

ASPECTS DU CONTENTIEUX DE LA DURÉE DU TRAVAIL - 19 janvier 2007

Communication de Hervé GOSSELIN

Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation

Deux excellents auteurs écrivaient il y a peu:

« La réflexion sur le rapport entre norme étatique et norme négociée touche ainsi au rapport de la norme générale et de la liberté contractuelle, quelle qu'en soit la source;

Elle ne peut être isolée d'une réflexion sur la légitimité et sur la représentativité des acteurs de la négociation et sur leur aptitude à contenir le pouvoir de l'employeur ». (A Jeammaud et H Masse Dessen Semaine sociale Lamy 18 octobre 2006

La représentativité des acteurs de la négociation, fait l'objet de réflexions délicates, à partir notamment de l'avis du conseil économique et social.

Les pouvoirs publics se sont, à ce stade, limités à organiser une procédure d'invitation à la négociation des partenaires sociaux au travers du projet de loi de modernisation du dialogue social qui vient d'être adopté par le Parlement.

Les progrès sont réels bien qu'insuffisants.

Insuffisants parce que pour s'engager franchement dans un rééquilibrage de la norme étatique et de la liberté contractuelle, il est absolument nécessaire que la légitimité des acteurs de la négociation soit renforcée.

Cette remarque s'impose d'autant plus que le renforcement de la norme conventionnelle aura vocation à produire des effets sur les relations entre contrat collectif et contrat de travail.

Si la norme conventionnelle s'oriente de plus en plus, ce que nous constatons tous les jours, et particulièrement dans le domaine de la durée du travail qui nous occupe aujourd'hui, vers des accords "donnant-donnant" ou, à tous le moins, vers des accords qui sont susceptibles de réviser à la baisse des acquis conventionnels antérieurs, voire de mettre en cause des situations contractuelles, il est indispensable qu'elle puisse s'appuyer sur une très forte légitimité des signataires de l'accord.

La durée du travail est un domaine de choix pour analyser l'évolution des relations entre normes étatiques, conventionnelles et contractuelles au travers de la jurisprudence de la chambre sociale.

C'est ce que je me propose de faire rapidement et en complément des éléments très riches donnés à l'instant par Michel Blatman.

Je commencerai par constater que la chambre s'applique à garantir le cadre fixé par le législateur, puis j'observerai qu'elle veille au respect des initiatives des acteurs de la négociation

avant d'examiner de quelle manière elle a été conduite à tirer les conséquences sur le contrat de travail de normes étatiques et conventionnelles, à propos de l'article 30 II de la loi dite Aubry II.

I La chambre sociale est garante du cadre fixé par le législateur.

J'illustrerai cette affirmation par un bref examen de la jurisprudence de la chambre dans deux domaines.

11. La chambre a mis en oeuvre la volonté de sécurisation des accords collectifs du législateur.

Cette mécanique de la sécurisation, qui tend à se développer, témoigne en tout cas de ce que le législateur ne souhaite pas perturber outre mesure le déroulement de la négociation collective. La loi du 13 juin 1998 invitait les acteurs de la négociation collective à s'emparer du thème de la réduction de la durée du travail en concluant des accords. Il était donc normal que la loi du 19 janvier 2000 ait le souci de sécuriser ces accords (articles 28 I et 28 II)

La chambre a ainsi eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur cette question en appuyant la solution retenue sur la validation d'accords signés antérieurement à la loi du 19 janvier 2000. Par exemple, à propos d'un accord qui instituait une modulation qui ne prévoyait pas l'introduction de stipulations relatives au droit à rémunération et au repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de l'année de référence (soc 26 mai 2004, Bull, V, n° 144 Fédération nationale CGT des sociétés d'études), ou de la protection qui s'attache aux salariés mandatés pour négocier un accord de réduction du temps de travail (soc 28 mars 2006, Bull, V, n° 129)

Il est vrai qu'elle a pu avoir une conception assez audacieuse de cette sécurisation juridique en décidant parfois d'appliquer la norme nouvelle en l'absence de stipulations contenues par l'accord en cause.

Ainsi a-t-elle jugé que l'article 30 II de la loi Aubry II, qui a créé un licenciement dit "sui generis", en cas de refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord collectif de réduction du temps de travail, était applicable aux ruptures intervenues en application d'accords conclus au titre de la loi du 13 juin 1998. Il lui est en effet apparu que les deux lois Aubry constituaient un ensemble juridique, la première renvoyant à la seconde et la seconde sécurisant les accords conclus au titre de la première, qui autorisait le juge à appliquer la même règle à toutes les situations issues de ces deux lois en l'absence de précision dans la première loi sur ce point.(Soc 15 mars 2006 Extand, Bull V n° 107)

Pour autant, la chambre est restée vigilante sur le contenu des accords qui pouvaient bénéficier de ces dispositions de sécurisation.

Elle a ainsi considéré qu'un accord qui prévoyait la possibilité d'instaurer des forfaits jours pour des agents de maîtrise n'était pas susceptible d'être validé au titre de ces dispositions, étant contraire à la loi du 19 janvier 2000, alors applicable(soc 5 avril 2006 Casino, Bull, V, n° 142)

12. La chambre exerce un contrôle rigoureux sur l'existence d'un accord collectif lorsqu'il est nécessaire pour l'application de certaines dispositions législatives.

Dans un certain nombre de cas , assez fréquents , le législateur conditionne la mise en oeuvre de dispositions, notamment en matière d'aménagement du temps de travail, à l'existence d'un accord collectif.

On peut en donner deux exemples:

S'agissant de l'annualisation du temps de travail, la chambre a jugé qu'elle ne pouvait pas être valablement mise en oeuvre alors qu'aucun accord collectif n'avait été signé (soc 11 octobre 2005,ISO, Bull, V, n° 283)

De la même manière, dans la branche sanitaire , sociale et médico- sociale, il a été jugé que l'accord du 1^{er} avril 1999 ne contenait aucune stipulation permettant le recours à la modulation du temps de travail pour des salariés occupés à temps partiel, contrairement aux exigences de l'article L 212-4-6 du Code du travail (soc 3 mai 2006, ADDSEA, Bull, V, n° 165)

II La chambre conforte les initiatives des acteurs de la négociation dans le cadre de l'articulation loi-accords collectifs

Comme l'a très justement écrit un auteur (S FROSSARD "Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail " Droit social 11 novembre 2006) , la chambre veille à garantir une autonomie effective et une consistance à chaque source de droit d'origine professionnelle.

C'est ce souci qui a inspiré son revirement de jurisprudence en ce qui concerne l'effet de la définition du travail de nuit, contenue dans la loi du 9 mai 2001, sur les clauses conventionnelles prévoyant des contreparties salariales au travail de nuit.

De même, la chambre a eu l'occasion de réaffirmer que les partenaires sociaux sont libres de modifier la norme étatique dans un sens plus favorable aux travailleurs à propos de l'application d'un régime d'équivalence.

Enfin, la chambre interprète les accords de réduction du temps de travail lorsqu'ils lui sont soumis.

21. Un signal fort a été donné aux acteurs de la négociation à l'occasion du revirement de jurisprudence sur le travail de nuit.

La chambre avait dans un premier temps fait prévaloir la norme étatique, en l'occurrence le texte définissant le travail de nuit comme celui exécuté de 21h à 6h, en considérant qu'elle s'imposait immédiatement , compte tenu de son caractère d'ordre public, aux stipulations conventionnelles qui prévoyaient des compensations salariales au travail de nuit , en général défini comme la période allant de 22h à 5 h.

Elle s'est dans, un deuxième temps, avisée que l'article L 213-4 nouveau ne rendaient obligatoires que les contreparties en termes de repos, ce qui correspondait à une préoccupation

affirmée du législateur de limiter les effets délétères sur la santé des travailleurs de cette forme de travail.

Elle a donc décidé, dans les arrêts rendus le 21 juin 2006, que les partenaires sociaux étaient entièrement libres de fixer les tranches horaires qu'ils souhaitaient pour faire bénéficier les salariés de majorations salariales, cette question étant du "strict domaine conventionnel". (soc 21 juin 2006, société ITML, Bull, V, n° 372 et Mme Bellaouira, Bull, V, n° 227)

Tout autre aurait été la solution s'il s'était agi du respect de l'une ou l'autre des obligations posées par la loi du 9 mai 2001, en ce qui concerne par exemple la contrepartie en repos ou le respect du suivi médical.

Cette jurisprudence devrait permettre de mieux baliser les champs de compétence respectifs de la loi et de la convention collective.

22. Les partenaires sociaux peuvent améliorer la norme étatique

Régulièrement les employeurs et les organisations syndicales prennent des initiatives qui vont au-delà de la loi.

La chambre conforte ces initiatives y compris dans des domaines qui font l'objet d'une intervention du pouvoir réglementaire.

Une illustration récente en a été donnée dans le domaine particulièrement instable des systèmes d'équivalence applicables dans les hôtels cafés restaurants.

En l'occurrence, la "sous-branche" des cafeterias avait décidé de négocier une convention collective propre, détachée de celle des Hôtels Cafés Restaurants. Bien que cette activité des cafeterias ait été visée par le champ d'application des décrets du 15 avril 1988 puis du 31 mars 1999, instaurant des équivalences dans le secteur, les partenaires sociaux ont entendu écarter le régime d'équivalences prévues par ce décret.

La chambre a ainsi rejeté le pourvoi de l'employeur qui invoquait l'inclusion des cafeterias dans le champ d'application des décrets pour appliquer le régime d'équivalence prévu .(soc 31 mai 2006, Société HRC-Arche, Bull, V, n° 201)

De même, à l'occasion de l'examen de l'accord de réduction du temps de travail signé chez Renault, la chambre a admis la possibilité pour les partenaires sociaux de bâtir un dispositif de suivi de la durée du travail des cadres sous le régime du forfait jours qui inclut une référence horaire. (soc 5 avril 2006, Société Renault, Bull, V, n°141)

23. La chambre est conduite à interpréter les accords de réduction du temps de travail

Cette fonction est classique, mais elle est particulièrement délicate s'agissant d'accords de réduction du temps de travail, fruits de compromis particulièrement difficiles.

Ainsi, la chambre a eu à trancher la question de savoir si des accords de réduction du temps de travail rendaient obligatoires une réduction effective de la durée du travail à 35 h ou s'ils s'en

tenaient à la seule modification législative fixant la durée légale à 35h, organisant les modalités de la réduction du temps de travail dans la seule hypothèse où elle serait mise en oeuvre dans l'entreprise.

Dans deux espèces, à propos de l'accord SYNTEC (soc 31 octobre 2006, Thales Is, N° 05-10.051) et de l'accord conclu au sein des services de santé au travail (soc 13 décembre 2006 Mme Durand et a, N° 05-40.671 et Mme Cadrouilh-Coindre et a, N° 05-43.651, 617 et 664) la chambre a jugé dans des sens différents en s'appuyant sur la rédaction précise des stipulations litigieuses.

III La question des effets de la loi et de l'accord collectif sur le contrat de travail

Il est rare que le législateur s'aventure dans l'univers des qualifications juridiques en matière de relations individuelles.

Il le fait de temps en temps pour orienter le juge dans une direction qu'il estime nécessaire d'emprunter, mais sans garantie du résultat. Ainsi, par exemple, de la qualification de salarié ou de travailleur indépendant, le juge gardant la maîtrise de la qualification juridique donnée à la relation de travail.

Les dispositions de l'article 30 II de la loi du 19 janvier 2000, qui qualifient de non économique et d'individuel le licenciement d'un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail en application d'un accord de réduction du temps de travail, sont donc particulièrement remarquables.

Elles ont fait l'objet de débats passionnés au Parlement avant d'être adoptées dans la forme que nous leur connaissons.

Quel était l'enjeu ?

Engagés dans une politique de maintien et de création d'emploi passant pour une part importante par la conclusion d'accords de réduction du temps de travail, le gouvernement et sa majorité ne souhaitaient pas que les accords ainsi conclus puissent être mis en cause par une multiplication de refus des salariés débouchant, conformément à la jurisprudence Framatome - Majorette, sur des plans sociaux (où l'on retrouve nos propos initiaux sur la légitimité des acteurs de la négociation !). D'où cette première tentation de prévoir que les licenciements prononcés du fait du refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, le plus souvent une réduction de la durée du travail non intégralement compensée, seraient présumés avoir une cause réelle et sérieuse....puis, après quelques débats agités, la décision de retenir une formulation indiquant que le licenciement ne serait pas économique et qu'il serait individuel, ce qui évitait les plans sociaux.

La chambre a donc eu à appliquer ce texte "original" à l'occasion de plusieurs affaires principalement jugées le 15 mars 2006 et le 5 avril 2006.

Elle a circonscrit le domaine de la modification du contrat de travail consécutive à la réduction du temps de travail prévue par un accord collectif en jugeant, conformément au nouvel article L

212-3 du Code du travail, que la seule modification de la structure de la rémunération consistant en l'introduction d'une indemnité différentielle pour maintenir le salaire, ne constituait pas une modification du contrat de travail (soc 5 avril 2006, Mme Gaudibert, Bull, V, n°138)

La chambre s'en est ensuite tenue à la lettre de l'article 30 II de la loi Aubry II en jugeant que le refus d'une modification du contrat de travail résultant d'une réduction du temps de travail mise en oeuvre par un engagement unilatéral de l'employeur donnait lieu à un licenciement non inhérent à la personne du salarié, à un licenciement économique.(soc 15 mars 2006, société Sopafom, Bull, V, n° 107).

Ce faisant elle a parfaitement respecté la volonté du législateur de ne prévoir une exception au droit commun que dans l'hypothèse d'un accord collectif de réduction du temps de travail.

Elle a ensuite strictement respecté la loi en considérant que, dans cette dernière hypothèse, le licenciement d'un salarié refusant la modification de son contrat de travail était individuel et non économique.

Elle a donc rejeté la thèse défendue par certaines cours d'appel qui , écartant de fait l'application de la loi, ont recherché l'éventuelle cause économique du licenciement....pour en général conclure qu'il n'y en avait pas et considérer en conséquence le licenciement sans cause réelle et sérieuse, impasse que le législateur avait voulu précisément éviter.

Et elle a défini l'office du juge lorsqu'il est saisi d'un tel litige.

La loi précisant que le licenciement ainsi défini, individuel, non économique, était soumis aux dispositions des articles L 122-14 à L122-17 du Code du travail, la chambre s'est posée la question de savoir sur quoi pouvait porter le contrôle du juge.

Il lui est apparu que l'accord de réduction du temps de travail, correspondant à la réduction de la durée légale de la durée du travail, s'imposant à tous les salariés, il n'est pas de la compétence du juge de mettre en cause l'accord collectif, d'en rechercher les raisons ni de les apprécier, on ne sait sur quels critères d'ailleurs.

Mais qu'en revanche, il est indispensable de s'assurer que l'employeur n'a pas utilisé la mise en oeuvre de l'accord pour imposer à son salarié une modification de son contrat de travail étrangère à cet accord. D'où la formule retenue par l'arrêt : "Il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif au refus par le salarié de la modification de son contrat de travail, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail ". (soc 15 mars 2006, Société Amitel, Bull, V, n°107) C'est, pour reprendre une approche fréquente en droit public, une sorte de contrôle du détournement de pouvoir qui est ainsi confié par la chambre aux juges du fond.

La chambre a fait une application immédiate de cette jurisprudence dans un arrêt rendu à propos d'une salariée sage femme à temps partiel qui avait refusé un changement d'horaire, consistant à passer de séquences de travail de 24h à des séquences de 12h, prévu par un accord de réduction du temps de travail et qui s'était retrouvée licenciée pour faute grave.

Il a été jugé que le refus de la salariée ne pouvait être constitutif d'une faute grave et que le caractère réel et sérieux du licenciement consécutif à son refus devait être apprécié au regard des seules dispositions de l'accord collectif applicable. (Soc 5 avril 2006, Mme Gaudibert, Bull, V, n°138).

L'article L 135-2 du Code du travail " Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables " n'a pas été touché par les dernières évolutions législatives en matière d'articulation entre loi et accords collectifs et entre accords de branche et accords d'entreprise.

Ce principe de faveur reste en vigueur mais il est incontestablement sur la sellette.

Notamment dans le domaine de la durée ou de l'aménagement du temps de travail , où l'on sent bien qu'il est difficile de soutenir que la relation individuelle de travail puisse faire échec à l'accord collectif.

Le législateur a clairement privilégié l'accord collectif par rapport au contrat individuel au travers de l'article 30 II de la loi Aubry II.

Est-ce que cette exception a vocation à prospérer au-delà de ce contexte législatif précis ? Sera-t-il toujours nécessaire que le législateur permette de telles exceptions ou les acteurs de la négociation collective pourront-ils, d'eux-mêmes, faire primer l'application des accords qu'il concluent sur le contrat individuel. L'article 1134 du Code civil peut-il s'accommoder d'une telle évolution?

Voilà des questions qui sont d'une grande actualité, particulièrement dans ce domaine de la durée du travail.

Permettez-moi, pour conclure, de vous livrer cette opinion personnelle qui nous ramène à mes propos initiaux sur la légitimité des acteurs.

Il faudra sans doute, pour qu'une telle évolution soit possible et acceptée, que de grands progrès aient été faits dans le sens du renforcement de la représentativité et de la légitimité des acteurs de la négociation collective.

Je vous remercie.