

Article paru au FRS 7/15 du 3 avril 2015

8 Les 35 heures : l'éternel débat

Par Angéline Duffour et Anna Milleret-Godet, Cohen & Gresser

Source de création d'emplois pour les uns, cause de tous nos maux pour les autres, les 35 heures sont, depuis 15 ans, l'objet de débats houleux entre leurs défenseurs et leurs détracteurs.

Plus mesurés, deux avocats s'interrogent sur la réelle nécessité de revenir sur ce dispositif, en listant notamment l'ensemble des mesures qui permettent déjà d'y déroger et en envisageant des pistes nouvelles.

Le 1^{er} février dernier, le passage aux 35 heures de travail hebdomadaires fêtait ses 15 années d'existence. Le 25 août 2014, la veille de sa nomination en tant que ministre de l'économie, Emmanuel Macron s'était favorablement exprimé sur la possibilité de déroger aux 35 heures, puis a réitéré ses propos, en novembre 2014, devant le Parlement et a invité ce dernier à revoir ce dispositif.

En parallèle, le 24 novembre 2014, un **projet de rapport commun** à la France et l'Allemagne, publié dans l'hebdomadaire allemand « Der Spiegel », préconisait, parmi d'autres mesures, un assouplissement radical des 35 heures en France.

De son côté, Matignon n'a pas manqué de revenir sur les propos d'Emmanuel Macron en affirmant que le **Gouvernement** n'avait pas l'intention de modifier la durée légale du travail.

Enfin, une **commission d'enquête** sur les 35 heures ayant vocation à analyser, 15 ans plus tard, l'impact sociétal, social, économique et financier de la réduction du temps de travail a rendu son rapport le 16 décembre 2014. Celui-ci dresse un bilan plutôt positif du passage aux 35 heures, mettant en avant les créations d'emploi et la réduction du chômage, alors que, de son côté, l'**opposition parlementaire** pointe du doigt la question de la compétitivité de la France et le coût que représentent les 35 heures pour les finances publiques.



Angéline Duffour est avocat associé au sein du cabinet Cohen & Gresser qu'elle a rejoint en mars 2014 pour créer, avec Johannes Jonas, le bureau parisien de ce cabinet américain, après une expérience de 10 ans au sein du cabinet Dentons (anciennement Salans) dont un détachement à New York. Elle intervient auprès de clients français et étrangers dans tous les domaines du droit social, tant en conseil qu'en contentieux.



Anna Milleret-Godet est avocat au sein du cabinet Cohen & Gresser depuis octobre 2014, après avoir travaillé 5 ans dans des cabinets d'affaires dont près de 3 ans au sein du cabinet Dentons (anciennement Salans). Elle intervient auprès d'une clientèle française et internationale sur tous les aspects du droit social, tant en conseil qu'en contentieux.

L'éternel débat, toujours aussi vif, autour des 35 heures tend à démontrer que ce dispositif est contesté et, du point de vue des entreprises, apparaît de moins en moins adapté à l'économie actuelle et ses besoins de flexibilité. Est-ce vraiment le

cas ? Faut-il vraiment abroger ce dispositif ? Telle est la première question à laquelle nous allons tenter de répondre.

Une remise en cause des 35 heures est-elle souhaitable ?

Plus de 15 ans après l'entrée en vigueur des lois 98-461 du 13 juin 1998 et 2000-37 du 19 janvier 2000, dites « lois Aubry », est-il vraiment possible de trancher cette question et surtout, comment appréhender de manière objective l'ensemble des **impacts tant positifs que négatifs** de cette réforme ?

Madame Barbara Romagnan, député PS du Doubs et rapporteure à la commission d'enquête sur les 35 heures créée le 11 juin 2014, précise, dans ses conclusions, que les 35 heures ont permis aux salariés **d'améliorer leurs conditions de travail et de mieux concilier vie professionnelle et vie personnelle**. Elle indique également que le passage aux 35 heures a **créé des emplois**.

Pourtant, face à la multiplication des situations de « **burn-out** », de stress au travail et de risques psychosociaux au cours de la dernière décennie, une telle conclusion n'est-elle pas utopique ?

C'est naturellement le point de vue des opposants, qui considèrent les conclusions de la commission d'enquête partisans. Selon eux, le rapport n'apporte pas de précisions sur les types d'emplois créés depuis la mise en place des 35 heures et étudie totalement la question du **coût du travail** et de la politique de réduction du temps de travail pour les heures travaillées de 35 à 39 heures depuis 2001.

Bien que décriée par le **patronat**, la durée légale du travail de 35 heures hebdomadaires est vue comme un véritable acquis social pour les **salariés** que ces derniers ne semblent pas prêts à abandonner. En pratique, une véritable remise en cause des 35 heures paraît **peu réaliste** en ce qu'elle impliquerait a priori un retour à une durée légale du travail de 39 heures par semaine, avec suppression corrélative des jours de RTT, et potentiellement de nouvelles aides à verser aux entreprises pour permettre une adaptation des rémunérations des salariés.

Aussi nous semble-t-il plus **opportun** de revoir les outils actuels permettant d'ores et déjà de « déroger » aux 35 heures et d'appréhender dans quelle mesure des assouplissements supplémentaires pourraient être envisagés, étant précisé qu'il s'agit là essentiellement de pistes de réflexion.

Quels outils permettent déjà d'assouplir les 35 heures ?

Selon l'Insee, la durée effective de travail des salariés est de 39,2 heures par semaine. Le travail limité à 35 heures par semaine n'est donc pas la règle en pratique.

En outre, depuis les lois Aubry, diverses lois ont déjà assoupli le régime des 35 heures, notamment la loi 2003-47 du 17 janvier 2003 (dite « **loi Fillon** ») permettant d'aménager les conditions dans lesquelles la réduction du temps de travail est mise en œuvre dans les entreprises et la loi 2008-789 du 20 août 2008 accordant une place importante à la négociation collective d'entreprise pour fixer les différents paramètres de la durée du travail.

Parmi les modes d'organisation de la durée du travail permettant déjà en pratique de « déroger » aux 35 heures hebdomadaires, on peut citer les 4 dispositifs suivants.

La répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année

Un **accord collectif** d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (C. trav. art. L 3122-2).

Ce dispositif, qui a remplacé, depuis la loi du 20 août 2008 précitée, l'ancien dispositif de « modulation » et qui permet de déroger à la durée **hebdomadaire** de travail, est très utilisé par les entreprises sujettes à des variations cycliques d'activité. En effet, il permet de faire **varier la durée du travail** de 0 heure à 44 heures (voir 46 heures dans certains cas et 48 heures sur une semaine isolée).

Dans ce cas, conformément à l'article L 3122-4 du Code du travail, seules sont considérées comme des **heures supplémentaires** celles effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord.

Il est en outre possible d'organiser une répartition de la durée du travail sur une période au plus égale à 4 semaines **sans accord collectif** (C. trav. art. D 3122-7-1).

Les conventions de forfaits en heures sur la semaine ou le mois

Lorsque le salarié est amené à effectuer régulièrement des heures supplémentaires, il est possible de mettre en place des **conventions individuelles** de forfait en heures sur la semaine (par exemple 39 heures) ou sur le mois (169 heures), incluant un nombre déterminé d'heures supplémentaires. Ce type de convention suppose l'**accord** du salarié et est établi par écrit.

Ce dispositif ne requiert toutefois pas l'existence préalable d'un accord collectif, de sorte que sa mise en place est relativement simple. Il suffit que la clause de forfait en heures précise le **nombre d'heures travaillées** sur la semaine ou le mois, l'accomplissement d'heures supplémentaires ne devant pas conduire à dépasser le contingent annuel d'heures supplémentaires.

La **rémunération** du salarié est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant au forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires (C. trav. art. L 3121-41).

Les conventions de forfait en jours sur l'année

Il est possible de conclure des conventions de forfait en jours sur l'année :

- pour les **cadres** disposant d'une certaine **autonomie** dans l'organisation de leur temps de travail et ne pouvant suivre l'horaire collectif,
- pour les **salariés** dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et disposant d'une réelle **autonomie** dans l'organisation de leur emploi du temps.

La mise en place de telles conventions de forfait en jours suppose, outre l'**accord** du salarié, l'existence d'une **convention ou d'un accord collectif** le prévoyant.

L'avantage de ce type de forfait est qu'il permet en principe d'éviter de décompter les heures de travail, les salariés concernés bénéficiant toutefois des repos quotidien et hebdomadaire. Le salarié a droit en outre en contrepartie à une dizaine de « jours de repos », en plus de ses congés payés.

Victime de son succès, le forfait jours a cependant fait l'objet d'abus, de sorte qu'il est aujourd'hui attaqué sur différents fronts et nourrit un abondant contentieux.

En effet, le forfait jours est régulièrement invalidé par les juges sous le visa de la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

La Cour de cassation a ainsi privé d'effet ou annulé les conventions de forfait en jours prévues par les conventions collectives suivantes : chimie (Cass. soc. 3-12-2012 n° 10-19.807 : RJS 4/12 n° 350), commerce de gros (Cass. soc. 26-9-2012 n° 11-14.540 : RJS 12/12 n° 950), bureaux d'études techniques ou « Syntec » (important utilisateur de forfait jours du fait de la concentration de cadres et de consultants dans ce secteur : Cass. soc. 24-4-2013 n° 11-28.398 : RJS 7/13 n° 543), cabinets d'experts-comptables et commissaires aux comptes, néanmoins rapidement sécurisées par un avenant du 18 février 2015 (Cass. soc. 14-5-2014 n° 12-35.033 : RJS 7/14 n° 566) et notariat (Cass. soc. 13-11-2014 n° 13-14.206 : RJS 2/15 n° 102).

Ces contentieux ont ouvert la voie dans ces secteurs à d'importants risques de rappels de salaire pour heures supplémentaires de la part des salariés concernés et autres demandes liées (congés payés sur heures supplémentaires, repos compensateurs, indemnité de 6 mois de salaire pour travail dissimulé, etc.).

Du fait de cette jurisprudence abondante, les conditions de validité des forfaits jours sont relativement précises aujourd'hui, les juges imposant essentiellement de prévoir, par accord, les modalités d'un suivi régulier de la charge de travail et du salarié lui-même : contrôle du nombre de jours travaillés, suivi régulier de l'organisation et de la charge de travail du salarié, amplitude raisonnable des journées de travail, entretiens pluriannuels afin d'évoquer ces points, respect de la vie privée et familiale.

La Cour de cassation a d'ailleurs récemment validé les conventions de forfait en jours dans le secteur de la banque, considérant que les dispositions conventionnelles répondaient aux exigences de protection de la santé et de la sécurité des salariés (Cass. soc. 17-12-2014 n° 13-22.890 : RJS 2/15 n° 102).

Les accords de maintien de l'emploi

L'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, repris par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, a mis en place la possibilité pour les entreprises d'aménager (et notamment augmenter) le temps de travail dans le cadre de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles qui peut, pour une durée maximale de 2 ans, aménager la durée du travail, ses

modalités d'organisation et de répartition, ainsi que la rémunération des salariés (C. trav. art. L 5125-1, I).

En clair, les partenaires sociaux peuvent convenir temporaire-ment, dans l'objectif de sauver l'entreprise, d'une baisse de la durée du travail et corrélativement des salaires, ou à l'inverse d'une augmentation du temps de travail, dans le respect de la durée légale, sans répercussion sur les rémunérations des salariés.

Comment poursuivre sur la voie de l'assouplissement de la durée légale du travail ?

Si un véritable changement de la durée légale du travail semble difficilement envisageable, des assouplissements complémentaires paraissent nécessaires et attendus par les entreprises dans le contexte économique actuel.

Ces aménagements pourraient par exemple prendre la forme d'un dépassement du seuil hebdomadaire de 35 heures (par exemple de 35 à 39 heures), sans application des majorations pour heures supplémentaires et du repos compensateur.

« Si un véritable changement de la durée légale du travail semble difficilement envisageable, des assouplissements complémentaires paraissent nécessaires »

La mesure pourrait par exemple être prévue par la voie de la négociation collective avec les représentants du personnel et basée sur le volontariat, comme le suggère Thierry Benoit, président de la commission d'enquête sur les 35 heures. Cela reviendrait toutefois à faire prévaloir l'accord d'entreprise sur le contrat de travail et l'accord de branche, ce qui ne sera pas nécessairement du goût des salariés et pourra être contraire au principe de faveur qui règle les rapports entre le contrat de travail et les autres normes.

Pourquoi ne pas également envisager un régime légal différent (sans nécessité d'accords de branche ou d'entreprise), tel qu'un forfait hebdomadaire en heures par semaine par exemple de 42 ou 44 heures (sans imputation sur le contingent annuel d'heures supplémentaires) pour certaines catégories de salariés ou certains secteurs d'activité requérant de la flexibilité ou encore selon la taille de l'entreprise ? Il s'agirait de prendre en compte la diversité et la spécificité des situations et apporter un peu de souplesse aux TPE et PME, moins en mesure de négocier des accords d'entreprises permettant d'y déroger.

Il pourrait aussi être opportun de prévoir une contrepartie aux heures travaillées au-delà de 35 heures, sans pour autant retomber dans l'écueil des heures supplémentaires. La doctrine propose, par exemple, à titre de mesure incitative pour les salariés, de ne pas soumettre les heures accomplies de 35 à 39 heures à cotisations salariales. A voir si une telle mesure peut suffire à convaincre les salariés de renoncer à leurs droits acquis.

Enfin, la possibilité d'étendre le dispositif des accords de maintien de l'emploi, actuellement réservé aux entreprises en

difficulté, à toutes les entreprises pourrait également être envisagée. Cependant, à ce jour, compte tenu du succès limité rencontré par ces accords, il conviendrait d'en revoir les conditions et les modalités.

En conclusion, si la remise en cause pure et simple des 35 heures semble difficilement envisageable, force est de constater que, depuis 15 ans, nombreuses sont les dispositions légales permettant de contourner les effets contraignants de ce dispositif. Il semble souhaitable à ce jour de poursuivre dans cette voie de l'assouplissement, afin de répondre aux besoins de flexibilité des chefs d'entreprise, tout en privilégiant la concertation avec les représentants du personnel, principaux garants des droits des salariés.

Le projet de loi pour la croissance et l'activité, dit « **projet de loi Macron** », visant à « libérer » l'activité partout en France et dans tous les secteurs, tend à aller dans ce sens, en ce qu'il prévoit certaines mesures d'assouplissement concernant le recours au travail le dimanche et au travail de nuit (création du travail « en soirée »).

Egalement, dans son rapport daté du 26 mars 2015 en vue de la « conférence sociale thématique » au ministère du travail du 3 avril 2015, le **Medef** a réaffirmé qu'il fallait, selon lui, « aller beaucoup plus loin, et sans attendre ». D'ailleurs, une des préconisations du Medef est notamment d'assouplir et élargir le recours aux accords de maintien dans l'emploi. Le débat reste donc ouvert.