

Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non cadres "autonomes"

par Francis MEYER,

Maître de conférences, Institut du travail de Strasbourg, Université Robert Schuman

PLAN

I. Une réforme aux fondements contestables

- A. Recours au forfait et principe de faveur
- B. La compatibilité de la réforme avec le droit international et communautaire

II. L'adoption d'un texte dans des conditions discutables

- A. Une réforme dont la portée devait être mineure...
- B. ...qui aboutit à une modification profonde de la réglementation sur le temps de travail

Conclusion

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises comporte un article 95 qui rajoute un paragraphe à l'article L 212-15-3 ainsi rédigé : « *La convention ou l'accord peut également préciser que les conventions de forfait en jours sont applicables, à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit, aux salariés non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

Ces salariés, aux termes de l'article III al. 3 surcité, ne bénéficient plus de l'article L 212-1 c'est-à-dire de l'application d'une durée légale de trente-cinq heures et d'une durée maximale journalière de dix heures. Ils sont également privés du bénéfice du deuxième alinéa de l'article L 212-7, c'est-à-dire de la limite hebdomadaire de 44 heures en moyenne sur douze semaines et de 48 heures sur une semaine. Restent applicables l'article L 220-1 prévoyant un repos consécutif de onze heures, l'article L 221-2 interdisant le travail plus de six jours par semaine et l'article L 221-4 qui indique que le travailleur doit bénéficier d'un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures auquel s'ajoute le repos quotidien de onze heures, soit une interruption de trente-cinq heures au minimum.

La faculté de déroger à la réglementation sur le temps de travail doit néanmoins être prévue dans une convention ou un accord collectif de branche de groupe d'entreprise ou d'établissement. Par ailleurs les salariés concernés sont seulement ceux qui cumulent les deux conditions évoquées « *...dont la durée du temps de travail ne peut être déterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

La loi Aubry avait autorisé l'application aux cadres de forfaits en heures qui pouvaient se décliner sur une période hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Le forfait annuel en heures pouvait être appliqué également « *aux salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ». Ce "et" avait été transformé en "ou" par la loi du 17 janvier 2003. Le forfait jours était quant à lui initialement réservé aux cadres « *dont la durée du travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des*

responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps ». Il fut autorisé ensuite plus généralement « **au regard de leur autonomie dans leur emploi du temps** » (loi du 17 janvier 2003). La réforme du 2 août 2005 étend considérablement le champ d'application du forfait jours. De plus, la renonciation à l'application de la réglementation du temps de travail peut être doublée depuis la loi 2005/96 du 31 mars 2005 (1) d'une renonciation à un certain nombre de jours de repos (L 212-15-3 II nouveau - article 3 de la loi) . Une convention ou un accord collectif peut en effet prévoir que le salarié qui le souhaite, en accord avec l'employeur, puisse renoncer à une partie de ces jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire (L 212-15-3 II 3^e al.).

En additionnant les deux modifications, on aboutit à une double dérogation : les salariés ayant souscrit au forfait jours peuvent en plus convenir avec leur employeur de renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaires.

I. Une réforme aux fondements contestables

L'introduction dans le Code du travail de la faculté de "décrocher" le statut du travailleur de la réglementation du temps de travail pose problème. Elle met en cause la nature même du salariat (2) qui est et qui reste une mise à disposition de temps contre rémunération (3). Pourquoi la durée du travail ne peut-elle pas être déterminée ? Par manque d'instruments de mesure adéquats ? Par absence de volonté de l'employeur ? A l'heure de l'informatique, des logiciels très performants arrivent à calculer à la minute près toutes les prestations intellectuelles effectuées par les experts comptables ou les avocats qui sont facturées au client. Dire qu'on ne peut pas mesurer le temps de travail d'un salarié n'est pas très crédible. C'est plutôt qu'on ne veut rémunérer que le temps productif (4) et pas le temps mis à disposition, ce qui est pourtant la caractéristique du contrat de travail. Ensuite que signifie « *avoir une réelle autonomie dans le travail* ? » Cette formule est en soi incompatible avec la définition même du contrat de travail qui suppose de se soumettre aux injonctions de l'employeur en contrepartie d'une rémunération. Même si la subordination se décline de nos jours différemment qu'au début du XX^e siècle, elle n'a fait que déplacer le contrôle d'amont en aval : le salarié est libre de faire comme il veut... du moment qu'il atteint les objectifs et accomplit la charge de travail (5). Il est donc tout à fait

paradoxal de déclarer qu'un salarié est autonome alors que le pouvoir disciplinaire fonctionne en continu s'il a une défaillance. Enfin le texte évoque « *les responsabilités qui lui sont confiées* ». Or si l'on prend ce terme à la lettre, tous les salariés n'exercent évidemment pas des responsabilités au sens managérial du terme. Ce qui veut dire que le forfait ne pourrait être appliqué qu'à un certain niveau... de responsabilités (5 bis). Les Conseils de prud'hommes devront donc être extrêmement vigilants sur ces trois points.

A. Recours au forfait et principe de faveur

Le droit français multiplie les hypothèses de négociation individuelle avec le salarié sur la question de la durée du travail. Il rejoint ainsi une faculté ouverte par la directive de 1993 qui permet par accord individuel de travailler plus de 48 heures (6).

Les questions qui vont se poser sont nombreuses car cet amendement a été voté à l'arraché sans que les conséquences n'aient été examinées et sans aucune concertation (7). Car le principe de faveur continue de figurer dans le Code du travail notamment l'article L 135-2 qui indique que les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent au contrat de travail, *sauf dispositions plus favorables*. Le salarié peut-il par son contrat renoncer au bénéfice d'une convention qui

(1) L. Milet "La durée du travail après la loi du 31 mars 2005" RPDs 2005 p.199.

(2) C. Sachs-Durand et F. Meyer « L'évolution du rapport salarial » in *Le droit collectif du travail questions fondamentales - études en hommage à Mme le professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994 ; voir aussi l'article de A. Martinon « Le forfait jours : du cadre au non cadre – commentaire de l'article 95 de la loi PME du 02.08.05 », JCP édition sociale 27 septembre 2005 p. 11 et notamment le paragraphe 31 « une mutation du salariat ? ».

(3) C.E. Triomphe « Nouvelles subordinations » *Le Monde de l'économie*, mardi 20 septembre p. VIII.

(4) Voir A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, Thèse pour le doctorat en droit, décembre 2004, 890 p.

(5) Voir article C.E. Triomphe précité.

(5 bis) On peut pronostiquer une augmentation du contentieux sur les questions liées au temps de travail. En Grande-Bretagne, il a augmenté de 384 % entre 98/99 et 2000/2003 (voir rapport d'information AN n° 1519 sur l'aménagement du temps de travail en Europe annexe 7).

(6) C'est la fameuse clause d'opt-out qui a déjà fait couler beaucoup d'encre et qui au centre des discussions en cours sur la révision de la directive lancée par la Commission : « aucun employeur ne demande à un travailleur de travailler plus de quarante-huit heures au cours d'une période de sept jours, calculée comme moyenne de la période de référence visée à l'article 16, point b), à moins qu'il ait obtenu l'accord du travailleur pour effectuer un tel travail ».

(7) Voir deuxième partie – on peut s'interroger sur la légalité de ce « cavalier législatif » voir article de A. Martinon note 3.

fixe une limite basse au contingent d'heures supplémentaires ou qui prévoit un maximum de jours travaillés ? Peut-il renoncer par contrat individuel à une disposition d'ordre public qui fixe la durée du travail à 48 heures ?

B. La compatibilité de la réforme avec le droit international et communautaire

Si la convention ou l'accord qui prévoit les conventions de forfait ne restreint pas la durée maximale de travail autorisée en établissant par exemple un plafond par semaine ou sur une période déterminée, le salarié au forfait jours peut désormais être amené à travailler treize heures par jour et ceci sur une durée de six jours et demi (8). Il dépassera de ce fait le seuil prescrit par l'article 6 de la directive 2003/88 CE (9). Mais la directive prévoit dans son article 22 que le seuil de 48 heures peut être franchi si l'employeur a obtenu l'accord du travailleur pour effectuer un tel travail. La réforme qui vient d'intervenir s'inscrirait donc dans ce cadre. Les travaux parlementaires ont en effet mis l'accent sur le caractère "volontaire" de la démarche. Les auteurs de l'amendement qui a étendu le dispositif aux salariés non-itinérants font ressortir que le fait d'exiger l'accord écrit du salarié lui apporte une protection suffisante. L'exemple anglais montre les dérives qui sont possibles. La protection résultant du droit de refuser ne paraît pas très efficace. La Commission a pu le constater en Grande-Bretagne où la clause d'opt-out est en vigueur (10) depuis plusieurs années. « Selon les données disponibles, environ 4 millions de personnes, soit 16 % de la main d'œuvre travaillent actuellement en Grande-Bretagne plus de 48 heures par semaine, alors qu'ils n'étaient que 3,3 millions (soit 15 %) au début des années 90. Il apparaît aussi que le nombre de personnes travaillant plus de 55 heures par semaine a augmenté, s'élevant maintenant à 1,5 million. C'est

pourquoi le projet de révision de la directive prévoit notamment que l'accord du salarié ne peut être obtenu sur ce point au moment de l'embauche mais uniquement après la fin de la période d'essai ». Un autre élément de souplesse existe dans la directive à savoir la dérogation prévue à l'article 17 qui autorise la mise à l'écart notamment de l'article 6, lorsque, « en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, la durée du temps de travail n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être prédéterminée par les travailleurs eux-mêmes... ». Cette formulation est assez proche du texte français et les débats parlementaires ont montré que l'on visait bien cette hypothèse. La référence de la directive à l'existence « d'un pouvoir de décision autonome » devrait toutefois empêcher une telle assimilation : autre chose est « une autonomie dans l'organisation du travail ».

La réforme n'est par ailleurs manifestement pas conforme à la charte sociale du Conseil de l'Europe (11) qui prévoit dans son article 2 des conditions de travail "équitables" et une durée "raisonnable" du travail journalier et hebdomadaire. La France a déjà été pointée du doigt par le comité des droits sociaux dans une décision du 16 novembre 2001 (12). Les dispositions françaises ont été "durcies" depuis, d'abord par la modification du régime juridique de l'astreinte, puis par l'assouplissement des conditions de recours au forfait jours pour les cadres, enfin par la modification de l'article L 212-15-3 opérée par la loi du 2 août dans son article 95. Le comité des droits sociaux, dans deux résolutions du 4 mai 2005, vient de conclure à nouveau à la violation par la France de la Charte sociale européenne sur la question du forfait jours et de l'astreinte (13). Le gouvernement français, au lieu de prendre note du constat de non-conformité et d'engager des réformes pour y remédier, aggrave la situation selon la technique du "hachoir" qui n'est pas le fruit du hasard (14).

(8) Sous réserve des pauses – non décomptées dans le temps de travail.

(9) Qui indique que « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs :

a) la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux

b) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires. »

(10) « La Commission constate que la législation et la pratique ne semblent pas offrir toutes les garanties prévues par la directive. En effet, en premier lieu, plusieurs sources d'information font état d'une certaine généralisation de la présentation de l'accord d'opt-out au moment de la signature du contrat de travail. Cette pratique semble mettre à mal le deuxième tiret de l'article 18.1 b) i), qui vise à garantir le libre consentement du travailleur, en assurant qu'aucun travailleur ne puisse subir des préjudices du fait qu'il n'est pas disposé à donner son accord. Or, il est légitime de supposer que si l'accord d'opt-

out doit être signé simultanément avec la signature du contrat de travail, la liberté de choix est compromise par la situation où se trouve le travailleur à ce moment ». Communication de la commission au conseil, au parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions et aux partenaires sociaux au niveau communautaire concernant le réexamen de la directive 93/104/CE sur certains aspects de l'aménagement du temps de travail COM 843 final.

(11) Charte reproduite au Dr. Ouv. 2004 p.63.

(12) Réclamation 9/2000.

(13) Sur l'ensemble du dossier voir M. Miné « Le droit du temps de travail à l'épreuve de la charte sociale », Semaine sociale Lamy, 19 septembre 2005, n° 1228 p. 8 et s.

(14) « La méthode stroboscopique ne concerne donc pas des réformes de détail. Elle n'est ni un bégaiement ni un tremblement. Elle ne se résume pas non plus à une simple technique publicitaire. Utilisée avec constance et ténacité, elle a déjà permis la destruction de pans entiers de droit du travail... » Emmanuel Dockès « Libre propos : le stroboscope législatif », Droit social sept-oct. 2005 p. 835.

II. L'adoption d'un texte dans des conditions discutables

Une première version du texte modificatif figure dans un projet de loi qui a été déposé le 13 avril et examiné en première lecture par le Sénat. Il s'agissait d'étendre le forfait jours aux salariés *itinérants* non cadres pour qui le décompte du temps de travail s'avère difficile « *du fait de l'autonomie dont ils disposent dans l'organisation du travail et du fait qu'ils sont amenés à exercer leur activité en dehors des locaux de l'entreprise et en se déplaçant fréquemment* ». La proposition de départ est donc d'étendre aux salariés itinérants non cadres un décompte du temps jusque là réservé aux cadres.

A. Une réforme dont la portée devait être mineure...

1. L'intention affichée au départ : un amendement "catégoriel"

Selon M. Cornu, les salariés non cadres ne peuvent prétendre à être soumis à la convention individuelle de forfait en jours, même lorsque les conditions effectives de leur activité rendent très difficiles le décompte annuel de leur horaire de travail ou le respect des prescriptions du droit du travail en matière de durée du travail.

L'exemple des commerciaux des métiers de l'assurance est cité par deux parlementaires qui parlent d'un métier « qu'ils connaissent ». Le ministre M. Larcher, observe qu'il « *s'agit d'un sujet non seulement important mais aussi délicat, sur lequel toute évolution des règles doit être réfléchi* ». Il indique que le gouvernement prévoit d'engager rapidement cette réflexion, en souhaitant une concertation préalable avec les organisations syndicales sur cette question des itinérants non cadres. La Commission des affaires sociales accepte donc l'amendement. Un avis rendu par Mme Catherine Procaccia le 31 mai 2005 indique que le Sénat avait déjà tenté à deux reprises (loi *Fillon 1* et loi sur l'organisation du temps de travail) « *de faciliter l'accès des salariés itinérants non cadres aux conventions de forfait en heures sur l'année en leur donnant la possibilité de bénéficier de forfaits sur l'année, le simple forfait en heures demeurant insuffisant compte tenu de la nature particulière de leur activité...* » (15). Lors des débats du 13 juin 2005, M. Pelletier signale que « *plusieurs membres de mon groupe ont déposé un certain nombre d'amendements tendant à assouplir l'extension du champ d'application des forfaits en jours sur l'année aux salariés non cadres, par exemple, ou à modifier le régime des contreparties aux heures de repos choisies* ».

2. Une réforme décriée par une partie des parlementaires

M. Roger Madec, du groupe socialiste, signale que la « *dernière mesure du projet de loi concernant les affaires sociales, l'extension du forfait en jours aux salariés itinérants non cadres, ne paraît pas acceptable. Cette mesure, qui n'a rien à faire dans un projet de loi sur les PME, est en plus totalement injustifiée. Le Code du travail prévoit pour ces salariés la conclusion de conventions de forfaits horaires annuels, disposition déjà d'une grande souplesse. A la différence des cadres, ces salariés ne sont pas maîtres de leur emploi du temps. Le passage au forfait en jours aurait donc pour conséquence, encore une fois, d'augmenter indirectement leur temps de travail et de revenir sur les 35 heures. D'ailleurs, sans surprise, la concertation promise à ce sujet lors de l'examen du texte tendant à la révision des 35 heures n'a pas eu lieu* ». Lors des débats du 16 juin 2005, le texte de l'article 51 est repris dans sa version initiale. Deux amendements sont présentés par le groupe socialiste et le groupe communiste qui sont libellés de la manière suivante : « *Supprimer cet article* ». Pour M. B. Dussaut « *l'article 51 n'a, selon nous, rien à faire dans ce texte. Il s'agit d'un cavalier que le gouvernement présente subrepticement et, contrairement à l'article 50, sans aucune publicité. Cela se comprend, puisque l'on peut difficilement prétendre que cet article va améliorer la condition des salariés ! Avec ce texte, les conventions de forfait en jours vont pouvoir être appliquées « aux salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ». Déjà, la loi du 17 janvier 2003 avait élargi le champ d'application des conventions de forfaits en heures sur l'année aux itinérants non cadres, et les conditions d'indétermination du temps de travail et d'autonomie, auparavant cumulatives, étaient devenues alternatives. Ce n'était pas encore assez ! Avec cet article 51, vous sonnez définitivement le glas de la réduction du temps de travail. Les salariés dont il s'agit, agents d'exécution dont les salaires sont modestes, se voient traités comme la loi du 19 janvier 2000 le faisait pour les cadres autonomes, responsables de leur travail et dotés d'un salaire décent. C'est une dérive que nous avons crainte à l'époque et qui, malheureusement, se réalise. On est bien loin des refrains sur le thème : « travailler plus pour gagner plus » ! Dans le cas présent, ces salariés modestes vont devoir travailler beaucoup plus longtemps dans la journée pour ne rien gagner de plus. Rapporté au nombre d'heures,*

(15) Souligné par nous. On peut remarquer la terminologie volontariste qui considère qu'il s'agit indiscutablement d'une avancée pour le salarié.

cela signifie qu'ils vont gagner moins pour un temps de travail plus long. Il est vrai qu'encore une fois le gouvernement s'emploie, par ce biais, à légaliser les pratiques des entreprises qui utilisent des salariés itinérants. On sait en effet que les réparateurs et les livreurs, qui sont par définition sans cesse en déplacement, réalisent un nombre d'heures qui excède souvent largement le nombre d'heures supplémentaires autorisé. La meilleure solution pour les employeurs, dans une telle situation, est d'obtenir que le verrou saute : le gouvernement accède à cette demande. Evidemment, le préjudice est total pour les salariés, qui sont spoliés financièrement et obligés de réaliser des heures de travail excessives, au péril de leur santé et de leur sécurité. J'ajoute que, s'agissant de salariés itinérants, le fait de devoir conduire dans un état de fatigue excessive est un facteur supplémentaire de dangerosité, pour eux-mêmes comme pour les autres. Nous considérons que ce texte est tout à fait scandaleux et nous en demandons la suppression». Pour Mme Michelle Demessine, «avec l'article 51, le gouvernement propose de modifier le Code du travail pour étendre les forfaits en jours sans limite horaire aux salariés itinérants non cadres. Une fois de plus, c'est au hasard d'une loi sans lien avec le temps de travail qu'une nouvelle mesure de régression est introduite, sans consultation des syndicats de salariés. L'article 51 est en effet sans relation avec l'objet du texte qui nous est soumis. Le but est de faire valider par voie législative une disposition qui fait l'objet d'un contentieux en droit du travail. Il faut rappeler que ces forfaits en jours ont été combattus par les cadres puisque, dans les faits, ils permettent de travailler dans la limite de 218 jours par an, 6 jours par semaine et jusqu'à 13 heures quotidiennement, soit un total de 78 heures par semaine. L'extension d'une telle mesure à des non cadres est pour le moins inopportune, alors que tous les syndicats européens luttent pour une directive sur le temps de travail limitant la durée maximale hebdomadaire à 48 heures, d'autant que le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe vient de décider, pour la deuxième fois, que le principe du forfait en jours violait la charte sociale.

Il nous paraît donc logique de refuser le traitement prévu par cet article pour les salariés itinérants non cadres, alors que le même traitement est sanctionné par la Charte sociale européenne en ce qui concerne les cadres. Nous vous invitons donc à voter cet amendement de suppression».

3. L'introduction de garanties censées éviter les dérives

Le troisième amendement est présenté par Mme Procaccia, au nom de la commission des affaires sociales. Elle propose d'insérer dans le texte la formule suivante : «à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit». Mme Catherine Procaccia, du

groupe UMP, rapporteur pour avis, justifie la nouvelle disposition «...En effet, un salarié itinérant non cadre qui est à 200 kilomètres de chez lui et qui doit rendre visite à plusieurs clients ne va pas revenir le lendemain et refaire le trajet pour rencontrer le dernier client qui était absent : il va inmanquablement rester, dépasser son temps de travail, et il se trouvera, ainsi que l'entreprise qui l'emploie, en situation de travail illégal... Je suis, pour plusieurs raisons, intimement persuadée de la justesse de cet article. Pour avoir travaillé dans de tels secteurs, je peux vous dire que bon nombre de salariés itinérants ayant une complète autonomie souhaitent pouvoir bénéficier du forfait en jours. Un commercial, qu'il exerce dans le domaine de l'assurance ou des professions médicales, doit réaliser un chiffre d'affaires déterminé, rencontrer un certain nombre de clients. Actuellement, il est contraint de rentrer chez lui, de travailler cinq jours, alors que, s'il a atteint son objectif en termes de chiffre d'affaires ou de clients – et ces salariés perçoivent souvent des rémunérations supérieures à celles des cadres – il pourrait très bien se reposer le cinquième, voire le troisième jour s'il n'a pas envie de faire à nouveau plusieurs kilomètres. Je suis donc persuadée que ce système est adapté pour certains salariés... C'est dans ces conditions que j'ai souhaité limiter la portée de cet article en en conditionnant l'application à l'accord, formulé par écrit, des salariés concernés, de sorte que ceux qui préfèrent bénéficier du système horaire plutôt que du forfait en jours puissent continuer à le faire. Ainsi, nous répondrons au problème que peuvent rencontrer tant les salariés que les entreprises, tout en laissant à chaque salarié sa liberté individuelle. Il faut, je crois, que le salarié puisse choisir et gérer son système d'organisation du temps de travail sans qu'on lui impose».

B ...qui aboutit à une modification profonde de la réglementation sur le temps de travail

1. Une modification a priori non souhaitée par le gouvernement

Le quatrième amendement est présenté par MM. Pelletier, Laffitte et de Montesquiou, est ainsi libellé : «Dans le texte proposé par cet article pour insérer un alinéa après le deuxième alinéa du III de l'article L. 212-15-3 du Code de commerce, supprimer le mot : "itinérants"». Pour M. Jacques Pelletier «l'article 51 a pour objet d'étendre le champ d'application des forfaits en jours sur l'année aux salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée. Cette situation se rencontre avec tous les salariés qui ont une grande autonomie pour organiser leur emploi du temps dans la mesure où ils exercent leur activité en dehors des locaux de l'entreprise, tels les monteurs sur chantiers, par exemple, même s'ils ne se déplacent pas tout au long de leur journée de travail et qu'ils ne peuvent être qualifiés véritablement d'itinérants.

Aussi cette possibilité de gérer le temps de travail en jours devrait-elle être étendue à tous les salariés dont la durée de travail ne peut être prédéterminée ou qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (15 bis). Plusieurs d'entre nous avaient déjà présenté des amendements similaires lors de l'examen de la proposition de loi portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, au mois de mars 2005. M. Gérard Larcher, au nom du gouvernement, nous avait alors indiqué qu'il s'agissait d'un sujet important mais délicat, sur lequel toute évolution des règles devait être réfléchie. Il avait toutefois prévu d'engager rapidement cette réflexion et il souhaitait, par conséquent, que leurs auteurs retirent les amendements qu'ils avaient déposés à l'époque.

Pour le président de séance « étendre à tous les salariés non cadres le dispositif du forfait en jours participe d'une logique totalement différente. Cette proposition mérite, j'en suis convaincu, d'être examinée avec attention, non par la commission des affaires économiques, mais par la commission des affaires sociales. Nous en serions d'autant plus contents que la commission des affaires sociales dispose, en son sein, d'une experte en cette matière. M. Pelletier, vous aviez déjà présenté la même demande lors de notre débat du 2 mars dernier. Le rapporteur de la commission des affaires sociales, M. Louis Souvet, vous avait alors indiqué que la commission était « attentive aux conséquences d'une telle mesure sur la durée du travail ». Quand au gouvernement, il vous avait demandé de bien vouloir retirer votre amendement. En conséquence, j'espère que vous ne vous formaliserez pas de ce que la commission des affaires économiques, ce soir, vous fasse la même demande, en souhaitant que vous y accédiez de nouveau ». Le gouvernement, par l'intermédiaire de M. Renaud Dutreil, indique qu'il est aussi contre l'adoption de cet amendement. M. Jacques Pelletier indique qu'il retire son amendement.

2. Une "restauration" de l'amendement *in extremis*

Lors des débats du 7 juillet à l'Assemblée nationale, M. Fourgous défend cet amendement de dernière minute : « *L'article 51 a pour objet d'étendre le champ d'application des forfaits en jours sur l'année aux salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée ou qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. Pour ces salariés en effet, les modalités habituelles de décompte de la durée du travail en heures s'avèrent difficilement applicables. Mais cette difficulté se rencontre avec tous les salariés qui ont une grande autonomie pour organiser leur emploi du temps, car ils exercent leur activité en dehors des locaux de l'entreprise, tels les*

(15 bis) Idem.

monteurs sur chantiers, même s'ils ne se déplacent pas tout au long de leur journée de travail et qu'ils ne peuvent être qualifiés d'itinérants. Aussi, cette possibilité de gérer le temps de travail en jours, devrait-elle être étendue à tous les salariés dont la durée du travail ne peut être prédéterminée ou qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps. Le mot itinérant devrait donc être supprimé de l'article 51 du projet de loi » (15 ter). Pour M. Jean-Michel Fourgous, « L'amendement n° 321 est de bon sens. Il vise à étendre le champ d'application des forfaits en jours sur l'année aux salariés itinérants non cadres. Cela ne concerne pas seulement ceux qui doivent se déplacer pour travailler, comme le réparateur ou le plombier, mais tous les salariés non cadres autonomes qui, avant les lois Aubry, relevaient d'un régime en jours. Il s'agit donc de salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée ou qui sont autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps. C'est le cas, par exemple, des monteurs de chantier qui travaillent en dehors des locaux de l'entreprise. Il faut être pragmatique, concret et coller aux réalités quotidiennes. » Le président de séance sollicite l'avis de la commission. M. Serge Poignant rapporteur, répond que « la commission avait repoussé cet amendement, mais après avoir entendu l'explication de M. Fourgous, à titre personnel, je m'en remets à la sagesse de nos collègues et à l'avis du Gouvernement ». Le Gouvernement répond par la voix du ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales M. Renaud Dutreil "sagesse". L'amendement est mis aux voix et adopté le 7 juillet 2005. Le texte est ensuite envoyé devant la commission mixte paritaire.

3. L'adoption par la commission mixte paritaire d'un amendement qui bouleverse le contenu du texte initial (13 juillet 2005)

M. Gérard Cornu indique que la CMP, après un débat et une suspension de séance, a entériné l'extension du dispositif de forfait jours à tous les salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée, et pas aux seuls salariés itinérants. Lors du passage devant l'Assemblée nationale du texte négocié en commission mixte, M. Serge Poignant indique : « *Si la CMP s'est refusée à revenir sur toute disposition de la loi du 31 mars 2005 réformant le temps de travail, la majorité de nos collègues sénateurs s'est ralliée à l'idée que la conclusion de conventions forfaits en jours – qui reste une simple faculté soumise à l'accord écrit du salarié – pouvait concerner des non cadres qui, tout en n'étant pas itinérants, sont amenés à se déplacer et disposent de la même autonomie dans l'organisation de leur temps de travail* ». M. François Brottes fait une intervention : « *Le troisième objectif de ce texte, inavouable en façade, mais qui fait le bonheur de M. Novelli et de quelques-uns de ses*

(15 ter) Idem.

collègues parmi les plus libéraux, concerne le droit du travail et les droits sociaux. Et là, je dois dire que vous avez décroché le pompon de la dérégulation en catimini !... Vous pensiez sans doute que la suppression, « purement rédactionnelle » selon un orateur de l'UMP, du mot « itinérant » dans une phrase du code concernant les salariés itinérants non cadres passerait inaperçue. Eh bien, je veux dénoncer l'élargissement du forfait jours à l'ensemble des salariés. Il faut que tout le monde le sache : cela a été voté à la sauvette par la majorité UMP de l'Assemblée nationale, avec la complicité du gouvernement, et cela a été entériné par la commission mixte paritaire, malgré une opposition préalable et lucide des sénateurs ! Cet élargissement, destiné à l'origine, dans le fil de la loi Aubry II de janvier 2000, à ne concerner que les salariés itinérants non-cadres, est devenu, par un tour de « coupe-coupe » magique, la règle pour tous les salariés non cadres, au motif que la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée et qu'ils sont autonomes dans leur emploi. Cette règle ne souffre qu'une seule condition : l'accord individuel et écrit des salariés, ...qui pourra être obtenu soit lors de l'embauche, soit à tout moment de la vie du salarié, lequel pourra ainsi être licencié au seul motif d'avoir refusé ce forfait jours. L'opt out, cette manière insidieuse de permettre au condamné de choisir la corde qui le pendra, se trouvera ainsi consacré dans le droit du travail français, avec l'assentiment complice du gouvernement. Désormais, ne resteront comme obligations légales que le repos quotidien de 11 heures et le repos hebdomadaire de 24 heures. Les employeurs pourront aisément faire travailler leurs salariés jusqu'à 65 heures par semaine... **M. Franck Gilard.** Comme nous ! **M. François Brottes.** ...sans contrepartie salariale, les heures supplémentaires disparaissant dans le cadre du forfait jours. **M. Guy Geoffroy.** C'est du Zola ! **M. François Brottes.** Le nombre de jours travaillés pouvant être de 218 par an, les employeurs seront désormais habilités à demander 2 834 heures de travail à leurs salariés, contre 1 600 heures actuellement. **M. Alain Gest.** Qui dit mieux ? **M. François Brottes.** C'est un retour sans précédent sur plus d'un siècle d'acquis sociaux, que le groupe socialiste ne peut que condamner fermement. En conclusion, je

dirais que le texte final n'a plus grand chose à voir avec le développement des PME, du commerce ou de l'artisanat. En réalité, il sert de support à toutes sortes de turpitudes pour la majorité : niches fiscales, atteintes au droit du travail, renforcement du pouvoir des grands groupes. »

Conclusion

La mise à l'écart d'un nombre grandissant de salariés de la réglementation sur le temps de travail finira par mettre en cause le rapport salarial lui-même dont les caractéristiques essentielles restent la subordination et la mise à disposition du temps et non l'autonomie et l'absence de décompte horaire comme on voudrait nous le faire croire. L'histoire montre que le statut du salarié a été construit à partir de l'idée qu'il fallait dissocier les temps économiques et les temps sociaux, d'abord en limitant l'amplitude horaire, puis organisant une alternance des séquences de travail et de repos. C'était l'objectif des décrets intervenus à partir de 1936 qui visaient à garantir les salariés contre une emprise temporelle trop forte en organisant une respiration entre temps économiques et temps sociaux grâce à un découpage précontraint à l'intérieur de la semaine (16).

Depuis 1982, le temps social a été "cannibalisé" et est devenu lui-même un temps économique : l'astreinte, le repos, les pauses, sont ajustés aux exigences économiques et sont positionnés dans les interstices laissés vacants par le système productif, là où ils gênent le moins. Pour une partie grandissante de salariés, le temps de travail recommence à s'allonger, ce qui augmente les risques professionnels (17) et multiplie les pathologies liées au travail, notamment les maladies psychiques (18). Il ne faut pas être grand clerc pour percevoir les conséquences à moyen et long terme (19) : dans un contexte d'intensification du travail (20), d'accroissement de la fatigue, de recul de l'âge de la retraite, de vieillissement de la population, ce cocktail explosif débouchera sur la nécessité de prendre des mesures urgentes et coûteuses, alors que déjà les employeurs en appellent à la solidarité nationale pour traiter la question de la pénibilité (21).

Francis Meyer

(16) Comme le signale le professeur Supiot « la subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession. Ainsi s'est trouvé lié, dans le contrat de travail, le travail en tant que bien détachable du travailleur et la subordination en tant que forme particulière d'entrée en possession de ce bien », Les nouveaux visages de la subordination, Droit social 2000 p. 132.

(17) « Près de 2,5 millions de salariés britanniques souffrent de problèmes de santé liés au stress causé par un cocktail associant horaires importants et pression face aux objectifs à atteindre selon une enquête dévoilée le 19 septembre 2005 » ce qui aboutit à ce que un employé sur quatre se plaint d'ulcères, d'attaques cardiaques ou cérébrales. Voir Liaisons sociales Europe n° 136 p. 7. Dans le même temps le manque à gagner en heures supplémentaires représentent 23 milliards de livres en 2003 pour l'ensemble des salariés qui font en moyenne 7,24 heures supplémentaires par semaine non payés - LSE n° 33 p. 11.

(18) Voir « Les maladies psychiques liées au travail : quelle reconnaissance en Europe ? » Eurogip février 2004

(19) Voir l'article de P. Askenasy « Santé et sécurité au travail : diagnostic économique et réformes » Droit social, sept-oct. 2004 p. 859. Cet auteur chiffre à 3% du PIB le coût des mauvaises conditions de travail en France.

(20) Voir Actes du colloque organisé par le Centre d'études de l'emploi - Cepremap Latts - « Organisation - Intensité du travail - Qualité du travail » 21 et 22 novembre 2002 Paris Inra, résumé sur le site de l'Inrs : http://www.inrs.fr/html/compte_rendu_colloque_organisation_intensite.html

(21) Liaisons sociales du 29 septembre 2005 n° 14 470 - déclaration du Medef voir aussi « Les départs anticipés exclus du projet patronal sur la pénibilité », LS du 28 septembre 14449.