

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°622 du 23 juillet 2015

[Temps de travail] Questions à...

Retour sur les dispositifs d'aménagement du temps de travail — Questions à Olivier Bach, Avocat associé, cabinet Yramis

N° Lexbase : N8517BUY



par *Laïla Bedja, Rédactrice en droit de la protection sociale*

Depuis une quinzaine d'années, l'aménagement du temps de travail a connu de profondes évolutions législatives. La loi "Aubry I" du 13 juin 1998 (N° Lexbase : L7982AIH), posant le passage du temps de travail hebdomadaire de 39 à 35 heures, et la loi "Aubry II" du 19 janvier 2000 (N° Lexbase : L0988AH3), relative à la réduction négociée du temps de travail (N° Lexbase : L0988AH3), avaient porté les premiers dispositifs, réellement utilisables, de modulation du temps de travail sur l'année. La loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (N° Lexbase : L7392IAZ), visait à simplifier les dispositifs en vigueur. La modulation du temps de travail permet d'adapter le rythme de travail du salarié à celui de l'entreprise. L'article L. 3122-2 du Code du travail (N° Lexbase : L3950IBW) prévoit ainsi qu'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Cet article dispose en outre du contenu de ces accords. Pourtant, peu d'accords d'entreprise ont été conclus depuis. Pour faire le bilan des dispositifs relatifs à l'aménagement du temps de travail, Lexbase Hebdo — édition sociale a rencontré Maître Olivier Bach, Avocat associé au sein du cabinet Yramis.

Lexbase : La loi du 20 août 2008 réformant le temps de travail a permis de "désacraliser" les 35 heures et d'assouplir les règles en terme d'organisation du temps de travail. Pouvez-vous nous rappeler les effets escomptés de cette loi ?

Olivier Bach : Aujourd'hui le droit positif sur l'aménagement du temps de travail répond, pour sa dernière version, à une loi du 20 août 2008. Elle a donc déjà sept ans et elle n'a pas été revue depuis lors. C'est le "détricotage" de ce

qu'avait fait et avait voulu Mme Aubry au début des années 2000. L'effet balancier est très fort. Cet effet balancier est habituel et politique. Il en est résulté de l'entrée de M. Fillon au ministère du Travail avec une première loi en 2003 (loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi N° Lexbase : L0300A9Y) qui initie ce "détricotage" et en 2008, avec la loi la plus importante qui ne conserve des "35 heures" que le principe légal : aujourd'hui les dispositifs sont potentiellement beaucoup plus souples. Il est d'ailleurs aisé de les contourner pour peu que l'intéressé le veuille. Le problème est donc que peu d'entreprises, après cet assouplissement des mécanismes, ont conclu des accords pour une rénovation de l'aménagement du temps de travail.

Les effets de la loi de 2008 étaient donc de vraiment redonner aux entreprises des outils pour assouplir le carcan dans lequel les lois fondatrices sur les 35 heures les avaient enfermées, ce dans un contexte de crise annoncée. Malheureusement le dispositif n'a que trop peu servi, malgré le décrochage dû au début de la crise économique. Nous aurions pu croire à une utilisation plus massive mais cela ne s'est pas fait. Les gouvernements successifs ont géré "l'urgence" avec la réforme du chômage partiel, devenue activité partielle (1), et la création d'accords particuliers en lien avec ce temps de travail (les accords de maintien dans l'emploi).

Lexbase : Quels sont les enjeux de l'aménagement du temps de travail pour l'entreprise ?

Olivier Bach : L'enjeu pour l'entreprise de procéder à des aménagements du temps de travail est principalement économique car le travail dans l'entreprise aujourd'hui est le point de coût qui est le plus important. Le temps de travail détermine la paie qui détermine elle-même la masse salariale au final. Agir sur l'aménagement du temps de travail, c'est agir sur ce qui coûte le plus cher en terme de production. S'il est envisagé un aménagement du temps de travail intelligent, les coûts sont par conséquent optimisés avec une masse salariale rationalisée : c'est le prisme à travers lequel l'employeur raisonne en priorité.

Lexbase : Et pour la vie tant professionnelle que personnelle du salarié ?

Olivier Bach : Pour le salarié, les enjeux sont simples : pouvoir concilier vie professionnelle et vie familiale au mieux. Aujourd'hui l'activité professionnelle prend une place dans la vie des français au quotidien très importante. Les situations ne sont pas identiques quand nous nous situons en France ou aux Etats-Unis, par exemple, lorsqu'elles sont lues au travers du même prisme. On ne se rend pas compte du fauteuil "très moelleux" dans lequel chacun est installé en France, aussi bien au niveau du droit du travail que de la protection sociale.

Lexbase : Une variation des horaires de travail sur la semaine, sur le mois, ne représente-t-elle pas plus d'inconvénients ?

Olivier Bach : Pas forcément car le salarié peut mieux s'organiser. Dans l'aménagement du temps de travail, il convient de ne pas oublier la création des journées de réduction du temps de travail (RTT). Cela a d'ailleurs intégré les mœurs assez rapidement. Aujourd'hui, il est commun que le terme RTT soit assimilé à des congés payés alors que ces deux concepts ne sont pas assimilables sur le plan juridique.

Les enjeux sont donc pour le salarié, dans un contexte économique dégradé, grâce à cet aménagement du temps de travail, de pouvoir jouir d'une vie personnelle sans discontinuité, tout en maintenant son niveau de salaire. Plutôt que de replacer l'ensemble des salariés d'une entreprise sous le régime des 35 heures sans heures supplémentaires et sans journées de RTT, l'aménagement du temps de travail, tout en augmentant la durée effective hebdomadaire du temps de travail permet au salarié de bénéficier d'un niveau de rémunération équivalent et/ou de plus de temps personnel.

Lexbase : Peu d'entreprises ont conclu des accords collectifs visant à aménager le temps de travail au-delà de la semaine et ont pérennisé les dispositifs mis en place après la loi "Aubry" en 2000. Pour vous, d'où vient cette réticence de l'employeur à engager la négociation ?

Olivier Bach : Les entreprises ont été traumatisées par ce qui s'est passé en 2000 sans exagération de ma part. J'ai commencé mon activité de conseil en tant que collaborateur dans un cabinet en 1999 et je me rappelle qu'au moment de l'entrée en vigueur des lois sur les 35 heures, beaucoup d'accords ont été élaborés. Les entreprises ne s'étaient pas préparées à la force tant juridique qu'économique du phénomène. Une fois que les accords ont été conclus, revenir sur cet aménagement du temps de travail volontairement, spontanément, même avec une loi nouvelle, assoupli, rénovée, allégée, cela n'était pas possible. Bien que les accords ne reposent pas sur une base solide et sont d'application difficile, le chef d'entreprise ne préfère pas les modifier pour un accord nouveau.

Lexbase : En dehors de la peur de la négociation, existe-t-il d'autres raisons qui font que l'employeur n'entre pas dans de nouvelles négociations ?

Olivier Bach : La réticence de bouleverser un équilibre -un équilibre de façade— est supérieure à la peur de la négociation. Il suffit qu'il y ait un salarié avec du forfait jours, mal écrit voire pas écrit du tout, qui décide d'entamer une procédure prud'homale pour que d'autres salariés fassent de même. Le rôle du conseil est donc d'alerter sur ce qui pourrait se passer. C'est de la gestion du risque. Il est commun pour les chefs d'entreprise de penser que le bénéficiaire est plus important de conserver un dispositif qui juridiquement est contestable. En tant que conseil, nous ne pouvons pas imposer notre avis.

Aussi, le temps de travail est un important acquis social pour le salarié surtout quand il dispose de journées de RTT. Si le chef d'entreprise décide de remettre en cause les RTT ou de les gérer différemment, il y a immédiatement une réaction systématique négative.

Il existe aussi une certaine pression syndicale et c'est une pression protectrice de la part des organisations syndicales salariales. En revanche, ce n'est pas la position des organisations syndicales patronales (MEDEF) qui souhaiteraient réformer le temps de travail.

Lexbase : Les conditions posées par le texte ne sont-elles pas trop complexes ?

Olivier Bach : Au contraire, la loi a justement simplifié le dispositif. Il est vrai que l'aménagement du temps de travail est déjà très compliqué. C'est donc le rôle du conseil d'accompagner. L'ensemble des dispositions a été réuni en une seule loi. L'aménagement du temps de travail consiste en un travail d'écriture. Nous ne sommes plus dans l'extrême complexité des trois modulations prévues par la loi de 1993 ! Il est donc dommageable pour l'entreprise de ne pas recourir à la loi de 2008. De plus, les lois futures peuvent potentiellement réduire le dispositif. La configuration actuelle est la plus libérale qu'il soit possible d'imaginer.

Cette loi du 20 août s'inscrit dans tous les dispositifs que M. Sarkozy avait voulu, "travailler plus, pour gagner plus". C'était un vrai assouplissement.

Lexbase : L'article L. 3122-6 du Code du travail, pris en réponse d'une décision de la Cour de cassation (Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43.161, FS-P+B N° Lexbase : A7542GAL), dispose que la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. Cette disposition a-t-elle eu un impact sur l'aménagement du temps de travail ?

Olivier Bach : Le législateur est intervenu pour empêcher l'effet d'aubaine du salarié qui contestait la modulation du temps de travail en arguant d'une modification du contrat de travail qui nécessite son accord. Le législateur a donc précisé que tout ce qui est issu de l'accord collectif a une valeur *supra* contractuelle et donc le salarié ne peut s'opposer à l'entrée en vigueur de ce dispositif. La Cour de cassation pour répondre au législateur a, en revanche, ajouté que la loi du 22 mars 2012 (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives N° Lexbase : L5099ISN) ne sera applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation prises après publication de ladite loi. Les contestations de salariés n'ont pas vraiment été un frein pour la conclusion d'accord. Elles sont souvent gérées "à la marge" par le biais de transactions, accords avec ces derniers.

Lexbase : Dans le cadre de la loi de 2008 réformant le temps de travail, la rémunération est lissée sur la période en cause alors dans le cadre de l'aménagement du temps de travail sur la semaine (35 heures), le salarié a la possibilité d'effectuer des heures supplémentaires rémunérées ou en échange de récupérations. Ce mode de rémunération étant plus globalement apprécié des salariés, a-t-il un impact sur la question de l'aménagement ?

Olivier Bach : Au moment de la conclusion de la loi sur les 35 heures, la rémunération était déjà lissée. Sur la rémunération, il n'y a pas eu de modifications majeures. On maintient un niveau de rémunération équivalent à 1 607 heures. Au-delà les heures supplémentaires étaient rémunérées. La modulation du temps de travail existait déjà sous le ministère de Mme Aubry. Le problème de cette loi était, qu'à l'époque, la gestion, le régime de la modulation était extrêmement rigide avec la mise en place d'un calendrier indicatif, une programmation, une notification aux représentants du personnel, une notification aux salariés, si l'employeur souhaitait changer une programmation indicative, il devait engager un processus d'information consultation et prévoir un délai de prévenance important. Il existait donc un problème de rigidité alors que l'employeur était contraint de répondre à une saisonnalité du travail. La loi de 2008 a assoupli le dispositif.

Sauf pendant l'année à excéder la limite haute de modulation, l'accomplissement et le paiement des heures supplémentaires restent très rares.

Ensuite il y a la possibilité pour le salarié de travailler 39 heures et de se faire payer des heures supplémentaires, mais l'intérêt de l'entreprise est limité car elle ne fait pas d'économie de masse salariale. L'intérêt de faire de la modulation est donc d'ajuster l'ensemble sans payer de salaire immédiatement.

Lexbase : La fin de la défiscalisation des heures supplémentaires ne pourrait-elle pas contribuer à relancer la négociation avec les syndicats ?

Olivier Bach : C'est le salarié qui a le plus souffert de la fin de la défiscalisation. Au-delà de cette défiscalisation, c'était aussi le non-assujettissement à cotisations de Sécurité sociale salariales. Le salarié ne payait pas d'impôt sur ces heures mais il ne payait pas aussi ces cotisations. L'ensemble des heures était donc net d'impôt et de cotisations. L'effet de la fin de la défiscalisation a été désastreux, notamment sur la pression fiscale. De son côté, l'entreprise a également été pénalisée. Auparavant, pour l'accomplissement d'heures supplémentaires, le volontariat était aisé à obtenir, alors qu'aujourd'hui, certains salariés ne préfèrent pas faire d'heures supplémentaires pour éviter de payer des impôts. Ils en ont plus l'intérêt. L'entreprise aurait pu profiter de cette loi de 2008 pour renégocier le temps de travail et en proposer un aménagement différent, intelligemment pour éviter les heures supplémentaires, mais cela n'a pas eu, non plus, cet effet-là.

Lexbase : Quelles sont les conséquences de l'obsolescence d'un accord antérieur à la loi de 2008 sur la santé de l'entreprise ?

Olivier Bach : Les accords "génération Aubry" sont préhistoriques. La loi "Aubry I" n'avait pas instauré encore instauré les conventions de forfait jours ; les accords conclus dans le cadre de cette loi ne les prévoient donc pas. Lors des audits que nous effectuons, au moins 7 fois sur 10, nous constatons la présence d'accords qui n'ont pas été amendés et qui donc font reposer l'aménagement du temps de travail sur des bases totalement obsolètes et qui peuvent ainsi susciter un fort risque de contentieux avec des conséquences dommageables que nous connaissons pour l'entreprise.

Aujourd'hui un accord antérieur à 2008, "génération Aubry", se trouve dans une insécurité qui tend vers le maximum. Les conséquences sont économiques et juridiques. Aujourd'hui, le temps de travail dans l'entreprise, c'est trop souvent du "bricolage" ! D'un côté, il y a l'écrit et de l'autre, la situation réelle de l'entreprise. Dans 90 % de nos cas, les pratiques de l'employeur sont différentes de ce qui est formalisé dans l'accord. L'aménagement du temps de travail ne doit pas se faire par l'usage. En cas de contentieux, il sera donc difficile, voire impossible à l'employeur de prouver ces pratiques. Ces actions sont graves car le salarié peut demander un rappel d'heures supplémentaires sur la période de prescription. Cette dernière est passée de cinq ans à trois ans avec la loi de sécurisation de l'emploi. Mais le rappel reste conséquent. Il convient de mentionner que lorsque l'employeur paye un euro en salaire, il débourse en réalité environ 1,70 euro. Il existe éventuellement au-delà des dommages et intérêts, qui sont aujourd'hui aussi soumis à charge au-delà de deux plafonds de Sécurité sociale (soit 76 080 euros). L'obtention d'indemnités repose sur des dommages et intérêts pour non-information sur la prise de repos compensateur, pour une exécution déloyale du contrat de travail et pour travail dissimulé. La principale condamnation, et la plus importante, est la condamnation à des rappels de salaires.

Lexbase : En résumé, quelles mesures/actions permettraient, selon vous, un changement dans le raisonnement des acteurs de l'entreprise (employeur, syndicats, salariés) ?

Olivier Bach : Il faut profiter de la vague actuelle avec le projet de loi "Macron" sur le travail dominical pour se repencher globalement sur les 35 heures et c'est d'ailleurs ce que le MEDEF invite ses adhérents à faire dans un rapport envoyé aux syndicats, le 26 mars 2015, en vue de la conférence sociale thématique du 2 avril 2015. C'est lors de ces discussions sur le temps de travail qu'il fallait rediscuter l'aménagement du temps de travail et notamment assouplir le recours à des accords de maintien dans l'emploi qui sont la possibilité pour l'entreprise en difficultés d'augmenter le temps de travail sans augmenter les salaires et sans que cela constitue une modification du contrat de travail. Aujourd'hui, seuls quatre accords de maintien dans l'emploi ont été signés.

Lexbase : Concernant les risques pour les entreprises, notamment en cas d'irrégularités liées aux accords que les entreprises auraient conclus avant la réforme de 2008 et dans leur mise en œuvre, pouvez-vous formuler concrètement les risques auxquels elles s'exposent ? Dans votre pratique professionnelle, avez-vous pu constater une récurrence de cas ?

Olivier Bach : Le risque principal, ce sont les actions prud'homales, avec les actions en rappel de salaires. Puis nous avons la possible reconnaissance de travail dissimulé. Cette dernière action est plus gênante car elle peut revêtir un volet pénal. Un inspecteur du travail pourrait avoir intérêt à poursuivre l'employeur au pénal. Ce risque est important car il y a une peine d'emprisonnement potentielle, c'est un risque existant déjà rencontré.

De plus en plus d'actions prud'homales sont engagées et la population des cadres qui les engagent est croissante. Les cadres en forfait jours n'hésitent plus à engager une action pour revendiquer l'existence d'heures supplémentaires. Nous le voyons avec la jurisprudence sur les forfaits jours. Le phénomène est important car ces actions vont jusqu'à la Cour de cassation, engendrant ainsi de la jurisprudence. Nombre de grandes branches (chimie, métallurgie, Syntec, notariat, expert-comptable) a été sanctionné. Lorsqu'un cadre autonome engage une action en rappel de salaire, il y a d'importantes conséquences pour l'entreprise. En effet, le passif social est au maximum. Dans la démarche d'audit sur lesquelles nous travaillons, pour une entreprise dotée d'un système d'aménagement du temps de travail qui fonctionne mal, nous mettrons ce dysfonctionnement en exergue. Pour l'acheteur potentiel d'une société à vendre, le temps de travail est un point majeur à analyser, c'est une zone de risques.

Nous pouvons aussi faire le lien avec la santé et de la sécurité au travail. En effet, l'employeur est astreint à une obligation de sécurité de résultat donc s'il ne respecte les règles sur le temps de travail, il peut voir sa responsabilité engagée. En cas d'accident du travail, il risque une action devant le tribunal des affaires de la Sécurité sociale dans le cadre de la reconnaissance de la faute inexcusable. Pénalement, il risque une condamnation pour mise en danger délibérée de la vie d'autrui. Ce risque répressif est limité mais suffisamment visible pour le craindre.

Le temps de travail peut donc générer tout un tas de contentieux potentiel devant des juridictions différentes.

Lexbase : Quel est l'impact des nouvelles technologies sur l'évolution des modes de travail ?

Olivier Bach : Nous pouvons soulever la problématique des *Smartphones* qui permettent d'être connecté 24h/24 sur les serveurs de l'entreprise, de prendre connaissance de mails et d'y répondre à toute heure du jour et de la nuit. Le principe "sacrosaint" (sauf pour les cadres dirigeant) en France est celui du repos quotidien obligatoire (2), 11 heures de repos au minimum entre deux postes. Si le salarié reçoit un mail à 22 heures d'un client et qu'il répond, le temps de repos n'est donc pas respecté. L'employeur doit alors prendre des mesures nécessaires à la protection du salaire mais aussi pour se prémunir contre des actions judiciaires car il est soumis à une obligation de sécurité de résultat. L'employeur peut interdire et sanctionner si le salarié outrepassé l'interdiction. Quel que soit le niveau de responsabilité dans l'entreprise, chacun doit avoir 11 heures de repos. Ce sont des règles de police : c'est l'ordre public absolu et il n'y a pas de dérogation possible.

Lexbase : Dans ce domaine, quelles autres mesures l'employeur peut-il envisager afin de se prémunir contre des actions prud'homales voire pénales ?

Olivier Bach : Avant la sanction disciplinaire, l'employeur peut exercer son pouvoir de direction. Il s'exprime par le cadrage, la diffusion de note de service, d'informations, de sensibilisation à la problématique. Au travers l'exercice de son pouvoir de surveillance, il peut constater l'envoi de mails et delà faire des mises en garde, verbales puis écrites. La sanction peut conduire au licenciement, même pour faute grave. Tel fut le cas d'une salariée venant travailler le dimanche et exposant ainsi son employeur (3). Dans notre activité de conseil, nous incitons les employeurs à cadrer.

(1) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : L0394IXU).

(2) C. trav., art. L. 3131-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0453H9N).

(3) Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.249, F-D (N° Lexbase : A1460IQ7).