

INTRODUCTION

Dans l'ordre juridique classique, les normes juridiques proviennent de l'État, le rôle du juriste et du juge sont parfaitement déterminés, les acteurs sociaux et la société civile ne sont pas, ou peu, pris en compte. La légitimité des normes est assimilée à leur légalité. L'ensemble de ces normes est logiquement ordonné, hiérarchisé (pyramide normative) et appliqué en fonction du principe de faveur (ordre public de protection) pour les normes sociales. Cet ordre juridique pensé par Kelsen se fondant sur l'impérativité des lois se conciliait mal avec les exigences d'entreprises en pleine mutation recherchant avant tout la souplesse, la mobilité, la flexibilité, pour se positionner dans un marché global.

C'est cette « agilité » que tend à redonner, pour partie, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (appelée « loi Travail » ou « Loi El Khomri »).

Dans la foulée de la polémique initiée par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen en 2015 sur le code du travail et la volonté de le réduire à une cinquantaine de droits fondamentaux, déclinés par l'entreprise et de la publication du Rapport Combrexelle dont la mission était de « dégager des propositions pour [...] faire une plus grande place à la négociation collective... pour une meilleure adaptabilité des normes aux besoins des entreprises, la loi « Travail » (loi El Khomri) appréhende la mutation du travail en laissant une place croissante à la production de normes négociées, le droit dur étant de plus en plus restreint à son noyau.

Les demandes des acteurs sociaux et de la société civile de participer à la création des normes régulant leur activité a conduit à dissocier la légitimité de la légalité. Il ne suffira plus à une norme d'être légale pour être légitime, il faudra prendre en compte les attentes des acteurs sociaux et de la société civile pour mesurer l'effectivité des normes et leur donner toute légitimité.

La négociation collective, le dialogue social entre des partenaires représentatifs sont devenus les instruments de cette nouvelle approche normative avec l'apparition d'un « ordre public conventionnel ». La prééminence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche est affirmée dans un domaine limité : la durée du travail, entendue au sens large. Dans la mesure où cette prééminence est prévue par la loi, la hiérarchie des normes et le principe de faveur

ne sont pas remis en cause. Il appartient toujours à la norme supérieure (la loi) de décider, en dernier ressort, comment articuler les différentes normes et le champ de la dérogation permis à l'accord d'entreprise sur l'accord de branche (cf. fiche sur le nouvel ordre conventionnel).

Un nouveau modèle a été dessiné.

Pour chaque article, une déclinaison des normes applicables se fait en trois temps :

1. définition des dispositions d'ordre public absolu (aucune dérogation possible) ou de protection (dérogations possibles en application du principe de faveur) ;
2. dispositions conventionnelles : les partenaires sociaux peuvent imposer un ordre public négocié ;
3. dispositions supplétives : dispositions applicables à défaut de dispositions légales ou conventionnelles.

Cette clé devrait servir d'outil, sinon de modèle, pour assurer la mission de la commission de refondation du Code du travail.

Pour que les accords d'entreprise puissent déroger à la loi et à l'accord de branche, il faut que ces accords soient signés par des partenaires légitimes.

Or, la règle de la majorité d'engagement à 30% avec droit d'opposition des syndicats qui ont obtenu 50% des voix n'assure pas cette légitimité, d'où l'émergence des accords majoritaires à 50% assurant une plus grande légitimité des accords d'entreprise. Paradoxe de cette loi travail, en instaurant le recours à la pratique du référendum, elle remet en cause la nouvelle légitimité des syndicats qui ont obtenu 50% des voix.

Si un syndicat minoritaire peut demander l'organisation d'un référendum à l'encontre du refus d'un syndicat majoritaire de signer un accord collectif, quelle est la légitimité d'un syndicat majoritaire ?

Le volet principal du projet de « loi Travail » porte sur la réécriture des dispositions du code du travail relatives à la durée du travail, avec notamment, pour les règles ouvertes à la négociation collective d'entreprise, une primauté donnée aux accords d'entreprise sur les accords de branche. Chaque article du code est déterminé en trois paragraphes :

- ↪ un paragraphe 1 « Ordre public » ;
- ↪ un paragraphe 2 « Champ de la négociation collective » ;
- ↪ un paragraphe 3 « Dispositions supplétives ».

Cette réécriture redéfinit en creux le « socle contractuel » travail, rémunération.

C'est ce socle contractuel que cet ouvrage décrit compte tenu des nouvelles dispositions de la « loi Travail » concernant, entre autres :

- ↪ le renforcement du contenu des accords collectifs, tempéré par des règles supplétives, pour les conventions de forfait en heures et en jours sur l'année ;
- ↪ l'aménagement pluriannuel possible du temps de travail, sur autorisation d'un accord de branche ;

- ✎ le dispositif d'aménagement du temps de travail, sans accord collectif, sur une période pouvant aller jusqu'à 9 semaines (au lieu de 4) ;
- ✎ la prééminence aux accords d'entreprise ou d'établissements par rapport aux accords de branche pour la majoration des heures supplémentaires ;
- ✎ les dérogations à la durée quotidienne maximale de travail si une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, un accord de branche, le prévoit ;
- ✎ la durée maximale du travail en moyenne hebdomadaire de 44 h appréciée sur une période de 12 semaines consécutives pouvant être dépassée jusqu'à 46 h maximum par accord collectif ;
- ✎ l'abandon de la condition de localisation au domicile ou à proximité pour les astreintes ;
- ✎ l'organisation des congés payés ouverte à la négociation, avec primauté à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche ;
- ✎ la primauté donnée à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche pour la définition des jours chômés autres que le 1^{er} mai, etc.

La relation de travail salariée est basée sur un échange « travail effectif » quantifiable ou qualifiable contre une rémunération en espèces ou en temps. La quantification et la qualification du travail et de la rémunération sont encadrées légalement, conventionnellement et contractuellement. Pour qu'un temps de travail soit qualifié d'effectif, le salarié doit être à la *disposition de son employeur, se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles*. Il faudra donc différencier le temps pendant lequel le travail effectif est effectué du travail effectif effectué pendant ce temps : les temps de restauration, pause, habillage, déplacement, astreintes, équivalences, pourront être qualifiés de « travail effectif » si les critères légaux sont réunis.

La rémunération de ce temps de travail pourra prendre la forme d'une rémunération salariale ou non salariale.

Travail et rémunération sont les deux piliers du socle contractuel

- ✎ La notion et la réglementation du travail effectif sont étudiés dans les neuf premières fiches dans la partie [**Réglementation du travail**].
- ✎ La rémunération salariale du travail effectif est étudiée dans la partie [**Rémunération salariale**].
- ✎ La rémunération non salariale du travail effectif est étudiée dans la partie [**Épargne salariale**].

Réglementation du temps de travail

- ✎ Légalement encadré (durée quotidienne, durée hebdomadaire, jeunes...), le temps de travail sera contrôlé par l'inspection du travail [**Fiche 01**].

- ↪ Parmi les temps assimilés à du travail effectif, l'appréciation de certain temps est fortement conflictuelle. *Temps de pause* : peut-on les fractionner, sont-ils payés ? *Astreintes* : faut-il que le salarié reste à son domicile ? *Trajet* : peut-on traiter tous les trajets de la même façon, domicile/lieu de travail, salariés itinérants, trajets pendant l'horaire de travail ? **[Fiche 02]**.
- ↪ Quoiqu'il en soit, le temps de travail doit être pointé pour être rémunéré. Le temps de travail effectif de jour est pointé par un horaire collectif - affiché et communiqué à l'inspecteur du travail – ou individualisé. Le temps de *travail effectif de nuit* est très encadré et médicalement surveillé. Depuis la loi Macron, il faut distinguer dans certaines zones (ZTI) les heures de nuit des *heures de soirée* **[Fiche 03]**.
- ↪ Pour décompter le temps de travail, il faut soustraire les *temps de repos* et les *congés*. Le salarié a le droit légal de prendre plusieurs repos pendant sa semaine de travail : repos quotidien, repos hebdomadaire. Le repos hebdomadaire n'est pas forcément pris le dimanche. De nombreuses dérogations ont été apportées par la loi Macron. Quant aux jours fériés, ils ne sont pas forcément chômés, hormis le 1^{er} mai **[Fiche 04]**.
- ↪ Parmi tous les congés de formation pouvant être pris par un salarié, le congé individuel de formation est le plus ancien et le plus important. Il peut être pris aussi bien par les salariés en CDI que par les salariés en CDD. À côté de ce congé, plus méconnus, les congés d'enseignement et de recherche, les congés pour les salariés de moins de 25 ans. De plus, avec la montée en puissance du compte personnel de formation, de nombreuses formations deviennent éligibles. Enfin, par le biais de la professionnalisation, de nombreuses possibilités de formation peuvent être proposées sous forme de « période de professionnalisation » ou de « contrat de professionnalisation » **[Fiche 05]**.
- ↪ En dehors des congés payés, des congés de formation, de nombreux autres congés peuvent être pris. Ces congés peuvent être rémunérés (congés pour événements familiaux, congés de participation aux instances d'emploi et de formation ou à un jury d'examen, congé de formation économique sociale et syndicale) ou non rémunérés (congés familiaux, congés de solidarité internationale, de proche aidant, congés de création d'entreprise ou congé sabbatique, congé pour catastrophe naturelle) **[Fiche 06]**.
- ↪ Le cadre hebdomadaire des 35 h s'est délité au fur et à mesure des réformes du travail. Il est dorénavant permis d'aménager le temps de travail sur une période supérieure à la semaine sous forme de modulation prenant en compte les périodes hautes et basses d'activité. Dès lors, le calcul des heures supplémentaires n'est plus effectué en fin de semaine mais en fin de période de référence. De plus, si aucun accord collectif n'a été signé, l'employeur peut organiser unilatéralement le temps de travail sur des périodes de quatre semaines au plus (l'adoption de la loi travail pourrait étendre ces quatre semaines dans les entreprises de moins de 50 salariés) **[Fiche 07]**.
- ↪ L'aménagement du temps de travail laisse très souvent une place au compte épargne-temps. Voilà un compte qui peut être alimenté en temps ou en argent et qui peut servir à rémunérer des absences, à adapter les horaires aux fluctuations d'activité et qui peut être utilisé sous forme monétaire ou pour préparer sa retraite. Son régime

est sécurisé par l'action de la caisse des dépôts et consignations en cas de liquidation **[Fiche 08]**

- ↪ Bien que l'on ne puisse traiter différemment les salariés à temps partiel et à temps plein, un régime très formel encadre le temps partiel. Il faut un contrat écrit comportant des mentions obligatoires, une durée minimale de travail... Ce temps partiel peut être aménagé. En cas de dépassement régulier d'horaires (heures complémentaires), le temps partiel peut être réajusté. À la différence du temps partiel qui consiste à travailler moins qu'un temps plein de façon régulière, le travail intermittent concerne une alternance de périodes travaillées et non travaillées et suppose un CDI **[Fiche 09]**.

Rémunération salariale

- ↪ Au-delà d'un certain minima (le SMIC horaire), la fixation des salaires est libre, il n'y a pas de plafond. Le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) ne doit pas être confondu avec le Minimum Garanti (MG) qui subsiste pour la détermination des avantages en nature. La rémunération mensuelle minimale rapportée au mois prendra la forme, pour la très grande majorité des salariés, de la mensualisation. Le non-respect du SMIC est pénalement réprimé **[Fiche 10]**.
- ↪ Pour déterminer les minima de rémunération, certains éléments de salaire doivent être pris en compte, notamment les avantages en nature (nourriture, logement), d'autres éléments peuvent être pris en compte (les pourboires) et d'autres éléments sont exclus (frais de transport, titres-restaurant) **[Fiche 11]**.
- ↪ Le paiement du salaire, quelque soit sa forme, ne doit subir aucun retard. Il faut, en particulier, veiller à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes en application du principe « À travail égal, salaire égal ». Un bulletin de paie doit être délivré avec une mention précise des retenues effectuées **[Fiche 12]**.
- ↪ Le salaire contractuel étant le salaire brut, de nombreuses retenues peuvent être effectuées, notamment des retenues pour compensation, avances et acomptes. Ces retenues sont très encadrées, il convient de ne pas confondre les avances et les acomptes. De plus, toute retenue sur le salaire ne peut être effectuée, les amendes et sanctions pécuniaires étant interdites. Les créanciers peuvent aussi opérer des saisies sur salaire et le salarié céder son salaire à ses créanciers. Le salarié est lui même un créancier « superprivilegié » de son entreprise en cas de cessation de paiement **[Fiche 13]**.
- ↪ Le salarié étant mensualisé, comment dès lors opérer des retenues sur salaire ? Un premier principe est à respecter : il faut bannir les retenues forfaitaires, qui, rapidement, peuvent devenir des sanctions pécuniaires, interdites. Huit méthodes peuvent être utilisées, la Cour de cassation préconisant la méthode des heures réelles. Par ailleurs, les absences peuvent avoir divers effets, notamment des impacts sur le versement des primes et des gratifications. Un cas particulier doit être traité, les absences de quelques heures pour les salariés en forfait jours **[Fiche 14]**.

- ✚ Le contentieux sur le décompte et le paiement des heures supplémentaires est impressionnant. La preuve étant partagée, chaque partie peut fournir son propre décompte au juge. Si, pendant longtemps, la semaine civile servait de référence pour dénombrer les heures supplémentaires, les différents modes d'aménagement du temps de travail possibles permettent d'utiliser d'autres périodes de références. Les heures supplémentaires sont des heures dont le paiement est majoré et qui peuvent donner lieu à une contrepartie obligatoire en repos si le contingent annuel est dépassé **[Fiche 15]**.
- ✚ Le paiement des heures supplémentaires peut être forfaitisé dans le cadre de conventions : conventions de forfait hebdomadaire, conventions de forfait annuel. Les forfaits ne concernent pas seulement le paiement des heures supplémentaires. Certains salariés non concernés par la réglementation des heures supplémentaires peuvent aussi conclure des forfaits : ce sont les salariés en forfait jours **[Fiche 16]**.
- ✚ Tout salarié a droit à des congés payés décomptés en fonction de l'ancienneté acquise pendant la période de référence du 1^{er} juin au 31 mai. Ces congés sont pris sur une période légale qui va du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année. Un fractionnement pouvant générer des jours supplémentaires est autorisé. Pendant leurs congés, en cas de maintien du salaire, les salariés doivent percevoir au minimum 1/10^e de la rémunération perçue pendant la période de référence. Bien entendu, les congés payés étant donnés pour des raisons de santé, aucun travail n'est permis pendant cette période **[Fiche 17]**.

Épargne salariale

- ✚ Les différents plans d'épargne salariale obéissent tous à un corpus commun. Ils sont encadrés par les conventions de branche et peuvent être mis en place au niveau d'un groupe. Un alignement des dates de versement est exigé depuis 2016. Les conditions d'ancienneté, d'information des salariés, de dépôt des accords ou de versement sur compte épargne temps ne diffèrent que peu **[Fiche 18]**.
- ✚ La participation à la différence des mécanismes d'épargne salariale est un dispositif obligatoire. La négociation d'un accord de participation est souhaitée. Une réserve de participation doit être constituée si les conditions sont réunies dans toutes les entreprises de 50 salariés au moins. Le calcul de la réserve, les règles de répartition sont très encadrées **[Fiche 19]**.
- ✚ À la différence de la participation dont le régime est obligatoire, l'intéressement est laissé à la négociation des partenaires sociaux. Les formalités de négociation et de conclusion de l'accord sont les formalités de droit communes avec quelques aménagements **[Fiche 20]**.
- ✚ Les produits de la participation, de l'intéressement peuvent alimenter un plan d'épargne entreprise (PEE). Les règles de versement, de composition et de gestion, les possibilités d'augmentation de capital, l'indisponibilité des sommes sont encadrés légalement et conventionnellement. La loi a prévu des dispositions spécifiques pour les comptes inactifs. Par ailleurs, il est possible de négocier des plans d'épargne interentreprises **[Fiche 21]**.

↳ Les dispositions relatives au plan d'épargne d'entreprise sont applicables au plan d'épargne pour la retraite collective (PERCO). L'entreprise qui a mis en place un plan d'épargne d'entreprise depuis plus de trois ans doit ouvrir une négociation en vue de la mise en place d'un plan d'épargne pour la retraite collectif. L'accord collectif détermine les versements autorisés, la composition et la gestion du plan, les possibilités de déblocage anticipé et de délivrances des sommes et enfin, les transferts possibles [**Fiche 22**].