

**E.N.M. - A.F.D.T. - I.N.T.E.F.P**

-----  
**JOURNEE 2009 DES JURISTES DU TRAVAIL**

-----  
**4 DECEMBRE 2009**

## **Le nouvel ordonnancement juridique**

**Florence CANUT,**  
Maître de conférences à l'université de Montpellier III

Il est assez paradoxal de constater que si le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de la réglementation sociale, il incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation. Ce mouvement de recul de l'encadrement étatique atteint son paroxysme avec la loi du 20 août 2008, dans sa partie relative à la réforme du temps de travail.

Cette dernière conforte le constat, déjà ancien, que le temps de travail constitue le terrain de prédilection des expérimentations relatives à l'ordonnancement des normes. Est-il besoin de rappeler que c'est dans cette matière que sont nées les premières facultés de déroger, par convention ou accord collectif, aux normes étatiques ? L'ordonnance du 27 septembre 1967 permettait ainsi à un accord collectif étendu de déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs prévues par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 sur la semaine de 40 heures. Dans la pratique, cette possibilité de dérogation ne fut guère exploitée et la réglementation de la durée du travail a continué à relever de la loi et non de la convention collective. Toutefois, sur le plan des principes, cette ordonnance a constitué la première remise en cause de la combinaison traditionnelle des sources en droit du travail. Elle permettait en effet que des accords interviennent sur une question déjà réglée par une norme étatique, sans qu'ils se révèlent pour autant forcément favorables aux salariés.

Le mouvement initié en 1967 a repris avec l'ordonnance du 16 janvier 1982, qui a introduit de nouvelles facultés de dérogations. Il s'est poursuivi depuis. Pas moins de 14 lois relatives au temps de travail ont été adoptées de 1982 à 2008. Le trait constant de ces réformes tient à l'affaiblissement du modèle légal et, corrélativement, à l'ouverture d'un champ de plus en plus large à la négociation collective. Ce mouvement tient à la faveur qui se manifeste depuis un quart de siècle pour l'aménagement du temps de travail, voire son individualisation. En la matière, si la loi du 28 février 1986 a réservé aux accords de branche la faculté de déroger à certaines dispositions légales, la loi du 29 juin 1987 a ouvert ces dérogations aux accords

d'entreprise. Les lois suivantes ont maintenu cette orientation valorisant le rôle de la négociation la plus décentralisée. A cet égard, est emblématique la loi du 4 mai 2004 relative à la réforme du dialogue social, en ce qu'elle ouvre largement à l'accord d'entreprise des facultés de dérogation jusqu'alors réservées à l'accord de branche et en ce qu'elle autorise le premier à déroger au second. La loi du 20 août 2008 poussera la logique jusqu'au bout, puisqu'elle cherche à affranchir, sur des thèmes importants relatifs au temps de travail, la négociation d'entreprise de toute contrainte, conventionnelle ou étatique. Elle va ainsi au-delà de ce que les partenaires sociaux avaient pu prévoir dans leur Position commune du 9 avril 2008 et au-delà de ce que les négociateurs patronaux auraient osé rêver. En effet, le prudent article 17 de la Position commune se contentait de prévoir que « *des accords d'entreprise conclus avec des organisations syndicales représentatives et ayant recueilli la majorité absolue des voix aux élections peuvent dès à présent, à titre expérimental, préciser l'ensemble des conditions qui seront mises en œuvre pour dépasser le contingent conventionnel d'heures supplémentaires prévues par un accord de branche antérieur à la loi du 4 mai 2004* ». Dans la loi du 20 août 2008, il n'est plus question seulement de dépasser le contingent conventionnel de branche, l'autonomie attribuée à l'accord d'entreprise allant bien au-delà de ce seul thème. Il n'est plus question non plus d'une quelconque mise en œuvre expérimentale. Le dispositif d'affranchissement de l'accord d'entreprise est fait pour durer. La question peut dès lors se poser de savoir comment s'articulent les normes relatives à la durée du travail après la loi du 20 août 2008. Le trait saillant de la réforme fait apparaître un mouvement allant de la dérogation vers la supplétivité, mouvement accompagné d'une mise en exergue d'un principe de « proximité » ou de « décentralisation ». L'on peut ainsi observer, d'une part, un passage de l'ordre public dérogeable vers la supplétivité de la règle étatique (I) et, d'autre part, un glissement de l'encadrement conventionnel vers la supplétivité de l'accord de branche (II).

#### I. De l'ordre public dérogeable à la supplétivité de la règle étatique

Le domaine de l'ordre public dérogeable ne concerne que les accords dérogatoires au sens strict du terme, c'est-à-dire les accords qui écartent une règle *étatique* en principe applicable. L'accord qui améliore une loi d'ordre public social ne déroge pas à cette dernière ; il la prolonge. Par ailleurs, la faculté de déroger, conventionnellement, à une convention collective de niveau « supérieur », consacrée de manière générale par la loi du 4 mai 2004 n'est pas ici concernée. En effet si, dans ces hypothèses, le principe de faveur est bien remis en cause, celui de l'ordre public

social n'est pas touché. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de *l'ordre public* dérogeable.

Le basculement de l'ordre public dérogeable vers la supplétivité de la règle étatique conduit, dans un premier temps, à s'interroger sur le sens de cette évolution (A). Il s'agira ensuite de tenter d'en tracer les limites (B).

#### A) Le sens de l'évolution...

... amène à faire le constat suivant : le passage de la loi supportant la dérogation à la loi supplétive traduit un affadissement du rôle de l'Etat. Il est en effet différent d'édicter une règle étatique qui supporte la dérogation par voie d'accord collectif et de prévoir qu'une règle étatique ne s'appliquera qu'à défaut d'accord collectif. Dans le premier cas, la norme légale ou réglementaire reste d'ordre public, même si elle supporte la dérogation. Dans le second, elle perd ce caractère : la règle étatique supplétive ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire valablement exprimée. L'Etat ne prend plus en charge la protection des salariés ; il confie ce soin aux partenaires sociaux. Certains parlent de subsidiarité pour dépeindre ce mouvement de délestage. Sans doute, ce terme, d'ailleurs fortement connoté par le droit communautaire, est-il bien choisi pour signifier la tendance actuelle à privilégier les normes adoptées au plus près du terrain. Pour autant, la notion de subsidiarité renvoie à une démarche procédurale pour l'adoption des normes ; elle ne dit rien du caractère technique de ces dernières, en particulier lorsqu'il s'agit de règles étatiques.

L'un des enjeux pratiques principaux de la distinction entre dérogeabilité et supplétivité de la norme étatique tenait ce que seuls les accords dérogatoires bénéficiaient, en vertu de l'article R. 3124-1 du code du travail, d'un transfert de la sanction pénale. Plus précisément, le non-respect d'un accord dérogatoire était passible des mêmes pénalités que la violation des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles il était dérogé. En revanche, les accords intervenant dans le champ libre laissé par une loi supplétive ne semblaient pas susceptibles d'être sanctionnés pénalement. C'en est fini avec le décret du 3 novembre 2008 qui, modifiant les termes de l'article R. 3124-1, sanctionne pénalement aussi bien la méconnaissance des accords dérogatoires (ex. : les accords instituant un repos compensateur de remplacement) que la violation des accords qui s'expriment en présence d'une règle supplétive (ex. : les accords relatifs au contingent annuel d'heures supplémentaires).

La technique de la dérogation permet à un accord collectif d'écarter une règle de base en principe applicable. En général, cette dernière va encadrer la dérogation de

limites ou imposer la présence de clauses obligatoires, informatives ou justificatives. Il pourra aussi s'agir d'exiger des contreparties au bénéfice des salariés. En outre, la règle écartée demeurant d'ordre public, la dérogation doit être d'interprétation stricte.

Ces exigences sont beaucoup moins prégnantes lorsque la norme étatique devient supplétive. Les nouveaux cas de supplétivité créés par la loi du 20 août 2008 corroborent ce constat.

Deux principaux thèmes sont concernés, dans cette loi, par la technique de la supplétivité de la règle étatique, l'un de manière flagrante, l'autre de façon moins apparente. Le premier porte sur le contingent annuel d'heures supplémentaires, le second sur l'aménagement du temps de travail. S'agissant de la mise en place du contingent annuel d'heures supplémentaires, la norme étatique, jusque-là impérative, autorisait la conclusion d'accords dérogatoires. Désormais, elle ne s'applique qu'à défaut d'accord collectif. Fixé depuis un décret du 21 décembre 2004 à 220 heures par an et par salarié, ce contingent pouvait être fixé à un volume supérieur ou inférieur par un accord de branche étendu ou par un accord d'entreprise. Priorité est aujourd'hui donnée à l'accord collectif, le contingent réglementaire n'intervenant qu'à défaut d'accord. Le remplacement de la technique de la dérogation par celle de la supplétivité s'est accompagné d'une baisse des contraintes en la matière. En effet, si l'accomplissement des heures supplémentaires, dans la limite du contingent, continue à donner lieu à une information des représentants du personnel, disparaît celle de l'inspecteur du travail. En outre, l'employeur n'a plus à solliciter l'autorisation de ce dernier pour pouvoir faire effectuer à ses salariés des heures supplémentaires au-delà du contingent. Il suffira qu'il respecte les conditions fixées à cet égard par l'accord et qu'il consulte les représentants du personnel. Le salarié qui refuse d'effectuer des heures supplémentaires, régulièrement instaurées par l'employeur, commet une faute. Les contraintes pesant sur l'employeur se résument désormais à celles qui résultent de l'accord collectif, auxquelles s'ajoute l'obligation d'informer ou de consulter, le cas échéant, le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel. Seul, le manquement à ces obligations est-il susceptible de rendre légitime le refus du salarié ? C'est bien mince...

Autre contrainte supprimée du fait que la règle étatique devienne supplétive : la réduction du contingent réglementaire en cas de modulation importante. L'ancien article L. 3121-13 imposait une réduction à 130 heures du contingent en cas de modulation comportant de fortes amplitudes (variation de l'horaire hebdomadaire de 31 à 39 h ou nombre d'heures au-delà de la durée légale hebdomadaire supérieur à 70 h par an). Le volume du contingent, désormais fixé en principe par accord collectif,

n'est plus soumis à cette restriction. Effacement de la règle étatique rime bien ici avec accroissement de la liberté conventionnelle. Il en va de même en ce qui concerne le repos compensateur obligatoire, devenu contrepartie obligatoire en repos. La loi du 20 août 2008 a supprimé l'obligation d'accorder un repos de 50 %, pour les heures accomplies, à l'intérieur du contingent, au-delà de la 41<sup>e</sup> heure, dans les entreprises de plus de vingt salariés (ancien art. L. 3121-26).

Le même constat de réduction des contraintes peut être fait à propos de l'aménagement du temps de travail, même si le mouvement de la dérogeabilité vers la suppléativité de la règle étatique n'est pas aussi apparent que dans le cas du contingent d'heures supplémentaires. La loi du 20 août 2008 consacre un dispositif unique d'aménagement du temps de travail, unifiant les quatre dispositifs antérieurs (cycle, modulation, attributions de jours de repos dans le cadre de l'année, temps partiel modulé). Elle renvoie à un décret le soin de définir les modalités supplétives d'aménagement du temps de travail, auxquelles il pourra être recouru à défaut d'accord collectif (art. L. 3122-2, al. 7). L'accord d'aménagement du temps de travail reste un accord dérogatoire par rapport à la loi car, selon un principe général inchangé, les heures supplémentaires se décomptent dans le cadre de la semaine civile (art. L. 3121-20). Toutefois, un tel accord constitue la norme par rapport au décret qui ne s'applique qu'en son absence ; il ne lui déroge nullement. Le dispositif supplétif défini par le décret du 4 novembre 2008 fixe un régime a minima, permettant à l'employeur d'organiser unilatéralement la répartition du temps de travail sur une période de quatre semaines au plus.

La préférence pour la voie conventionnelle est très nette. Elle s'accompagne d'une réduction du nombre de clauses obligatoires devant figurer dans les accords. Ainsi, par exemple, n'est-il plus imposé à l'accord collectif de préciser le programme indicatif de la répartition de la durée du travail sur la totalité de la période de référence, alors que c'était le cas jusqu'alors en matière, notamment, de modulation. L'article L. 3122-2, 1<sup>o</sup>, du Code du travail lui impose toutefois de définir les conditions et les délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail. Ceci implique l'obligation d'informer à l'avance le salarié de la durée et de l'horaire de travail. Mais cette prévisibilité ne correspond plus forcément à la durée totale de la période de référence. Lecture optimiste de ces dispositions : si l'accord doit préciser les conditions des changements de durée ou d'horaire du travail, l'employeur est tenu de les respecter. Ceci pourrait constituer une amélioration par rapport au dispositif antérieur qui imposait la mention d'un programme purement indicatif, que l'employeur pouvait modifier unilatéralement. L'alinéa 6 de l'article L. 3122-2 prévoit que le délai de prévenance, en cas de changement de durée ou d'horaire, est fixé à sept

jours, sauf stipulations contraires de l'accord collectif. La contradiction entre les termes de l'alinéa 1 et 6 dudit article est flagrante : l'accord collectif est-il tenu ou pas de stipuler un délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaire de travail ? Pourquoi prévoir un délai légal applicable à titre supplétif s'il s'agit d'une mention obligatoire de l'accord ? Quoi qu'il en soit, la réduction de ce délai n'est plus soumise à aucune exigence de motivation ou de contreparties au bénéfice des salariés, comme c'était le cas jusque là en matière de modulation. La loi n'exige d'ailleurs plus (comme le faisait l'ancien article L. 3122-9) que l'accord collectif « *précise les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation* ». Cette précision permettait de rappeler le caractère dérogatoire de la modulation du temps de travail. Celle-ci ne devait être mise en œuvre que lorsque les besoins de l'activité de la branche ou de l'entreprise l'exigeaient. La suppression de cette exigence tend à banaliser les accords d'aménagement du temps de travail. Elle pourrait accréditer l'idée que la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine ne serait qu'un modèle alternatif à la répartition hebdomadaire et collective du temps de travail, entre lesquels les partenaires sociaux devront effectuer leur choix. Il s'agirait alors de se décider face à des règles parallèles ou des facultés optionnelles. A partir du moment où l'on admet que le législateur ouvre des facultés optionnelles aux partenaires sociaux, l'on admet par là même que la loi n'est pas impérative : elle devient supplétive. S'il est possible de soutenir que le non-respect de la loi impérative, qui supporte la dérogation, doit être sanctionné par le retour à la norme d'ordre public écartée, cette sanction est moins apparente lorsque la loi est supplétive. Les accords d'aménagement du temps de travail restent des accords dérogatoires. Mais la réduction des exigences en la matière est symptomatique et marque peut-être le début d'une autre évolution. Moins de contraintes donc pour l'employeur ; moins de risques de voir l'accord mettant en place un aménagement du temps de travail encourir l'annulation ; moins de possibilités pour les salariés de refuser la mise en place d'un tel dispositif, en arguant de l'illicéité de l'accord en raison de l'absence de certaines mentions obligatoires.

L'encadrement de l'Etat est moins strict lorsqu'il remplace la technique de la dérogation à ses propres dispositions par celle de la supplétivité de la règle étatique. Jusqu'où peut aller ce mouvement dans un domaine où les impératifs de santé et de sécurité sont prégnants ? C'est ce qu'il convient d'étudier à présent.

B) Les limites de ce mouvement...

... de recul de l'encadrement étatique ont d'abord été mises en évidence par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 août 2008. Elles tiennent au respect de l'article 34 de la Constitution. La loi prévoyait que les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel devaient donner lieu à une contrepartie obligatoire en repos dont « *les conditions d'accomplissement, la durée, les caractéristiques* » devaient être déterminées par accord collectif et à défaut, par décret. Ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel. Celui-ci a, en effet, jugé que, s'il était loisible au législateur de renvoyer aux partenaires sociaux le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, il devait préalablement définir les conditions de mise en œuvre de ces principes. La détermination de la durée de la contrepartie obligatoire ne pouvant relever de la négociation collective, il a donc annulé, faute de tout encadrement, le renvoi aux accords collectifs. Le Conseil en revient dès lors aux dispositions légales antérieures : une contrepartie (en repos) obligatoire fixée à 50 % pour les entreprises de 20 salariés au plus et à 100 % pour les autres. Cette règle, qui n'avait été introduite dans le projet de loi qu'à titre transitoire est reprise, sans limitation de durée, dans le texte définitif. La technique de la supplétivité de la règle étatique ne peut pas concerner la détermination des principes fondamentaux.

Une autre limite à la délégation de compétence de l'Etat doit être recherchée dans le respect des droits et libertés fondamentaux. La faculté de poser des règles supplétives en matière de temps de travail doit ainsi être encadrée par la nécessité d'assurer la protection de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs, envisagés par le 11<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel s'étaient d'ailleurs également fondés sur ces dispositions. Si le Conseil a choisi de censurer la loi uniquement sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, cela ne signifie pas qu'un contrôle sur les droits précités ne soit pas envisageable. Le droit de la durée du travail touche à ces questions là. L'Etat doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée à la substance des ces droits et libertés ; tout au plus pourrait-il, dans des limites étroitement circonscrites, reconnaître compétence aux partenaires sociaux quant à leur mise en œuvre.

Le respect du droit international et du droit communautaire limite la marge de manœuvre du législateur en tant qu'autorité habilitante. Le temps de travail peut ainsi venir perturber le droit à une vie familiale normale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le respect de ce droit implique sans doute une prévisibilité du temps de travail. L'article L. 3122-2 du Code du travail, traitant de la répartition des horaires de travail sur une

période supérieure à la semaine, ne saurait être interprété comme dispensant l'employeur d'informer les salariés de cette répartition. A défaut, aucune prévisibilité des horaires n'existerait. Le système du forfait jours va, quant à lui, être confronté à la Convention EDH, un recours, fondé sur la violation du principe de non-discrimination et du droit au respect de la vie privée et familiale ayant été déposé devant la Cour européenne. Des limites en la matière sont nécessaires ; elles se marient mal avec une trop grande marge de liberté laissée aux accords collectifs.

Protection de la santé et de la sécurité et durée du travail sont étroitement liées. En ce sens, la conformité du forfait annuel en jours à la Charte sociale européenne est plus que douteuse. L'on sait que le Comité européen des droits sociaux a considéré que ce système était incompatible avec la Charte, qui garantit le droit à une durée raisonnable de travail. Le nouveau système du forfait annuel en jours, qui laisse une grande marge de manœuvre à l'accord collectif et autorise une renonciation individuelle des salariés à leurs jours de repos, accentue sans doute cette incompatibilité. L'accord peut librement fixer le nombre de jours de repos auxquels les salariés peuvent renoncer ; seules, doivent être respectées les dispositions relatives aux repos quotidiens et hebdomadaires, aux jours fériés chômés dans l'entreprise et aux congés payés. Compte tenu des limites précitées, le nombre maximum de jours travaillés devraient pouvoir atteindre 282 par an, la loi prévoyant à titre supplétif un nombre de 235.

Le juge communautaire s'oppose à la fongibilité des temps de repos (CJCE 9 septembre 2003, Jeager) et des congés (CJCE 16 mars 2006), en affirmant qu'ils sont indispensables à la protection de la santé des travailleurs et qu'ils doivent être pris « *effectivement* ». Cette jurisprudence s'oppose, par exemple, à ce que l'Etat français délègue sans limite aux partenaires sociaux la faculté de prévoir l'alimentation du compte épargne temps. Le préambule de la directive du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail est clair : « *l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique* ».

Le désengagement de l'Etat ne saurait donc, en matière de temps de travail, se faire sans bornes. Celles-ci sont d'autant plus nécessaires que le mouvement de supplétivité qui caractérise la loi du 20 août 2008 est double : à la supplétivité de la règle étatique, certes encore assez peu étendue quant à son domaine, s'ajoute une supplétivité de l'accord de branche, beaucoup plus généralisée.



## II. De l'encadrement conventionnel à la supplétivité de l'accord de branche

Le mouvement d'émancipation de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche, initié par la loi du 4 mai 2004, a été très sensiblement accentué par la loi du 20 août 2008. Si la première a permis à l'accord d'entreprise de déroger en principe à l'accord de branche, la seconde a rendu ce dernier purement supplétif de l'accord décentralisé. Loi du 4 mai 2004 et dérogeabilité de l'accord de branche, d'une part (A) ; loi du 20 août 2008 et supplétivité de l'accord de branche, d'autre part (B).

### A) Loi du 4 mai 2004 et dérogeabilité de l'accord de branche

La loi du 4 mai 2004 consacre, sauf dans quatre domaines, la faculté pour l'accord d'entreprise de déroger à l'accord de branche. Le temps de travail, ne faisant pas partie des quatre domaines soustraits à ce nouvel ordonnancement des normes conventionnelles, est donc directement concerné. L'article L. 2253-3, 2<sup>ème</sup> al. érige en principe le caractère dérogeable de l'accord de branche par accord d'entreprise. Le second peut donc déroger au premier, c'est-à-dire contenir des dispositions différentes voire moins favorables aux salariés. Alors que, jusqu'alors, l'accord d'entreprise ne pouvait qu'améliorer, ou adapter sous réserve du respect du principe de faveur, les clauses conventionnelles de branche, il se voit désormais reconnaître la faculté d'écarter ces dernières. Ce n'est que si les signataires de l'accord de branche l'ont expressément prévu, que cette possibilité de dérogation lui sera refusée. Un exemple tiré de la matière qui nous occupe aujourd'hui : si un accord de branche prévoit une modulation du temps de travail dans lequel la durée hebdomadaire varie assez faiblement, une interdiction expresse de déroger empêchera l'accord d'entreprise de prévoir des amplitudes de variation plus fortes.

Une limite à cet ordonnancement conventionnel pourrait résulter de l'article L. 2253-2, selon lequel, lorsqu'un accord de niveau supérieur à l'entreprise vient à s'appliquer postérieurement à la conclusion d'accords d'entreprise ou d'établissement, les stipulations de ces derniers sont adaptées en conséquence. Cet article ne précise pas, comme le fait l'article L. 2252-1 s'agissant de l'articulation entre accords de branche ou professionnels de niveaux différents, que cette obligation d'adaptation n'existe que si l'accord de niveau supérieur l'exige expressément. Comment concilier cette obligation d'adaptation de l'accord d'entreprise à l'accord de branche postérieur avec la faculté pour le premier d'écarter le second ? La seule réponse logique est d'admettre que l'accord d'entreprise ne peut déroger qu'à un accord de branche *antérieur*.

Certains ont pu voir dans la réforme de 2004 l'organisation de la supplétivité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise. Il est vrai que le premier peut organiser cette supplétivité. Mais celle-ci n'est pas prévue de manière inéluctable par la loi, qui laisse l'accord de branche libre d'ordonner ses relations avec les accords décentralisés. En effet, l'accord de branche peut prévoir, par une clause expresse, que ses dispositions s'appliqueront de manière impérative. Il peut aussi organiser sa supplétivité au sens strict du terme, en prévoyant qu'il ne s'appliquera qu'à défaut d'accord d'entreprise, ou encadrer cette supplétivité. Il lui est également loisible d'interdire certaines dérogations par une clause expresse et, par son silence, d'en autoriser d'autres. Bref, la branche reste le chef d'orchestre de ses relations avec l'entreprise. C'est en ce sens que l'on peut dire que la loi du 4 mai 2004 institue la dérogeabilité de l'accord de branche et non, à proprement parler et de manière générale, sa supplétivité. La loi elle-même emploie le terme de « dérogation » pour signifier que les accords d'entreprise –ou d'établissement– peuvent écarter l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. L'acte de dérogation réalise la mise à l'écart d'une règle applicable en principe, ce que n'exprime pas la notion de supplétivité.

L'utilisation du concept de dérogation pour exprimer la liberté reconnue à la négociation d'entreprise démontre qu'il s'agit là d'une exception à la règle normalement applicable en cas de concours de normes, c'est-à-dire au principe de faveur. Autrement dit, ce n'est qu'à titre d'exception que le principe de l'application de la disposition la plus favorable ne régit plus les rapports entre normes conventionnelles de niveaux différents. Dans tous les autres cas, il reste le mode de résolution des conflits de normes. La dérogation devant être interprétée de façon stricte, et le principe de faveur demeurant un principe général du droit pour le Conseil d'Etat et un principe fondamental pour la Cour de cassation, les situations non expressément visées par le législateur ne sauraient être concernées par les nouvelles possibilités de dérogation. L'article L. 2253-3 met sur le même plan accord d'entreprise et accord d'établissement. Par conséquent, ce dernier, au même titre que le premier, peut déroger à un accord de branche. En revanche, faute pour le législateur de l'avoir envisagé, un accord d'établissement ne devrait pas pouvoir déroger à un accord d'entreprise. Pour la même raison, accord d'entreprise ou d'établissement ne sauraient déroger à un accord de groupe et inversement.

La loi du 4 mai 2004 a, par ailleurs, ouvert largement à l'accord d'entreprise des facultés de dérogation qui étaient jusqu'alors réservées à l'accord de branche. Il en fut ainsi, par exemple, en matière de fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires. Ce faisant, la réforme de 2004 allait potentiellement conduire à une augmentation des conflits entre accords dérogoires de niveaux différents. Certes,

lorsque les accords ont été conclus, ou modifiés, après l'entrée en vigueur de la loi, les termes de résolution du conflit se trouvent dans l'accord de branche lui-même, selon qu'il autorise ou non la dérogation à l'accord d'entreprise. En revanche, si l'accord de branche a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi, il convient de se demander si l'accord d'entreprise, dérogeant à la loi, peut en même temps déroger à l'accord de branche, lui-même dérogeant à la loi. Pour tenter de répondre à cette question, il est possible de se fonder sur les dispositions de l'article R. 3124-1 du Code du travail, tel qu'il était rédigé avant la loi du 4 mai 2004 (ancien article L. 212-10). Celui-ci prévoyait de sanctionner pénalement la violation d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui dérogeait à certaines dispositions légales ou à un accord de branche étendu. Les domaines visés par ce texte étaient la modulation du temps de travail, les cycles de travail ou, encore, les accords relatifs au contingent d'heures supplémentaires, au repos compensateur de remplacement ou au délai de prise du repos compensateur obligatoire. En évoquant les accords d'entreprise qui « dérogent » aux accords de branche étendus, l'ancien article L. 212-10 admettait sans doute que les accords d'entreprise conclus dans les matières en question puissent à la fois déroger à la loi et à l'accord de branche. En revanche, dans les autres cas où la loi reconnaissait le pouvoir de déroger aux dispositions étatiques soit par accord de branche étendu, soit par accord d'entreprise, rien ne permettait de soutenir que l'accord d'entreprise était autorisé à déroger à l'accord de branche. Le principe de faveur peut être écarté par une disposition législative expresse. Or, avant la loi du 4 mai 2004, une telle habilitation législative n'existait pas de manière générale. Le TGI et la Cour d'appel de Paris avaient adopté cette vision, en censurant un accord de branche dérogeant qui avait validé les dispositions d'accords d'entreprise antérieurs dérogeant à ses propres dispositions (TGI Paris, 14 mai 2002, C. app. Paris, 24 septembre 2003). Etaient notamment concernées dans cette affaire les conventions de forfait en jours. Un accord d'entreprise ne pouvait donc pas prévoir une durée conventionnelle de travail supérieure à celle stipulée dans un accord de branche.

L'article 45 de la loi du 4 mai 2004 a-t-il voulu combattre cette jurisprudence naissante ? En vertu de cette disposition, « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi demeure opposables aux accords de niveaux inférieurs* ». Un accord d'entreprise se voit ainsi interdire de déroger à un accord de branche antérieur à l'entrée en vigueur de la loi. D'après les travaux parlementaires, l'article 45 permettrait aussi de valider les clauses des accords de branche qui organisaient leur mise à l'écart en présence d'un accord d'entreprise. On peut se demander si cette « validation législative » est justifiée par un impérieux motif d'intérêt général...c'est douteux.

La loi du 4 mai 2004 autorise les accords de branche, dérogatoires ou non, à prévoir qu'un accord d'entreprise, dérogatoire ou non, puisse écartier ses propres dispositions et se révéler moins favorables aux salariés. Mais, les partenaires sociaux se sont très peu emparés de ces facultés d'ouverture, les accords de branche conclus après l'entrée en vigueur de la réforme du dialogue social comportant très majoritairement des clauses de verrouillage. C'est en partie pour contrer ce constat que la loi du 20 août 2008 organise très largement, en matière de temps de travail, la supplétabilité de l'accord de branche par rapport aux accords décentralisés.

#### B) Loi du 20 août 2008 et supplétabilité de l'accord de branche

La loi portant modernisation du dialogue social et réforme du temps de travail amplifie le mouvement d'affranchissement de l'accord d'entreprise par rapport aux accords de niveau supérieur. Parallèlement, la réforme marque un certain déclin de l'accord de branche. A noter que ce dernier, lorsqu'il est intervenu en l'absence d'accord d'entreprise ou d'établissement, n'a plus besoin d'être étendu. Le fil directeur de la réforme consiste à consacrer la supplétabilité pure et simple de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement. Dans le silence de la loi, la règle de supplétabilité ne concerne pas les rapports entre accord d'établissement et accord d'entreprise, ni les concours de normes conventionnelles impliquant un accord de groupe. Le principe de faveur demeure souverain dans ces cas.

Cinq domaines essentiels sont concernés par cette ouverture, parmi lesquels figure l'aménagement du temps de travail. L'article L. 3122-2 prévoit qu'un accord 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. Priorité est donc donnée à l'accord conclu au niveau le plus décentralisé, l'accord de branche n'ayant plus la possibilité d'empêcher qu'il soit dérogé à ses propres dispositions en la matière. Mais c'est une double supplétabilité qui est instituée, dans la mesure où, en l'absence de tout accord collectif, un décret peut prendre le relais. Le même article prévoit le même ordonnancement de normes s'agissant du délai de prévenance en cas de changements de durée ou d'horaire de travail : ce délai est prioritairement fixé par l'accord d'entreprise ou d'établissement, l'accord de branche n'intervenant qu'à défaut et la loi prévoyant, à titre tout à fait supplétif, un délai de sept jours.

La même logique se retrouve à propos des conventions de forfait, en heures ou en jours, sur l'année, dont la conclusion doit être autorisée par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche (L. 3121-39). Cette priorité

donnée à l'accord le plus décentralisé va de pair avec un élargissement des catégories de salariés susceptibles d'être concernés par les forfaits annuels. S'agissant des forfaits en heures sur l'année, l'accord collectif aura la responsabilité de définir la durée annuelle de travail. De même, pour ce qui est des forfaits annuels en jours, il devra en fixer le nombre, dans une limite de 218. Enfin, la responsabilité est également confiée à l'accord collectif de prévoir le nombre maximum de jours de repos auquel le salarié en forfait jours peut renoncer. A défaut de prévision dans l'accord, la loi prévoit, donc à titre supplétif, que le nombre maximum de jours travaillés est fixé à 235. Les dispositions relatives au forfait annuel en jours mobilisent simultanément les techniques de la dérogation et de la supplétivité. En effet, d'une part, les accords autorisant la conclusion de conventions de forfait annuels sont des accords qui dérogent à une règle applicable en principe, celle du calcul de la durée du travail dans un cadre hebdomadaire. D'autre part, le système du forfait en jours prévoit l'application d'une règle étatique supplétive relative au nombre maximum de jours travaillés.

Priorité est également donnée au niveau le plus décentralisé quant à la mise en place du contingent d'heures supplémentaires (L. 3121-11), l'accord de branche ne s'appliquant qu'à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement. Le contingent institué dans l'entreprise pourra notamment être supérieur à celui prévu par l'accord de branche. La même logique prévaut s'agissant des conditions d'accomplissement d'HS au-delà du contingent ou, encore, s'agissant des conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos.

Comme auparavant, la loi autorise le remplacement du paiement des heures supplémentaires, ainsi que de leur majoration, par un repos compensateur équivalent (L. 3121-24). Il s'agit d'autoriser une dérogation au principe du paiement majoré des heures supplémentaires. Si la technique n'a pas changé en ce qui concerne l'ordonnancement des normes étatiques et conventionnelles— il s'agit toujours de dérogation —, primauté a, en revanche, été donnée à l'accord d'entreprise. Un accord de branche ne pourra donc plus s'opposer à ce qu'un accord d'entreprise mette en place un repos compensateur de remplacement.

En matière de CET également, (L. 3152-1), la loi donne à l'accord collectif d'entreprise et à défaut à l'accord de branche, la plus grande latitude dans la constitution, l'alimentation, la gestion, l'utilisation du compte. L'énumération des modalités d'approvisionnement du CET par l'article L. 3152-1 du Code du travail disparaît. L'affectation par l'employeur des heures accomplies au-delà de la durée collective du travail ne nécessite plus d'être justifiée par « *les caractéristiques des variations de l'activité* ». La liberté prévaut, exception faite du congé annuel qui ne

peut être affecté au CET que pour sa durée excédant 24 jours ouvrables (C. trav., art. L. 3152-2).

La nouvelle suppléativité de l'accord de branche a conduit le législateur à prévoir des mesures de droit transitoire : comment, en effet, articuler le nouvel ordonnancement des normes avec celui institué par la loi du 4 mai 2004 qui confiait aux signataires d'un accord de branche un rôle régulateur ?

En matière de contingent d'heures supplémentaires, par exemple, comment permettre à l'accord d'entreprise de s'affranchir des stipulations d'un accord de branche qui interdisait expressément la prévision d'un contingent supérieur ? Pour libérer immédiatement l'entreprise de l'emprise de la branche, la loi avait prévu que les clauses relatives à la fixation du contingent d'heures supplémentaires insérés dans les accords, de branche et d'entreprise, resteraient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009 au plus tard. Se saisissant d'office de la question, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition qui portait aux conventions existantes une atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Les accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi ne sont donc pas remis en cause. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de censurer cette disposition de droit transitoire ; faisant preuve d'une certaine audace, il a affirmé que les dispositions en cause « *s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans les accords de branche* ». Les clauses de verrouillage, éventuellement stipulées dans les accords de branche en cours, seraient donc neutralisées, laissant le champ libre aux accords d'entreprise. Exit également l'impérativité des accords de branche antérieurs à la loi du 4 mai 2004.

Le raisonnement du Conseil est étonnant. Il censure une disposition de la loi qui portait une atteinte injustifiée à la liberté contractuelle, tout en neutralisant une clause expresse des accords de branche interdisant la dérogation aux accords de niveaux inférieurs. N'y a-t-il pas là une atteinte directe à la volonté des négociateurs au niveau de la branche ? Cette atteinte est-elle justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ? C'est douteux, le motif invoqué étant simplement celui du basculement du niveau de la négociation collective... L'on peut également s'interroger sur le champ couvert par l'application immédiate de la loi nouvelle. Si l'on s'en tient strictement aux dispositions censurées par le Conseil constitutionnel, ne sont en cause que les règles relatives à la détermination du contingent d'heures supplémentaires, les modalités de dépassement de ce contingent et la contrepartie en repos (art. 18 de la loi). Pourtant, la circulaire DGT du 13 novembre 2008 donne à la décision du Conseil une portée beaucoup plus large, puisqu'elle précise que pourraient immédiatement être conclus,

nonobstant d'éventuelles clauses de verrouillage, des accords d'entreprise écartant les stipulations des accords de branche, en matière d'aménagement du temps de travail (fiche n° 11). Cette interprétation est contestable. Rien n'est dit sur l'articulation entre accords d'entreprise et de branche relativement aux forfaits annuels. Là encore, il est possible de soutenir que l'articulation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n'est pas remise en cause ; ainsi, un accord de branche ayant fixé un nombre maximal de jours travaillés dans l'année et ayant interdit toute dérogation à l'accord d'entreprise, ne saurait être écarté.

Une question mériterait d'être posée aux constitutionnalistes : dans quelle mesure l'interprétation du Conseil constitutionnel, qui vise à conférer une application immédiate à la loi, s'impose-t-elle au juge judiciaire ? Son rôle consiste à apprécier la conformité des lois à la Constitution, ce qui l'amène certes parfois à formuler des réserves d'interprétation. Mais n'est-il pas allé plus loin en l'espèce ? La phrase conférant une application immédiate à la loi en matière de contingent annuel ne semblait pas nécessaire à la solution du problème que le Conseil avait à résoudre. Elle ressemble fort à un obiter dictum. Or, la Cour de cassation refuse une improbable autorité de la chose interprétée. Pourquoi ne pas s'être contenté de déclarer inconstitutionnelles les dispositions de droit transitoire, ce qui aurait assuré la survie des accords de branche antérieurs sans les amputer de leur force obligatoire impérative le cas échéant ? Pourquoi les accords d'entreprise pourraient-ils écarter les accords de branche antérieurs indérogeables sur certains points et pas sur d'autres ? Cela résulte-t-il d'une volonté indéniable du législateur ?

Domaine plus sûr : en matière de fixation des taux de majoration des heures supplémentaires, l'article L. 3121-22 reste inchangé. Ces taux sont fixés par la loi, qui autorise la dérogation par accord de branche étendu ou accord d'entreprise ou d'établissement. C'est désormais l'un des rares domaines de la matière où la branche garde la maîtrise.

La loi du 20 août 2008 accentue très sensiblement la latitude donnée à l'entreprise et contribue à marginaliser le rôle de la branche. Ce mouvement va ruiner le rôle, traditionnellement confié à la branche, d'uniformisation du régime du travail dans les entreprises agissant sur un même secteur, le tout au nom de l'autonomie normative de l'entreprise. Les conditions de légitimité renforcée mises à la conclusion d'un accord collectif par la loi du 20 août 2008 ne suffiront pas à dissiper les soupçons d'une négociation inégalitaire, les négociateurs salariés étant davantage soumis à la pression patronale au niveau de l'entreprise qu'à celui de la branche. La formule du

mandatement syndical ou de la négociation avec des élus n'est pas pour dissiper ces doutes.

Parallèlement, la loi amplifie le mouvement, déjà initié par des lois récentes, de négociations de gré à gré entre l'employeur et le salarié. La loi du 8 février 2008 sur le pouvoir d'achat autorisait déjà ce dernier, à titre expérimental, à renoncer au repos compensateur de remplacement et à le convertir en une majoration de salaire. Le salarié en forfait annuel en jours peut renoncer à des jours de repos sans, désormais, qu'un accord collectif l'y autorise (L. 3121-45). Le salarié pourra disposer, avec l'accord de son employeur, des droits affectés sur le CET pour compléter sa rémunération (L. 3153-1), nonobstant les stipulations de l'accord collectif. Ce dernier système, pérennisé par la loi du 20 août 2008 (initialement prévu par la loi du 8 février 2008 jusqu'au 31 décembre 2009) illustre parfaitement la figure de la dérogation, par accord individuel, à l'accord collectif. Dans les précédents exemples, l'accord collectif ne peut plus s'opposer à des renoncements individuelles, ce qui tend à saper son caractère impératif, tandis que le principe de faveur passe aux oubliettes. Pour couronner le tout, certains estiment que la réforme est inachevée et qu'elle ne sera aboutie que lorsque le salarié ne pourra plus s'opposer à l'application des accords collectifs, en excipant d'une modification de son contrat de travail. A quand le licenciement pour faute consécutif au refus du salarié de se soumettre à une modulation importante des horaires instituée par un accord collectif d'entreprise, voire d'établissement ?