

N° 544

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2011-2012

Enregistré à la Présidence du Sénat le 21 mai 2012

PROPOSITION DE LOI

relative à la modulation du temps de travail,

PRÉSENTÉE

Par Mmes Annie DAVID, Laurence COHEN, Isabelle PASQUET, MM. Guy FISCHER, Dominique WATRIN, Mmes Éliane ASSASSI, Marie-France BEAUFILS, MM. Michel BILLOUT, Éric BOCQUET, Mmes Nicole BORVO COHEN-SEAT, Cécile CUKIERMAN, Michelle DEMESSINE, Évelyne DIDIER, MM. Christian FAVIER, Thierry FOUCAUD, Mme Brigitte GONTHIER-MAURIN, MM. Robert HUE, Gérard LE CAM, Mme Mireille SCHURCH, MM. Michel LE SCOUARNEC et Paul VERGÈS,

Sénateurs

(Envoyée à la commission des affaires sociales, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

À l'occasion d'une proposition de loi de simplification du droit, le député UMP Warsmann a apporté une modification majeure au droit du travail jusqu'alors en vigueur en permettant à l'employeur de moduler la durée de travail de ses salariés, sans que ceux-ci puissent s'y opposer.

En effet, l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives complète la section 1 du chapitre II du titre II du livre I^{er} de la troisième partie du code du travail par un article L. 3122-6 ainsi rédigé :
« Art. L. 3122-6. – La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

Concrètement, un salarié se trouvant dans cette situation ne pourrait plus se prévaloir des dispositions contenues dans ce contrat de travail pour s'opposer à l'injonction faite par son employeur de moduler son temps de travail. Cet article a clairement pour objectif de permettre aux employeurs d'imposer à leurs salariés d'importantes modulations du temps de travail, sans qu'ils n'aient à craindre les sanctions judiciaires, à l'image de celle prononcée par la Cour de cassation le 28 septembre 2010 qui avait clairement affirmé qu'un accord collectif ne pouvait imposer au salarié une modulation de son temps de travail sans requérir préalablement son consentement exprès.

Cette décision de la chambre sociale de la Cour de cassation est par ailleurs cohérente avec une série d'arrêts préalablement rendus par différentes juridictions, affirmant que la modulation du temps du travail devait s'assimiler à une modification du contrat de travail lui-même. Or la modification du contrat de travail ne peut, en raison de l'application de la règle du parallélisme des formes, se réaliser sans le consentement du salarié. C'est la raison pour laquelle les employeurs présentent les modifications du contrat de travail des salariés comme de simples modifications dans les conditions de travail de ces derniers.

Pourtant, là encore, les décisions jurisprudentielles sont claires et elles sont nombreuses à rappeler que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail lui-même. C'est ce que rappelle Caroline Dechristé dans son étude sur la décision rendue le 22 septembre 2010 par la chambre sociale de la Cour de cassation (publiée le 14 octobre 2010 dans la revue *Dalloz Actualité*). Elle y précise : « *Par un attendu fort limpide, la chambre sociale affirme que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié ».* En l'espèce, le salarié considérait que l'application de l'accord de modulation en cause s'était traduite par une modification du mode de détermination des heures supplémentaires et, corrélativement, par une réduction de sa rémunération mensuelle. Il s'agissait donc bien d'un aménagement du temps de travail se traduisant par une conséquence salariale, le régime de la modification du contrat de travail devait s'appliquer ». Caroline Dechristé de conclure : « *Le salarié était donc fondé à demander le rétablissement de la situation antérieure à l'accord de modulation et à réclamer un rappel des heures supplémentaires non payées ».*

À l'aune de ces deux jurisprudences, on mesure aisément l'importance de cette modification législative pour les employeurs, qui peuvent désormais imposer des modulations du temps de travail sans l'accord de leurs salariés, tout en contournant la législation actuellement en vigueur relative à la majoration de rémunération associée à la réalisation de ces dernières.

Jusqu'à présent, une entreprise qui voulait moduler à la hausse le temps de travail de ses salariés pour faire face à une augmentation temporaire d'activité pouvait proposer à ses salariés la réalisation d'heures complémentaires et supplémentaires qui disposent d'ailleurs d'une fiscalité dérogatoire très incitative. Les salariés concernés bénéficiant en contrepartie de la réalisation de ces dernières d'une rémunération revalorisée.

Or, en l'état actuel du droit, tel qu'issu de l'adoption de la loi du 22 mars 2012 précitée, l'employeur n'est plus tenu au paiement d'une majoration pour le temps de travail excédant 35 heures dans une même semaine, puisque, de fait, la référence à la durée légale hebdomadaire de travail est supprimée. Elle est pourtant d'ordre public social, ainsi que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires également d'ordre public social. Ainsi, il pourrait y avoir des semaines où les salariés, bien que travaillant plus de 35 heures, ne gagneraient pas plus. Le temps de travail étant en quelque sorte lissé sur les semaines d'accroissement et de réduction de temps de travail.

Mais on voit bien, au-delà de la seule question des heures supplémentaires, qu'il s'agit avec cet article d'une entreprise délibérée d'affaiblissement des droits des salariés via le renforcement des prérogatives unilatérales confiées à l'employeur.

Un processus continu dont l'une des étapes les plus marquantes fut sans nul doute l'inversion de la hiérarchie des normes instaurée en 2004 par la loi dite Fillon II. Or il est impossible d'analyser les effets de l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 sans l'associer au bouleversement introduit en 2004 dans l'ordonnement des sources du droit du travail.

C'est en effet au travers de l'adoption de la disposition introduisant les accords de méthode que la hiérarchie des normes a été inversée, dans la mesure où ces derniers permettent de déroger à certaines dispositions du code du travail. Depuis, des accords d'entreprises peuvent s'imposer aux salariés bien que ces accords soient moins favorables pour les salariés que des accords de branche, lesquels peuvent également s'imposer aux salariés, bien qu'étant moins favorables que certaines dispositions légales. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à considérer aujourd'hui qu'il faut aller encore plus loin, en permettant à tous les accords collectifs de déroger à la loi. C'est notamment le cas de l'Institut Montaigne qui formule dans son rapport de juin 2011, intitulé *Reconstruire le dialogue social*, la proposition suivante : « *Permettre qu'un accord collectif puisse déroger à la loi y compris dans un sens qui ne soit pas plus favorable, sauf disposition contraire de la loi* », tout en préconisant la « *libération de la négociation d'entreprise* », en clair de privilégier systématiquement les accords où les salariés disposent des capacités de négociations les moins favorables. Rien d'étonnant que cette proposition soit également partagée par le MEDEF et sa présidente, Mme Laurence Parisot, pour qui la « *liberté de penser s'arrête là où commence le code du travail* ».

L'argument systématiquement utilisé pour justifier une telle inversion des normes, à savoir l'élaboration d'une réelle démocratie sociale au sein même de l'entreprise, n'est qu'un leurre, un prétexte. Car la prédominance des règles inférieures sur les règles supérieures n'a qu'une vocation : peser sur les salariés, au plus proche d'eux, pour leur imposer des mesures qui leurs sont défavorables et toujours plus précarisantes.

Comment nier, par exemple, que la menace de licenciements économiques, dans un contexte de crise et où les représentants des salariés n'ont aucun pouvoir réel pour les empêcher ou pour constater la réalité économique des licenciements, puisse inciter les délégués syndicaux à signer des accords dérogatoires à la loi, parfois très défavorables aux salariés, dans le seul espoir de conserver leurs emplois. Souvenons-nous,

par exemple, du cas des salariés de Continental-Clairoix qui, en 2009, avaient renoncé aux 35 heures en échange de l'engagement patronal de conserver l'emploi. La réalité fut tout autre, le site fermant totalement l'année suivante. Si les salariés ont réellement renoncé à des droits existants, l'engagement de l'employeur n'est pour sa part que virtuel. C'est une conséquence directe du lien de subordination qui lie les salariés à leurs employeurs, c'est pourquoi tout doit être mis en œuvre pour que les mesures les plus protectrices s'appliquent à eux. Car au final les protections garanties aux salariés, tant dans leur contrat de travail que dans la loi, sont les contreparties légitimes à ce lien de subordination, qui place le salarié dans une telle situation de dépendance.

Il en va ainsi de ce qu'il est convenu d'appeler le « principe de faveur », auquel l'inversion de la hiérarchie des normes et l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 ont mis fin.

Comme le rappelait Laurent Garrouste, juriste en droit du travail et membre de la Fondation Copernic, « *depuis 1945, le statut salarial repose, dans le domaine du travail sur un principe essentiel, le principe de faveur* », lequel offre aux salariés une double protection. Tout d'abord, il garantit qu'une convention ou un accord collectif ne peut pas porter atteinte aux avantages prévus dans la loi ou par les accords collectifs de niveau supérieur. En second lieu, il favorise, toujours selon Laurent Garrouste, « *la diffusion, des acquis obtenus dans une entreprise au profit des salariés employés dans les autres entreprises de la branche* » et constitue en quelque sorte un obstacle au dumping social interentreprises.

On mesure donc toute l'importance de ce principe, dont l'effet est de toujours appliquer la norme la plus protectrice aux salariés dans la mesure où est limitée la compétence des accords collectifs à l'amélioration de la loi dans un sens favorable aux travailleurs.

C'est sans doute la raison pour laquelle le Conseil d'État a estimé, dans un avis du 22 mars 1973, que le principe de faveur « *était au nombre des principes généraux du droit* ». Une position partagée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui, dès 1996, réaffirmait dans une série de quatre arrêts (Soc. 17 juillet 1996, req. n°s 3458, 3459, 3460 et 3461) donner une portée particulière à ce principe de faveur affirmant dans ses vises : « *Vu le principe fondamental en droit du travail selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est le plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ».

Très clairement, le « principe de faveur » qu'Yves Chalaron a présenté comme étant « *l'âme du droit du travail* » constitue, pour reprendre

l'expression d'Alain Chevillard, « *la pièce maîtresse de la combinaison des normes en droit du travail* », raison pour laquelle le législateur ne peut légitimement autoriser les acteurs sociaux à conclure des conventions ou autres accords dont la finalité serait le renoncement à des droits et protections déjà accordés aux salariés. La jurisprudence de la Cour de cassation est d'ailleurs stable sur ce sujet. Elle a récemment, cela a été évoqué ultérieurement, considéré « *qu'une modulation du temps de travail par un accord collectif tel que prévu par la loi, constitue une modification du contrat de travail que le salarié doit personnellement accepter, en raison précisément du respect du principe de faveur.* ».

Pour autant, force est de constater que le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de valeur constitutionnelle au principe de faveur, comme l'atteste sa décision du 13 janvier 2003 publiée et commentée dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 14) : « *Le principe dit de faveur constitue une règle importante du droit du travail, mais une règle de niveau législatif et non constitutionnel. C'est, au sens de l'article 34 de la Constitution, un principe fondamental du droit du travail* ».

Le principe de faveur serait en quelque sorte un principe général à portée non constitutionnelle, autorisant de fait le législateur à organiser l'articulation des normes conventionnelles et à définir le champ d'application du principe de faveur.

Or M. Warsmann est allé plus loin en le supprimant.

Enfin, les auteurs de cette proposition de loi considèrent que l'article L. 3122-6 du code du travail, bien que conforme à la Constitution, est incompatible avec la jurisprudence qui permet, en cas d'atteinte excessive à la vie privée et familiale ou au droit au repos, de considérer qu'il y a modification du contrat de travail. La chambre sociale de la cour de cassation ayant clairement affirmé, dans un arrêt en date du 3 novembre 2011 (n° 10-14702, Dr. Soc. 2012, 180), que le changement d'horaires ne devait pas porter une « *atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos* ».

Très récemment, le 2 avril dernier, le Conseil d'État rendait un avis important, réaffirmant le principe selon lequel le pouvoir de direction de l'employeur, ne devait pas méconnaître le droit des salariés au respect de sa vie privée et familiale. Le Conseil devait trancher sur la validité d'un licenciement d'un salarié protégé, prononcé par son employeur, en raison de l'opposition du salarié à se plier à la modulation de son temps de travail, prévu par un accord collectif. Licenciement validé par le ministre de l'emploi et de la solidarité au motif que le refus du salarié d'accepter la

modification de son temps de travail constituait une « *faute d'une gravité telle que le licenciement était justifié* ». Un argument rejeté en ces termes par le Conseil d'État : « *considérant qu'il ressort de la décision attaquée que le ministre de l'emploi et de la solidarité a estimé que la faute rapprochée à Mme X. était d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement du seul fait que celle-ci avait refusé la modification de ses horaires de travail, sans rechercher si, dans les circonstances de l'espèce, le licenciement était justifié compte tenu de la nature du changement envisagé, de ses modalités de mise en œuvre et de ses effets, au regard tant de la situation personnelle de la salariée, que des conditions d'exercice de son mandat ; que dès lors, la décision attaquée a inexactement appliqué les dispositions législatives précitées* ».

Il ressort donc de cette décision que les modifications des horaires de travail doivent, sans avoir à chercher s'il s'agit d'une modification du contrat ou de l'exécution du contrat de travail, être compatible avec le droit des salariés au respect de leur vie privée et familiale. La modification des horaires de travail ne respectant pas ces droits devant alors s'assimiler à une modification du contrat de travail, rendant obligatoire l'accord exprès des salariés concernés.

Or, en autorisant dans la loi l'employeur à organiser à sa guise le temps libre du salarié, en lui imposant contre sa volonté des modifications d'horaires, le législateur fait comme si l'employeur disposait en permanence d'un pouvoir sur ses salariés. C'est ce qu'a décrit en ces termes Emmanuel Dockes dans un article intitulé « *Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier* » : « *Dans cette vision qui fait du salarié un cocontractant au sens fort et un titulaire de droits fondamentaux opposables y compris face au chef d'entreprise, il faut admettre que le temps de repos est bien un temps libre, un temps pendant lequel le salarié n'est plus subordonné et n'a plus obligation d'obéir aux ordres de l'employeur. Ordonner un changement d'horaire, c'est exiger travail et obéissance pendant un temps qui était précédemment considéré comme temps de repos* ».

Aussi, compte tenu de tous ces éléments, les auteurs de cette proposition loi proposent la suppression de l'article L. 3122-6 du code du travail tel qu'issu de la rédaction de l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives afin de réaffirmer l'importance, pour les salariés, du maintien du principe de faveur.

PROPOSITION DE LOI

Article unique

L'article L. 3122-6 du code du travail est abrogé.