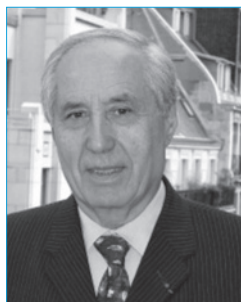


Redéfinir le temps du travail et assouplir son organisation



Jacques BARTHÉLÉMY

Avocat honoraire
Ancien professeur associé à la Faculté
de droit de Montpellier
Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme

ÉTAT DES LIEUX

Un droit de la durée du travail conçue pour les anciens « temps modernes »

Le droit du travail en général s'est construit à partir des modes d'organisation des entreprises industrielles. Cette affirmation est corroborée par le fait qu'à l'origine il s'intitulait législation industrielle et que les commerces n'entraient pas dans son champ. Il y a une certaine logique à cela, liée au fait que c'est dans ce type d'activité que s'est créé le prolétariat à partir de travaux répétitifs et d'une soumission à des ordres d'un côté, aux problèmes spécifiques de santé au travail qui s'y sont développés, d'un autre côté. Ainsi, l'obligation générale de sécurité de résultats résulte d'une décision judiciaire intéressant une entreprise luxembourgeoise il y a près d'un siècle ⁽¹⁾.

(1) L'ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, *Pierre Sargos*, à l'origine de la jurisprudence française n'a pas manqué de le souligner lorsqu'a été

La durée du travail, version *Germinal* ou les *Misérables* a vécu. Place désormais à une mesure négative calée sur les repos, combinée à des organisations modulaires négociées, adaptées au business et basées sur l'autonomie.

S'il est un domaine de cette discipline pour lequel la construction légale est directement inspirée des modes hiérarchiques d'organisation du travail dans l'industrie, c'est bien la durée du travail. Ceci évidemment dans ce qui se rapporte aussi bien aux

aspects quantitatifs que qualitatifs de ce droit :

- qualifier la durée effective du travail à partir du temps pendant lequel le travailleur est à disposition de l'employeur sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles, c'est faire, sans le dire, référence aux chaînes que *Charlie Chaplin* a immortalisées dans un film de légende ;
- distinguer répartition de l'horaire collectif applicable à tous les travailleurs de l'établissement et aménagement des horaires permet de sortir, sous conditions, de l'uniformité. C'est aussi se déterminer à partir de modes hiérarchiques d'organisation

critiquée l'exigence « *de résultats* », d'autant que c'est un philosophe du droit.

du travail dans le cadre de chaînes (de montage) dans lequel le travail individuel est répétitif. *Lionel Stoléro* avait voulu s'attaquer à ce modèle lorsqu'il était ministre en charge du Travail manuel, mais sans grand succès, car les solutions imaginées ne touchaient qu'à la marge non seulement les structures, mais aussi les mentalités.

Idées reçues et poids des mentalités

La sociologie du travail est très longtemps restée imprégnée de cette organisation au point de développer une authentique culture vantant les mérites, les vertus du travail manuel. Des films célèbres consécutifs aux événements de 1936 en attestent. De ce fait, les constructions juridiques initiales, telles que la loi de 1936 dite des 40 heures, ne pouvait qu'être affectées à la marge, peu important l'absolue nécessité de réforme en liaison avec le développement des NTIC. Ceci d'autant que la réalité profonde de certaines de ces modifications n'a pas toujours été visible. Ainsi :

- le « choc » provoqué, dans les milieux patronaux, par la réduction de la durée légale de 40 heures à 39 heures en 1982 sans prendre en considération la modification essentielle qu'était le passage d'une durée légale impérative ⁽²⁾ à un simple seuil de déclenchement de rémunérations majorées, bien sûr dans une limite maximale en liaison avec le souci de protection de la santé (48 heures par semaine, 46 heures de moyenne sur 12 semaines) ;
- l'affirmation sans nuance d'un ancien Premier ministre (*Alain Juppé*) parlant de « *carcan des 35 heures* », oubliant que l'on avait, à ce moment-là, largement développé le champ de la technique de dérogation permettant de remplacer aisément une norme réglementaire banalisée par une norme conventionnelle adaptée un contexte donné. Sous-entendu sans que l'on ait à respecter la règle de l'avantage plus favorable.

Échappatoires illusives

Cela étant, et malgré les évolutions ultérieures du droit positif, « *la réglementation du droit de la durée du travail* » reste trop engoncée dans l'organisation industrielle. Ceci empêche toute efficacité réelle aux évolutions du droit positif en liaison avec les modifications du travail résultant des progrès des tics, du numérique, de l'intelligence artificielle. Et ceci explique pour une

(2) Il fallait une autorisation administrative pour pouvoir faire réaliser des heures supplémentaires.

bonne part la crainte de l'ubérisation de la société. D'autant que nombre de constructions ne visent en apparence qu'à tirer profit de l'adaptation des normes grâce aux NTIC. Car, sous couvert d'indépendance créatrice d'épanouissement de la personne, leur finalité profonde est, consciemment ou pas, la flexibilité tant des temps du travail que des rémunérations. Pourtant, les réponses à ce qui est alors perçu comme des déviations malsaines, à savoir l'annulation de la sortie du cadre du salariat classique, ne sont pas à la hauteur des enjeux. En effet, elles se traduisent, *in fine*, non par la requalification du contrat, mais par la fin de la relation individuelle ainsi créée dans ce cadre, donc par des effets forts négatifs sur l'emploi.

Dérives technocratiques

De ce décalage de plus en plus grand entre les modes nouveaux d'organisation du travail ⁽³⁾ et l'architecture archaïque de la réglementation de la durée du travail ⁽⁴⁾, naissent des dérives technocratiques dans les constructions pratiques. Pire, la jurisprudence, malgré ses efforts louables, introduit des contraintes juridiquement justifiées par l'état du droit positif, mais qui alourdissent un arsenal déjà compliqué. En atteste par exemple ce qui se rapporte aux forfaits en jours, spécialement aux moyens de contrôle qui doivent résoudre la quadrature du cercle, à savoir : prendre en considération le degré élevé d'autonomie, voire d'indépendance technique du travailleur et préserver sa santé. D'où l'idée de vérifier le volume de l'activité, exigence qui s'appliquait déjà dans le salaire forfaitaire par un nombre d'heures prédéterminé.

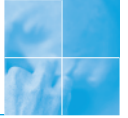
Hostilité des dirigeants aux compromis négociés

L'allergie des dirigeants d'entreprise à l'égard du droit de la durée du travail ne repose pas (pas que) sur une analyse erronée du droit positif ⁽⁵⁾. Maintenir les décrets professionnels de la loi des 40 heures (donc de 1936), conçus en fonction d'une réglementation *a posteriori* impérative, alors que l'on peut aujourd'hui

(3) Ces nouvelles organisations prennent (partiellement) en compte les NTIC, le numérique et l'intelligence artificielle.

(4) Cette réglementation est rigoureuse et reste encore très imprégnée de la civilisation de l'usine, malgré des évolutions favorisant l'adaptation des normes à un contexte nouveau.

(5) C'est le cas notamment de la signification de la durée légale ou de la portée exacte des modes de répartition des horaires.



déroger à l'essentiel de ces normes, c'était quasiment du « *pousse au crime* » ! La non-utilisation des facultés de déroger au réglementaire par le conventionnel – et encore plus l'avènement de la supplétivité récemment intégrée dans ce droit positif – tient pour l'essentiel à l'allergie au dialogue social. Les adaptations des normes à chaque contexte, à chaque projet sont possibles s'agissant des aspects qualitatifs de la durée du travail. Mais elles passent par la négociation collective, ce qui est logique, car si l'accord collectif est normatif comme la loi, il tire sa légitimité du contrat collectif dans lequel l'équilibre des pouvoirs est effectif et qui prend en compte l'intérêt de la collectivité du travail. Or, consciemment ou non, la grande majorité des dirigeants (surtout de PME) est hostile à négocier tout en affirmant être favorable au dialogue social. Ceci légitime dès lors un droit légal et réglementaire hypertrophié qui nuit à l'efficacité économique, donc à l'emploi. Cette allergie des patrons de PME au dialogue social explique notamment l'intérêt manifesté depuis un certain temps pour le référendum. Or, ce dernier ne peut être un contrat si le projet soumis au vote émane du seul employeur.

DU DROIT DU TRAVAIL À CELUI DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

Affirmer que la civilisation de l'usine, dans laquelle nous baignons depuis plus d'un siècle et demi, disparaîtra ⁽⁶⁾ au profit de celle du savoir ⁽⁷⁾, est devenu un lieu commun. S'agissant du monde du travail, les technologies condamnent peu à peu les organisations hiérarchiques au profit d'architectures modulaires et elles favorisent à la fois l'individualisation et l'autonomie. Elles permettent donc de mieux concilier les exigences en termes de pouvoir, qui conditionnent l'efficacité économique, avec les libertés et plus généralement les droits fondamentaux de l'Homme.

Coconstruire de nouvelles organisations et en finir avec l'opposition capital / travail

Il est dans ces conditions surprenant que des mutations profondes n'aient pas encore eu lieu dans le

(6) Il sera plus exactement dépassé.

(7) Cette évolution inévitable est la conséquence des nouvelles techniques de l'information, du numérique, de l'intelligence artificielle et encore davantage de leurs progrès rapides et exponentiels.

management des entreprises et encore plus que l'on continue à vivre le droit du travail et son expression dans la vie professionnelle comme on le concevait il y a 50 ans... Même si, au-delà des mots, des déclarations fracassantes affirment le contraire. Deux raisons essentielles expliquent – mais ne justifient pas – ce (relatif) immobilisme. Ce sont :

- d'une part, le manque total d'inventivité en matière juridique, mais aussi de management social. C'est d'autant plus regrettable que des évolutions importantes ont eu lieu. Ces dernières donnent en effet plus d'importance et d'autonomie au tissu conventionnel, sous-entendu à l'égard des dispositions légales et réglementaires, ce qui permet une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection sociale. Pour être opérationnel, il faut prendre en considération que le droit social peut être science d'organisation, notamment par l'adaptation des normes à chaque contexte, à chaque projet, mais aussi par la gestion préventive ou prévisionnelle des risques. Cela supporte que l'on fasse de l'accord collectif un outil de management alors que, dans la majorité des entreprises, on arrête les stratégies sans se préoccuper du droit et on appelle ensuite le juriste pour mettre en forme des décisions ;

- d'autre part, les mentalités n'ont pas évolué et on continue à opposer capital et travail, donc à considérer irréductible l'opposition d'intérêts entre les « *patrons* » et les « *ouvriers* ». Cela conduit à ce que les instruments des NTIC, du numérique, de l'intelligence artificielle soient considérés comme des outils au service de l'efficacité économique et donc les sommes nécessaires à leur achat comme un investissement technique. On ne prend donc pas en considération qu'ils affectent la pensée, la culture, la personnalité et qu'à ce titre ils sont vecteurs d'appauvrissement des libertés. Il est possible que le choc psychologique né de l'épidémie de Covid-19 et du confinement qui en est résulté puisse faire prendre conscience de cette différence. La manière dont on traite aujourd'hui le télétravail y fait songer. Jadis symbole, dans les esprits, de la flexibilité – donc à rejeter au nom du social – il est aujourd'hui appréhendé comme moyen de favoriser les libertés individuelles du travail tout en optimisant le coût de la main-d'œuvre en raison de la réduction des temps de déplacement et même des surfaces de travail.



Au vu de ce qui précède, la définition des notions et les pratiques qu'elles engendrent doivent être révisées en prenant comme support de la réflexion l'émergence de la civilisation du savoir. On ne s'y étendra guère ici, d'autant que tel n'est pas l'objet de cet article.

Le travail non salarié n'exclut pas la dépendance

L'opposition radicale entre salarié et indépendant, fondée sur la subordination juridique, est non seulement dépassée dès lors que les NTIC favorisent plus d'autonomie contractuelle et/ou l'indépendance technique, mais encore elle n'est pas la seule raison du déséquilibre contractuel justifiant un arsenal protecteur. La dépendance économique a aussi cet effet et, parce que le travailleur est indépendant, on se moque de rechercher des moyens permettant au contrat de faire la loi des parties. Ou alors on le requalifie, ce qui conduit à la rupture des relations. Ce qui conduit à des effets négatifs sur l'emploi. Les juristes se gargarisent de la déclinéation de la subordination juridique, ce qui est un exercice intellectuel stimulant, mais se désintéressent de la création de nouvelles relations entre les parties. Est-ce là l'expression de la fonction protectrice du droit du travail pour le spécialiste en droit social ? L'exemple de l'ubérisation de la société, perçue comme un épouvantail, atteste de la dérive technocratique dans l'analyse d'un problème bien réel auquel on n'apporte pas une solution satisfaisante au nom de l'intérêt général.

Créer de nouvelles protections adaptées

L'exécution du travail sur un lieu précis et de tâches commandées et contrôlées commence à être dépassée du fait des techniques de l'information et de la communication et cela va en s'accroissant. Et c'est tant mieux car cela contribue à favoriser l'exercice des libertés individuelles sans affecter la finalité économique de l'entreprise. Au contraire même car cela est facteur de dynamisme. Mais alors, plutôt que s'arc-bouter sur la subordination juridique en tentant d'en adapter la déclinaison au vu des profondes mutations du travail, mieux vaut investir les autres raisons, plus profondes, qui affectent l'équilibre des pouvoirs entre les parties au contrat de travail, surtout la dépendance économique. Dans ces conditions, il faut dépasser l'opposition salarié/indépendant, noir ou blanc, pour introduire des niveaux de protection liés au degré d'autonomie en cultivant le concept de para-subordination.

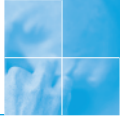
On n'ira pas plus loin sur ce registre, car ce n'est pas l'objet du présent article. Il s'agit simplement de mettre en exergue que ces évolutions ne peuvent qu'affecter fortement la durée du travail dans ses aspects tant quantitatifs que qualitatifs. Cela rend indispensable de concevoir une architecture nouvelle du droit de la durée du travail, sauf à prendre le risque de dérives technocratiques qui décrédibiliseraient les solutions tant réglementaires que jurisprudentielles arc-boutées sur la conception rigide et désormais archaïque de la subordination juridique.

MODIFIER LA DÉFINITION ET LE DÉCOMPTE LÉGAL DU TEMPS DE TRAVAIL

Le temps pendant lequel le travailleur est à disposition de l'employeur sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles fait penser à *Zola* ! La consécration de la durée légale de 40 heures par la loi de 1936 comme symbole de la conquête sociale sur fond d'oppositions irréductibles d'intérêts entre détenteurs de capital et ouvriers encore plus. Cela explique au demeurant que, malgré la prise de conscience que cette définition n'est plus guère en harmonie avec les modes d'organisation du travail actuels, on hésite à y toucher, préférant des aménagements à la marge, émanant aussi bien du droit conventionnel que de la réglementation. Ainsi :

- les soi-disant forfaits tous horaires, construction hasardeuse reposant sur l'idée qu'un haut degré d'autonomie conduit à l'impossibilité de mesurer le nombre d'heures, a donné naissance, « *avec les 35 heures* », aux forfaits en jours dont on s'est aperçu, avec la pratique, qu'ils soulevaient de vrais problèmes eu égard au droit à la santé ;
- l'interrogation sur la manière de traiter le télétravail qui, par paresse mais aussi commodité, va se traduire par l'assimilation aux forfaits en jours s'agissant de la mesure du temps de travail.

Il est donc nécessaire de s'interroger sur ce qui est essentiel dans l'arsenal (protecteur) des aspects quantitatifs de la durée du travail, d'autant que l'abandon, avec l'ordonnance des 39 heures, du caractère impératif (en vigueur depuis 1936 et les 40 heures) de la durée légale pose la question de la limite au recours aux heures supplémentaires, ou plus exactement aux raisons de ces limites. Bien sûr le dépassement de la



durée légale, conçu désormais seulement comme un seuil, se traduit par des rémunérations plus élevées, encore que là aussi, des aménagements ont été introduits sur les majorations de 25 % et 50 %. En analysant sous cet angle la « réglementation », on pourrait être tenté de mettre en avant comme justification l'aspiration à des revenus plus importants. Ceux-ci permettent de positionner le débat sur le terrain de la dignité, mais c'est oublier que c'est l'employeur qui décide seul de faire exécuter des heures supplémentaires. Force est d'admettre que les seuils (y compris, surtout, la durée maximum) sont en liaison avec le droit à la santé, menacé par un temps de travail trop long. C'est du reste pourquoi on relativise, s'agissant des forfaits en jours, la portée de l'accord de l'intéressé malgré son degré élevé d'autonomie.

Oui, mais alors, ce qui est essentiel, ce n'est pas l'importance du temps de travail mais la durée et la nature des temps de repos, qu'ils soient entre deux périodes, deux jours, deux semaines et même deux années de travail. Sous cet angle, le droit communautaire est, au travers de la directive temps de travail, plus pertinent que notre droit national. Le fait de raisonner en nombre d'heures et non en jours pour identifier le repos hebdomadaire en est l'illustration parfaite.

Ce constat ne peut qu'inciter fortement à remplacer la mesure positive du temps de travail effectif par une mesure négative, *a contrario* des temps de pause, de repos, de congé. Au demeurant, cela donnerait plus d'importance aux temps de pause lorsque la durée de la séance de travail excède un certain temps... hérité du droit communautaire. Si la loi française était modifiée dans ce sens, elle serait en stricte conformité avec le droit communautaire, tandis que la réalité ne peut que créer de sérieuses difficultés, surtout depuis que les directives ont valeur de traités et s'imposent sans nuance dans les droits internes des États membres ⁽⁸⁾.

Oui, mais alors, le rôle du droit conventionnel est inévitablement accru, car les solutions concrètes doivent être mises en harmonie avec la réalité des modes d'organisation du travail propres à une profession. C'est un point essentiel sur lequel on reviendra dans la dernière partie de cet article. On doit simplement se contenter de soutenir ici que l'accroissement du champ et du volume du dialogue social matérialise un progrès social et sans doute un progrès tout court, spécialement en

considération du caractère de droit fondamental attaché à celui de la négociation collective.

REVOIR LES MODALITÉS DE RÉPARTITION DES HORAIRES

Concernant les modalités de répartition et d'aménagement des horaires, la problématique n'est pas d'une même ampleur. Sous l'empire de la loi des 40 heures (de 1936), ces modalités étaient définies par voie réglementaire. Pour chaque profession ou activité, il n'était prévu que deux ou trois possibilités d'organisation de l'horaire collectif et les possibilités de sortir de celui-ci (aménagement) étaient encadrées strictement. Avec l'ordonnance des 39 heures, puis la loi des 35 heures, la rigueur « réglementaire » a été fortement réduite : d'abord par le recours à la technique de dérogation qui a d'abord sévi ici ; ensuite et plus récemment par la suppléativité. En matière de répartition et d'aménagement des horaires, l'accord collectif – spécialement celui d'entreprise – prend une place prépondérante, ses normes se substituant à celles réglementaires, à l'exception de celles qui touchent à des droits fondamentaux, en particulier les temps de pause, repos et congés, car on titille là ce qui touche à la protection de la santé.

DÉVELOPPER L'INDIVIDUALISATION DES MODES D'ORGANISATION

Le recours à l'accord collectif favorise l'émergence de normes adaptées au contexte particulier de chaque établissement, mais au-delà de la création d'horaires collectifs spécifiques, l'individualisation des horaires est facilitée. Ceci est d'autant plus important qu'on quitte les modes hiérarchiques d'organisation du travail spécifiques de l'usine et que la présence sur les lieux de travail de l'entreprise est de moins en moins une exigence pour assurer la qualité des prestations fournies. Le développement du télétravail, accentué par les effets du confinement, va bouleverser les pratiques des entreprises. Un rapprochement va s'imposer avec les forfaits en jours.

L'accord collectif, source première des normes relatives au mode de répartition et d'aménagement des horaires, ne doit toutefois pas se limiter à en fixer les règles. Il en résulterait un risque de dérive technocratique susceptible de brider leur capacité à concilier efficacité économique et protection du

(8) Depuis le Sommet de Lisbonne.



travailleur. L'individualisation des solutions suppose un degré élevé d'autonomie en matière de conditions de travail et sans doute s'agissant du choix de solutions techniques dans l'exercice du métier. Ceci doit donc aussi faire l'objet d'un texte conventionnel. D'où une question essentielle : le degré d'autonomie devient-il un élément de contrat de travail ne pouvant alors être modifié qu'avec l'accord des deux parties ?

L'accord collectif gagnera en efficacité s'il s'intéresse aussi à la formation nécessaire pour que l'intéressé puisse accomplir ses fonctions malgré (ou à cause de) cette extension de ses prérogatives. Mais en raison de la « flexibilité » du temps de travail, il faut aussi s'intéresser à la protection sociale complémentaire en ce qui concerne aussi bien la nature des garanties sociales à imaginer au vu du contexte particulier que les effets du moment du travail, donc de la qualification d'accident de travail.

NÉGOCIER SUR LA DURÉE DU TRAVAIL

Le rôle désormais majeur de l'accord collectif (d'entreprise) dans la construction et la gestion des temps de travail rend indispensable un effort important des partenaires sociaux. S'agissant spécialement de l'accord d'entreprise, l'employeur doit faire en sorte d'optimiser la chance de le conclure. La qualité du dialogue social doit par ailleurs garantir que le texte signé ne soit pas ultérieurement contesté dans le cadre de contentieux.

Les accords d'entreprise ⁽⁹⁾ doivent favoriser l'émergence de « l'entreprise-institution » dépassant « l'entreprise-somme de biens », ayant pour effet que la collectivité de travail en est une composante ». Ceci favorise au demeurant l'ambition de positionner l'action des partenaires sociaux dans l'intérêt général de l'entreprise ⁽¹⁰⁾.

Toute négociation doit débiter par la mise au point, grâce à un accord de méthode, de règles permettant équilibre des pouvoirs entre les parties, comportement loyal des négociateurs et attitudes favorisant

(9) Et surtout la convention collective d'entreprise (régissant l'ensemble des conditions de travail, de rémunération, d'emploi et les garanties sociales pour l'ensemble des catégories de « travailleurs »).

(10) Dans cette perspective, la participation a un rôle majeur dans l'organisation démocratique de l'entreprise et celle financière est un dividende de l'apport en industrie. Et non, comme on la présente souvent, une espèce d'intéressement à finalité d'épargne (d'où le blocage).

une exécution de bonne foi des textes signés. Aujourd'hui – et sur la suggestion du rapport Combexelle – cette négociation s'impose légalement. Il faut, au vu des finalités poursuivies, que les partenaires sociaux n'aient pas de l'accord de méthode une approche formelle lui ôtant toute efficacité au vu de ses finalités. On ne s'étendra pas sur ce point, dès lors que des développements très importants y ont été consacrés dans de précédents numéros, spécialement par l'auteur de cet article.

La double qualité de l'accord collectif, de contrat mais aussi de loi professionnelle au regard de son caractère normatif, doit inciter les partenaires sociaux à s'intéresser fortement aux règles de durée dans la mesure où les normes qui vont naître du dialogue social sont nécessairement conçues en fonction d'un contexte et d'objectifs précis. Si la situation évolue, ces normes doivent être adaptées, sauf à perdre toute signification, ce qui contribue à faire sombrer l'accord, sa gestion surtout, dans une dérive technocratique.

D'où l'intérêt d'une durée déterminée assortie d'une clause de renégociation à l'échéance ou, si l'accord est à durée indéterminée, d'une clause très structurée de révision. Il convient aussi d'introduire une procédure destinée à faciliter l'interprétation des textes, de sorte que les litiges éventuels relatifs à l'exécution de l'accord soient résolus en interne, ce qui ne peut qu'avoir un effet positif sur le climat social qui est un ratio économique.

On n'ira pas plus loin ici non plus, sauf à souligner que les comportements utiles à la concrétisation d'une vision dynamique du dialogue social exigent une stratégie de formation des négociateurs.



Le droit de la durée du travail a une double fonction :

- celle de promouvoir les intérêts des salariés, notamment (mais pas seulement) sur le terrain de la protection de la santé ;
- celle de faciliter l'organisation du travail.

Les deux sont indissociables et c'est de la faculté à les conjuguer que vient la qualification de dispositif d'intérêt général naissant du compromis qui a souvent – et de plus en plus – comme finalité l'emploi. Alors, l'accord collectif devient outil de management. ◆