, soumise à la demande du salarié et l'acceptation de la hiérarchie, pour compenser les trois premiers jours d'arrêt maladie non professionnelle. Un autre accord prévoit plus durement la suppression d'un jour et demi de repos en cas d'absence liée à la maladie non professionnelle supérieure à cinq jours. Le premier dispositif correspond à une stricte rationalisation des temps de présence et d'absence, mais le second est en revanche condamnable, car il est assimilable à une sanction liée à l'état de santé du salarié, donc contraire aux dispositions de l'article L 122-45 du code du travail.

On voit aussi apparaître un mécanisme de temps flou, sans réelle frontière entre temps travaillé et non travaillé. Ceci se rencontre à l'occasion de la formation, et notamment avec le co-investissement, qui supprime la frontière entre la formation utile à l'entreprise, et suivie pendant les temps de travail, et la formation n'intéressant que le salarié, prise hors des temps de travail ou à l'occasion de congés spécifiques. Le co-investissement a pour conséquence que les temps de formation sont pris en partie sur le temps de travail et en partie sur le temps

(64) C.A. Paris 16 mai 2000, D. 2000, IR 172. N. Maggi-Germain, "L'articulation temps de travail-formation professionnelle continue après la loi Aubry II", DS 2000, p. 858.

(65) En cas de "circonstances exceptionnelles", définies par l'accord comme des commandes urgentes liées à des retards

d'approvisionnement, des commandes comportant un risque de pénalités de retard, l'absence imprévisible d'un salarié, des commandes avec un risque de perte du client, cas de force majeure.

(66) Par exemple, quatre semaines en août, une en décembre ; ou deux semaines en août, deux en décembre, une en avril...

libre des salariés (67). Peu d'accords utilisent cette nouvelle voie, mais lorsqu'ils le font, il est prévu d'affecter entre deux et quatre jours de repos du salarié pour des actions de formation.

Le caractère flou du temps de travail est encore plus fort à propos des cadres. Pour ceux qui peuvent disposer en application de l'article L. 212-15-3 du code du travail d'un forfait en jours, les jours de repos doivent le plus souvent être pris sans préjudice du bon fonctionnement de l'entreprise. Le moment du repos devient aléatoire, voire illusoire si les jours non pris sont déclarés perdus. Une fois fixé ce forfait en jours, on peut se demander dans quelle mesure le cadre légal des temps de travail sera effectivement respecté, puisque peu d'accords mentionnent la limitation obligatoire du temps à 13 heures par jour par attribution d'un repos d'au moins 11 heures consécutives entre deux journées, et que les contrôles des durées du travail s'avèrent, pour cette catégorie de salariés, particulièrement flous. On trouve ainsi des relevés mensuels établis par l'employeur, et annexés au bulletin de salaire, ce qui pour des cadres autonomes rend perplexe (sur quelle base ont été établis les relevés ?) ; ou encore, la déclaration par le cadre lui-même du temps fourni. Lorsque ce relevé est mensuel, il est à craindre qu'il y ait présentation d'une durée standardisée, d'autant que ces relevés sont en principe contresignés par la hiérarchie. Par ailleurs, les accords collectifs instituant le forfait en jours limitent très rarement les durées hebdomadaires maximales de travail à celles prévues par le deuxième alinéa de l'article L.212-7 du code du travail. En revanche, lorsque des accords précisent que les cadres concernés par le forfait en jours ne se verront pas appliquer les durées maximales hebdomadaires de travail prévues par le code du travail, ils ne déterminent pas systématiquement les limites qui doivent s'y substituer. Et aucun des accords analysés ne fixe de durée quotidienne minimale de travail dans l'hypothèse de forfait en jours, ce qui peut être à l'origine de litiges. La Cour de Cassation, au cours de la dernière décennie, a initié un changement culturel, repris par le législateur, et a souhaité mettre fin au vieux principe selon lequel les cadres sont payés pour une mission et n'ont pas de limites horaires. Comment peut-on imaginer qu'une évolution culturelle, qui n'emporte pas toujours l'adhésion des parties intéressées, puisse être réalisée par des mécanismes aussi flous ? Ces accords perpétuent en fait une situation antérieure (68).

L'apparition de contraintes nouvelles dans les accords se manifeste enfin par le développement d'emplois au contenu variable. Plusieurs accords insistent notamment sur l'importance de la polyvalence dans l'activité professionnelle, présentée comme une contrepartie au passage aux trente cinq heures. Ce sont donc les attributions du salarié qui sont en partie modifiées, ou au moins qui sont susceptibles de l'être, pour répondre aux besoins de l'entreprise. Un accord propose, dans cet esprit, de créer une nouvelle qualification pour des salariés : la qualification d'ouvrier de polyvalence. Cette qualification nouvelle, proposée à chaque salarié, entraîne la signature d'un avenant au contrat de travail, et l'accord prévoit le licenciement pour faute grave en cas de refus ultérieur de nouvelles attributions.

Un accord prévoit aussi, l'entreprise ayant consenti à un temps de travail annuel de 1535 heures, la possibilité pour les salariés d'accomplir volontairement, mais sur proposition du chef de service, les 65 heures menant à 1600 heures, et ce pour une prime de 550 F brut et un chèque déjeuner supplémentaire. L'accord, qui qualifie ceci du joli terme de "repos RTT volontairement travaillé", situe ce travail aux confins de l'heure supplémentaire et de l'activité indépendante : le salarié percevra pour ce travail une prime forfaitaire, non intégrée dans l'assiette de calcul du treizième mois. L'activité n'a pas pour contrepartie un salaire, elle échappe au décompte annuel du temps de travail du salarié, elle est accomplie en complément de l'activité professionnelle salariée. Est-on toujours dans le salariat ? En extrapolant à peine la démarche de l'accord, il paraîtrait logique que le salarié loue le matériel qu'il utilise, et ne bénéficie pas d'une couverture accident du travail en cas de dommage corporel subi pendant ces temps. On est dans ce cas dans un mélange de salariat et d'activité indépendante (68 bis).

Participant aussi à ce mouvement, on observe la présence d'accords d'intéressement, ou d'engagement de négocier un accord d'intéressement dans un avenir proche après la mise en place des trente cinq heures. Leur relative fréquence permet de se demander si l'on n'assiste pas à la mise en place d'un nouveau rapport fondamental (69), à l'occasion des trente cinq heures, qui ferait du salarié, ayant assimilé la contrainte de l'activité, une sorte de partenaire auquel il paraîtrait fondé d'accorder à terme un pourcentage des résultats de l'entreprise ?

(67) J. M. Luttringer, "Vers de nouveaux équilibres entre temps de travail et temps de formation ?" DS, 2000, p. 277. N. Maggi-Germain, "L'articulation temps de travail - formation professionnelle continue après la loi Aubry II", DS, 2000, p. 858.

(68) Voir notamment, M. Bocchino et P. Bouffartigues, "Travailler sans compter son temps ? Les cadres et le temps de travail", Travail et emploi, 1998, p. 37. J. E. Ray, " Temps de travail des cadres et 35 heures : un tournant à négocier collectivement ", DS, 1998, p. 979. P.H. Antonmattéi, " Les cadres et les 35

heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! ", DS, 2000, p. 159. Du même auteur, " Le temps dans la négociation 35 heures ", DS, 2000 p. 305.

(68 bis) Sur cette question A. de Senga "Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification" Dr. Ouv. 2001 p. 241.

(69) Voir, sur la tendance dans laquelle cela s'inscrit : F. Meyer et C. Sachs-Durand, " L'évolution du rapport salarial ", in Mélanges H. Sinay, éd. Peter Lang, 1994, p. 369.

2. L'intégration des contraintes de la vie personnelle du salarié par l'entreprise

Un pourcentage relativement faible d'accords mettent en place un compte épargne temps. Plus que la participation du salarié aux efforts de l'entreprise que permet ce mécanisme (70), par exemple lorsque le salarié consent à s'effacer à ses frais en fin de carrière ou lorsque l'entreprise rencontre des difficultés, il est intéressant de noter que les motifs d'ouverture du CET peuvent intégrer des circonstances de la vie privée. On citera par exemple la clôture anticipée du CET, et le versement de l'équivalent en argent en cas de décès du salarié ou d'un proche du salarié, de divorce (selon les accords, cette condition peut être subordonnée à la garde d'au moins un enfant), de la naissance ou l'adoption d'un enfant (parfois seulement le troisième enfant), de l'invalidité ou du décès ou de la création d'entreprise par le salarié ou son conjoint, de l'acquisition ou l'agrandissement de la résidence principale, ou du surendettement constaté judiciairement... Autant le versement des sommes correspondant au CET à la famille lors du décès du salarié peut sembler logique, puisqu'il s'agit de sommes épargnées librement par le salarié, autant on peut être réservé sur les autres situations. Le mécanisme est pour le moins intéressant, qui transforme le CET en épargne pure et simple, susceptible d'ailleurs de faire double emploi avec la participation. Mais il soulève des réserves importantes, lorsque les accords demandent des justificatifs des situations invoquées. D'un point de vue pratique, la révélation de certains de ces événements peut menacer la situation du salarié dans l'entreprise (71). D'un point de vue juridique, on relèvera l'atteinte à des droits fondamentaux du salarié et de l'individu, comme le respect de la vie privée et familiale, droit fondamental de l'homme consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (72).

Mais la prise en compte de phénomènes privés par l'entreprise se rencontre aussi lorsque les accords prévoient la possibilité de report des jours de repos en cas d'absence pour maladie d'un salarié dans le service. Dans ce cas, l'entreprise en tant que telle ne consent plus à un effort au profit du salarié, mais la collectivité des

salariés dans son ensemble est susceptible de voir son temps libre affecté par l'absence de l'un d'entre eux. A tout bien réfléchir, est-ce l'intégration de contraintes privées par l'entreprise, ou au contraire, pour les autres salariés, l'intégration des contraintes de l'entreprise au détriment de leur propre espace privé ?

Plus qu'à une vision nouvelle des lois sur les 35 heures, l'étude des accords signés dans une région donnée apporte un autre regard sur la négociation collective et les rapports de travail. La négociation collective n'a pas réellement fait œuvre créatrice et s'est très souvent limitée à transposer le schéma proposé par le législateur. Mais elle a contribué à inscrire les rapports de travail dans une nouvelle perspective dans laquelle le salarié devient beaucoup plus dépendant des décisions de l'entreprise et assimile les contraintes économiques qui lui sont proposées. Avec les 35 heures, la négociation collective n'apporte pas plus de droits aux salariés mais vient faciliter la gestion de l'entreprise. Les résultats de cette négociation seront peut être de ce fait une source de litiges nouveaux voire de conflictualité. Longtemps la négociation collective a eu un rôle pacificateur des rapports de travail. Les accords collectifs relatifs aux 35 heures déclinent un mécanisme tellement complexe qui n'aménage plus seulement les modalités mais réorganise l'équilibre profond de la relation de travail, si bien que le juge sera plus souvent que par le passé amené à trancher des litiges nés de l'application de l'accord collectif. Paradoxalement, le développement des temps libres annoncé par le législateur aura donné des temps contraints beaucoup plus contraints et des temps libres très fortement déterminés par l'activité de l'entreprise. Le nouveau conflit de logique désormais possible entre gestion des temps par l'entreprise et gestion du temps libre par le salarié est potentiellement porteur d'un conflit de droits : droit au temps libre, droit au respect de la vie personnelle et droit à la santé et à la sécurité.

**Isabelle Daugareilh,
Pierre Iriart,
Valérie Lacoste.**

(70) N. Maggi-Germain, " A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue ", DS 1999, p. 692. N. Dedessus Le Moustier, " Les fonctions du compte épargne temps ", DS, 1998, p. 523.

(71) Des erreurs extra professionnelles peuvent être considérées par l'employeur, même à tort, comme justifiant une sanction : voir notamment Soc. 30 juin 1992, Bull. Civ. V n° 429, CSB 1992, 202, S. 130, RJS 1992, n° 959, affaire dans laquelle la Cour déclare dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un employé de banque frappé d'interdiction d'émettre des

chèques. La Cour de Cassation affirme depuis l'affaire du sacristain homosexuel que les motifs tirés de la vie privée du salarié ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement en l'absence de trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise : Soc. 17 avril 1991, Bull. Civ. V n° 201, Dr. Ouv. 1991 p. 202 n. P. Bouaziz ; voir, sur l'effet du comportement du conjoint de la salariée, Soc. 14 novembre 2000, Bull. Civ. V, n°369, RJS 2001, n° 21

(72) La modernité permet-elle un retour à un mécanisme paternaliste ?