

LE CONTENU DES ACCORDS D'ENTREPRISE PORTANT SUR L'AMÉNAGEMENT DU TEMPS DE TRAVAIL

Marie BOUNY*

* Docteur en Droit
Dirigeante de MBSA Formation et Conseil

Mars 2014

Recherche effectuée dans le Cadre d'une convention conclue
entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
I. – La finalité plurivalente du droit du temps de travail	5
A. – La limitation de la durée du travail pour la protection des salariés	6
B. – La mobilisation du temps de travail par l'État	7
C. – L'intérêt de l'entreprise et la flexibilité	8
II. – L'importance des accords d'entreprise comme source du droit du temps de travail	10
III. – L'objet de l'étude et l'échantillon	11
CHAPITRE I – LES MOTIVATIONS DES ACCORDS	13
Section 1. Des accords majoritairement motivés	13
§. 1. L'intérêt de l'entreprise et les besoins d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise	13
§. 2. L'intérêt du salarié	14
§. 3. La création/préservation des emplois et les difficultés économiques	14
§. 4. Les modifications légales et la modification de la situation juridique de l'entreprise	15
Section 2. Des motivations distinctes selon le contenu des accords	15
§. 1. La modulation et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail	16
§. 2. Les conventions de forfait	17
§. 3. Les heures supplémentaires	19
§. 4. Le compte épargne-temps	19
§. 5. Les accords « multithématiques »	20
CHAPITRE II – LA RÉFÉRENCE AU CADRE LÉGAL ET CONVENTIONNEL	23
Section 1. Le cadre légal	23
§. 1. La « modulation » et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail	23
a) La législation sur la modulation et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail ...	23
b) Les références à la législation sur la « modulation » et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail	25
§. 2. Les conventions de forfait	25
§. 3. Les heures supplémentaires	25
§. 4. Le compte épargne-temps	25
a) La législation sur le compte épargne-temps	25
b) Les références à la législation sur le compte épargne-temps	26
§. 5. Les accords « multithématiques »	26
Section 2. Le cadre conventionnel	27

CHAPITRE III – L’UTILISATION DU CADRE LÉGAL	29
Section 1. L’organisation plurihebdomadaire du temps de travail	29
§. 1. La précision des données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation ...	29
§. 2. Les unités de travail et les salariés concernés et exclus	30
a) Les unités de travail et les salariés concernés	30
b) Les salariés exclus	30
c) Le cas des contrats à durée déterminée et des intérimaires	31
§. 3. La durée et la répartition du travail	31
a) La période sur laquelle peut varier la durée du travail	31
b) La durée collective annuelle de travail	31
c) De rares individualisations de l'aménagement plurihebdomadaire du temps de travail	31
d) La programmation	32
e) Le rappel des durées maximales de travail	32
§. 4. Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail ...	33
§. 5. La rémunération et l’incidence de son lissage	33
Section 2. Les conventions de forfait	34
§. 1. Les salariés concernés	34
a) Avant la loi du 20 août 2008	34
b) Après la loi du 20 août 2008	35
§. 2. Le nombre de jours	37
a) Avant la loi du 20 août 2008	37
b) Après la loi du 20 août 2008	38
§. 3. Les modalités de contrôle et de suivi de la charge de travail des salariés concernés	38
Section 3. Les heures supplémentaires	41
§. 1. Les contingents d’heures supplémentaires	41
a) Les contingents d’heures supplémentaires inférieurs à 220 heures	41
b) Les contingents d’heures supplémentaires égaux ou supérieurs à 220 heures	42
§. 2. Les contreparties des heures supplémentaires	42
a) Les majorations de salaire	42
b) Le repos	43
Section 4. Le compte épargne-temps	45
§. 1. Alimentation	45
§. 2. Utilisation	45
CONCLUSION GÉNÉRALE	47
BIBLIOGRAPHIE	49

INTRODUCTION

Le temps est un phénomène à mettre en perspective écrivait Cocteau. Le temps de travail doit l'être aussi en raison de sa finalité plurivalente (I). Il est un domaine fortement investi par la négociation collective, notamment au sein de l'entreprise (II). Du fait de la grande latitude aujourd'hui offerte aux négociateurs, ce niveau constitue un excellent cadre d'analyse des pratiques usitées en matière de temps de travail (III).

I. – LA FINALITÉ PLURIVALENTE DU DROIT DU TEMPS DE TRAVAIL

Plusieurs lectures du droit du travail sont possibles. Selon la plus courante, ce droit est considéré comme progressiste car il s'agit d'un droit protecteur du salarié. Dans cette conception, les différentes interventions législatives ont notamment eu pour fonction de restaurer l'égalité entre les employeurs et les salariés. Elles ont rompu en cela avec l'individualisme du Code civil. Pour une partie de la doctrine, le droit du travail s'apparenterait à un « droit de classe » issu des « conquêtes ouvrières » (1). De façon plus mesurée, il a été souligné que ce droit, bien que progressiste, voit certains de ces segments orientés par des « finalités économiques » (2). À l'aune des tendances actuelles, et particulièrement des enjeux de la négociation collective ainsi que du déclin du principe de faveur, cette lecture est aujourd'hui en « crise » (3). D'autres lectures s'en trouvent confortées.

Une analyse de type critique soutient que le droit du travail est un droit instituant la fiction du travail-marchandise (4). Postulant que le travail n'est pas une marchandise, elle affirme que ce droit a eu pour fonction juridique d'instituer un marché du travail, notamment en réintroduisant la considération de la dimension humaine et personnelle du travail.

Enfin, une autre approche, à nouveau de type critique, envisage le droit du travail comme un droit ambivalent, adéquat au capitalisme. Cette vision s'en réfère principalement au matérialisme historique. Elle refuse de s'en tenir aux finalités affichées du droit du travail et entend mettre en lumière ses fonctions objectives. Sans dénier tout mérite au droit social, elle précise que la volonté de préserver l'essentiel du capitalisme et de la société bourgeoise n'a pas été étrangère au développement de ce droit (5) qui serait ambivalent (6). Cette analyse est essentielle en ce qu'elle met en exergue l'ambiguïté des législations sociales, trop souvent perçues comme servant uniquement l'intérêt du salarié.

Toutefois, au-delà d'une orientation du droit du travail qui confine à ne considérer que les intérêts respectifs du prolétariat et de la bourgeoisie, il convient de relever l'existence d'une autre perspective dans la direction d'un plus grand nombre d'intérêts : ceux du salarié, de l'entreprise et de l'État. Ainsi, le droit du travail est plurivalent. Cette plurivalence se manifeste dans les règles relatives au temps de travail.

En effet, les finalités du droit de la durée du travail sont diverses. Il fut historiquement tourné vers l'intérêt du salarié en tant que vecteur de sa protection, de sa santé et de sa sécurité (A). Un autre objectif est cependant promptement venu se greffer à cette fonction. La durée du travail a servi de levier à la politique de l'emploi ou la politique économique (B). L'aménagement du temps de travail est ainsi parfois également au service des entreprises (C).

(1) V. En ce sens : SCALLE Georges, *Le droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle*, 2^e éd., Paris ; Armand Colin, 1929.

(2) DURAND Paul, « Une orientation nouvelle du droit du travail, l'ordre économique et le droit du travail », DC, 1941, Chr., p. 29.

(3) Cf. notamment : QUENAUDON (de) René, « La doctrine progressiste : une lecture du droit du travail en crise », D., 2005, p. 1736.

(4) Pour Monsieur Supiot, le droit du travail « a vocation à s'appliquer à chaque fois que le travail est traité comme une marchandise » ; SUPIOT Alain, *critique du droit du travail*, Paris : PUF, 2002, p. 8.

(5) COLLIN Francis, DHOQUOIS Régine, GOUTIERRE Pierre-Hubert, JEAMMAUD Antoine, LYON-CAEN Gérard, ROUDIL Albert, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble : PUG, 1980.

(6) LYON-CAEN Gérard, « À propos de quelques ouvrages de doctrine », Dr soc., 1978, p. 294. V. également : LYON-CAEN Gérard, *Le droit du travail, Une technique réversible*, Paris : Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1995.

A. – La limitation de la durée du travail pour la protection des salariés

Si une machine peut travailler sans interruption, l'être humain ne le peut pas. Les longues journées de travail ont des conséquences sanitaires. Ainsi, pour Monsieur Bruneau, « à côté des règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, les dispositions relatives au repos hebdomadaire, au temps de travail ou aux congés payés, participent de cette protection de la part de l'humanité qu'il y a en tout salarié » (7). Mais plutôt que de cantonner ces dispositions à la périphérie des règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, on peut soutenir que, dans une large mesure, elles se rattachent à cette réglementation (8).

Le temps de travail fut d'ailleurs historiquement rattaché au domaine de la santé et de la sécurité. Il était alors question de limiter sa durée afin d'assurer la garantie au repos. Les chiffres sont éloquentes sur la question. En « 1850, la durée totale de travail dans l'existence représentait quelque 180 000 heures, les journées de 12 à 14 heures étant la règle, y compris pour les enfants » (9). Ce dernier point manifeste l'échec d'une des premières lois sociales, la loi Montalembert du 22 mars 1841 sur le travail des enfants qui proscrivait leur emploi au travail effectif plus de 8 heures par jour pour ceux âgés de huit à douze ans et à 12 heures lorsqu'ils étaient âgés de douze à seize ans.

La revendication des 8 heures de travail journalier pour tous les travailleurs est portée par la Première Internationale Ouvrière dès sa création en 1864. Elle est ensuite relayée lors du premier congrès national ouvrier à Paris en 1876 (10). La loi Millerand du 30 mars 1900 organise progressivement la transition en limitant la journée de travail à 10 heures. Puis la réduction de la durée du travail prend la forme de la limitation hebdomadaire du temps de travail. La loi du 13 juillet 1906 établit un repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers le dimanche (11). La victoire électorale du Front populaire aux élections législatives des 26 avril et 3 mai 1936 et un puissant mouvement de grèves concomitant aboutissent à d'importantes réformes sociales. L'instauration de la semaine de 40 heures et l'octroi de quinze jours de congés payés, par les accords de Matignon du 7 et 8 juin 1936, en sont des exemples.

Par la suite, la logique de diminution du temps de travail suit son cours (12). Elle conduit notamment à la limitation annuelle (avec l'instauration d'une troisième semaine de congés payés en 1956 (13), puis d'une quatrième en 1969 (14) et enfin d'une cinquième en 1982 (15)) et hebdomadaire du temps de travail (avec le passage aux 39 heures en 1982 (16) et

(7) BRUNEAU Laurent, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Univ. Toulouse, Toulouse : polycop, 2005, p. 236.

(8) Cette finalité explique que la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JOCE, n° L. 307 du 13/12/1993, p. 0018), ait été adoptée sur le fondement de l'ex-article 118 A du traité CE qui prévoyait que le Conseil, statuant conformément à la procédure visée par l'ex-article 189 C (majorité qualifiée) et après consultation du Comité économique et social, arrête, par voie de directive, des prescriptions minimales visant à promouvoir notamment l'amélioration du milieu du travail, afin de garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Dans son arrêt du 12 novembre 1996, la Cour de justice précise d'ailleurs que l'ex-article 118 A du traité constituait la base juridique adéquate (mise à part la détermination du jour de repos hebdomadaire comme étant le dimanche) car les dispositions de la directive étaient liées à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Cf. CJCE, 12 nov. 1996, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-84/94.

(9) LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société*, T. I, *Les relations individuelles de travail*, Rennes : PUR, 2001, p. 521.

(10) Pour autant Madame Perrot note que pour la période de 1871 à 1890, la revendication de la réduction du temps de travail n'apparaît que dans 13 % des grèves. Rarement isolée, elle est souvent associée à des demandes tendant à l'amélioration des salaires (PERROT Michelle, *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Paris : Mouton, 1974, pp. 283-295). Les revendications liées à l'amélioration des salaires s'inscrivaient dans une volonté de satisfaire un besoin de manger insuffisamment comblé. La demande de réduction du temps de travail se rattachait, quant à elle, à un besoin de survie sur un plus long terme.

(11) Loi du 13 juillet 1906 établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, *J.O.*, 1906, p. 831.

(12) Édouard Daladier, qui déclarait vouloir « remettre la France au travail » a toutefois, avec le décret relatif à la durée du travail du 12 novembre 1938, remis en cause la semaine des 40 heures sans abroger les textes de 1936.

(13) Loi n° 56-332 du 27 mars 1956 modifiant le régime des congés annuels payés.

(14) Loi n° 69-434 du 16 mai 1969 portant à quatre semaines la durée minimum des congés payés annuels.

(15) Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

(16) Idem.

aux 35 heures en 1998 (17) et 2000 (18)). Ainsi, par l'ajout de strates successives, un modèle légal de temps de travail a pu être mis en place.

Messieurs Pélissier, Supiot et Jeammaud relèvent que ce modèle présentait trois caractéristiques : la durée légale du travail, la répartition de l'horaire de travail autour de la règle de l'horaire collectif et la garantie de temps de repos. Pour ces auteurs, il s'agissait d'un rouage constitutif de « l'horloge sociale », c'est-à-dire le fait que tout le monde travaille, vaque à ses occupations personnelles et prene ses loisirs en même temps ou dans les mêmes périodes (19).

Dans la mesure où la dimension quantitative du temps de travail a été fortement encadrée, le temps de travail a semblé s'affranchir de la thématique de la santé et de la sécurité. Il a d'ailleurs été utilisé par l'État comme levier de la politique d'emploi ou de la politique économique.

B. – La mobilisation du temps de travail par l'État

Du « travailler moins pour travailler tous » au « travailler plus pour gagner plus », les politiques publiques de ces dernières décennies se sont appuyées sur le temps de travail.

Au milieu des années 1980, l'idée selon laquelle la réduction du temps de travail permet, en soi, la création d'emplois a été remise en question (20). Signe de ce changement d'orientation, en 1984, le rapport Join-Lambert affirme que « le traitement pertinent du processus de RTT se situe (...) au niveau le plus décentralisé (...). Les modalités pratiques de mise en œuvre (...) doivent (...) être conçues sur le terrain même où elles s'appliqueront. (...). L'ajustement entre les contraintes de l'entreprise et les aspirations des salariés semble (...) passer par une concertation sociale élargie au niveau de l'entreprise » (21). Autre manifestation de cette évolution, en 1985, le rapport de Monsieur Taddéi sur l'aménagement du temps de travail souligne l'importance d'allier l'aménagement et la réduction du temps de travail à un allongement de la durée d'utilisation des équipements. Il préconise alors des incitations financières visant à conjuguer un allongement de la durée d'utilisation des équipements par les entreprises avec une diminution de la durée de travail hebdomadaire des salariés (22). Dans ce contexte la loi dite « loi Delebarre » du 26 février 1986 relative à l'aménagement du temps de travail rend possible, par convention de branche, la modulation du temps de travail ; en contrepartie les accords assurent notamment aux salariés une réduction du temps de travail, la réduction du contingent d'heures supplémentaires disponibles pour l'employeur, la stabilité des revenus et la possibilité de remplacer le paiement d'heures supplémentaires par des repos compensateurs (23). Le lien beaucoup plus affirmé entre aménagement du temps de travail et réduction du temps de travail se poursuit jusqu'aux emblématiques lois « Aubry ». La loi dite « Aubry II » envisageait notamment l'annualisation de la durée du travail. Ainsi le législateur a permis, voire incité, les entreprises à modifier ou à repenser leur organisation lors de l'instauration de la réduction du temps de travail.

(17) Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry I).

(18) Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi Aubry II).

(19) PÉLISSIER Jean, SUPIOT Alain et JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, 24^e éd., Paris : Dalloz, 2008, p. 869. Cela est à rapprocher d'une conception du droit comme l'un des « réseaux de normes » destiné « à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite » ; CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris : Flammarion, 1996, p. 114.

(20) V. notamment BLOCH-LONDON Catherine et MARCHAND Olivier, « Les enjeux de la durée du travail », in : *Économie et statistique*, n° 231, Avril 1990, pp. 19-32.

(21) Commissariat général du plan, *Aménagement et réduction du temps de travail, Rapport d'un groupe de travail réuni par le Commissariat général du plan de juin à septembre 1984*, Paris : La Documentation française, 1985, p. 21.

(22) TADDEI Dominique, *Aménagement et réduction du temps de travail : pour une nouvelle organisation de la production, allongement de la durée d'utilisation des équipements*, Rapport d'étape, Paris : Ministère du redéploiement industriel et du commerce extérieur, 1985.

(23) Loi n° 86-280 du 28 février 1986 modifiant le Code du travail et relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail. Il convient de relever que la loi du 19 juin 1987, dite loi Seguin, a abandonné l'objectif de réduction du temps de travail qui n'est plus qu'une contrepartie facultative de la modulation.

Sans rompre avec la logique de flexibilité ouverte aux entreprises, au cours des années 2000, la dynamique de réduction du temps de travail a été remise en cause au profit d'une valorisation du travail et du « travailler plus pour gagner plus ». Épisode législatif significatif d'une saga qui remonte aux élections législatives de 2002, la loi du 20 août 2008 fait notamment suite aux lois du 17 janvier 2003 (24), du 31 mars 2005 (25), TEPA du 21 août 2007 (26) et PA du 8 février 2008 (27) qui ont eu pour objectif d'ouvrir aux entreprises la possibilité d'imposer une durée du travail effectif supérieure à la durée légale. Partant, pour Monsieur Dockès, « la destruction de la réforme des 35 heures a pu être réalisée » (28) par le biais de la méthode stroboscopique, soit une accumulation de retouches successives. Cette tendance à l'augmentation de la durée du travail est allée de pair avec l'affaiblissement du modèle légal de temps de travail. Cette logique de flexibilité, si elle est mise au service d'une politique économique, n'en demeure pas moins liée à une certaine vision de l'entreprise et de son intérêt.

C. – L'intérêt de l'entreprise et la flexibilité

La « doctrine » de l'entreprise s'est développée dans les années 1950. Elle reconnaît à l'entreprise une organisation lui permettant de dégager une volonté et un intérêt propre. Cet intérêt serait celui de tous ceux qui contribuent à son fonctionnement. Pour Monsieur Despax, l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise. Il transcenderait l'intérêt des actionnaires. Il constituerait la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés (29).

La reconnaissance de l'existence d'un intérêt de l'entreprise est toutefois sujette à controverse. Certains estiment qu'il faut assimiler l'entreprise à l'entrepreneur, ou l'intérêt social à celui des associés (30). Le but est alors uniquement une création de richesse (31). En outre, une représentation conflictuelle des relations de travail souligne l'opposition d'intérêts entre les propriétaires de moyens de production et les travailleurs. Elle n'accrédite pas une référence à l'intérêt de l'entreprise, entendu comme commun à ses membres et transcendant l'opposition de leurs intérêts particuliers (32). À cet égard, les positions respectives de syndicats d'employeurs et de salariés relayent une conception au sein de laquelle l'entreprise est un lieu de confrontation d'intérêts (33).

Pour Messieurs Crozier et Friedberg, au niveau des relations interindividuelles, la coopération n'est pas un phénomène naturel mais un construit social (34). Dans le même ordre d'idées, il est envisageable de soutenir que l'intérêt de l'entreprise est un construit juridique. Ainsi, pour Monsieur Couturier, il faut observer que le droit positif a fait son che-

(24) Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

(25) Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise.

(26) Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.

(27) Loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat.

(28) DOCKÈS Emmanuel, « Le stroboscope législatif », *Droit social*, 2005, p. 836.

(29) DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, Paris : LGDJ, 1957, p. 197 et s. De même pour Monsieur Paillusseau, l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise. Il tend à assurer la prospérité et la continuité de celle-ci ; PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Paris : Sirey, 1967.

(30) En se fondant sur les articles 1832 et 1833 du Code civil, Monsieur Schmidt considère ainsi que « la société est constituée dans l'intérêt des associés : elle n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seule vocation à partager entre eux le bénéfice social » ; SCHMIDT Dominique, « De l'intérêt social », *JCP (E)*, 1995, n° 38, p. 361 et s.

(31) Pour Rippert « dans l'entreprise capitaliste, il n'y a d'autre fin que la recherche des bénéfices. Cette recherche est le critérium reconnu par le droit commercial pour distinguer la société de l'association. Du moment que la direction de l'entreprise se confond avec la propriété, la fin de l'entreprise est nécessairement égoïste » ; RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1951, p. 279.

(32) Monsieur Antoine Lyon-Caen et Gérard Lyon-Caen ont aussi dénoncé l'illusion créée par la « doctrine » de l'entreprise. Elle reposerait sur une déformation économique et juridique. Pour ces auteurs, la doctrine de l'entreprise est également critiquable en raison de son contenu idéologique. Celui-ci serait finalement « l'expression d'une recherche, celle de la légitimation par le droit d'une économie aux fondements contestés » ; LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine, « La "doctrine" de l'entreprise », in : *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : Librairies Techniques, 1978, p. 621.

(33) V. VARCIN Françoise, *Le pouvoir patronal de direction*, th. Univ. Lumière – Lyon 2, Lyon : polycop., 2000, p. 18 et s.

(34) Messieurs Crozier et Friedberg estiment que la coopération n'est pas un phénomène naturel mais un construit social, c'est-à-dire que le comportement des individus est encadré afin de créer des circonstances permettant la coopération ; v. CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système* [1977], Paris : Éditions du Seuil, Points, 2004, p. 15.

min et qu'il y a une montée évidente de l'approche institutionnelle de l'entreprise si peu séparable de la référence à l'intérêt de l'entreprise (35). C'est d'ailleurs dans le sillon de la « doctrine » de l'entreprise que les règles encadrant le temps de travail peuvent être analysées

Monsieur Le Goff a noté que « le souci se porte désormais en direction de l'intensification du temps de travail » (36). L'objectif est de rendre optimal le travail des salariés. La logique d'intensification porte en elle les germes d'une organisation du travail qui doit s'adapter aux exigences du marché, et qui, par là-même, nécessite souplesse et flexibilité pour les entreprises.

Le terme « flexibilité » est utilisé en macroéconomie où il « véhicule l'idée selon laquelle, dans une économie où il n'y a pas de "rigidités" – ou d'obstacles aux transactions entre les individus – il existe une tendance permanente à l'"ajustement" de l'offre et de la demande, notamment en ce qui concerne le travail » (37). La flexibilité évoque le « caractère non contraignant des règles juridiques » (38). Monsieur Teyssié considère que l'allègement de la réglementation sociale est nécessaire à l'épanouissement de l'entreprise (39).

Pour d'autres, en revanche, la flexibilité a « la beauté du diable » (40) et elle sonne la fin du droit du travail (41). La recherche de flexibilité sur le marché du travail a provoqué une diversité des formes de travail, tant pour se rapprocher de la flexibilité quantitative externe, qui vise à permettre la fluctuation des effectifs de l'entreprise en fonction de ses besoins (42), que de la flexibilité interne ou fonctionnelle, dont l'objet est de faire varier les fonctions du salarié ou encore la durée du travail. Ainsi, le dérèglement de « l'horloge sociale » est une réponse apportée au besoin de flexibilité interne des entreprises (43).

Si la répartition du temps de travail s'est longtemps pratiquée de façon hebdomadaire, des dispositifs, tels que les cycles de travail, les RTT ou la modulation, ont permis de couvrir une période supérieure à la semaine pouvant aller jusqu'à l'année. La loi du 20 août 2008 a d'ailleurs fusionné en un seul dispositif d'aménagement du temps de travail les dispositifs préexistants. S'agissant maintenant de la remise en cause de l'horaire collectif de travail (soit un horaire uniforme pour l'ensemble des salariés), elle est le fruit de l'individualisation du temps de travail que les différentes lois visées plus haut ont encouragée en promouvant des dispositifs comme les heures supplémentaires, les conventions de forfait ou le compte épargne-temps. Reste que la mise en place de ces dispositifs nécessitait que les normes régissant l'aménagement du temps de travail se rapprochent des acteurs.

(35) COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », in : *Les orientations du droit social contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris : PUF, 1992, p. 143.

(36) LE GOFF Jacques, *Op. cit.*, p. 525.

(37) GUERRIEN Bernard, *Dictionnaire d'analyse économique*, 3^e éd., Paris : La Découverte, 2002, v. flexibilité, p. 220.

(38) LYON-CAEN Gérard, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social*, 1985, p. 801.

(39) TEYSSIÉ Bernard, « Remarques sur le droit du travail », in : *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, p. 495. Cet auteur estime que cet épanouissement suppose que « les pouvoirs publics laissent au chef d'entreprise la liberté de prendre seul les décisions qu'il juge nécessaires à la bonne marche de l'entreprise (sous le contrôle plus ou moins rapproché des représentants du personnel, des syndicats, de l'administration du travail), et abandonnent au contrat, individuel ou collectif, tout le champ que mérite cet efficace instrument de gestion du quotidien ou d'organisation future ». V. également en ce sens du même auteur, « L'entreprise et le droit du travail » (*Archives de Philosophie du droit*, 1997, p. 368), selon lequel « Trop protégé, l'emploi disparaît ».

(40) ROUDIL Albert, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : "la beauté du diable" », *Droit social*, 1985, p. 84.

(41) BOUBLI Bernard, « À propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Droit social*, 1985, p. 239.

(42) V. BRUNHES Bernard, « La flexibilité du travail. Réflexion sur les modèles européens », *Droit social*, 1989, p. 251.

(43) Sur la flexibilité : v. BRUNHES Bernard, « La flexibilité du travail. Réflexion sur les modèles européens », *Droit social*, 1989, p. 251.

II. – L'IMPORTANCE DES ACCORDS D'ENTREPRISE COMME SOURCE DU DROIT DU TEMPS DE TRAVAIL

La profusion de lois dans le domaine du temps de travail a paradoxalement servi une déréglementation. Monsieur Supiot, à la fin des années 1980, évoquait l'autoréglementation de l'entreprise (44). Le principal levier de cette autoréglementation est le « droit négocié ». Cette formule marque toute l'ambiguïté des conventions collectives au sujet desquelles il a pu être écrit qu'elles avaient l'âme d'une loi et le corps d'un contrat (45).

L'affirmation du droit négocié comme source du droit dans notre paysage juridique s'est accompagnée de profondes mutations portées en creux par des justifications avancées pour sa promotion.

Les partenaires sociaux seraient plus à même de réguler les rapports sociaux au sein de l'entreprise que le législateur, et ce parce qu'ils en sont les plus proches. La proximité justifierait la justesse de leur appréciation et des règles qu'ils viendraient à énoncer. On trouve écho de ce schéma de pensée dans l'idéologie économique dominante. Pour Hayek, c'est même là « le point central de l'argumentation contre l'immixtion ou « intervention » dans l'ordre du marché. De tels commandements au coup par coup, poursuivant des actions spécifiées à tels ou tels membres de l'ordre spontané ne peuvent jamais améliorer cet ordre et lui nuisent au contraire ; la raison en est qu'ils se référeront à un segment d'un système d'actions indépendantes, actions déterminées par des informations et guidées par des objectifs qui ne sont connus que des multiples acteurs intéressés, informations et objectifs dont l'autorité intervenante ne sait rien » (46). Celui qui ne sait rien, ne doit rien dire ou alors seulement suggérer.

Dans cette optique se dessine un déclin de la force obligatoire des règles protectrices en droit du travail. En effet, on assiste à un déclin du principe de faveur et de la montée en puissance d'un « principe de proximité ». Le principe de faveur serait pourtant « l'âme du droit du travail » (47). Il est un « principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (48). Cependant, dépourvu de valeur constitutionnelle (49), « le principe de faveur a été mis à mal ces dernières années ; la recherche de la flexibilité dans les rapports sociaux a conduit le pouvoir réglementaire comme le législateur à intervenir de façon à permettre aux partenaires sociaux de s'affranchir sur des thèmes précis du principe de faveur » (50). En effet, les partenaires sociaux peuvent aujourd'hui, dans certains domaines, prévoir des dérogations tant *in melius*, qu'*in pejus* aux prescriptions légales (51). Le droit de la durée du travail est à cet égard le laboratoire de l'exception de proximité qui valorise la négociation la plus décentralisée car la plus proche des préoccupations immédiates de l'entreprise. La loi du 20 août 2008 illustre particulièrement bien la montée en puissance de l'impératif de proximité puisqu'elle a consacré l'indépendance de certaines dispositions d'un accord d'entreprise par rapport aux normes légales ou conventionnelles d'un niveau supérieur. Dès lors, en raison de la marge de manœuvre offerte aux négociateurs de l'entreprise, ce niveau constitue un excellent cadre d'analyse des pratiques usitées en matière de temps de travail.

(44) SUPIOT Alain, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, 1989 p. 195.

(45) L'institution a toujours été singulière, non assimilable à un cadre d'analyse classique. Paul Durand a mis en avant le dualisme de la convention collective de travail : elle est tout à la fois un contrat générateur d'obligations entre les groupements signataires – partie obligatoire – et un règlement générateur de normes s'imposant aux individus – partie normative. La convention collective a un effet impératif. Elle régit les contrats de travail comme une loi le ferait ; cf. DURAND Paul, Le dualisme de la convention collective de travail, *RTD civ.*, 1939, p. 353.

(46) Hayek Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, Vol. 1 : *Règles et ordre*, Paris : PUF, 1995, p. 60.

(47) CHALARON Yves, « L'application de la disposition la plus favorable », in : Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris : Dalloz, 1989, p. 243.

(48) Cass. soc. 17 juillet 1996, Bull. Civ. V, n° 296, p. 208.

(49) Cons. Cons. 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC.

(50) Rapport de Madame BARDY, Conseiller rapporteur, arrêt n° 570 du 24 octobre 2008.

(51) Il est toutefois entendu que certains *maxima* restent impératifs.

III. – L'OBJET DE L'ÉTUDE ET L'ÉCHANTILLON

L'objet de cette étude est de montrer, à partir de l'examen d'accords d'entreprise, pourquoi et comment les négociateurs ont mobilisé les différents dispositifs législatifs.

L'échantillon des accords étudiés est composé de 210 accords d'entreprise, d'établissement ou d'unité économique et sociale signés entre juillet 2006 et mars 2011. 148 d'entre eux, dits « spécifiques », portent exclusivement sur l'une des thématiques suivantes :

- la modulation ou l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail (47 accords),
- les heures supplémentaires (39 accords),
- les conventions de forfait (41 accords) et
- les comptes épargne-temps (21 accords).

62 accords, dits « multithématiques », traitent d'au moins deux des thématiques énoncées ci-dessus ; ils peuvent n'avoir trait qu'à l'aménagement du temps de travail ou recouper d'autres domaines comme celui des salaires. Ces accords sont soit des accords initiaux, soit des avenants.

L'échantillon des accords étudiés a été constitué de façon pragmatique selon la disponibilité des textes. Il n'est donc représentatif ni de la totalité des accords, ni de la population des entreprises. Dès lors, les chiffrages énoncés ne peuvent être généralisés, leur signification se limitant à l'échantillon de l'étude.

Pour analyser le contenu de ces accords, 219 modalités de saisie ont été définies. Un premier groupe de 35 modalités est commun à tous les accords. Il permet de collecter des renseignements sur :

- le contexte (raison sociale du signataire, date de signature, etc.),
- le sujet (spécifique, multithématique),
- la vie (publicité, mécanisme de suivi, etc.),
- les motivations de l'accord et
- la mobilisation du cadre juridique et conventionnel.

Les autres groupes de modalités de saisie sont spécifiques aux thématiques étudiées.

Pour la modulation ou l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail, les modalités de saisie définies s'intègrent dans neuf sous-catégories :

- les salariés concernés,
- le respect de l'obligation de justification,
- le rappel des durées maximales de travail,
- le programme indicatif de la modulation,
- le plafond,
- les délais de prévenance,
- la rémunération,
- la prise en considération des absences, de l'embauche ou du départ en cours de modulation.

S'agissant des heures supplémentaires, les sous-catégories recourent les huit thématiques suivantes :

- le décompte,
- le contingent,
- les conditions d'accomplissement et leurs modalités de mise en œuvre,
- les heures choisies,

- la rémunération,
- le repos compensateur de remplacement,
- le repos compensateur obligatoire,
- le rachat de journées de travail des salariés dont le temps de travail est décompté en jours.

Relativement aux conventions de forfait, cinq sous-catégories ont été réalisées :

- les actes juridiques concernés,
- le type de forfait,
- les salariés concernés,
- les conditions de validité et les modalités de mise en œuvre,
- enfin le suivi individuel du forfait.

Concernant les comptes épargne-temps, le découpage comprend cinq sous-catégories :

- l'alimentation du CET,
- son utilisation,
- l'information du salarié,
- le transfert,
- la garantie des droits des salariés.

Afin de montrer pourquoi et comment les négociateurs ont mobilisé les différents dispositifs législatifs, l'étude se compose de trois parties où seront successivement analysées la motivation des accords (Chapitre I), la référence au cadre légal et conventionnel (Chapitre II) et l'utilisation des dispositifs d'aménagement du temps de travail (Chapitre III).

CHAPITRE I

LES MOTIVATIONS DES ACCORDS

L'analyse des préambules des accords révèle que ceux-ci font majoritairement état de motifs justifiant leur adoption ou devant orienter leur mise en œuvre (Section 1). Ces motifs sont fonction du contenu des accords (Section 2).

SECTION 1. DES ACCORDS MAJORITAIREMENT MOTIVÉS

Les conventions collectives ont été conçues comme un palliatif à l'inégalité existant au niveau du contrat individuel. Selon Alain Supiot, « la dimension collective des relations de travail n'a de sens en droit français que dans [la] perspective de dépassement des apories de la subordination de la volonté » (52). Cependant, comme le souligne Paul Durand, « la convention réalise la conciliation d'intérêts opposés. Chaque groupement cherche à en retirer des avantages » (53). Aujourd'hui, les conventions collectives apparaissent moins comme le fruit d'une négociation d'addition que comme celui d'une négociation de gestion d'entreprise. En marge du cadre strict des accords dérogatoires, on assiste au développement d'une négociation marquée par le « donnant-donnant », où, comme le note Monsieur Soubie (54), chacune des parties soutient des revendications et fait des concessions. Cela se remarque particulièrement dans les accords sur l'aménagement du temps de travail car le droit de la durée du travail « a depuis toujours mêlé des finalités diverses » (55).

L'analyse des accords de l'étude est éclairante à ce point car la majorité des accords de l'échantillon font état de motivations dans leur préambule. Ainsi, un motif qui serait à l'origine des accords est indiqué dans plus des deux tiers des accords de l'échantillon (141 accords sur 210). Parmi ceux-ci, 84 accords mentionnent au moins deux motifs.

De plus, la diversité des finalités est bien visible. En effet, sept principaux registres rhétoriques de motivation sont mis en avant. Par ordre d'importance, il s'agit de références à l'intérêt de l'entreprise (72 accords), au besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (68 accords), à l'intérêt du salarié (60 accords), à des modifications légales (23 accords), à la préservation/création des emplois (23 accords), à la modification de la situation juridique de l'entreprise (15 accords) et enfin à des difficultés économiques (11 accords).

Certains de ces registres sont relativement proches et peuvent être regroupés ; dès lors, quatre principaux blocs seront étudiés successivement : l'intérêt de l'entreprise et les besoins d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise, l'intérêt du salarié, la création/préservation des emplois et les difficultés économiques, les modifications légales et celles de la situation juridique de l'entreprise.

§. 1. L'intérêt de l'entreprise et les besoins d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise

L'intérêt de l'entreprise. Le principal motif avancé est celui de l'intérêt que représente l'aménagement du temps de travail pour l'entreprise. De la sorte, 72 accords insistent sur ce registre de justification en préambule. L'aménagement du temps de travail sert l'intérêt de

(52) SUPIOT Alain, *critique du droit du travail*, Presse Universitaire de France, 1994, p. 124.

(53) DURAND Paul, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.*, 1939, p. 373.

(54) SOUBIE Raymond, « Quelques réflexions sur les accords donnant-donnant », *Droit social*, 1985, p. 614.

(55) FAVENNEC-HÉRY, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Droit social*, 2009, p. 251.

l'entreprise pour des raisons économiques, organisationnelles et techniques. À cet égard, un lien est souvent fait entre l'aménagement du temps de travail et la compétitivité de l'entreprise. Il est souligné que « *l'organisation du temps de travail est un facteur de compétitivité essentiel pour l'entreprise* » ; et dès lors, les accords ont notamment pour objectif de mettre un place un système susceptible « *d'adapter* », « *d'optimiser* », « *d'accroître* » ou encore « *d'améliorer la compétitivité de l'entreprise* ». Un accord mentionne également qu'il permet de « *se doter de souplesse dans l'organisation du temps de travail* ».

Les besoins d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise. Un autre registre rhétorique de justification fréquemment usité est celui du besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (68 accords). Le registre du besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise se matérialise dans les préambules comme une prise en considération d'un certain état de fait. Ainsi, un accord « *a souhaité mettre en adéquation la réalité de l'organisation du temps de travail d'une partie de ses salariés eu égard principalement à leur importante autonomie avec les solutions juridiques existantes en matière de droit de la durée du travail* ».

Le registre du besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise couvre également la prise en considération de certaines spécificités ou contingences. Il est, par exemple, tenu compte de « *la spécificité de ce poste* » pour un poste nouvellement créé de non-cadre itinérant. Mais plus généralement, ce sont les « *spécificités* » ou les « *particularités* » de l'activité de l'entreprise qui sont envisagées pour justifier un nouvel aménagement de la durée du travail. Ainsi, un accord dans le secteur des assurances souhaite mettre en place « *une organisation du temps de travail cohérente, efficace et souple, tenant compte des spécificités [de l'entreprise] et capable de répondre à ses impératifs de développement* ».

Enfin, ce registre recoupe le constat de l'inadaptation du système jusqu'alors existant. En effet, en dressant ce constat les signataires des accords mettent souvent en exergue l'inadéquation du système à un certain état de fait. De cette manière, un accord mentionne que « *en pratique, l'organisation du travail pour le personnel d'encadrement s'est rapidement avérée inadaptée* ». De la même façon, dans autre accord, il est inscrit que « *les parties constatent que l'application d'un horaire collectif de travail est inadapté pour certains personnels de l'entreprise dont la nature des fonctions se prête mieux à une évaluation forfaitaire* ».

§. 2. L'intérêt du salarié

Si la vocation historique souvent reconnue à la négociation collective est de servir les intérêts des salariés, l'analyse des préambules des accords révèle que le registre de l'intérêt du salarié n'est que le troisième motif invoqué (60 accords) derrière l'intérêt de l'entreprise (72 accords) et le registre des besoins d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (68 accords).

Pourtant, comme cela apparaît dans certains préambules, l'aménagement du temps de travail croise l'intérêt du salarié de multiples façons. Ainsi, un préambule fait mention de « *l'amélioration de leurs conditions de vie et de travail* ». De plus, l'intérêt financier pour les salariés est souligné. Par exemple, dans le préambule d'un accord est repris le slogan « *travailler plus pour gagner plus* », un autre faisant simplement état d'une volonté d'« *augmenter le pouvoir d'achat des salariés* ».

S'agissant de l'intérêt du salarié, il est ici notable que la protection de la santé et de la sécurité du salarié, pourtant liée à celle du temps de travail, voire pour Madame Favennec-Héry « *fonction première du droit de la durée du travail* » (56), soit globalement absente des préambules des accords.

§. 3. La création/préservation des emplois et les difficultés économiques

La création/préservation des emplois. Il ressort de l'analyse des préambules des accords que l'objectif en matière d'emploi est ici plutôt défensif. Il s'agit notamment de « *maintenir* », de « *préserver les emplois* » ou encore de « *réduire la durée effective de travail des salariés afin de sauver des emplois et de lutter contre le chômage* ». En outre, il est également fait état d'une volonté d'« *éviter le recours au chômage partiel* », « *au travail précaire* » et « *aux contrats à durée déterminée ou à la sous-traitance* ».

(56) FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Droit social*, 2009, p. 252.

Le volet offensif, tourné vers la création d'emploi, est beaucoup plus rarement mentionné. Un seul accord faisant état d'une ambition de « *favoriser l'embauche avec pour priorité le passage des temps partiels en temps plein* ». On peut toutefois noter que cet exemple raccroche prioritairement la finalité de l'accord à la lutte contre le travail précaire et secondairement à une politique de partage du travail.

Les difficultés économiques. De façon résiduelle, le registre des difficultés économiques est employé dans 11 accords. Il est alors fait référence à la « *période de crise* », au « *contexte général de crise* » et à la prise en compte de « *la conjoncture économique actuelle et des difficultés qu'elle engendre* ».

§. 4. Les modifications légales et la modification de la situation juridique de l'entreprise

Les modifications légales. L'aménagement du temps de travail est un domaine du droit social fortement investi par le législateur. Partant, les entreprises doivent respecter les nouvelles normes ou peuvent mobiliser de nouveaux mécanismes mis en place. De la sorte, un accord « *précise les conditions dans lesquelles [une nouvelle] disposition légale s'appliquera* » et un autre « *est établi pour tenir compte des nouvelles dispositions réglementaires* ».

La modification de la situation juridique de l'entreprise. Aux termes de l'article L. 2261-14 du Code du travail, « *lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité [...]. Une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations* ». Ainsi des modifications de la situation juridique de l'entreprise, entraînant la mise en cause des accords jusqu'alors applicables, donnent lieu à négociation et à signature de nouveaux accords. Conséquemment, 15 accords mobilisent le registre de la modification de la situation juridique de l'entreprise en préambule.

Tableau récapitulatif de la fréquence des motifs avancés dans le préambule des accords

Registres rhétoriques de justification	Nombre d'accords
Intérêt de l'entreprise	72
Besoin d'adaptation	68
Intérêt du salarié	60
Modifications légales	23
Préservation/création d'emplois	23
Modification dans la situation juridique de l'entreprise	15
Difficultés économiques	11
Registres multiples	84
Accords comportant aux moins un registre	141
Absence de registre de justification	69
Total	210

Ainsi s'articulent globalement les différents registres rhétoriques de motivation ; cependant, ces derniers sont mobilisés différemment selon le contenu des accords.

SECTION 2. DES MOTIVATIONS DISTINCTES SELON LE CONTENU DES ACCORDS

Le choix du ou des registres rhétoriques de motivation est fonction du contenu de l'accord. En effet, selon qu'un accord porte exclusivement sur la modulation, les conventions de forfait, les heures supplémentaires, le compte épargne-temps ou qu'il traite de plusieurs de ces thématiques, on ne retrouve pas le même ordonnancement des registres rhétoriques de motivation.

§. 1. La modulation et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail

Les enjeux de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail

L'organisation plurihebdomadaire du temps de travail est un mécanisme dérogeant à la durée hebdomadaire de travail qui consiste en une répartition de la durée normale de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

L'objectif de cette forme d'aménagement du temps de travail est de « tenir compte à la fois des besoins économiques et des besoins des salariés, au plus près des réalités de l'entreprise. » (57) Ce dispositif est lié à une recherche de flexibilité interne des entreprises qui doivent faire face à des périodes de variation d'activité. L'enjeu est alors d'adapter son volume de travail au volume de l'activité en répartissant le travail entre les périodes de forte activité et celles où les besoins sont moins importants.

Pour les salariés, cette forme de répartition peut aboutir, dans les limites hautes, à des horaires de travail avoisinant les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires du travail qui ne sont pas sans incidence sur les conditions de travail, la santé et la conciliation de la vie professionnelle et personnelle. En outre, cette forme d'aménagement du temps de travail a également des incidences sur le régime des heures supplémentaires dans la mesure où la modulation ou l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail emporte des dérogations au principe du décompte des heures supplémentaires par semaine civile. Les salariés peuvent alors subir une baisse de rémunération si les heures supplémentaires disparaissent.

De la sorte, la variation de l'horaire de travail en fonction de l'activité de l'entreprise permet l'optimisation du travail dans l'entreprise notamment du fait d'une diminution des temps morts et a pour conséquence de réduire certains coûts liés au travail tels ceux tenant aux heures supplémentaires ou au recours au travail temporaire ou aux contrats à durée déterminée.

L'échantillon analysé comporte 47 accords traitant exclusivement de la modulation ou de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail. Dans 39 accords, un motif qui serait à l'origine de l'accord est indiqué ; et pour 34 d'entre eux, au moins deux motifs sont mobilisés.

L'intérêt de l'entreprise et le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise. Dans les préambules des accords relatifs à la modulation, deux principaux registres rhétoriques de motivation sont mobilisés : l'intérêt de l'entreprise (30 accords) et le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (30 accords). Ainsi, pour une cave coopérative vinicole, l'accord de modulation doit permettre « *au plan économique, de prendre en compte et de faire face à certaines variations saisonnières de l'activité et de permettre à l'entreprise d'adapter ses conditions de fonctionnement aux variations du niveau de son activité, compte tenu des contraintes de la profession, notamment des commandes passées par les clients* ». Dans le même ordre d'idée, dans une société de fabrication de composants électroniques, « *soucieuses d'adapter l'organisation du temps de travail aux spécificités de [l'entreprise] et afin d'en accroître la réactivité, flexibilité et compétitivité face aux concurrents, les parties signataires du présent avenant ont décidé de développer et mettre en place un nouveau dispositif de gestion du temps de travail* ».

L'intérêt du salarié. Ce registre est quant à lui usité dans moins de la moitié des cas (18 accords). Par exemple, un accord d'entreprise a notamment pour objectif « *d'intégrer les aspirations des salariés, en contribuant à l'amélioration de leurs conditions de vie et de travail, tout en tenant compte des réalités économiques et sociales de l'entreprise* ». Cette formule est assez emblématique de la mobilisation du registre de l'intérêt du salarié dans les accords relatifs à la modulation. En effet, ce registre n'est jamais mobilisé seul, il est toujours couplé avec celui de l'intérêt de l'entreprise et/ou du besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise.

La préservation/création des emplois et des difficultés économiques. Il est ici notable que la thématique de la modulation est celle qui recourt le plus fréquemment au registre de la préservation/création d'emplois et des difficultés économiques (13 accords).

Comme cela avait déjà été précédemment souligné, il ressort de l'analyse des préambules des accords que l'objectif en matière d'emploi est ici plutôt défensif ; rares sont les accords envisageant uniquement la création d'emploi. Au mieux les deux objectifs sont mêlés, comme pour cette société de transport de voyageurs par taxis qui considère que la

(57) Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

modulation permettra de « *préserver l'emploi et favoriser l'embauche avec pour priorité le passage des temps partiels en temps plein, de réduire le recours au travail temporaire* ». Presque exclusivement la modulation est présentée comme liée à une volonté de préserver les emplois. Ainsi, pour une société de services aux entreprises « *dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire engagée au titre de l'année 2009, la Direction a recherché avec les partenaires sociaux les possibilités de mettre en place une flexibilité du temps de travail permettant de protéger les emplois et d'assurer ainsi la pérennité de la société. Après réflexion, les parties ont convenu que la seule façon d'adapter l'organisation du travail à l'activité de ses clients serait de conclure un avenant à durée déterminée à l'Accord d'Entreprise sur l'Aménagement et la Réduction du Temps de Travail [...] en favorisant une MODULATION DU TEMPS DE TRAVAIL* ». Dans une société de distribution et de services opérant sur les secteurs de la photographie, l'objectif est de « *maintenir les emplois permanents des services concernés* ».

Cette volonté affichée de préserver les emplois est parfois contextualisée, en ce sens que certains accords font état du registre des difficultés économiques. Un accord s'inscrit ainsi dans un contexte de « *dégradation de l'activité ; au-delà des prévisions établies* » et « *en période de crise* » pour une grande entreprise du secteur de l'industrie électrique et électronique qui explique dès lors qu'il est nécessaire de « *mettre en place un système de modulation afin d'éviter autant que possible d'être confrontées à des mesures plus difficiles* ». D'autres accords visent quant à eux « *la conjoncture, la baisse d'activité constatée sur le marché français* » pour une entreprise dont l'activité consiste dans la fabrication de chariots libre-service pour supermarchés.

§. 2. Les conventions de forfait

Les enjeux des conventions de forfait

Différents types de convention de forfait peuvent être conclus avec certains salariés : une convention de forfait en heures sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle et une convention de forfait annuel en jours. Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire, à la durée quotidienne maximale de travail et aux durées hebdomadaires maximales de travail (58). En outre, le salarié peut renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire (59). Ce type de forfait est celui qui offre le plus de flexibilité interne aux entreprises. Il est celui qui est majoritairement plébiscité dans la pratique.

À cet égard, les conventions de forfait sont « *présentées par certains comme le parangon d'un droit du temps de travail acquis aux exigences de souplesse, [et] critiquées par d'autres comme la forme achevée de la déconstruction du même droit du temps de travail et comme le lieu de tous les excès* » (60). Elles marquent le retour des questions liées à la limitation de la durée du travail. En atteste la décision du Comité européen des Droits sociaux du 23 juin 2010 aux termes de laquelle le système du forfait en jours a été déclaré non conforme aux dispositions de la Charte sociale révisée car l'encadrement dont il faisait l'objet ne permettait pas d'empêcher une durée du travail déraisonnable (61). Pour les salariés, il y a donc un risque d'excès de la durée du travail.

Sur les 41 accords de l'échantillon ayant uniquement trait aux conventions de forfait, 32 mentionnent au moins un motif et 17 au moins deux.

(58) Article L. 3121-48 du Code du travail.

(59) L'article L. 3121-45 du Code du travail précise qu'à défaut d'accord en fixant le nombre, le nombre de jours travaillés dans l'année correspond à deux cent trente-cinq jours. En pratique, le nombre maximal annuel de jours travaillés ne peut être supérieur à 285 jours (365 jours – 52 jours de repos hebdomadaire – 30 jours de congés payés – le 1^{er} mai, seul jour férié obligatoirement chômé).

(60) VERKINDT Pierre-Yves, « Les conventions de forfait », *Droit social*, 2010, p. 387.

(61) Suite à la réclamation n° 55/2009 collective déposée par la CGT en janvier 2009, le Comité européen des Droits sociaux a rappelé que les mesures de flexibilité du temps de travail ne sont pas, en tant que telles, contraires à la Charte révisée. Toutefois, pour être jugées conformes à la Charte révisée, ces législations ou réglementations doivent répondre à certains critères dont celui consistant à empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable (point 49). Or, « aucune limite spécifique n'est [...] prévue pour la durée hebdomadaire du travail dans le système du forfait en jours. C'est, par conséquent [...] la règle du repos minimum prévue par l'article L. 3132-2 du Code du travail qui entraîne une limitation de la durée hebdomadaire du travail. Ce repos hebdomadaire doit être de 35 heures consécutives, à savoir 24 heures de repos hebdomadaire prévues à l'article L. 3132-2 auxquelles s'ajoutent 11 heures de repos quotidien en vertu de l'article L. 3131-1. Cela implique que, quelles que soient les circonstances, les salariés concernés ne seront amenés à travailler plus de 78 heures par semaine. Le Comité estime toutefois qu'une telle durée est manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2 §.1 de la Charte révisée ».

Le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise. Il s'agit du registre de motivation le plus largement employé (24 accords). Ainsi, dans l'accord d'une entreprise de grande distribution, il est mentionné que « *les aléas de l'activité liés à l'affluence prévisible ou non de la clientèle et plus particulièrement à la gestion des absences de leur équipe empêchent de prédéterminer à l'avance la durée de leur temps de travail. En conséquence et conformément à l'article L. 212-15-3 III du Code du travail, il a été décidé de négocier le présent accord afin de permettre aux agents de maîtrise qui le souhaitent de voir organiser leur durée de travail sous forme d'un forfait annuel défini en jours* ». L'accord d'une société de transport précise quant à lui que « *dans l'optique de faire face aux difficultés récentes rencontrées au sein de [la société], notamment en termes de charges supplémentaires et de recrutement, il a été mené une réflexion afin de trouver l'organisation du travail la plus à même de répondre à la fois aux exigences de l'activité de [la société] (notamment en termes de gestion claire et précise des temps de travail) et à la volonté des salariés* » étant entendu que le résultat de cette réflexion est l'accord de modulation.

Les modifications légales. Contrairement à la tendance générale étudiée ci-dessus, vient ensuite le registre des modifications légales (13 accords). Dans ce registre, l'accord d'une société spécialisée dans le développement d'applications de gestion avec les nouvelles technologies Internet mentionne qu'« *après avoir pris connaissance des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant sur la rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail, la Direction et les partenaires sociaux se sont réunis pour définir les conditions applicables aux conventions individuelles de forfait au sein de [l'entreprise]* ». L'accord d'une entreprise de grande distribution fait quant à lui état de « *la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 [qui] étend la possibilité par accord collectif d'entreprise d'organiser la durée du travail sous forme de forfait jours 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* ».

L'intérêt de l'entreprise et du salarié. Suivent des références à l'intérêt de l'entreprise (8 accords) et du salarié (6 accords). Comme ce qui a pu être observé dans les accords de modulation, pour les conventions de forfait, la référence à l'intérêt du salarié est toujours couplée avec celle de l'intérêt de l'entreprise. De cette façon, l'accord d'une entreprise de fabrication de produits chimiques à usage industriel précise qu'« *il est à la fois de l'intérêt de l'entreprise et de celui du personnel d'encadrement de favoriser les liens contractuels fondés sur une notion de forfait* ». De même dans le secteur du commerce de gros, un accord d'entreprise énonce qu'il convient de déterminer les « *principaux enjeux économiques organisationnels et sociaux du temps de travail au sein de la Société et d'évaluer les différents aménagements possibles du temps de travail afin de répondre aux attentes des salariés et de la Société. Le dispositif permet d'adapter et d'améliorer l'organisation du temps de travail des salariés afin d'accroître la réactivité de la Société dans un marché en évolution permanente et fortement concurrentiel ainsi que de répondre de façon optimale à la demande des clients* ».

Il est à noter qu'il s'agit dans ces accords d'affirmations péremptoires dans la mesure où n'est pas explicité en quoi ces intérêts peuvent être servis par de tels liens. À cet égard, la référence à l'intérêt du salarié donne toujours lieu à de telles affirmations péremptoires ; en revanche, les préambules des accords sont plus prolixes quant à la façon dont les conventions de forfait peuvent servir l'intérêt de l'entreprise. L'accord d'une entreprise exerçant son activité dans le secteur mutualiste donne par exemple une « *nouvelle orientation en terme de compétitivité et d'accroissement de son activité* ». Dans l'accord d'une association, il est précisé que « *cette nouvelle organisation souligne la volonté d'améliorer l'efficacité et la qualité du travail au sein [de l'association], en conciliant la maîtrise des coûts de gestion, les obligations inhérentes à la mission de service public et aux services du public, et l'exigence de la qualité du service à rendre à l'adhérent, notamment en matière d'accueil du public* ». Dans le secteur du Commerce de gros d'habillement et de chaussures, l'accord mentionne quant à lui une volonté de « *mettre en place un système de fonctionnement efficace et facile à gérer* ».

§. 3. Les heures supplémentaires

Les enjeux des heures supplémentaires

Les heures supplémentaires sont les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale du travail, à la demande de l'employeur ou avec son accord. Ce système permet aux entreprises de s'adapter et de réagir rapidement aux fluctuations du marché. Pour les salariés si les heures supplémentaires peuvent leur offrir un complément de rémunération, il n'en demeure pas moins que cela a un « effet significatif sur la pression temporelle, sur l'interférence entre le professionnel et le domestique et sur le surmenage » (62).

Dans les 39 accords de l'échantillon strictement relatifs aux heures supplémentaires, 19 mentionnent au moins un registre de motivation et 7 au moins deux, soit moins de la moitié.

L'intérêt du salarié. Il est le registre le plus mobilisé (10 accords). Ainsi, dans le cadre d'un accord, « *les parties souhaitent offrir la possibilité aux salariés qui le désirent de pouvoir accomplir des heures supplémentaires* ». L'emploi du verbe « offrir » n'est pas ici anodin ; en effet, il renvoie à l'idée de « don » ou de « cadeau ». D'autres accords mentionnent à cet égard que « *les salariés de l'entreprise ont, à plusieurs reprises, exprimé leur souhait de "travailler plus pour gagner plus"* », ou encore que l'objectif est de permettre aux salariés de « *bénéficier d'une rémunération supplémentaire* ».

Ainsi, contrairement à ce qui a pu être observé en matière de modulation et de convention de forfait où les affirmations péremptoires prévalaient, la thématique des heures supplémentaires donne lieu à une explicitation de la façon dont, selon les signataires, les intérêts du salarié peuvent être servis.

Le registre de l'intérêt de l'entreprise. Il est lui aussi fréquemment mobilisé (8 accords). Un accord précise à cet égard que, « *compte tenu des enjeux vitaux pour l'avenir de l'entreprise de réussir dans les délais fixés les projets* », un accord met en place des heures supplémentaires le samedi. Un autre accord, dans le secteur de l'industrie pharmaceutique, vise assez largement la « *nécessité pour l'entreprise de recourir aux heures supplémentaires pour ces salariés (pour des raisons techniques, économiques ou sociales)* ».

§. 4. Le compte épargne-temps

Les enjeux du compte épargne-temps

Le compte épargne-temps fut initialement conçu comme une « épargne-temps » permettant au salarié de financer un congé non rémunéré lié à ses besoins personnels (63). Le compte épargne-temps permet donc au salarié d'aménager son temps professionnel tout au long de sa vie, en réduisant son temps de travail ou en prenant des congés à certaines périodes.

Par la suite, du fait des différentes modifications d'ordre législatif, le dispositif est devenu le moyen pour le salarié de se constituer une épargne monétaire. Aujourd'hui, le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises ou des sommes qu'il y a affectées.

Pour l'entreprise, le compte épargne-temps peut générer des difficultés pour organiser le travail en cas d'absence du personnel. Toutefois, lorsque l'accord collectif prévoit une affectation collective des heures de travail sur le CET à l'initiative de l'employeur, le dispositif peut être utilisé pour adapter les horaires de travail aux fluctuations d'activité, et spécialement pour faire face à des périodes de baisse d'activité en lui évitant de recourir éventuellement au chômage partiel.

21 accords de l'échantillon ne traitent que du compte épargne-temps, 13 font référence à au moins un registre de motivation et 5 à au moins deux.

(62) VAN ECHELTELT Patricia, « Heures supplémentaires et qualité de la vie », *Revue de l'Ires*, n° 49, 2005, p. 142.

(63) Dedessus-Le Moustier Nathalie, « Les fonctions du compte épargne-temps », *Droit social*, 1998, p. 547

Les modifications légales. Le registre de motivation des modifications légales se retrouve dans la plupart des cas (11 accords). De la sorte, dans une entreprise, des renégociations ont eu lieu afin de moderniser l'ancien accord et de l'adapter au mieux « *aux récentes dispositions légales ayant élargi les cas et conditions de monétisation du temps excédentaire par rapport au temps contractuel* ». Plus précisément, le préambule d'un autre accord vise « *la loi n° 2008-11 pour le pouvoir d'achat du 8 février 2008 [qui] a été publiée au Journal Officiel du 9 février 2008 et suivie d'un certain nombre de circulaires et décrets d'applications. Elle contient de nouvelles dispositions relatives notamment au rachat des jours de repos. La loi autorise les salariés, quelle que soit la taille de l'entreprise et en accord avec l'employeur, à convertir en rémunération certains droits. [La société] souhaite par cet accord d'entreprise mettre en œuvre une partie des dispositions prévues par la loi pour le pouvoir d'achat* ».

Les autres registres ne sont ici mobilisés que ponctuellement (l'intérêt du salarié est mobilisé dans 5 accords, le registre des modifications dans la situation juridique de l'entreprise dans 2 accords et celui de l'intérêt de l'entreprise dans seulement 1 accord), voire, pour certains, jamais (besoin d'adaptation, difficultés économiques, préservation/création d'emplois).

§. 5. Les accords « multithématiques »

Parmi les 62 accords traitant d'au moins deux thématiques précédemment envisagées (modulation, convention de forfait, heures supplémentaires et compte épargne-temps), 36 font état d'au moins un motif et 21 d'au moins deux.

Dans l'ordonnancement des principaux registres de motivation, les références les plus fréquentes sont celles relatives à l'intérêt de l'entreprise (29 accords), puis à l'intérêt du salarié (21 accords), au besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (12 accords) et à la modification dans la situation juridique de l'entreprise (10 accords).

Tableau récapitulatif des différentes justifications

	Modulation	Forfait	Heures supplémentaires		Accords CET « multithématiques »	Total
Intérêt de l'entreprise	30	8	8	1	29	72
Besoin d'adaptation	30	24	5	0	12	68
Intérêt du salarié	18	6	10	5	21	60
Préservation/création des emplois	13	3	0	11	7	23
Modifications légales	3	13	05	0	4	23
Modification dans la situation juridique de l'entreprise	2	1	0	2	10	15
Au moins un registre de justification	39	31	19	13	36	141
Sans registre de justification	8	7	20	8	26	69
Total	47	41	39	21	62	210

Conclusion du chapitre

L'analyse des motivations des accords témoigne que les acteurs de la négociation d'entreprise ont pris acte des mutations à l'œuvre en droit du travail.

À ce titre, il est significatif que, parmi les registres rhétoriques de justification avancés dans les préambules des accords, l'intérêt de l'entreprise et le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise soient les registres les plus fréquents, reléguant l'intérêt du salarié en troisième position.

Cela confirme, s'il en était besoin, que la lecture progressiste du droit du travail est bel et bien en crise. Ces préambules n'accréditent pas une vision du droit du travail uniquement tournée vers l'intérêt du salarié. En particulier, ces préambules attestent que les conventions collectives ne sont plus uniquement une source de droits pour les salariés. La thématique du temps de travail donne lieu au développement d'une négociation marquée par le « donnant-donnant ». Si les conventions collectives ont toujours pris en compte l'intérêt de l'employeur (égalisation de la concurrence, recherche de la paix sociale) (64), cette dimension est plus présente aujourd'hui, dans les préambules même des accords, et le lien est parfois fait explicitement avec la recherche de flexibilité. Or, bien souvent avec la « flexibilité », l'insécurité pour les salariés s'accroît, comme le souligne Madame Bonnechère qui invite à une réflexion sur les liens entre la flexibilité et la santé ou encore entre la flexibilité et la vie familiale (65). Le droit de la durée du travail doit rester principalement tourné vers l'intérêt du salarié en tant que vecteur de sa protection, de sa santé et de sa sécurité. Il est regrettable que cette dimension soit si peu présente dans le préambule des accords d'entreprise. Pour autant, les partenaires sociaux ne sont pas indifférents à cette problématique. Ils se sont en partie emparés de la question dans l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 sur le stress au travail (66). En outre, un accord pour la prévention des risques psychosociaux dans la fonction publique a été signé le 22 octobre 2013.

Cela confirme également qu'on assiste effectivement à un construit juridique de l'intérêt de l'entreprise. S'il a pu être montré que les positions respectives de syndicats d'employeurs et de salariés relayent une conception au sein de laquelle l'entreprise est un lieu de confrontation d'intérêts (67), le contenu des accords, et spécialement l'analyse de leurs préambules, fait ressortir, quant à lui, une montée évidente de l'approche institutionnelle de l'entreprise si peu séparable de la référence à l'intérêt de l'entreprise. Dès lors, la référence à la flexibilité se dilue dans une certaine conception de l'entreprise. Une conception où les travailleurs sont associés tant à la marche qu'à l'avenir de l'entreprise et où sont liés la pérennité de l'entreprise et des emplois.

(64) LYON-CAEN Gérard, *Le droit du travail, Une technique réversible*, Paris : Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1995.

(65) En ce sens, v. BONNECHÈRE Michèle, « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social », *Droit ouvrier*, 1998, pp. 249-256.

(66) V. VERKINDT Pierre-Yves, « L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre », *JCP (S)*, 2008, n° 40, p. 3. Plus généralement sur la thématique des risques psychosociaux et notamment sa liaison avec l'obligation de prévention de l'employeur, v. ADAM Patrice, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Droit ouvrier*, 2008, p. 313.

(67) V. VARCIN Françoise, *Le pouvoir patronal de direction*, th. Univ. Lumière – Lyon 2, Lyon : polycop., 2000, p. 18 et s.



CHAPITRE II

LA RÉFÉRENCE AU CADRE LÉGAL ET CONVENTIONNEL

Les accords mentionnent fréquemment tant le cadre légal (Section 1) que le cadre conventionnel (Section 2) dans lequel ils s'inscrivent.

SECTION 1. LE CADRE LÉGAL

Les références aux dispositions légales prennent deux formes : la principale consiste à citer des dispositions du Code du travail (109 accords) et la secondaire est une référence à une loi (78 accords).

Il convient de noter que la pratique consistant à citer des dispositions du Code du travail est plus fréquente lorsque l'accord porte sur une thématique spécifique (la modulation, les conventions de forfait, les heures supplémentaires, le compte épargne-temps) que lorsqu'il traite de plusieurs thématiques. Dans ce dernier cas le renvoi à une loi est alors plus courant.

De nombreuses lois sont citées dans les préambules des accords. Il s'agit principalement de la loi n° 2008 789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (30 accords), la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise (13 accords), la loi Tepas n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (12 accords) et enfin la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (12 accords). À cet égard, il convient de rappeler que les accords de l'échantillon ont été signés entre juillet 2006 et mars 2011 et que si globalement des lois contemporaines de leur date de signature sont visées dans leur préambule, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 fait ici exception en ce sens qu'elle leur est bien antérieure. Cette citation fait souvent figure de rappel d'un passage à un nouvel aménagement du temps de travail dans l'entreprise.

Reste que la fréquence de citation des lois varie selon le contenu de l'accord du fait que les accords portent uniquement sur la modulation, les conventions de forfait, les heures supplémentaires, le compte épargne-temps ou qu'il traite de plusieurs de ces mécanismes.

§. 1. La « modulation » et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail

a) La législation sur la modulation et l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail

La loi du 21 juin 1936 instituant la semaine de quarante heures dans les établissements industriels et commerciaux et fixant la durée du travail dans les mines souterraines a constitué le fondement légal de la réglementation de la durée du travail. Son article 7 renvoyait à des décrets le soin de fixer les modalités d'application de la loi. Certains décrets professionnels ont autorisé, eu égard à la nature de l'activité, une répartition inégale des horaires sur une période de deux ou plusieurs semaines.

L'ordonnance no 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés a, outre une réduction de la durée légale de 40 à 39 heures, mis en place ce qui, par la suite, a été qualifié de modulation de type I. La loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail ou loi « Seguin » a autorisé une modulation de type II. La loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ou loi « Giraud » a introduit la modulation de type III.

Tableaux récapitulatifs des régimes de modulation de type I, II et III

	Modulation de type I	Modulation de type II	Modulation de type III
Mise en œuvre	Convention de branche étendue ou d'entreprise ou accord d'entreprise ou d'établissement (soumis au droit d'opposition)		
Finalité	Assurer la flexibilité de l'horaire collectif pour faire face à des variations d'activité		
Contreparties	Facultatives	Financières ou en temps de formation ou en terme d'emploi	Réduction de la durée du travail
Mentions obligatoires de l'accord	Motivation économique et sociale Dispositions applicables à l'encadrement		
	Sort des salariés n'ayant pas travaillé pendant toute la période de référence Programme indicatif de la modulation Conditions de recours au chômage partiel Délai de prévenance des salariés en cas de changement d'horaire		
	Variation de la durée du travail pendant tout ou partie de l'année		
Organisation de la durée du travail	Autour de 39 h avec un maximum de 48 h par semaine	Autour de 39 h avec un maximum de 44 h par semaine (ou de 48 h en cas d'accord de branche étendu)	Autour de 35 h avec un maximum de 10 h par jour, 48 h par semaine (ou 46 h sur toute période de 12 semaines consécutives)
	La durée du travail hebdomadaire ne doit pas excéder 39 h en moyenne annuelle		La durée du travail hebdomadaire doit être inférieure en moyenne à l'horaire pratiqué antérieurement
	Toute heure effectuée au-delà de 39 h par semaine (dans les limites fixées par l'accord pour les modulations de type I et II) ne s'impute pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires		
Gestion des dépassements d'horaire Dans le cadre hebdomadaire	Toute heure effectuée au-delà de 39 h ouvre droit à majoration de salaire et/ou repos compensateur	Toute heure effectuée au-delà de 39 h mais en deçà de la limite maximum (44 h ou 48 h) ouvre droit à une contrepartie (financière ou de formation...). Aucune majoration de salaire ni repos compensateur	Toute heure effectuée au-delà de 39 h n'ouvre droit ni à majoration de salaire ni à repos compensateur La seule contrepartie est constituée par la réduction du temps de travail (et toute autre contrepartie fixée par l'accord)
	Toute heure effectuée au-delà des limites fixées par l'accord ouvre droit à une majoration de salaire et/ou à un repos compensateur		Toute heure effectuée au-delà des limites (éventuellement) fixées par l'accord n'ouvre droit ni à majoration de salaire ni à repos compensateur
Gestion des dépassements d'horaire Dans le cadre annuel	Toute heure effectuée au-delà de 39 h en moyenne annuelle est imputée sur le contingent annuel Les heures effectuées au-delà du contingent ouvrent droit à un repos compensateur (50 ou 100 %)	Toute heure effectuée au-delà de 39 h en moyenne annuelle ouvre droit à une majoration de salaire (25 %) et à un repos compensateur (50 %) et à une contrepartie/pénalité au profit des salariés	Toute heure effectuée au-delà de la durée moyenne conventionnelle ouvre droit à une majoration de salaire de 25 % pour les premières heures (50 % au-delà) ou à un repos de remplacement (125 % ou 150 %) ou à une combinaison des deux

Source : Rapport n° 30 (1999-2000) de M. Louis SOUVET, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 27 octobre 1999 au Sénat, p. 298.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a créé un mode unique d'aménagement négocié du temps de travail sur plusieurs semaines, jusqu'à l'année, qui s'est substitué à ces dispositifs précédents avec des règles beaucoup plus souples.

b) Les références à la législation sur la « modulation » et l'organisation plurihebdomaire du temps de travail

Les accords portant exclusivement sur la modulation ne sont pas ceux qui mobilisent le plus de lois dans leur préambule. Est cependant citée à plusieurs reprises (dans 8 accords) la loi du 20 août 2008 qui a refondu de nombreux mécanismes d'organisation du temps de travail dans un cadre plurihebdomaire. De plus, la loi du 19 janvier 2000 est visée dans 2 accords comme étant celle qui avait introduit le passage aux 35 heures et avait donné lieu à la conclusion d'accords collectifs dans l'entreprise.

§. 2. Les conventions de forfait

La loi dite « Aubry II » du 19 janvier 2000, qui a mis en place le mécanisme des conventions de forfait annuel en jours, est visée dans 4 accords. La loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 qui a remodelé ce système est, elle, citée par 3 accords ; de même que la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 qui avait relevé le nombre de jours de travail à effectuer dans l'année à 218 avec « la journée de solidarité ».

Cependant, la loi la plus mobilisée est la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 qui a notamment élargi le champ d'application des conventions de forfait jours à des salariés non cadres (7 accords).

Dernièrement, la loi du 20 août 2008, qui a elle aussi modifié les modalités et la mise en place de ces conventions, fait l'objet de 4 références dans les préambules des accords.

§. 3. Les heures supplémentaires

De nombreuses dispositions légales ont eu pour objectif d'augmenter la durée du temps de travail en facilitant le recours aux heures supplémentaires. Les préambules des accords portant exclusivement sur les heures supplémentaires se font notamment l'écho de ces différentes dispositions.

Ainsi, la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 a mis en place le système des heures « choisies » permettant aux volontaires d'accomplir des heures supplémentaires au-delà du contingent applicable à l'entreprise. Cette loi est citée à 3 reprises dans les préambules.

Ensuite, la loi Tépé n° 2007-1223 du 21 août 2007, qui a mis en place des mécanismes d'exonération fiscale et sociale des heures supplémentaires, est la plus citée dans les accords de l'échantillon (7 accords).

Enfin, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui a notamment assoupli le mécanisme du contingent d'heures supplémentaires et qui a supprimé le repos compensateur obligatoire pour les heures supplémentaires dans le contingent, est elle aussi bien mobilisée (6 accords).

§. 4. Le compte épargne-temps

a) La législation sur le compte épargne-temps

Le compte épargne-temps trouve ses origines dans la pratique. Au cours des années 1990, le thème de l'épargne-temps est apparu dans certains accords. L'accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale d'EDF-GDF du 19 novembre 1993 a ainsi mis en place un compte épargne-temps qui a inspiré le législateur.

La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise a introduit ce dispositif dans notre droit. Le compte épargne-temps avait alors pour fonction de permettre le financement d'un congé non rémunéré (68). Ainsi

l'ancien article L. 227-1 du Code du travail disposait que le CET permet au salarié « d'accumuler des droits à congé rémunéré ».

Par la suite, la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi a permis la monétisation du compte épargne-temps, c'est-à-dire la conversion en argent du temps épargné. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique et la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites en ont également modifié les modalités d'utilisation. La loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise s'inscrivait toujours dans cette logique d'ouverture. Afin de favoriser la maîtrise du temps de travail, elle a modifié les conditions d'alimentation du dispositif en renforçant les possibilités de monétarisation des droits versés sur le compte. Partant, le compte épargne-temps est devenu un mode d'individualisation de la durée du travail, les temps stockés échappant au régime de droit commun de la durée du travail et pouvant être facilement monétarisés.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail avait, quant à elle, pour objectif de procéder à une profonde clarification des modalités de mise en place et de fonctionnement du compte épargne-temps afin de rendre ce dispositif d'épargne plus lisible et plus compréhensible par les salariés et les employeurs souhaitant mettre en place un CET au sein des entreprises. Cette simplification a été entendue comme partie liée à l'autonomie des partenaires sociaux en la matière en ce sens que, si la loi encadre toujours le dispositif par un rappel des principales dispositions d'ordre public, désormais, l'ensemble des conditions d'alimentation, d'utilisation, de gestion, de liquidation et de transfert des droits épargnés sur un compte épargne-temps sont déterminées par accord collectif. Cette loi consolidait en outre la passerelle entre le compte épargne-temps et l'épargne retraite. Cette dynamique s'est retrouvée dans la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

b) Les références à la législation sur le compte épargne-temps

La création des comptes épargne-temps est le fruit de la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise. Cette loi n'est cependant visée que dans un préambule contrairement à la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 qui est la loi la plus citée (dans 8 accords). Cette dernière loi a modifié le régime des CET en étendant leurs possibilités d'alimentation et d'utilisation. L'utilisation du compte épargne-temps a alors été assouplie car il ne fut plus limité à 22 jours par an et il pouvait dès lors être en partie converti en complément de rémunération ou en épargne. Il est à noter que ces possibilités étaient conditionnées à la conclusion d'un accord collectif en ce sens (accord de branche ou accord d'entreprise).

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a également apporté quelques modifications au régime des CET (articles 25 à 27 de la loi) et est citée à trois reprises dans le préambule des accords.

Le renvoi à ces deux lois est à mettre en parallèle avec ce qui avait pu être observé quant aux motivations des accords relatifs aux comptes épargne-temps dans la mesure où le registre de motivation des modifications légales se retrouve dans la plupart des cas.

§. 5. Les accords « multithématiques »

Les accords traitant d'au moins deux des thématiques envisagées précédemment renvoient principalement à la loi du 20 août 2008 (6 accords), les signataires ayant souhaité « prendre en compte » ou « s'inscrire dans le cadre juridique » de cette loi ; de plus, la loi du 19 janvier 2000 est elle aussi visée (6 accords), les accords s'inscrivant toujours dans ses dispositions.

(68) DEDESSUS-LE MOUSTIER Nathalie, « Les fonctions du compte épargne-temps », *Droit social*, 1998, p. 547

Tableau récapitulatif des lois citées

Lois citées	Modulation	Convention de forfait	Heures supplémentaires	CET	Accords «multi-thématiques»	Total
Loi du 20 août 2008	6	4	6	3	6	24
Loi du 31 mars 2005		1	3	8	1	13
Loi du 21 août 2007		2	7		3	12
Loi du 19 janvier 2000	2	4			6	12
Loi du 2 août 2005		7				7
Loi du 17 janvier 2003	1	3	1	1		6
Loi du 30 juin 2004		3			1	4
Loi du 13 juin 1998	1	1			2	4
Loi du 8 février 2008			1	2		3
Loi du 29 décembre 2005				1		1
Loi du 4 mai 2004		1				1
Loi du 4 mai 2002			2			2
Loi du 25 juillet 1994				1		1

SECTION 2. LE CADRE CONVENTIONNEL

Tableau sur la place du thème de l'aménagement du temps de travail dans la négociation collective d'entreprise

	2010	2011	2012
Nombre d'accords d'entreprise recensés	33 826	33 689	38 799
Pourcentage d'accords traitant de la thématique des rémunérations et des primes (principal thème sur lequel portent les accords d'entreprise)	33 %	31 %	36 %
Pourcentage d'accords traitant de la thématique du temps de travail	18 %	20 %	23 %

Sources : Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, DARES, La négociation collective en 2010, 2011 et 2012.

Plus encore que d'inscrire les accords de l'échantillon dans un cadre légal, les signataires les ont affiliés à un cadre conventionnel. En effet, on constate que les signataires font référence à un autre accord d'entreprise dans le préambule du nouvel accord (103 accords) et/ou à un accord ou une convention d'un niveau supérieur ((69) accords).

La référence à un accord de niveau supérieur est toutefois plus fréquente pour des accords portant sur une thématique jusque-là encadrée par un accord de niveau supérieur ; ce qui s'observe pour les heures supplémentaires (19 références à un accord d'entreprise et 20 références à un accord d'un niveau supérieur) et les conventions de forfait (respectivement 19 et 17 références).

Tableau de fréquence des renvois

	Modulation	Convention de forfait	Heures supplémentaires	CET	Accords « généraux »
Loi	12	26	20	16	19
Code du travail	15	35	29	15	12
Accord d'un niveau supérieur à l'entreprise	8	17	20	1	23
Autre accord d'entreprise	20	19	19	15	31

CONCLUSION DU CHAPITRE

Il est une maxime séculaire aux termes de laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Une maxime héritée du droit romain, dont la version latine *Nemo censetur ignorare legem* a traversé les siècles pour aujourd'hui, bien qu'inscrite nulle part, dominer tout notre droit (69) et s'imposer à tous. Face à l'ampleur des mouvements législatifs dans le domaine du temps de travail, la tâche n'est pas évidente. Le droit de la durée du travail est bien souvent considéré comme complexe et cela est en partie le résultat de sa construction par strates législatives successives. Mais cette complexité résulte également de l'articulation qu'il convient d'opérer entre les divers niveaux d'édiction de la norme. Pour ce qui est du droit imposé, la partie législative du code du travail opère fréquemment des renvois aux parties réglementaires et décrétales de ce code. En outre, à côté de ce droit imposé, une place grandissante est laissée au droit négocié, pour lequel là encore, une articulation doit être opérée entre les différents niveaux de négociation et spécialement entre celui de la branche et celui de l'entreprise.

Cet enchevêtrement de normes apparaît fréquemment dans les accords et conventions collectives d'entreprise portant sur l'aménagement du temps de travail dans la mesure où ils mentionnent fréquemment le cadre légal et le cadre conventionnel dans lequel ils s'inscrivent. Les références au droit imposé (loi, décret ou encore articles du Code du travail) sont plus nombreuses que les renvois aux accords ou conventions d'un niveau supérieur (à la branche plus particulièrement).

Les références législatives renvoient aux lois qui ont induit de profonds changements. Ainsi en va-t-il de façon générale pour la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ou encore pour la loi du 19 janvier 2000 dite loi « Aubry II ». Plus spécifiquement certaines lois sont citées car elles ont réformé plus particulièrement certains mécanismes à l'instar du compte épargne-temps pour la loi du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise ou encore des heures supplémentaires pour la loi du 21 août 2007. En outre, ce type de référence s'inscrit aussi parfois dans une perspective de légitimation. Il a déjà été souligné que, parmi les registres rhétoriques de justification avancés dans le préambule des accords, l'intérêt de l'entreprise est le premier, suivi de près par celui du besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise et que ne vient qu'ensuite l'intérêt du salarié. Les salariés n'ont pas encore tous conscience qu'une convention ou un accord d'entreprise peut comporter des dispositions moins favorables que ce que la loi énonce en norme de référence. Avec les références aux dispositions législatives, il y a une forme de recherche d'estampillage.

(69) ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, n° 291, p. 579

CHAPITRE III

L'UTILISATION DU CADRE LÉGAL

L'augmentation du temps de travail est facilitée par différents dispositifs permettant de répartir le temps de travail hors du cadre de la répartition hebdomadaire et/ou collective de travail. Seront ici successivement étudiées les dispositions des accords qui mobilisent les dispositifs de la « modulation » (Section 1), des conventions de forfait (Section 2), des heures supplémentaires (Section 3), et des comptes épargne-temps (Section 4).

SECTION 1. L'ORGANISATION PLURIHEBDOMADAIRE DU TEMPS DE TRAVAIL

Sur les 210 accords qui composent l'échantillon, 47 accords traitent spécifiquement de la modulation ou de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail et, parmi les 62 conventions ou accords « multithématiques », 10 portent également sur cette thématique.

§. 1. La précision des données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation

Les conventions et accords composant l'échantillon ayant été signés entre juillet 2006 et mars 2011, il est nécessaire de rappeler que, si les conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 devaient préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation (70), en revanche, cette mention n'est plus obligatoire pour ceux conclus postérieurement à son entrée en vigueur.

S'agissant de l'échantillon étudié, parmi les 57 conventions ou accords traitant de la modulation ou de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail, 17 ont été conclus sous l'empire des législations antérieures à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et 13 d'entre eux respectent l'exigence de justification des données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation. Pour ce qui est des 40 conventions ou accords conclus après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, 24 font encore état de ces données quand bien même il ne s'agit plus d'une mention obligatoire. Ainsi, de façon générale, 41 accords précisent les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation ou à l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail.

Les trois-quarts des accords (30 accords) mentionnent que le recours à une organisation plurihebdomadaire du temps de travail est dû aux variations ou fluctuations de l'activité. Une part non résiduelle des accords (8 accords) justifie le recours à cette forme d'aménagement du temps de travail en indiquant que cette dernière s'inscrit dans un contexte de difficultés économiques ou de crise (1 accord vise à cet égard tant des difficultés économiques que la variation de l'activité). De façon plus résiduelle, quelques accords renvoient aux spécificités de leur secteur d'activité (ainsi 2 accords dans le secteur du gardiennage et 1 accord intervenant dans le secteur artistique visent les particularités de leur activité).

Ces développements doivent être mis en relation avec le fait que s'agissant des 47 accords traitant exclusivement de la modulation ou de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail, 39 d'entre eux indiquent un motif qui serait à l'origine de l'accord (34 énoncent

(70) Cf. pour la modulation, l'ancien article L. 212-8 du Code du travail tel que modifié par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, puis la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, ou encore la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 ; et pour l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail.

au moins deux motifs), et que dans les préambules des accords relatifs à la modulation, deux principaux registres rhétoriques de motivation sont mobilisés : l'intérêt de l'entreprise (30 accords) et le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise (30 accords) (71).

Tant la survivance de la mention des données économiques et sociales justifiant le recours à cette forme d'aménagement du temps de travail après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que la redondance entre les motivations et les justifications apportées par les partenaires sociaux dans le préambule ou le corps des accords ou conventions peuvent s'expliquer par l'un des effets de la motivation qui « impose une pédagogie propre à renforcer la légitimité de l'acte ; la justification facilite la compréhension » (72). Ces motivations et justifications visent en partie à sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation.

§. 2. Les unités de travail et les salariés concernés et exclus

Les signataires des conventions et accords d'entreprise mettant en place une organisation plurihebdomadaire du temps de travail bénéficient d'une marge de manœuvre assez importante quant au choix des unités de travail et des salariés concernés ou exclus par cette forme d'aménagement du temps de travail. S'ensuit une pratique éclectique.

a) Les unités de travail et les salariés concernés

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une mention obligatoire, 40 accords précisent quels sont les salariés concernés par cette forme d'aménagement du temps de travail. À part égale, ils visent tant l'ensemble du personnel (20 accords) que certaines catégories de salariés ou certains services (20 accords).

Parmi les catégories de salariés concernés reviennent plus régulièrement les ouvriers (6 accords), assez rarement les employés (2 accords) et les techniciens (2 accords) et exceptionnellement les cadres (1 accord). Parfois, ce sont plus spécifiquement des postes qui sont mentionnés (animateurs forêt, préparatrices détail, hôtes de caisse, salariés gardiens).

S'agissant des services, celui pour lequel l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail est le plus fréquemment mise en place dans l'échantillon de l'étude est le service production (3 accords), les autres n'étant visés que dans un accord (le service fabrication ou encore le centre d'appel).

b) Les salariés exclus

Si la grande majorité des accords précisent quels sont les salariés concernés par l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail, une proportion d'accords non négligeables (13 accords) exclut certaines catégories de salariés.

Ainsi peuvent être exclus du champ d'application de l'accord en matière d'organisation plurihebdomadaire du temps de travail les cadres (4 accords) ou plus spécifiquement les cadres autonomes (1 accord). Cela est à mettre en relation avec l'existence d'autres formes d'aménagement du temps de travail, et notamment les conventions de forfait qui peuvent dans certains cas être plus adaptées au besoin de flexibilité de l'entreprise pour ce type de population. À cet égard, 3 accords envisagent expressément que les salariés ayant conclu une convention de forfait ne sont pas soumis à une organisation plurihebdomadaire du temps de travail. Cela est d'ailleurs logique dans la mesure où le forfait jour (mode de forfait le plus plébiscité dans les accords de l'échantillon étudié) nécessite une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ; dès lors les salariés concernés par ces conventions de forfait ne pourraient pas être soumis aux horaires collectifs de travail et *a fortiori* à la modulation collective. Dans cette logique, un accord envisage également que les salariés autonomes ne sont pas concernés par l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail.

(71) Cf. supra p. 23.

(72) LAGARDE Xavier, « La motivation des actes juridiques », Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris : LGDJ, 1997, p. 77.

c) Le cas des contrats à durée déterminée et des intérimaires

La majorité des accords précise que la modulation ou l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail s'applique y compris aux salariés embauchés en CDD. Ainsi 23 accords énoncent expressément que l'accord sera applicable aux CDD (5 accords l'excluent toutefois). En revanche, moins nombreux sont ceux qui envisagent l'application aux salariés intérimaires (11 accords contre 4 accords qui écartent cette application).

§. 3. La durée et la répartition du travail

L'analyse du contenu des conventions et accords collectifs de l'échantillon révèle que les signataires optent très majoritairement pour une durée collective annuelle de travail conforme à la référence légale des 1 607 heures ou lui étant inférieure. Si on peut observer quelques aménagements plurihebdomadaires du travail individualisés, ces derniers sont cependant résiduels, le mécanisme conservant très largement sa dimension collective. Pour ce qui est de la programmation ou du « tunnel » de modulation, les pratiques sont assez variées selon les entreprises. Dans certains cas la mise en place de ce dispositif génère de très fortes amplitudes de travail avoisinant parfois les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail auxquelles une minorité d'accords font référence

a) La période sur laquelle peut varier la durée du travail

Alors qu'en matière d'organisation plurihebdomadaire du temps de travail un accord peut faire varier la durée du travail sur l'année, une partie de l'année ou plusieurs semaines, force est de constater que la très grande majorité des accords plébiscite un aménagement du temps de travail sur l'année (38 accords).

b) La durée collective annuelle de travail

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a fait sauter le plafond de 1 607 heures que ne devaient pas dépasser les dispositifs d'annualisation du temps de travail antérieurs. Antérieurement à cette réforme, sous réserve de respecter les durées maximales hebdomadaires et quotidiennes, la convention ou l'accord pouvait prévoir une variation de la durée du travail sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas 1 607 heures. La convention ou l'accord pouvait au demeurant fixer un plafond inférieur.

Suite à la réforme du 20 août 2008 la durée collective annuelle de travail peut, en théorie ; atteindre 2 041 heures. Les seules limites à respecter sont les durées maximales hebdomadaires de 44 heures en moyenne sur une période de 12 semaines consécutives et de 48 heures par semaine, les congés légaux et le respect du chômage du 1^{er} mai.

À cet égard, avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, lorsque les accords font référence au plafond de l'annualisation du temps de travail, les accords de notre échantillon fixent généralement un plafond identique aux anciennes exigences légales, à savoir 1 607 heures (28 accords), sinon inférieur (10 accords). Dans cette dernière hypothèse certains accords avoisinent la référence légale en prévoyant une durée de 1 600 heures (4 accords), 1 596 heures (1 accord), 1 593 heures (1 accord pour Alsace-Moselle), 1 589 heures (1 accord), 1 561 heures (1 accord) ou encore 1 547 heures (1 accord). Un accord envisage enfin un plafond de 1 205 heures.

c) De rares individualisations de l'aménagement plurihebdomadaire du temps de travail

Pour la Direction générale du travail, un accord collectif peut mettre en place un aménagement plurihebdomadaire du temps de travail en « s'appuyant sur des durées de travail différentes selon les salariés » (Lettre DGT, 22 sept. 2009, adressée par Jean-Denis Combrexelle à M^e Sylvain Niel).

Seuls 3 accords sur les 40 de l'échantillon conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 mettent en place une annualisation individualisée de la durée du travail.

d) La programmation

Dans le respect des durées maximales journalières et hebdomadaires de travail, ainsi que des repos quotidiens et hebdomadaires, les partenaires sociaux ont une grande latitude pour organiser la durée du travail sur tout ou partie de l'année. L'enjeu est alors de répartir le travail entre les périodes de forte activité, dites périodes hautes, et les périodes basses lors desquelles les besoins sont moins importants. Pour compenser les périodes hautes, il est possible d'autoriser ou d'imposer la prise de jours ou d'heures de repos, de mettre en place une alternance de périodes hautes et basses, voire de combiner les deux systèmes.

Si une partie non négligeable des accords de notre échantillon combinent les deux systèmes (12 accords), la majorité d'entre eux met en place une alternance de périodes hautes et basses qui ne tombent pas à 0 (28 accords). Dans cette catégorie, on note une grande diversité, tant pour ce qui est de l'amplitude de la période basse (allant de 8 à 33 heures) que de la période haute (allant de 38 à 48 heures). En outre, certains accords (6 accords) prévoient des périodes moyennes (32 ou 38 heures).

Tableau récapitulatif

Amplitude		Nombre d'accords
Période basse	Période haute	
0	39	1
0	42	2
0	44	2
0	45	2
0	46	1
0	48	4
8	44	1
20	40	1
20	42	2
21	42	2
21	45	1
24	40	1
24	41	1
24	45	1
24	48	1
26	41	1
26	44	1
27	44	1
28	40	1
28	42	3
28	43	1
28	44	1
28	48	2
30	40	1
30	42	1
30	43	1
32	40	1
33	38	2

e) Le rappel des durées maximales de travail

Dans le cadre de cette répartition de la durée du travail, il convient de respecter les durées maximales journalières et hebdomadaires de travail, ainsi que les repos quotidiens et hebdomadaires. À cet égard, une minorité d'accords font référence au respect de ces exigences (15 accords rappellent l'exigence de la durée maximale quotidienne, 13 accords celle de la durée maximale hebdomadaire, et 11 accords font référence aux repos quotidiens et hebdomadaires).

§. 4. Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail.

À défaut de stipulation conventionnelle, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires est fixé à sept jours. À cet égard, depuis la réforme du 20 août 2008, il n'est plus obligatoire d'accorder dans ce cas des contreparties aux salariés.

S'agissant des délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail, 22 accords prévoient une durée réduite (11 accords prévoient une durée de 48 heures, 6 accords 3 jours, 3 accords 5 jours et 2 accords 24 heures). On relèvera également que quelques accords envisagent un délai de prévenance supérieur à 7 jours (4 accords prévoient une durée de 15 jours, 2 accords une durée de 9 jours et 1 accord une durée de 8 jours).

Pour les contreparties, avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, elles étaient nécessaires lorsque le délai de prévenance était réduit. Sur les 10 accords qui prévoyaient une telle réduction, 8 accords envisageaient de telles contreparties. Ces dernières prenaient majoritairement la forme de majoration ou d'une prime pour les heures alors accomplies (ainsi dans 6 accords des majorations 15 % ou 25 % et dans 1 accord une prime dont le montant n'est pas précisé) et plus résiduellement était présentée comme étant une contrepartie la possibilité pour le salarié de refuser de se conformer à ces nouveaux horaires (2 accords énoncent que le salarié a le droit de refuser et 1 accord limite cette possibilité à 3 refus).

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, bien que les contreparties ne soient plus nécessaires, la majorité des accords qui réduisent le délai de prévenance continue de prévoir des contreparties (9 des 12 accords) telles des primes (4 accords dont 2 précisent le montant, soit 215 euros et 225 euros), la nécessité d'obtenir l'accord du salarié (3 accords), une majoration des heures (10 % dans 1 accord) et une contrepartie en repos (1 accord).

§. 5. La rémunération et l'incidence de son lissage

Comme pour les anciennes formes de modulation, la loi du 20 août 2008 a laissé ouverte la possibilité de prévoir un lissage de la rémunération, c'est-à-dire que les salariés perçoivent chaque mois la même rémunération, et ce indépendamment des variations d'horaire. À cet égard, dans les accords de l'échantillon, dès lors que la thématique de la rémunération est soulevée elle est associée au lissage de la rémunération (38 accords).

Ce lissage de la rémunération ne va pas toutefois sans poser quelques difficultés dans certaines circonstances telles en cas d'absences des salariés ou encore en cas d'embauche ou de départ du salarié en cours de période.

L'accord collectif mettant en place l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail doit prévoir les conditions de prise en compte des absences pour le calcul de la rémunération. Là encore, sur la totalité des accords faisant référence à la thématique de la rémunération, tous envisagent cette hypothèse (38 accords). En revanche, minoritaires sont les accords qui mettent en place expressément un système de décompte du temps d'absence (18 accords, 3 accords renvoient toutefois aux dispositions de l'accord de branche en la matière). Deux grandes modalités apparaissent : soit sont décomptées les heures planifiées (9 accords), soit sont décomptées un certain nombre d'heures prédéterminé (7 heures dans 7 accords, 5.83 heure dans un accord et le nombre d'heures quotidiennes habituellement pratiqué dans l'entreprise hors périodes hautes ou basses dans un autre accord).

L'accord collectif mettant en place l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail doit également prévoir les conditions de prise en compte, pour la rémunération, des arrivées et des départs en cours de période. Un certain nombre d'accords envisage l'incidence de ces entrées et départs en cours d'exercice (29 accords).

Conclusion de la section

Les trois quarts des accords de l'échantillon traitant de la modulation ou de l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail mobilisaient comme registres rhétoriques de motivation l'intérêt de l'entreprise et le besoin d'adaptation à une « réalité » de l'entreprise ; le registre rhétorique de l'intérêt du salarié n'apparaissait quant à lui que dans

moins de la moitié de ces accords. Force est de constater que cette forme d'aménagement du temps de travail est en premier lieu liée à une recherche de flexibilité interne des entreprises. Dès lors, s'agissant des précisions apportées par les accords quant aux données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation, il n'est guère surprenant de constater qu'aucun des accords de l'échantillon ne faisait état de données sociales, mais qu'en revanche, ils justifient très majoritairement le recours à la modulation ou à l'organisation plurihebdomadaire du temps de travail en raison de variations ou de fluctuations de l'activité. Ces justifications peuvent avoir pour fonction de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation.

Cette sensibilisation est d'autant plus importante que la mise en place de ce dispositif peut aboutir à des horaires de travail avoisinant les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail ce qui n'est pas sans incidence sur les conditions de travail, la santé des salariés et la conciliation entre leur vie professionnelle et personnelle. Et en effet, certains accords de l'échantillon, certes minoritaires, fixent comme plafond à la limite haute 48 heures hebdomadaires. De plus, dans plus de la moitié des accords, la limite haute est d'au moins 42 heures hebdomadaires. Si les signataires des accords ont souvent fixé d'importants plafonds comme limite haute, ils ont également assez largement opté pour une limite basse de 0 heure.

SECTION 2. LES CONVENTIONS DE FORFAIT

Différents types de convention de forfait peuvent être conclus avec certains salariés : une convention de forfait en heures hebdomadaires, mensuelles ou annuelles et une convention de forfait annuel en jours. Ce dernier type est plébiscité dans presque tous les cas. En effet, parmi les 47 accords de l'échantillon, la quasi-totalité (44 accords) traite du forfait en jours, le forfait en heures n'est qu'une fixation de la durée du travail résiduelle (3 accords).

La loi du 20 août 2008 a abrogé les anciennes dispositions législatives relatives aux forfaits en jours mais a toutefois laissé subsister les accords conclus antérieurement sur le fondement des anciennes dispositions. Il en ressort que deux régimes coexistent. Il convient donc de bien distinguer selon que les accords ont été conclus avant ou après la date d'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 pour ce qui a trait aux salariés concernés, aux nombres de jours prévus par la convention de forfait.

§.1. Les salariés concernés

a) Avant la loi du 20 août 2008

Le cadre juridique

⇒ Pour les cadres

L'ancien article L. 3121-38 du Code du travail prévoyait que « la durée de travail des salariés ayant la qualité de cadre au sens de la convention collective de branche ou au sens du premier alinéa de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés peut être fixée par des conventions individuelles de forfait ».

L'alinéa premier de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 stipule que « Le régime de prévoyance et de retraite institué par la présente Convention s'applique obligatoirement aux ingénieurs et cadres définis par les arrêtés de mise en ordre des salaires des diverses branches professionnelles ou par des conventions ou accords conclus sur le plan national ou régional en application des dispositions légales en vigueur en matière de convention collective et qui se sont substitués aux arrêtés de salaires. »

⇒ Pour les non cadres

L'ancien article L. 3121-51 du Code du travail énonçait notamment qu'« une convention ou un accord collectif de travail, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, conclu pour les cadres en application de l'article L. 3121-40, peut [...] préciser que les conventions de forfait en jours sont applicables 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, sous réserve qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit. »

1. – Pour les cadres

Des accords déterminent précisément quels cadres peuvent conclure une convention de forfait (30 accords). Il ressortait des dispositions légales que trois critères permettaient de déterminer les cadres susceptibles de se voir proposer une convention de forfait : le critère de fonction d'encadrement, le critère de l'autonomie et le critère relevant des conditions matérielles d'exercice sur le lieu de travail (73). S'agissant du premier critère, soit le critère de fonction d'encadrement, les accords font alors très majoritairement référence à une convention collective de branche (26 accords) mais exceptionnellement à l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (2 accords). Le critère de l'autonomie est souvent avancé (17 accords), tout comme le troisième critère, soit le critère relevant des conditions matérielles d'exercice sur le lieu de travail dans la mesure où est précisée que la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (15 accords).

Allant au-delà des exigences légales et jurisprudentielles (74), des accords ne se contentent pas de reprendre les critères légaux mais listent également par avance certaines catégories de cadres concernés (8 accords). Sont ainsi listés par un accord :

- le directeur des opérations, le directeur régional, le directeur d'agence, le directeur technique...
- des cadres commerciaux dits itinérants, quel que soit leur niveau (CA1 et plus) dont les fonctions imposent que la majorité de leur temps de travail soit effectué à l'extérieur de l'entreprise aux fins de prospection,
- cadres dits « Nomades », quel que soit leur échelon, dont les fonctions imposent soit de passer une partie importante de leur temps de travail en déplacement sur les sites sur lesquels intervient la société soit d'être mobilisés sur des projets industriels.

2. – Pour les non cadres

Certains non cadres peuvent, eux aussi, se voir proposer des conventions de forfait et les accords de l'échantillon envisagent également cette possibilité (15 accords). Ces derniers font très majoritairement référence aux trois conditions cumulatives, soit avoir une durée du temps de travail qui ne peut être prédéterminée, avoir une autonomie réelle dans l'organisation de son emploi du temps et avoir un certain niveau de responsabilité (13 accords). Des accords vont également au-delà des exigences légales et jurisprudentielles en dressant une liste de salariés non cadres concernés (9 accords).

b) Après la loi du 20 août 2008

Le cadre juridique

⇒ Une détermination préalable des catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait

L'article L. 3121-39 du Code du travail énonce que « la conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ».

⇒ Les salariés concernés

Selon l'article L. 3121-43 du Code du travail, « peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année [...] :

1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;

2° Les salariés 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. »

(73) BLOCH-LONDON Catherine, « Les normes de temps de travail à l'épreuve des négociations : le cas des lois Aubry de réduction de la durée du travail », Travail et Emploi, 2000, n° 83, p. 33.

(74) Cf. Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756P.

Dans l'échantillon, 27 accords visent des salariés qui peuvent conclure une convention de forfait. La catégorie des cadres est celle qui est le plus fréquemment envisagée (dans 25 accords), mais la conclusion de convention de forfait est également projetée pour d'autres salariés (16 accords).

1. – Pour les cadres

Pour la cour de cassation, il n'est pas nécessaire que les partenaires sociaux déterminent avec précision les éléments objectifs permettant de définir les cadres bénéficiant d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps car par la suite, le juge doit contrôler la réalité de l'autonomie du cadre (75). À cet égard n'a pas été considéré comme étant un cadre autonome le salarié dont l'emploi du temps est déterminé par sa direction, qui définit le planning de ses interventions auprès des clients, ne peut pas conclure une convention de forfait (76), ou encore le salarié qui n'a pas l'ancienneté minimale requise par la convention collective (77), ou encore les salariés qui étaient intégrés dans les plannings imposant leur présence au sein des salles de jeux ce qui était antinomique avec la notion de cadre autonome (78).

La catégorie des cadres est celle qui est le plus fréquemment envisagée (dans 25 accords).

La notion de cadre. Des accords font référence aux dispositions d'une convention collective pour déterminer les salariés ayant la qualité de cadres (14 accords) mais encore très peu à l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (2 accords).

Les cadres concernés. S'agissant des cadres, l'article L. 3121-43 du Code du travail pose deux conditions : l'autonomie et le non-respect de l'horaire collectif. La première condition est toujours reprise dans les accords (25 accords), la seconde l'est majoritairement (17 accords). Les accords faisant référence à la condition de l'autonomie spécifient souvent que ces salariés ne sont pas soumis à un horaire collectif de travail (9 accords) et excluent, avec une certaine redondance, les cadres intégrés (79) (5 accords).

Des cadres visés. Des accords énoncent les postes visés (10 accords) tels « *responsable pédagogique, responsable développement, directeur de formation* », « *médecins généralistes de jour, médecins rééducateurs, cadres administratifs* », « *salariés ingénieurs et cadres dont le coefficient SYNTEC est d'au moins II,1,105* », « *membres du comité de direction, ingénieurs, encadrement de 1^{er} niveau, acheteurs, contrôleur de gestion* »...

Des exclusions des cadres dirigeants. Certains accords (7 accords) excluent les cadres dirigeants.

(75) V. notamment Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-18756 (l'accord collectif, après avoir distingué les cadres dirigeants des cadres dont l'horaire est prédéterminé, définit les cadres autonomes qui ne relèvent d'aucune de ces catégories comme étant ceux dont le rythme de travail ne peut, en raison de leur mission, être soumis à l'horaire collectif de travail du service qu'ils dirigent ou auquel ils sont affectés ; que cette définition, qui permet d'apprécier le degré d'autonomie du personnel d'encadrement concerné, est conforme aux exigences de l'article L. 212-15-3 III du Code du travail dans la mesure où, d'une part, la convention de forfait doit faire l'objet d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié et où, d'autre part, il appartient au juge de vérifier en cas de litige que les fonctions effectivement exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail).

(76) Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43876 (l'emploi du temps du salarié était déterminé par la direction et le supérieur hiérarchique de l'intéressé, lesquels définissaient le planning de ses interventions auprès des clients, que le salarié ne disposait pas du libre choix de ses repos hebdomadaires, ce dont il se déduisait que l'intéressé, qui ne disposait d'aucune liberté dans l'organisation de son travail, n'était pas susceptible de relever du régime du forfait en jours qui lui avait été appliqué).

(77) Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14637.

(78) Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-12323.

(79) Salarié ayant la qualité de cadre au sens de la convention collective de branche, ou de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947.

Le cadre intégré est occupé selon l'horaire collectif applicable dans l'atelier, le service ou l'équipe auquel il est intégré.

2. – Pour les non cadres

Pour les non cadres, en matière de forfait en jours, l'article L. 3121-43 du Code du travail énonce trois conditions : la durée du travail du salarié ne doit pas pouvoir être prédéterminée, il doit bénéficier d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps et enfin exercer des responsabilités. À nouveau, il reviendra au juge de vérifier la réalité de l'absence de prédétermination de la durée du travail et de l'autonomie (80).

Ces conditions énoncées à l'article L. 3121-43 du Code du travail sont reprises dans presque tous les accords (15 accords, 1 accord ne faisant état que de la première).

En outre, la majorité des accords précise les catégories de salarié ou les postes qui remplissent ces trois conditions (9 accords). Sont ainsi mentionnés : « *le personnel commercial* », « *l'ensemble des agents de maîtrise, les chefs de rayon* », « *les techniciens agents de maîtrise* », le « *technicien qualité, leader de zone, techniciens de maintenance, techniciens projets* », « *les commerciaux, techniciens du bureau d'études, salariés des services de maintenance et des services après-vente, agents de maîtrise* ». Les agents de maîtrise sont ainsi très fréquemment visés (5 accords).

§. 2. Le nombre de jours

a) Avant la loi du 20 août 2008

Le cadre juridique

L'ancien article L. 212-15-3 III du Code du travail dispose que « la convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait en jours doit fixer le nombre de jours travaillés. Ce nombre ne peut dépasser le plafond de deux cent dix-huit jours. [...] L'accord peut en outre prévoir que des jours de repos peuvent être affectés sur un compte épargne-temps dans les conditions définies par l'article L. 227-1. Une convention ou un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement peut enfin ouvrir la faculté au salarié qui le souhaite, en accord avec le chef d'entreprise, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. »

Certains accords de l'échantillon fixent un nombre de jours travaillés (21 accords). Ce nombre est majoritairement égal à 218 (14 accords) et sinon inférieur (7 accords). L'amplitude minimale relevée est à cet égard de 175 jours. Il s'agissait cependant d'un employeur et d'un secteur d'activité particulier, à savoir des associations membres d'une unité économique et sociale qui œuvrait dans les loisirs. Plus généralement, le nombre de jours travaillés, lorsqu'il est inférieur à 218, dépasse toutefois 210 jours (6 accords).

(80) V. notamment Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-42669 (M. X... était contraint de travailler aux heures d'ouverture du magasin, devait respecter des horaires stricts pendant les permanences et lors des livraisons et de solliciter l'autorisation de son supérieur hiérarchique pour quitter son poste, la cour d'appel a pu en déduire que l'intéressé qui ne disposait d'aucune autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, n'était pas susceptible de relever du régime du forfait en jours qui lui avait appliqué non plus que d'une convention de forfait)

b) Après la loi du 20 août 2008

Le cadre juridique

Aux termes de l'article L. 3121-43 du Code du travail « peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L. 3121-39 ».

L'article L. 3121-44 du Code du travail énonce quant à lui que « le nombre de jours travaillés dans l'année fixé par l'accord collectif prévu à l'article L. 3121-39 ne peut excéder deux cent dix-huit jours. »

L'article L. 3121-45 du Code du travail prévoit cependant que « le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit. Le nombre de jours travaillés dans l'année ne peut excéder un nombre maximal fixé par l'accord prévu à l'article L. 3121-39. À défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours.

Le nombre maximal annuel de jours travaillés doit être compatible avec les dispositions du titre III relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise, et du titre IV relatives aux congés payés.

Ainsi, le nombre maximal annuel de jours travaillés ne peut être supérieur à 285 jours (365 jours – 52 jours de repos hebdomadaire – 30 jours de congés payés- le 1^{er} mai, seul jour férié obligatoirement chômé) ».

Des accords de l'échantillon fixent un nombre de jours travaillés par les salariés (19 accords). Là encore, le nombre de jours travaillés que l'on retrouve le plus souvent est 218 (10 accords). Vient ensuite la catégorie des conventions et accords collectifs prévoyant un nombre de jours inférieurs à 218 (5 accords). Ainsi, le nombre de jours travaillés est toujours majoritairement inférieur ou égal à 218. Pour ce qui des accords ou conventions prévoyant un nombre de jours supérieur, ils restent rares (3 accords, dont 2 dépassant les 235 jours). Le nombre maximal relevé est de 277 jours dans une entreprise de fabrication de placage et de panneaux de bois. Ce plafond de 277 jours est proche des maxima autorisés. En effet, le nombre annuel maximal de jours travaillés ne peut pas dépasser 282 jours (365 jours – 52 jours de repos hebdomadaire – 30 jours de congés payés - le 1^{er} mai qui est le seul jour férié obligatoirement chômé).

Tableau récapitulatif

	< 218j	= 218j	> 218j < 235j	> 235j
Avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008	7	14	0	0
Après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008	5	10	1	2
Total	12	24	1	2

§. 3. Les modalités de contrôle et de suivi de la charge de travail des salariés concernés**Le cadre juridique**

Aux termes des articles L. 3121-45 et L. 3121-51 du Code du travail, la convention ou l'accord collectif de travail qui prévoit la conclusion de conventions de forfait en jours doit prévoir :

- les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos ;
- les conditions de contrôle de son application ;
- des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

En outre, une obligation est faite à l'employeur d'organiser un entretien annuel individuel avec les salariés au forfait annuel en jours qui porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié.

Pour la Cour de cassation « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires » (81). Elle a jugé en conséquence que, lorsque les stipulations des accords ou conventions collectives ne sont pas de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, ces conventions sont privées d'effet et le salarié peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

Dans un arrêt du 29 juin 2001, la Cour de cassation a considéré qu'étaient conformes à ces exigences les stipulations de l'accord collectif du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie. « Selon l'article 14 de cet accord, le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, afin de décompter le nombre de journées ou de demi-journées travaillées, ainsi que celui des journées ou demi-journées de repos prises ; que l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail ; que ce document peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur ; que le supérieur hiérarchique du salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours assure le suivi régulier de l'organisation du travail de l'intéressé et de sa charge de travail ; qu'en outre, le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées d'activité ; que cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé » (82).

En revanche, dans une série d'arrêts postérieurs la Cour de cassation a privé d'effets certaines dispositions d'accords de branche relatives aux conventions de forfait en jours. Ainsi, dans un arrêt du 31 janvier 2012, la Cour de cassation a précisé que « ni les stipulations non étendues de l'article 12 de l'accord cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique, qui, dans le cas de forfait en jours, ne déterminent pas les modalités et les caractéristiques principales des conventions susceptibles d'être conclues mais renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en œuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité du cadre avec sa hiérarchie, ni celles de l'accord d'entreprise du 3 février 2000, qui se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire, ne sont de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours » (83).

Dans un arrêt du 26 septembre 2012, elle a également privé d'effets des conventions de forfait dans le secteur du Commerce de gros car « ni les dispositions de l'article 2. 3 de l'accord ARTT du 14 décembre 2001 pris en application de la convention collective nationale de commerces de gros du 23 juin 1970, qui, dans le cas de forfait en jours, se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné, un entretien annuel avec son supérieur hiérarchique, ni les stipulations de l'avenant du 26 janvier 2000 à l'accord d'entreprise du 17 février 1999, qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, ne prévoient qu'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié » (84).

La Cour de cassation a aussi privé d'effet des conventions de forfait dans le secteur des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils (SYNTEC) dans la mesure où « ni les dispositions de l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, pris en application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, ni les stipulations des accords d'entreprise des 22 décembre 1999 et 5 novembre 2004, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié » (85).

(81) Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71107.

(82) *Idem*.

(83) Cass. soc. 31 janvier 2012 n° 10-19807.

(84) Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 11-14540.

(85) Cass. soc. 24 avril 2013, n° 11-28398.

La moitié des accords et conventions de l'échantillon mettant en place des conventions de forfait en jours sur l'année ne prévoient pas de disposition particulière pour ce qui est du contrôle de l'organisation du travail. En pratique, cela pose un réel problème d'insécurité juridique dans la mesure où la Cour de cassation a privé d'effets un certain nombre d'accords de branche.

Concernant maintenant des accords ou conventions qui traitent de cette question (22 accords), s'agissant des mécanismes de contrôle mis en place, dans presque tous les accords ou convention (20 accords), il fait référence à un décompte mensuel. Un accord envisage un relevé hebdomadaire des heures. Un autre accord résiduel met en place un régime mixte qui s'il doit être précisé dans la convention de forfait, prévoit toutefois un relevé du nombre de journées ou de demi-journées travaillées et un mécanisme de suivi pour éviter le dépassement.

Enfin, la grande majorité des accords ou conventions de l'échantillon rappelle l'exigence de l'entretien préalable (26 accords), cet entretien, conformément à la loi, est presque exclusivement annuel (24 accords ; semestriel dans 2 accords).

Conclusion de la section

Si les conventions de forfait concernent principalement les cadres, la part de salariés non cadres qui sont visés par les accords n'est toutefois pas résiduelle. Tant pour les cadres que les non cadres, les dispositions de certaines conventions ou accords d'entreprise déterminent plus précisément les postes ou les unités de travail concernés. Les conventions ou accords d'entreprise reprennent très souvent les conditions que doivent remplir les salariés pour pouvoir signer des conventions de forfait. La mention des critères légaux énoncés à l'article L. 3121-43 du Code du travail pour les non cadres est même quasiment systématique dans les conventions ou accords d'entreprise signés après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. Toutefois, on peut s'interroger sur la réalité de l'autonomie et de l'absence de prédétermination de la durée du travail concernant certains salariés mentionnés précisément dans les conventions ou accords. Par exemple, les chefs de rayon, les salariés des services de maintenance et des services d'après-vente visés dans certains textes, ne sont-ils pas contraints de travailler aux heures d'ouverture du magasin ou de l'entreprise ? Ne sont-ils pas tenu en réalité de respecter des horaires stricts de travail ? Il ne faut pas oublier qu'en cas de contentieux, le seul rappel des exigences légales n'est pas suffisant puisque le juge contrôle assez strictement la réalité de l'autonomie et de l'absence de prédétermination de la durée du travail.

Concernant le nombre de jours travaillés, on observe que globalement les signataires des conventions ou des accords d'entreprise prévoient majoritairement un nombre de jours égal ou inférieur à la référence légale. Toutefois, depuis la loi du 20 août 2008, cette référence est dépassée. Un accord a même fixé ce nombre de jours à 277 avoisinant en cela le nombre annuel maximal de jours pouvant être travaillés (282 jours). Dès lors, le dispositif des conventions de forfait rejoint très clairement la thématique de la santé et de la sécurité au travail. Cette thématique ne lui est d'ailleurs jamais totalement étrangère comme en atteste la décision du Comité européen des Droits sociaux du 23 juin 2010 aux termes de laquelle le système du forfait en jours a été déclaré non conforme aux dispositions de la Charte sociale révisée car l'encadrement dont il faisait l'objet ne permettait pas d'empêcher une durée du travail déraisonnable (86). D'où l'importance des modalités de contrôle et de suivi de la charge de travail des salariés concernés.

La Cour de cassation, pour éviter d'invalider tout le système des conventions de forfait et tenter de répondre aux exigences nationales et supranationales en la matière, a durci le contrôle opéré sur les dispositions des conventions et accords collectifs de travail relatives aux modalités de contrôle et de suivi de la charge de travail des salariés sous forfait jours. À l'aune de ces nouvelles exigences, moins de la moitié des dispositions des accords étudiées pourraient se révéler satisfaisantes. Les conséquences sont très graves tant pour les salariés concernés en matière de santé et de sécurité, que pour les entreprises pour qui il existe une réelle insécurité juridique et des risques de contentieux avec en jeux des rappels de salaires importants.

(86) Cf. supra p.

SECTION 3. LES HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Le régime des heures supplémentaires est emblématique de l'une des grandes orientations des réformes du temps de travail, soit l'augmentation du temps de travail. Cette augmentation est notamment passée par les fameuses exonérations sociales et fiscales des heures supplémentaires mises en œuvre par la non moins fameuse loi TEPA du 21 août 2007. Si les préambules des accords de l'échantillon relatifs aux heures supplémentaires mentionnent fréquemment cette loi et les exonérations qu'elle prévoyait, leurs dispositifs en revanche n'en font guère état. Le contenu de ces accords est toutefois explicite sur l'aménagement du volume et du mode de fixation du contingent d'heures supplémentaires, ainsi que sur les contreparties de ces dernières.

§. 1. Les contingents d'heures supplémentaires

Certaines dispositions légales et réglementaires ont eu pour objectif d'augmenter le temps de travail. Cela est particulièrement visible en matière de contingent d'heures supplémentaires, soit une enveloppe globale d'heures, définie par année pour chaque salarié. En effet, ce contingent a été porté, avec le décret n° 2002-1257 du 15 octobre 2002, de 130 heures à 180 heures. Puis, le décret n° 2004-1381 du 21 décembre 2004 avait autorisé un passage à 220 heures. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a fait de l'accord collectif d'entreprise le mode privilégié de fixation de ce contingent puisque ce n'est qu'à défaut que ce dernier est défini par accord de branche et, en l'absence d'accord, par le décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 qui le maintient à 220 heures.

L'analyse des accords de l'échantillon montre que lorsque le contingent d'heures supplémentaires est rappelé ou fixé par l'accord (38 accords), il est majoritairement en deçà de 220 heures (21 accords), le minimum relevé est de 80 heures. Le reste des accords est partagé assez équitablement entre une référence à 220 heures (8 accords) et un nombre d'heures supérieur (9 accords) avec un maximum de 460 heures.

a) Les contingents d'heures supplémentaires inférieurs à 220 heures

Les contingents d'heures supplémentaires inférieurs à 220 heures varient entre 80 et 200 heures. Divers facteurs mentionnés dans les accords d'entreprise de l'échantillon expliquent en partie ces contingents : le recours à une organisation plurihebdomadaire du temps de travail, la référence à un accord d'un niveau supérieur et les heures choisies.

Contingents d'heures supplémentaires et « modulation ». L'existence d'un contingent inférieur à 220 heures s'explique dans certaines entreprises par l'articulation des heures supplémentaires avec des dispositifs d'organisation plurihebdomadaire du temps de travail (5 accords). En effet, aux termes de l'ancien article D. 212-15 du Code du travail, le contingent d'heures supplémentaires était réduit de 220 à 130 heures lorsque la durée hebdomadaire de travail variait dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de modulation de « forte amplitude » (87) conclu en application de l'ancien article L. 212-8 du Code du travail.

De la sorte, 5 accords font référence ou fixent un contingent d'heures supplémentaires inférieur ou égal à 130 heures. Parmi ceux-ci, 3 accords prévoient un contingent inférieur de 80 heures et 2 accords un contingent égal à 130 heures. Il convient toutefois de noter que ces 2 accords sont des accords d'augmentation du contingent d'heures supplémentaires. Ces deux cas méritent quelques commentaires dans la mesure où ils constituent des exemples typiques de la mobilisation par les signataires d'un accord d'entreprise des différents dispositifs légaux, réglementaires et conventionnels.

Dans un cas, un accord de branche prévoyait un contingent d'heures supplémentaires de 60 heures mais ne s'opposait pas à la négociation d'accord d'entreprise dérogatoire concernant le contingent d'heures supplémentaires. En conséquence, les parties à l'accord d'entreprise ont convenu d'une augmentation du contingent annuel d'heures supplémentaires qui passa de 60 à 130 heures.

(87) Soit une variation excédant 31 heures en période basse ou 39 heures en période haute, soit un nombre d'heures au-delà la durée légale hebdomadaire supérieur à 70 heures par an.

Dans l'autre cas, le contingent d'heures supplémentaires applicable à l'entreprise était avant la signature de l'accord de 90 heures. L'accord national du 22 juin 1999 sur la durée du travail prévoyait cependant que si « dans les entreprises, en fonction des exigences du marché, conduisent à organiser le temps de travail sur l'année, les parties signataires conviennent que le contingent d'heures supplémentaires prévu par l'[ancien] article L. 212.6 du Code du travail est fixé à 90 heures par an et par salarié », « ce contingent pourra être majoré de 40 heures. Cette possibilité est expressément subordonnée à un accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu dans le cadre de l'[ancien] article L. 132.19 du Code du travail ou en l'absence de délégués syndicaux, à l'avis conforme du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, ou à l'autorisation de l'inspecteur du travail » (article 2 du Chapitre 4 de l'accord). L'accord d'entreprise analysé a donc utilisé cette possibilité et porté le contingent annuel d'heures supplémentaires à 130 heures.

Contingents d'heures supplémentaires et renvoi à des accords d'un niveau supérieur. La mention d'un contingent inférieur à 220 heures s'explique aussi par le fait que certains accords (10 accords) antérieurs à la loi du 20 août 2008, renvoient aux dispositions d'un accord de niveau supérieur pour fixer le contingent.

Contingents d'heures supplémentaires et l'ancien dispositif des heures choisies. La majorité des accords de l'échantillon qui mentionnent un contingent d'heures supplémentaires inférieur à 220 heures mobilisent également l'ancien dispositif des heures choisies (12 accords). Ce dispositif a été abrogé par la loi du 20 août 2008 qui n'a cependant pas remis en cause les accords collectifs conclus avant son entrée en vigueur. Aux termes de l'ancien article L. 212-6 du Code du travail, le salarié qui le souhaitait pouvait, en accord avec son employeur, effectuer des heures choisies au-delà du contingent d'heures supplémentaires applicable dans l'entreprise ou dans l'établissement.

À cet égard, certains accords de l'échantillon fixent une limite au dépassement du contingent d'heures supplémentaires par an et par salarié (6 accords). On peut alors retrouver le seuil des 220 heures dans la mesure où des accords prévoient que les heures choisies ne peuvent avoir pour effet de dépasser de plus de 90 heures par an et par salarié un contingent d'heures supplémentaires de 130 heures (3 accords). Un accord prévoit, lui, une limite de 50 heures choisies avec un contingent de 130 heures et les deux derniers accords envisagent l'accomplissement de 70 et de 120 heures choisies pour un contingent respectivement de 180 et de 130 heures supplémentaires.

b) Les contingents d'heures supplémentaires égaux ou supérieurs à 220 heures

Certains accords prévoient un contingent d'heures supplémentaires égal à 220 heures (8 accords).

D'autres accords prévoient des contingents supérieurs à 220 heures (9 accords). Dans cette dernière catégorie, l'amplitude minimale est de 300 heures et l'amplitude maximale de 460 heures. Il convient de souligner que 3 accords s'inscrivent dans le secteur des transports (de marchandises, de fonds et de voyageurs), que 2 accords ont été signés dans une clinique et que les autres secteurs d'activité concernés sont notamment le bâtiment et la distribution céréalière. De plus, sur ces 9 accords, 7 accords font référence à la loi du 20 août 2008 dans leur préambule et 1 accord à sa version codifiée.

§. 2. Les contreparties des heures supplémentaires

Les contreparties des heures supplémentaires peuvent donner lieu à des majorations de salaire ainsi qu'à des repos.

a) Les majorations de salaire

Les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire. Selon l'article L. 3121-22 du Code du travail, le taux de cette majoration est de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et de 50 % pour les heures suivantes ; cependant, une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent qui ne peut toute-

fois être inférieur à 10 %. Ainsi, s'agissant du taux conventionnel de majoration des heures supplémentaires, il existe un plancher légal mais aucun plafond.

Il ressort de l'analyse du contenu des accords que 25 accords font expressément référence aux taux de majoration des heures supplémentaires. La majorité des accords renvoie aux taux énoncés par l'article L. 3121-22 du Code du travail (18 accords).

Quelques accords prévoient des taux inférieurs à ceux déjà mentionnés (6 accords). Il est notable que ces accords prévoient généralement un taux de majoration unique, c'est-à-dire similaire pour les huit premières heures et les heures suivantes (5 accords). Ce taux dépasse souvent le plancher légal de 10 % (3 accords retiennent 20 %, 1 accord 15 % et 2 accords 10 %). 3 accords fixant un taux de majoration inférieur à 25 % précisent qu'une telle détermination est plus favorable aux salariés. Ainsi, dans un accord, il est énoncé que « les parties considèrent que le taux de majoration retenu [20 %] favorisera le recours par l'employeur aux heures supplémentaires accomplies par les salariés de l'établissement, de préférence au recours à l'intérim ou aux contrats précaires. Elles considèrent donc cette disposition comme plus favorable tant pour les salariés, qui se verront dès lors proposer d'accomplir des heures supplémentaires et qui profiteront ainsi pleinement du dispositif mis en œuvre par la loi TEPA, que pour l'employeur pour lequel le coût de ces heures sera moins dissuasif ».

Un seul accord prévoit un taux de majoration supérieur aux taux énoncés par l'article L. 3121-22 du Code du travail, et ce, dans un cas bien particulier. En effet, cette majoration intervient pour certains salariés dans une entreprise recourant au travail en 3 x 8 semi-continu et au travail de nuit fixe ; en effet, « conscientes de la pénibilité particulière d'un quart de nuit supplémentaire du vendredi soir au samedi matin », les parties ont convenu de majorations de 100 % pour l'équipe de nuit et de 60 % pour l'équipe d'après-midi.

b) Le repos

En matière de repos, une distinction doit être faite selon que les heures supplémentaires sont effectuées dans ou hors du contingent d'heures supplémentaires.

Pour les heures supplémentaires effectuées dans le contingent. Tout ou partie du paiement des heures supplémentaires et des majorations peut être remplacé par un repos compensateur équivalent. L'existence d'un repos compensateur équivalent est expressément visée dans 13 accords de l'échantillon. S'agissant de la préférence donnée au paiement ou au repos, la majorité des accords (9) fait seulement état de l'alternative ; en revanche dans 2 accords, il est précisé que les heures supplémentaires donnent prioritairement lieu à un repos compensateur majoré dans les conditions légales, et 3 accords stipulent que « le présent accord a pour objet la mise en œuvre d'un repos compensateur, en remplacement partiel du paiement des heures supplémentaires identifiées en fin de semestre effectuées par le personnel ».

De plus, certains de ces accords donnent quelques précisions sur ce repos. 6 accords font état de la durée du repos et ce conformément aux dispositions légales, soit 1 h 15 pour les heures majorées à 25 % et 1 h 30 pour les heures majorées à 50 %. Des modalités (par journée ou demi-journée, accolé ou non à une période de congés payés...) et délais de prévenance de la prise de repos sont énoncés dans 7 accords.

Pour les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent. La loi du 20 août 2008 a fait disparaître le mécanisme des « heures choisies » qui avait été mis en place par la loi du 31 mars 2005 mais, du fait des règles de droit transitoires, les dispositions des accords antérieurs à la loi du 20 août 2008 étaient appelées à subsister. De plus, la loi du 20 août 2008 a précisé que les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent ouvrent droit à une contrepartie obligatoire en repos. Ce repos est fixé à 50 % de chacune de ces heures supplémentaires dans les entreprises de 20 salariés au plus, et à 100 % dans les entreprises de plus de 20 salariés. Il revient à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou à défaut de branche, de définir « les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos » ; à défaut ces dernières sont définies par décret (Article D. 3121-7s. du Code du travail).

Seuls 3 accords de l'échantillon ont prévu des dispositions spécifiques à la contrepartie obligatoire en repos. Les accords de l'échantillon étaient beaucoup plus prolixes pour exclure une compensation en repos dans le cadre des heures choisies (9 accords).

Conclusion de la section

Même s'il est le laboratoire du déclin de la force obligatoire des règles protectrices, le droit du temps de travail est parfois envisagé comme étant trop rigide et à l'origine de situations de blocage pour les entreprises et les salariés. Tant le volume du contingent d'heures supplémentaires, que la multiplicité des taux de majoration des heures supplémentaires ont été présentés comme introduisant des rigidités qui pèsent sur les performances de nombreuses entreprises. L'analyse du contenu des accords d'entreprise sur ces mécanismes est alors éclairante.

S'agissant du volume du contingent annuel d'heures supplémentaires, le Conseil d'analyse économique considère qu'il « *ne peut se justifier à son niveau actuel, qui autorise une durée hebdomadaire moyenne annuelle maximale de 39,7 heures, ni par un objectif de protection de la santé des travailleurs, ni par le souci d'empêcher leur surexploitation. Ces objectifs relèvent de la durée maximale autorisée du travail. En outre le contingent réglementaire d'heures supplémentaires introduit, en limitant la possibilité pour certains salariés de travailler plus longtemps, une source d'inégalité entre les salariés rémunérés au forfait jours (qui sont généralement des cadres et qui représentent 7,9 % des salariés à temps complet dans les entreprises de plus de dix salariés en 2006) et les salariés soumis aux 35 heures* ». S'agissant de l'autorisation de l'inspection du travail en cas de dépassement de ce contingent, pour le Conseil, « *les procédures administratives liées à l'existence du contingent d'heures supplémentaires en limitent vraisemblablement leur usage ou incitent à ne pas les déclarer. Il faut en effet se rappeler qu'un employeur souhaitant faire exécuter des heures supplémentaires dans le cadre du contingent réglementaire doit [...] en informer l'inspecteur du travail ainsi que le comité d'entreprise et les délégués du personnel lorsqu'ils existent. Une fois le contingent épuisé, l'employeur doit consulter les représentants du personnel et obtenir l'autorisation de l'inspection du travail, sauf recours au dispositif des « heures choisies ». Ces freins bureaucratiques à l'usage des heures supplémentaires ne doivent pas être négligés. Dans ces conditions, certains employeurs renoncent à l'usage d'heures supplémentaires ou préfèrent verser des « primes » qui sont en fait des rémunérations pour des heures supplémentaires non déclarées* » (88). Dans l'échantillon des accords étudiés, on a pu constater que le volume du contingent annuel d'heures supplémentaires n'a pas été systématiquement, et loin de là même, négocié au-delà de la norme légale des 220 heures. Dès lors, puisqu'il ne s'agit pas nécessairement de la thématique la plus délicate dans les négociations relatives à l'aménagement du temps de travail, il n'apparaît finalement pas que les signataires voient dans ce volume une rigidité exagérée qui pèserait sur les performances de l'entreprise.

Pour ce qui est à présent de la multiplicité des taux de majoration des heures supplémentaires, le Conseil d'analyse économique estime que « *l'effet des divers taux de majoration sur l'emploi et les rémunérations effectives des salariés est incertain. Si la durée légale du travail était conservée, un taux de majoration unique pour toutes les heures supplémentaires est souhaitable* » (89). Dans l'échantillon des accords étudiés, il est très majoritairement renvoyé aux taux légaux. Toutefois, il a pu être relevé que pour les quelques accords qui prévoient d'autres taux de majoration (à la baisse), ces accords fixent presque systématiquement un taux de majoration unique. Dès lors, les signataires de ces accords s'inscrivent en cela dans les recommandations du Conseil d'analyse économique.

(88) ARTUS Patrick, CAHUC Pierre, ZYLBERBERG André, *Réglementation du temps de travail, revenu et emploi*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique (CAE), n° 68, p. 58.

(89) *Idem*.

SECTION 4. LE COMPTE ÉPARGNE-TEMPS

Les dispositifs des accords encadrent tant l'alimentation que l'utilisation des comptes épargne-temps.

§. 1. Alimentation

Les deux tiers des accords de l'échantillon traitant des comptes épargne-temps (26 accords sur 34 accords) font référence à ses modalités d'alimentation. Deux modalités sont envisagées : la principale est l'alimentation en temps (21 accords), vient ensuite l'alimentation en argent (11 accords).

a) L'alimentation en temps

La quasi-totalité des accords envisage que les salariés peuvent stocker dans le CET des jours de repos et de congés accordés au titre d'un régime de réduction du temps de travail (RTT) (20 accords). De même une grande proportion des accords envisage que le salarié puisse alimenter son compte par le report d'une partie des congés payés (17 accords). Certains accords prévoient également le stockage des congés supplémentaires liés à l'ancienneté (10 accords).

De façon plus ponctuelle, il est également envisagé que les salariés puissent affecter à leur compte :

- des jours de congés conventionnels (7 accords),
- des heures de travail effectuées au-delà de la durée prévue par la convention individuelle de forfait (7 accords),
- des heures acquises au titre des heures supplémentaires (4 accords),
- des heures excédentaires (2 accords),
- des congés récupérateurs (2 accords),
- des repos contractuels (2 accords).

b) L'alimentation en argent

L'alimentation en argent n'est pas majoritairement prévue (11 accords). Les accords envisagent deux types d'élément monétaire pouvant être affectés au CET : principalement il s'agit des primes (9 accords dont 5 accords aux termes desquels le treizième mois est isolé des autres primes pouvant être affectées au CET), puis des augmentations ou compléments de salaire de base (2 accords).

§. 2. Utilisation

Des accords de l'échantillon définissent les conditions dans lesquelles les droits affectés sur le CET peuvent être utilisés à l'initiative du salarié. Deux modalités sont envisagées : la sortie en temps (21 accords) et la sortie en argent (18 accords).

a) Sortie en temps

Concernant les sorties en temps, de nombreux accords prévoient que le CET permette l'indemnisation en tout ou partie de congés, notamment, des congés de fin de carrière (18 accords) et des congés qualifiés de légaux (18 accords). Cette dernière catégorie n'est pas toujours clairement explicitée mais elle semble recouper certains congés prévus par la loi mais non rémunérés à l'instar du congé de soutien familial (article L. 3142-22 du Code du travail)

De la même façon, la majorité des accords envisage l'indemnisation de congés de longue durée sans solde (16 accords). Sont notamment visés dans cette catégorie :

- le congé sabbatique qui est un congé pour convenances personnelles d'une durée minimale de six mois et d'une durée maximale de onze mois (article L. 3142-91 du Code du travail),
- le congé pour création d'entreprise dont la durée est d'un an avec une prolongation possible dans la limite de deux ans (article L. 3142-80 du Code du travail),
- le congé parental d'éducation qui intervient pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption et a une durée initiale d'un an au plus mais être prolongé deux fois pour prendre fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant ou à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant (article L. 1225-48 du Code du travail).

Peuvent également donner lieu à indemnisation *via* le CET :

- des journées de congés isolés (15 accords),
- un passage à temps partiel (13 accords),
- certains congés pour convenances personnelles (12 accords),
- certaines absences pour formation (12 accords).

b) Sortie en argent

Les droits affectés sur le CET peuvent être utilisés par le salarié pour bénéficier d'une rémunération immédiate (13 accords) ou d'une rémunération différée (13 accords).

S'agissant de la rémunération immédiate, le salarié, en accord avec l'employeur, peut utiliser les droits affectés sur le CET pour compléter sa rémunération et ainsi faire l'objet d'une monétisation.

Pour la rémunération différée, la majorité des accords prévoyant une sortie en argent ouvre une utilisation des droits affectés au CET pour financer des prestations de retraites à caractère collectif et obligatoire dans le cadre d'un dispositif de retraite supplémentaire d'entreprise (10 accords). L'hypothèse d'une mobilisation du CET visant à alimenter un plan d'épargne entreprise, bien que moins fréquente, est elle aussi retenue (6 accords). Enfin, à titre occasionnel, le CET peut permettre à certains salariés d'acquérir des actions de l'entreprise (2 accords).

Tableau récapitulatif

	Alimentation	Utilisation
En temps	21	21
En argent	11	18

Conclusion de la section

Initialement envisagé comme une « épargne-temps » permettant au salarié de financer un congé non rémunéré lié à ses besoins personnels, le législateur a par la suite ouvert le dispositif du compte épargne-temps à la monétisation rendant possible pour le salarié la constitution d'une épargne monétaire.

Dans les conventions et accords collectifs de l'échantillon, il apparaît clairement que la monétisation a fait son chemin. Si l'alimentation en argent du CET est moins fréquente que son alimentation en temps, en revanche, les sorties en argent talonnent de près les sorties en temps.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Utilisé comme levier de politique de l'emploi et de politiques économiques, l'aménagement du temps de travail n'est plus orienté par des objectifs de création d'emploi mais mis en relation avec la compétitivité et l'emploi. Certains prônent alors la flexibilité interne et un desserrement des contraintes qu'engendrent les régulations du temps de travail (90). À cet égard, les législations relatives au temps de travail sont un laboratoire des transformations du droit et des relations collectives de travail. Ces législations attestent du déclin de la force obligatoire de la loi comme norme protectrice des salariés et de la montée en puissance d'un droit négocié au plus près des acteurs de l'entreprise.

Le contenu des conventions ou accords collectifs d'entreprise portant sur l'aménagement du temps de travail révèle, quant à lui, que les signataires de ces textes usent des possibilités de dérogations *in pejus* à la loi offertes par le législateur et ce dans l'intérêt de l'entreprise et pour des besoins d'adaptation à une réalité de l'entreprise. Sans être proscrit, l'intérêt du salarié n'est pas celui qui apparaît le plus explicitement. Il ne s'agit certes pas en soi d'un dévoiement des fonctions de la négociation collective. Cette dernière a en effet toujours eu part liée avec l'intérêt de l'entreprise. Toutefois, la place conférée aux intérêts du salarié ne saurait être négligée. Si les enjeux de l'organisation du temps de travail sont importants pour l'entreprise, les risques de certaines formes d'aménagement du temps de travail sont réels pour les salariés. Le temps de travail est un des domaines de la santé et de la sécurité.

Or, la protection de la sécurité physique des travailleurs est une des matrices du droit du travail (91). En outre, la fonction de protection des personnes, et notamment la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, est consubstantielle à l'État interventionniste au sein duquel la Nation doit garantir à tous la santé (92). L'intervention de l'État n'est pas une faculté laissée à la discrétion des pouvoirs publics, c'est une obligation (93). Le transfert de pouvoirs à l'œuvre au profit des partenaires sociaux ne doit pas s'accompagner d'une dilution de cette obligation. Il convient de rechercher de nouveaux équilibres entre la vie personnelle et la vie professionnelle en raison de l'intensification du travail ou de l'augmentation des horaires de travail rendue possible avec des formes d'aménagement du travail comme les conventions de forfait, la modulation, les heures supplémentaires et même les comptes épargne-temps.

Un autre point mérite ici d'être souligné : les pratiques des entreprises en matière d'aménagement du temps de travail sont extrêmement variées. On observe une place grandissante laissée aux formes d'aménagement du temps de travail individualisé avec notamment les conventions de forfait et, dans une certaine mesure, les comptes épargne-temps. S'agissant des formes d'aménagement collectif, elles sont plurielles et diverses. Cette pluralité aboutit à ce qu'un même dispositif puisse recouvrir des réalités bien différentes pour les salariés. En effet, leurs conditions de travail divergent selon qu'ils sont employés dans une entreprise qui a mis en place une organisation plurihebdomadaire du temps de travail avec des périodes dites « basses » supérieures à 30 heures de travail hebdomadaire et des périodes dites « hautes » inférieures à 40 heures ou qu'ils travaillent dans une structure avec des limites basses nulles (0 heures) et des limites hautes de 48 heures. Cette diversité est le signe d'un réel dérèglement de « l'horloge sociale ».

(90) Sur la question, v. MICHON François, « Longues durées de travail, temps flexibles, temps contraints. Les nouveaux enjeux du temps de travail », *Revue de l'Ires*, n° 49, 2005, p. 9.

(91) PÉLISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, 23^e éd., Paris : Dalloz, 2006, p. 1103.

(92) Al. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

(93) Le Conseil d'État, dans une décision du 3 mars 2004, a reconnu que la responsabilité de l'État a pu être engagée en raison de sa carence fautive du fait de l'absence de mesures prises en vue de protéger la santé des travailleurs exposés aux poussières d'amiante car il « incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers » ; CE Ass. 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c. Consorts Thomas*, n° 241151 et 241152, *Rec.*, p. 127.



BIBLIOGRAPHIE

ADAM Patrice, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Droit ouvrier*, 2008, p. 313.

ARTUS Patrick, CAHUC Pierre, ZYLBERBERG André, Réglementation du temps de travail, revenu et emploi, Rapport du Conseil d'Analyse Économique (CAE), 2007, n° 68.

BLOCH-LONDON Catherine et MARCHAND Olivier, « Les enjeux de la durée du travail », *in : Économie et statistique*, n° 231, Avril 1990, p. 19.

BONNECHÈRE Michèle, « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social », *Droit ouvrier*, 1998, p. 249.

BOUBLI Bernard, « À propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Droit social*, 1985, p. 239.

BRUNEAU Laurent, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, th. Univ. Toulouse, Toulouse : polycop, 2005.

BRUNHES Bernard, « La flexibilité du travail. Réflexion sur les modèles européens », *Droit social*, 1989, p. 251.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris : Flammarion, 1996.

CHALARON Yves, « L'application de la disposition la plus favorable », *in : Les transformations du droit du travail*, Études offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris : Dalloz, 1989, p. 243.

COLLIN Francis, DHOQUOIS Régine, GOUTIERRE Pierre-Hubert, JEAMMAUD Antoine, LYON-CAEN Gérard, ROUDIL Albert, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble : PUG, 1980.

COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », *in : Les orientations du droit social contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris : PUF, 1992, p. 143.

CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système* [1977], Paris : Éditions du Seuil, Points, 2004.

DEDESSUS-LE MOUSTIER Nathalie, « Les fonctions du compte épargne-temps », *Droit social*, 1998, p. 547.

DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, Paris : LGDJ, 1957.

DOCKÈS Emmanuel, « Le stroboscope législatif », *Droit social*, 2005, p. 826.

DURAND Paul, « Une orientation nouvelle du droit du travail, l'ordre économique et le droit du travail », *DC*, 1941, Chr., p. 29.

DURAND Paul, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.*, 1939, p. 353.

FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Droit social*, 2009, p. 251.

GUERRIEN Bernard, *Dictionnaire d'analyse économique*, 3^e éd., Paris : La Découverte, 2002.

HAYEK Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, Vol. 1 : Règles et ordre, Paris : PUF, 1995.

LAGARDE Xavier, « La motivation des actes juridiques », *in : La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris : LGDJ, 1997, p. 73.

LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société*, T. I, *Les relations individuelles de travail*, Rennes : PUR, 2001.

LYON-CAEN Gérard, « À propos de quelques ouvrages de doctrine », *Droit social*, 1978, p. 294.

LYON-CAEN Gérard, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social*, 1985, p. 801.

LYON-CAEN Gérard, *Le droit du travail, Une technique réversible*, Paris : Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1995.

LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine, « La "doctrine" de l'entreprise », in : *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : Librairies Techniques, 1978, p. 599.

MICHON François, « Longues durées de travail, temps flexibles, temps contraints. Les nouveaux enjeux du temps de travail », *Revue de l'Ires*, n° 49, 2005, p. 9.

PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Paris : Sirey, 1967.

PÉLISSIER Jean, SUPIOT Alain et JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, 24^e éd., Paris : Dalloz, 2008.

PERROT Michelle, *Les ouvriers en grève, France 1871-1890*, Paris : Mouton, 1974.

QUENAUDON (de) René, « La doctrine progressiste : une lecture du droit du travail en crise », *D.*, 2005, p. 1736.

RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1951.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, n° 291.

ROUDIL Albert, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : "la beauté du diable" », *Droit social*, 1985, p. 84.

SCELLE Georges, *Le droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*, 2^e éd., Paris ; Armand Colin, 1929.

SCHMIDT Dominique, « De l'intérêt social », *JCP (E)*, 1995, n° 38.

SOUBIE Raymond, « Quelques réflexions sur les accords donnant-donnant », *Droit social*, 1985, p. 614.

SUPIOT Alain, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, 1989, p. 195.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Paris : PUF, 2002.

TADDEI Dominique, *Aménagement et réduction du temps de travail : pour une nouvelle organisation de la production, allongement de la durée d'utilisation des équipements*, Rapport d'étape, Paris : Ministère du redéploiement industriel et du commerce extérieur, 1985

TEYSSIÉ Bernard, « L'entreprise et le droit du travail », *Archives de Philosophie du droit*, 1997, p. 368.

TEYSSIÉ Bernard, « Remarques sur le droit du travail », in : *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, p. 495.

VAN ECHELTELT Patricia, « Heures supplémentaires et qualité de la vie », *Revue de l'Ires*, n° 49, 2005, p. 129.

VARCIN Françoise, *Le pouvoir patronal de direction*, th. Univ. Lumière – Lyon 2, Lyon : polycop., 2000.

VERKINDT Pierre-Yves, « Les conventions de forfait », *Droit social*, 2010, p. 387.

VERKINDT Pierre-Yves, « L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre », *JCP (S)*, 2008, n° 40, p. 3.



