

La saga des 35h où la réalité n'est pas ce que l'on pense



Par Jacques Barthélémy*

Le 3 avril 2017

Le thème des 35h s'est à nouveau invité dans la campagne présidentielle. La manière dont la plupart des candidats se l'approprie reste cependant caricaturale car leurs positions reposent sur des postulats le plus souvent faux.

1/ Ceux – de gauche et d'extrême droite – qui s'y accrochent comme à une ligne rouge à ne pas franchir raisonnent comme si la durée légale était impérative ; or, elle ne l'a été en France qu'entre 1936 et 1938 ! En faire le marqueur du progrès social n'a de ce fait strictement aucun sens, d'autant qu'il est de plus en plus aisé de faire réaliser des heures supplémentaires et même de fixer un horaire collectif à un niveau nettement supérieur.

Si révolution il y a eu – après la loi de 1936 dite des 40h – c'est par l'ordonnance du 16 janvier 1982 ayant abaissé la durée légale à 39h. Mais ceci n'a été que la partie visible de l'iceberg ; l'essentiel était dans :

- Le remplacement d'un régime d'autorisation systématique des heures supplémentaires par l'inspecteur du travail par une simple déclaration dans la limite d'un contingent annuel, fixé réglementairement mais auquel on peut déroger dans un sens ou dans un autre.
- La transformation radicale du rôle de la semaine, jadis module impératif pour l'organisation des horaires, sauf exception réglementairement prévue autorisant une répartition sur un cycle pluri-hebdomadaire, en un simple module de droit commun, la répartition sur une période plus longue pouvant être l'année étant possible.
- Le tout aussi important abandon du caractère impératif de l'horaire collectif - s'imposant pour tous les salariés sauf, à nouveau, dérogation possible par décret – par des possibles entrées et sorties décalées, ce qui matérialise la notion d'aménagement des horaires, à distinguer de celle d'horaire collectif, les deux matérialisant ensemble les aspects qualitatifs de ce droit.

* Jacques Barthélémy est avocat – conseil en droit social ; ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier ; fondateur en 1965 du cabinet éponyme.

- Surtout, l'introduction de la technique de dérogation permettant la substitution d'une norme légale ou réglementaire par une norme conventionnelle sans qu'on ait à se soucier de son caractère plus ou moins favorable. C'est cette disposition, reprise dans la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective, qui marque la première étape de la transformation radicale du droit du travail ayant *in fine* abouti à la « loi travail ». Présenter celle-ci comme une novation est donc totalement infondé. De même, en faire un symbole de la régression sociale, c'est oublier que les lois Auroux ont été adoptées sous un gouvernement de gauche... auquel étaient associés des communistes au demeurant ! Preuve que, dans cette histoire, les continuités et les ruptures n'épousent pas toujours les clivages idéologiques que l'on imagine.

2/ Ceux qui – de droit et du centre – la présentent comme un carcan, de surcroît comme l'une des principales raisons de la dégradation de la situation économique et de l'emploi – se méprennent tout autant. Ils ne tiennent compte :

- Ni de cette novation essentielle de 1982 dans le sens d'une meilleure conciliation entre efficacité économique – grâce à des normes mieux adaptées, du fait de la primauté du contrat collectif, à chaque contexte – et protection du travailleur, dont la responsabilité est pour partie transférée de l'Etat sur les partenaires sociaux.
- Ni des formidables évolutions qui ont eu lieu par la suite - quelle que soit la couleur politique du gouvernement en place - qui ont toutes visé à accroître, dans la durée du travail, les domaines concrets où la dérogation peut s'exprimer utilement et le degré d'autonomie du tissu conventionnel dans chacun d'eux. Et ceci touche aussi bien les aspects quantitatifs (repos compensateurs aujourd'hui supprimés mais à partir d'un certain seuil, taux de majoration des heures supplémentaires pouvant être réduit à 10 % etc.) que qualitatifs (répartition des horaires sur une période plus longue que la semaine, pouvant être l'année et même maintenant trois ans, aménagement des temps de travail permettant pratiquement de fabriquer un horaire pour chaque travailleur, forfaits jours liés à l'autonomie...).

Où sont donc les contraintes insurmontables imposées aux entreprises dès lors que les seules qui existent sont liées à la protection de la santé, droit fondamental de l'Homme et de surcroît résultant de la directive européenne tout autant que du droit interne. Temps de pause de 20 mn lorsque la durée en continue excède 6h, repos minimum de 11h entre deux jours de travail et de 35h entre deux semaines, durée maximum absolue de 48h. La seule véritable contrainte qui subsiste est celle d'un repos complémentaire de 100 % lorsque le contingent annuel est épuisé, disposition dont le Conseil constitutionnel a refusé l'abrogation au nom du droit à la santé mais qui pourrait être réduit à 50 % car c'est la solution prévue pour les entreprises dont l'effectif n'excède pas 10 salariés. Au demeurant, un simple accord d'entreprise permet d'accroître sans limite le contingent réglementaire de 220h/an.

Et, suite aux solutions du début (en 1982) qui permettaient de déroger ici par accord de branche étendu, là par accord de branche posant les principes suivi d'un accord d'entreprise le déclinant,

là encore par accord de branche ou d'entreprise, on a généralisé le champ de cette dérogation soit par convention de branche, soit par accord d'entreprise, qui concrètement conduit à déroger par accord d'entreprise à la convention de branche ayant dérogé à la loi. Si cela n'est pas de la flexibilité, qu'est-ce donc ? On est même allé plus loin avec la loi Bertrand du 20 août 2008 qui a remplacé, dans de nombreux domaines, la dérogation par la supplétivité de la norme conventionnelle de branche à celle d'entreprise. Ainsi étaient jetées, par une organisation nouvelle du droit de la durée du travail, les bases de l'organisation nouvelle du droit du travail que l'on allait retrouver... au cœur de la loi El Khomri !

Relève donc d'un débat strictement politique ou – pire – de l'incompétence des candidats concernés de soutenir que « les 35h » (ce qui ne veut rien dire puisqu'on ne peut isoler la durée légale du reste du droit de la durée du travail) sont tantôt un symbole intouchable du progrès social – donc une valeur de gauche – alors que rien n'interdit à une entreprise de mettre en place un horaire de 40h; tantôt une somme de contraintes matérielles insupportables qui nuisent à l'efficacité économique, donc à l'emploi. Ceci n'est pas en harmonie avec ce que permet le droit. En réalité, supprimer la durée légale aurait comme effet concret, pour une entreprise pratiquant un horaire de 40 heures, une économie maximum de 1 % sur sa masse salariale, par rapport à ce que permettrait l'utilisation de toutes les facultés de dérogations actuelles. Cela justifie-t-il vraiment tout ce tohubohu et ces prises de positions à l'emporte-pièce ?

Si la réduction de 39h à 35h par la loi Aubry de la durée légale a eu des effets négatifs au plan économique, spécialement sur le budget de l'Etat, c'est en raison des exonérations massives de charges sociales qui ont accompagné les accords conclus en ce sens, lesquelles étaient toutefois moindres que celles nées de la loi Robien – donc de droite – de 1996 qui incitait par ce biais à la réduction. Cet effet négatif a été augmenté lorsque le Premier ministre – de droite - Jean-Pierre Raffarin a uniformisé le SMIC sur la base de 35h payées 39h, solution qui ne s'imposait pas en droit, même si elle paraissait opportune par souci de simplification.

La leçon de tout cela est à rechercher dans la nouvelle société de Chaban-Delmas qui a inspiré les lois Auroux perçues pourtant par les employeurs comme concrétisant l'entrée des Soviets dans les entreprises, alors qu'elles initiaient un mouvement permettant à l'accord collectif de supplanter la loi, ce qui n'a cessé de s'amplifier jusqu'à la loi du 20 août 2008. De ce fait, il était indispensable de remplacer la représentativité de droit des syndicats, en harmonie avec une conception réglementaire de la convention collective, par une représentativité évaluée en fonction de l'audience mesurée à partir des résultats des élections, plus en phase avec la conception délibérément contractuelle de la convention qui est porteuse de liberté d'un côté, de conciliation entre économique et social, d'un autre côté. De ce fait, les politiques de tous bords se discréditent par les positions manichéennes qu'ils prennent sur ces sujets car ils démontrent leur absence totale de maîtrise du sujet et c'est inquiétant pour la démocratie. Le droit de la durée du travail est, dans la mesure où l'on y privilégie le contrat collectif sur le règlement, le moyen de valoriser la démocratie sociale et de s'imprégner de la culture du compromis, instrument majeur de l'épanouissement du climat social, par ailleurs ratio économique.