

MEMORANDUM

A l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 20 août 2008 (*JO du 21 août 2008*), l'ADESATT a engagé une réflexion sur l'articulation de ces nouvelles dispositions légales avec le dispositif conventionnel organisé par la branche des bureaux d'études techniques et cabinets d'ingénieurs-conseils (ci-après « Syntec CICF ») et particulièrement l'accord de branche du 22 juin 1999.

Cette loi a été complétée le décret du 3 novembre 2008, n°2008-1131 et les décrets du 4 novembre 2008, n°2008-1132 et n°2008-1133.

A titre liminaire, nous présenterons la première partie de la Loi qui traite de la représentativité des syndicats et des nouvelles règles de validité de conclusion des accords en précisant leurs conséquences en terme d'articulation de la négociation de branche et de la négociation d'entreprise (2).

Nous reviendrons ensuite sur la présentation des nouvelles dispositions de la loi concernant la réforme du temps de travail en mettant en perspective ses conséquences sur l'accord de branche Syntec CICF du 22 juin 1999 et en proposant, dans ce cadre, des recommandations sur une prise en compte/intégration de dispositions de la nouvelle loi dans la CCN à l'occasion d'une éventuelle renégociation de l'accord de branche sur l'aménagement de la durée du travail (2).

-1-
**LES NOUVELLES REGLES DE REPRESENTATIVITE DES ORGANISATIONS SYNDICALES
POSEES PAR LA LOI DU 20 AOUT 2008**

Jusqu'au 22 août 2008, les cinq confédérations syndicales et tout syndicat qui leur est affilié bénéficiaient d'une capacité permanente pour signer des accords collectifs, à tous les niveaux (interprofessionnel, branche, entreprise, établissement).

Aux termes de la nouvelle loi, les conventions ou accords collectifs ne seront désormais valablement conclus qu'entre :

- une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord (et non *plus* « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national, ou affiliées à ces organisations, ou ayant fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* ») ;
- une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement.

Désormais, les critères de reconnaissance de la représentativité d'un syndicat sont les suivants (article L.2121-1 du Code du travail):

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de 2 ans d'exercice dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, ancienneté appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts ;
- l'audience électorale ;
- l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Ces critères sont cumulatifs. Ils sont appréciés de manière globale, c'est-à-dire que tous les critères doivent être réunis, mais avec des pondérations variant, selon les situations et les niveaux, en fonction de leur importance relative. C'est le juge qui, en définitive, apprécie ces critères.

1.1 AU NIVEAU DES BRANCHES

1.1.1 Appréciation de la représentativité des syndicats

Seront désormais représentatives au niveau de la branche professionnelle les organisations syndicales qui :

- satisfèront aux critères de l'article L.2121-1 visés ci-dessus ;
- disposeront d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche ;
- auront recueilli au moins 8 % des suffrages qui auront été exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise (CE) ou de la délégation unique du personnel (DUP) ou, à défaut, des délégués du personnel (DP), quel que soit le nombre des votants, ces suffrages étant additionnés au niveau de la branche. La mesure de l'audience intervient tous les quatre ans.

S'agissant des organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, elles sont considérées comme représentatives au niveau de la branche à l'égard des personnels relevant des collèges dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats, si elles ont recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés dans ces collèges électoraux.

En pratique, le décompte des suffrages des entreprises de la branche devra donc faire l'objet d'une consolidation au niveau de la branche.

Les modalités de recueil et de consolidation des résultats aux élections professionnelles sont déterminées par le décret du 4 novembre 2008 (Décret n°2008-1133) qui prévoit la transmission du procès verbal des élections suivant un formulaire homologué, la transmission pouvant être faite sur support électronique. Les résultats du premier cycle électoral doivent être transmis au plus tard le 31 mars 2013.

C'est le Ministre chargé du Travail, après avis du Haut Conseil du dialogue social, qui arrêtera la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle.

Le décret prévoit, s'agissant de la consolidation des résultats que les entreprises devront transmettre dans les 15 jours suivants l'organisation des élections professionnelles, un exemplaire du procès verbal des élections ou un exemplaire du procès verbal de carence au prestataire agissant pour le compte du Ministre du Travail, suivant le modèle Cerfa en vigueur.

1.1.2 Période transitoire

Jusqu'à la première mesure de l'audience au niveau de la branche professionnelle, au plus tard cinq ans après la publication de la loi (soit le 21 août 2013), seront présumés représentatifs à ce niveau :

- les syndicats déjà représentatifs au niveau de la branche le 21 août 2008, date de publication de la loi ;
- ou ceux affiliés aux organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel.

De plus, pendant quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche (soit, au plus tard, jusqu'au 21 août 2017), sera présumée représentative à ce niveau toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel.

Par ailleurs, dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises n'organisant pas d'élections professionnelles en raison de leur taille, un régime transitoire est aussi prévu jusqu'à l'intervention d'une loi, suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle, aboutissant au plus tard le 30 juin 2009, sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises et d'y mesurer l'audience des organisations syndicales : pendant cette période, seront présumés représentatifs les syndicats affiliés aux organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Seront également considérés comme représentatifs pendant cette période les syndicats qui remplissent les nouveaux critères de représentativité autres que celui de l'audience.

Cette présomption de représentativité bénéficiera également pendant la même période aux syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale.

1.2 AU NIVEAU DE L'ENTREPRISE OU DE L'ETABLISSEMENT

1.2.1 Appréciation de la représentativité des syndicats

Pour l'appréciation de la représentativité au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, la loi nouvelle précise que sont représentatives au niveau de l'entreprise ou de l'établissement les organisations syndicales qui :

- satisfont aux critères de l'article L.2121-1 visés ci-dessus ;
- ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise (CE) ou de la délégation unique du personnel (DUP) ou, à défaut, des délégués du personnel (DP), quel que soit le nombre des votants.

S'agissant des organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, elles sont considérées comme représentatives au niveau de l'entreprise ou l'établissement à l'égard des personnels relevant des collèges dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats, si elles ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés dans ces collèges électoraux.

La loi prévoit enfin qu'en cas de listes communes, la répartition entre les organisations syndicales des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste ou, à défaut, à part égale entre les organisations concernées.

L'appréciation de la représentativité des organisations syndicales dans les entreprises ou les établissements intervient à chaque nouvelle élection, soit en principe tous les quatre ans (sauf accord collectif de branche, de groupe ou d'entreprise, fixant une durée de mandat des DP ou des membres du CE différente).

1.2.2 Période transitoire

Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles, pour lesquelles la date de la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral (PAP) est postérieure au 21 août 2008 (date de publication de la loi), sont présumés représentatifs au niveau de l'entreprise ou de l'établissement :

- tout syndicat reconnu représentatif à ce niveau, le 21 août 2008 ;
- tout syndicat affilié à l'une des OS présumées représentatives aux niveaux national et interprofessionnel le 21 août 2008 - c'est-à-dire tout syndicat affilié à l'une des cinq confédérations ;
- tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une OS représentative au niveau national et interprofessionnel le 21 août 2008.

Points clefs :

- ❖ **La présomption irréfragable de représentativité est supprimée. A titre transitoire, des présomptions simples sont maintenues.**
- ❖ **Les critères de représentativité sont cumulatifs. Le critère de l'audience électorale devient primordial.**
- ❖ **Le seuil d'audience au niveau de l'entreprise est fixé à 10% des suffrages du premier tour des élections professionnelles et, au niveau de la branche, à 8% des suffrages.**

-2-
**LES NOUVELLES REGLES DE VALIDITE DES ACCORDS DE BRANCHE ET D'ENTREPRISE
POSEES PAR LA LOI DU 20 AOUT 2008**

2.1 REGLES DE VALIDITE DES ACCORDS DE BRANCHE

Jusqu'à la détermination des organisations syndicales représentatives dans les branches, les règles de validité des accords conclus à ce niveau demeurent inchangées. Ainsi, la validité d'un accord de branche est subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord.

À compter de la détermination des organisations syndicales représentatives dans les branches, la validité d'un accord d'une convention ou d'un accord sera subordonnée à :

- sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales reconnues représentatives à ce niveau, au premier tour des dernières élections des titulaires, conformément aux mesures d'audience de la représentativité au niveau de la branche ;
- et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations, opposition exprimée dans un délai de 15 jours à compter de la date de notification de cet accord.

Les seuils de 30 % (adhésion) et 50 % (absence d'opposition) sont vérifiés par rapport aux suffrages exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives, et non par rapport à l'ensemble des suffrages exprimés.

Au niveau de la branche, pour déterminer la validité de la signature d'un accord collectif, la mesure de l'audience électorale se fonde sur le poids respectif de chaque organisation syndicale qui a été reconnue représentative à ce niveau et non plus sur les résultats additionnés des syndicats aux élections professionnelles.

Concernant les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle, leur représentativité leur confère le droit de négocier toute disposition applicable aux salariés qu'elles ont statutairement vocation à représenter. Ainsi, lorsque l'accord ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral, les seuils de majorité de 30 % (majorité d'engagement) et 50 % (droit d'opposition) seront appréciés à partir des seuls suffrages obtenus dans le collège électoral concerné, et non sur la base de la totalité des suffrages exprimés.

Points clefs :

- ❖ **Jusqu'à la détermination des organisations syndicales représentatives dans les branches, les règles de validité des accords conclus à ces niveaux demeurent inchangées (article L.2232-2 du code du travail).**
- ❖ **A compter de la détermination des organisations syndicales représentatives dans les branches, la validité d'une convention ou d'un accord de branche sera subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales reconnues représentatives à ce niveau ET à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations.**

2.2 REGLES DE VALIDITE DES ACCORDS D'ENTREPRISE

2.2.1 Accord conclu avec les délégués syndicaux

a) Jusqu'au 1er janvier 2009

Jusqu'à cette date, les règles de validité d'un accord d'entreprise restent inchangées.

La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement pendant cette période est donc toujours subordonnée à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au CE ou de la DUP ou, à défaut, de DP, quel que soit le nombre de votants.

b) A compter du 1er janvier 2009

À partir de cette date, la validité d'un accord d'une convention ou d'un accord sera subordonnée à :

- sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires, conformément aux mesures d'audience de la représentativité au niveau de l'entreprise ;
- à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs OS représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés, opposition exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de l'accord.

Les seuils de majorité de 30 % (adhésion) et 50 % (droit d'opposition) sont vérifiés par rapport à l'ensemble des suffrages exprimés, et non par rapport aux suffrages exprimés en faveur des seules OS représentatives.

Comme au niveau des branches, la représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés.

Lorsque la convention ou l'accord ne concernera qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral, sa validité sera subordonnée à :

- sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés dans ce collège, au premier tour des dernières élections ;
- à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans ce collège, à ces mêmes élections.

2.2.2 Accords conclus avec un représentant de section syndicale

En cas de carence au premier tour des élections professionnelles, la validité de l'accord négocié et conclu avec le représentant de section syndicale sera subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation par les salariés, l'accord sera réputé non écrit.

2.2.3 Accords conclus avec des élus ou des salariés mandatés

La loi ouvre, à compter du 31 décembre 2009, la possibilité aux entreprises de négocier avec des élus du personnel ou, à défaut, un salarié mandaté, même en l'absence d'accord collectif étendu portant sur ce sujet.

Cette possibilité était auparavant prévue, depuis la loi du 4 mai 2004, uniquement si un accord de branche étendu le prévoyait. La loi ne remet pas en cause les accords de branche existant en la matière.

La négociation avec les élus ou salariés mandatés ne concernera que les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords de méthode.

De tels accords pourront être négociés et conclus avec :

- des élus, dans les entreprises de moins de 200 salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés ;

La validité des accords d'entreprise ou d'établissement conclus avec des élus sera subordonnée à :

- leur conclusion par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ;
- l'approbation par une commission paritaire de branche, cette commission contrôlant que l'accord collectif n'enfreint pas les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles applicables. La commission se prononcera sur la validité de l'accord dans les quatre mois qui suivent sa transmission ; à défaut, l'accord sera réputé avoir été validé.

Si l'une des deux conditions n'est pas remplie, l'accord sera réputé non écrit.

- un salarié expressément mandaté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche, dans les entreprises où un procès-verbal de carence établit l'absence de représentants élus du personnel.

L'accord signé par un salarié mandaté devra être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord sera réputé non écrit.

Les accords d'entreprise conclus avec des élus ou des salariés mandatés ne pourront entrer en application qu'après leur dépôt auprès de l'autorité administrative dans des conditions prévues par voie réglementaire. S'agissant des accords conclus avec des élus, l'accord devra être accompagné de l'extrait de procès verbal de validation de la commission paritaire nationale de branche compétente.

Les accords d'entreprise conclus avec des élus ou des salariés mandatés pourront être renouvelés, révisés ou dénoncés respectivement par l'employeur signataire, les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté à cet effet.

Il résulte de ces dispositions que des entreprises de plus de 200 salariés au sein desquelles il y aurait des représentants élus du personnel mais pas de délégué syndical ou un délégué syndical désigné par une organisation syndicale de salariés représentative n'ayant pas recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires, ne pourraient pas conclure d'accord collectif d'entreprise.

Points clefs :

- ❖ **Jusqu'au 1er janvier 2009, les règles de validité des accords demeurent inchangées (articles L.2232-12 à L.2232-15 du Code du travail).**
- ❖ **A compter du 1er janvier 2009, la validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise sera subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires ET à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés.**
- ❖ **En cas de carence au premier tour des élections professionnelles, un accord d'entreprise pourra être conclu avec un représentant de section syndicale sous réserve que l'accord soit approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.**
- ❖ **A compter du 31 décembre 2009, les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical et les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégué du personnel désigné comme délégué syndical pourront conclure des accords d'entreprise avec leur élus.**
- ❖ **A compter du 31 décembre 2009, les entreprises dans lesquelles un procès verbal de carence établit l'absence de représentant élu du personnel pourront conclure des accords d'entreprise avec un salarié expressément mandaté.**

-3-
**PRESENTATION DES NOUVELLES DISPOSITIONS LEGALES
 SUR LA DUREE DU TRAVAIL**

3.1 POINTS CLEFS DE LA REFORME DU TEMPS DE TRAVAIL

3.1.1 La fin des dispositifs actuels d'aménagement de la durée du travail

Les dispositifs de durée du travail actuels permettent principalement de déroger au décompte hebdomadaire des heures supplémentaires :

- Modulation de la durée du travail ;
- Annualisation de la durée du travail avec octroi de jours RTT ;
- Cycle de travail ;
- Durée du travail décomptée par période de 4 semaines avec octroi de jours de repos sur cette même période.

Les différents dispositifs d'aménagement de la durée du travail auparavant organisés par la Loi et repris par les conventions collectives, sont désormais remplacés par un seul dispositif qui consiste en la « Répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ».

L'accord d'entreprise, d'établissement ou de branche, devra prévoir :

- les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail ;
- les limites pour le décompte des heures supplémentaires ;
- les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;
- lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail ;
- éventuellement, le lissage de la rémunération mensuelle des salariés.

L'accord de branche Syntec CICF prévoit pour les entreprises entrant dans son champ d'application, outre des dispositions particulières pour les cadres, qui seront évoquées plus loin, la possibilité de mettre en place une annualisation du temps de travail ou une modulation du temps de travail sur l'année.

Dans ce cadre, le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé par la branche à 90 heures par an et par salarié, avec la possibilité de le majorer de 40 heures sous réserve de la conclusion d'un accord d'entreprise ou, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, à l'avis conforme des représentants du personnel ou à l'autorisation de l'inspection du travail.

En l'état de la nouvelle loi, des précisions doivent donc être apportées à l'accord de branche (cf. ci-dessus) afin qu'il remplisse les nouvelles conditions légales permettant une application directe au sein des entreprises entrant dans son champ d'application.

3.1.2 Décompte des heures supplémentaires et contingent annuel d'heures supplémentaires

Dans le cadre de la nouvelle loi, les heures supplémentaires sont désormais décomptées de deux façons distinctes en fonction de la période de référence de décompte de la durée du travail :

1° Lorsque la période de décompte est annuelle, les heures supplémentaires sont celles :

- effectuées au-delà de 1607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord d'entreprise ou de branche, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire éventuellement fixée par l'accord et déjà comptabilisées ;

2° Lorsque la période de décompte est infra-annuelle, les heures supplémentaires sont celles :

- effectuées au-delà de la moyenne de 35 heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord d'entreprise ou de branche ou par le décret, déduction faite des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire fixée, le cas échéant, par l'accord ou par le décret et déjà comptabilisées.

Ces heures supplémentaires peuvent être effectuées dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, ou enfin, à défaut d'accord, par décret.

Le décret du 4 novembre 2008 (Décret n°2008-1132) fixe le contingent annuel à 220 heures.

C'est donc l'accord d'entreprise qui permet de définir le contingent d'heures supplémentaires dans la limite duquel des heures supplémentaires peuvent être réalisées.

Aucune limite n'est fixée par la disposition législative : **l'accord d'entreprise peut donc prévoir un contingent d'heures supplémentaires supérieur au contingent prévu par un accord de branche.**

En définitive, l'accord collectif d'une entreprise soumise à la CCN Syntec CICF pourrait donc prévoir un contingent annuel d'heures supplémentaires correspondant à une durée du travail hebdomadaire de 44 heures par semaine en moyenne sur 12 semaines consécutives avec des pointes à 48 heures certaines semaines.

L'accord d'entreprise, d'établissement ou de branche déterminera :

- Le contingent annuel d'heures supplémentaires ;
- Les conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel, notamment les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos (ancien repos compensateur légal) due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel.

Le « *repos compensateur légal* » n'existe plus, il est remplacé par une « *contrepartie obligatoire en repos* » accordée uniquement dans le cadre d'heures supplémentaires réalisées au-delà du contingent et non-plus pour les heures réalisées au-delà de 41 heures par semaine (dans les entreprises de plus de 20 salariés).

Comme vous l'indiquiez très justement, l'employeur n'a plus à informer l'inspection du travail de l'exécution d'heures supplémentaires dans le cadre du contingent, ni à lui demander une autorisation pour l'exécution d'heures supplémentaires exécutées au-delà de celui-ci.

3.1.3 Les forfaits : ce que change la loi

a) Forfait hebdomadaire ou mensuel en heures

La loi intègre dans le code du travail les conventions de forfait de droit commun en prévoyant que « *la durée du travail de tout salarié peut être fixée par une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou le mois* » (article L.3121-38 du Code du travail).

Comme auparavant, la mise en place de ces forfaits n'est pas subordonnée à un accord collectif.

Pour déterminer si le salarié perçoit une rémunération suffisante au titre de son forfait, une comparaison est faite avec la rémunération minimale applicable dans l'entreprise et non plus avec le salaire minimum conventionnel.

b) Forfaits annuels

Comme auparavant, la loi subordonne la mise en place de ces forfaits à un accord collectif, mais prévoit qu'il s'agit prioritairement d'un accord d'entreprise et, à défaut seulement, d'un accord de branche.

La loi modifie quelque peu les catégories de personnel pouvant être concernées par ce type de forfait.

Il n'est plus fait référence à la notion de cadre au sens des conventions collectives de branche ou au sens de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, ni aux salariés non cadres itinérants.

Il n'est plus fait référence à la notion d'accord de branche « étendu », à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement.

➤ **Forfait en heures**

Ce type de forfait concerne :

- les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;
- les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

➤ **Forfait en jours**

Ce type de forfait concerne :

- les cadres qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps **et** dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;
- les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

Les trois grandes innovations pour les cadres en forfait annuel en jours sont d'une part la pérennisation de la possibilité de racheter les jours de repos auxquels le salarié renonce, possibilité prévue par la loi pour le pouvoir d'achat du 8 février 2008 et d'autre part, l'intégration dans le code du travail du nombre de jours auxquels le salarié peut renoncer au titre de ce rachat en l'absence d'accord collectif sur ce point, à savoir 235 jours et enfin la disparition du report des jours de repos non pris l'année N sur les trois premiers mois de l'année N+1

Jusqu'à maintenant, la limite du nombre de jours auxquels le cadre pouvait renoncer était fixée par la circulaire du 12 février 2008, qui prévoyait que celui-ci ne pouvait renoncer aux jours de repos obligatoires d'origine légale ou conventionnelle (congés payés, congés pour événements familiaux, repos hebdomadaire, jours fériés chômés, etc.).

La Loi accroît ce chiffre puisqu'elle prévoit seulement que ce dispositif de rachat doit respecter les dispositions légales relatives aux repos quotidien, au repos hebdomadaire, aux jours fériés chômés dans l'entreprise et aux congés payés.

En définitive, un accord collectif d'entreprise pourrait donc prévoir une limite maximale de 282 jours (soit 365 jours – 52 jours de repos hebdomadaire – 30 jours de congés payés – le 1^{er} mai, seul jour férié obligatoirement chômé).

Points clefs :

- ❖ Les dispositifs d'aménagement du temps de travail (modulation, réduction du temps de travail avec attribution de jours de repos sur quatre semaines ou sur l'année, travail par cycle et temps partiel modulé) fusionnent sous un seul régime.
- ❖ Le nouveau régime est prioritairement mis en place par accord d'entreprise. L'accord d'entreprise peut donc déroger à l'accord de branche sur ce point.
- ❖ Le contingent d'heures supplémentaires est défini par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, de branche.
- ❖ A défaut d'accord, le contingent annuel est fixé par décret (soit 220 heures : décret du 4 novembre 2008, n°2008-1132).
- ❖ Les heures effectuées au-delà du contingent annuel n'ont plus à être autorisées par l'inspection du travail.
- ❖ Toute référence dans le code du travail à un repos compensateur obligatoire est supprimée. Seule subsiste pour toute heure supplémentaire au-delà du contingent une « contrepartie obligatoire en repos » en plus des majorations de salaire, dont les taux restent inchangés.
- ❖ Les cadres en forfait jours peuvent renoncer à leurs jours de repos. Le nombre de jours travaillés, qui ne peut, en principe, être supérieur à 282 jours, est fixé par accord collectif. A défaut, il est de 235 jours.

- 4 -

CONSEQUENCES DE LA NOUVELLE LOI SUR L'ACCORD DE BRANCHE DU 22 JUIN 1999 ET SUPREMATIE DE L'ACCORD D'ENTREPRISE : UNE REELLE INNOVATION ?

Désormais, un accord collectif d'entreprise ou d'établissement 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.

Ce n'est qu'à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement qu'une convention ou un accord de branche trouvera à s'appliquer.

L'accord d'entreprise ou d'établissement pourra donc déroger aux conventions de branches existantes, le cas échéant, dans un sens défavorable au salarié sur les thèmes visés par la loi.

4.1 RAPPEL SUR LA LOI N°2004-391 DU 4 MAI 2004 ET ARTICULATION AVEC LES NOUVELLES DISPOSITIONS LEGALES

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail pose le principe « *qu'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, une convention ou un accord de branche* » peut aménager la durée du travail dans l'entreprise et notamment définir le contingent d'heures supplémentaires par an et par salarié.

Cette simple rédaction laisse penser que l'accord d'entreprise prend dorénavant une place prépondérante, laissant à l'accord de branche un rôle subsidiaire dans les matières visées par la loi de 2008.

Sur le fond, le fait de permettre à un accord d'entreprise de déroger aux dispositions d'un accord de branche n'est pas *fondamentalement* innovant puisque la Loi du 4 mai 2004, relative au dialogue social, prévoyait déjà la possibilité de déroger par accord d'entreprise aux dispositions des accords de branche.

Dans ce cadre, il convient de s'interroger sur l'articulation de la nouvelle rédaction et des nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008 avec celles de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social qui n'ont pas été expressément abrogées par la loi de 2008.

Il convient de déterminer si (i) un accord d'entreprise peut à ce jour prévoir, en matière d'aménagement de la durée du travail des dispositions qui pourraient être contraires ou moins favorables que l'accord de branche et (ii) savoir si un accord de branche pourrait poser l'interdiction de déroger à l'une de ses dispositions par accord d'entreprise dérogoire.

4.1.1 L'accord d'entreprise dérogoire au sens de la loi du 4 mai 2004.

Depuis la loi du 4 mai 2004, le principe de faveur est remis en cause dans certaines conditions. Ainsi, un accord d'entreprise peut déroger aux dispositions d'un accord de branche, pour autant que :

- l'accord de branche n'interdit pas expressément aux accords d'entreprise de déroger aux dispositions conventionnelles de branche et ;
- que l'accord d'entreprise « dérogoire » ne porte pas sur les matières suivantes : salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires et mutualisation des fonds de la formation professionnelle (articles L.2253-1 et suivants du code du travail).

L'article 42 de cette loi prévoit en effet que :

« *En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du*

livre IX du présent code, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.

« Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement. »

L'article 43 de cette loi ouvre par ailleurs la possibilité de conclure un accord d'entreprise dans certaines matières limitativement énumérées. Les textes ouvrant cette possibilité mentionnaient la faculté de définir une norme conventionnelle « *par accord de branche étendu ou par accord d'entreprise* ». L'accord d'entreprise ne pouvait finalement être conclu que s'il était conforme à l'accord de branche ou, en cas de dérogation, que si l'accord de branche n'interdisait pas cette dérogation. En conséquence, l'accord de branche restait la norme « supérieure » de référence.

Enfin, et surtout, la loi du 4 mai 2004 précise que les dispositions permettant aux accords d'entreprise d'être « dérogatoires » n'avaient pas de portée rétroactive : « *La valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* » (article 45 de la loi).

En d'autres termes, dès lors qu'un accord de branche avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 et était donc silencieux sur la possibilité d'y déroger, les entreprises ne pouvaient considérer que ce silence valait autorisation implicite de déroger à l'accord de branche.

Alors même que l'accord d'entreprise pouvait théoriquement déroger à un accord de branche pour définir certaines normes conventionnelles, ce qui précède explique pourquoi cette faculté a finalement eu très peu de portée pratique.

Ainsi, la faculté de déroger à un accord de branche par accord d'entreprise ne s'applique pas, à la lecture de la loi de 2004, lorsque :

- un accord de branche a été conclu sur le sujet avant le 4 mai 2004 ;
- un accord de branche a été conclu sur le sujet depuis le 4 mai 2004 tout en excluant la possibilité de déroger par accord d'entreprise.

Dans la grande majorité des cas, les entreprises n'ont donc pas été en mesure de déroger aux accords de branche en vigueur conclus antérieurement à la loi du 4 mai 2004.

4.1.2 Le rôle subsidiaire de l'accord de branche dans certaines matières citées par la loi de 2008.

La question se pose de savoir si la loi du 20 août 2008, telle qu'elle est rédigée, permet à un accord de branche conclu après l'entrée en vigueur de la loi de 2008 de fixer des normes en matière de durée du travail, en interdisant toute dérogation par accord d'entreprise.

Ce qui suit, nous conduit à penser que l'accord de branche, dans les matières citées par la loi du 20 août 2008, devient subsidiaire, laissant toute liberté aux partenaires sociaux pour conclure un accord d'entreprise, plus ou moins favorable que l'accord de branche.

a) Le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2008-568DS du 7 août 2008 a fait valoir que l'entrée en vigueur de la loi est immédiate.

La question posée au Conseil constitutionnel était de déterminer dans quelle mesure la loi du 20 août 2008 pouvait prévoir de supprimer au 1^{er} janvier 2010 toutes les clauses des conventions antérieures relatives aux heures supplémentaires afin que de nouvelles négociations soient engagées au niveau des entreprises, ou à défaut, des branches.

Dans sa décision du 7 août 2008, le Conseil constitutionnel précise que « *dès la publication de la loi, les parties à la négociation collective au niveau de l'entreprise ou de la branche peuvent, après dénonciation des conventions antérieures, négocier et conclure des accords, sans attendre le 1^{er} janvier 2010, dans les conditions et les modalités fixées par la nouvelle loi* ».

Les dispositions de la nouvelle loi permettent donc depuis le 22 août 2008, date d'entrée en vigueur effective de la loi, la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans les accords de branche antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

Rappelons que le Conseil Constitutionnel a jugé inconstitutionnelle cette disposition, prévoyant la suppression au 31 décembre 2009 des dispositions conventionnelles antérieures au 20 août 2008 portant sur les heures supplémentaires, au motif qu'elle n'était pas justifiée par l'intérêt général.

b) La rédaction de la loi de 2008 permet également de considérer que l'accord de branche est dorénavant, dans certaines matières, subsidiaire.

Les termes « par accord d'entreprise (...) à défaut, par accord de branche » démontrent bien que l'entreprise n'est liée par l'accord de branche que si aucun accord d'entreprise ou d'établissement n'a été conclu sur le même sujet.

Contrairement à la rédaction adoptée en 2004, l'accord d'entreprise n'est plus présenté comme un accord « dérogoire » à une norme conventionnelle supérieure mais comme une norme autonome qui n'a plus à se référer à l'accord de branche pour envisager ou non la faculté d'y déroger.

Ce qui précède correspond au souhait clairement affiché du législateur de modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives et de faire primer la négociation d'entreprise sur celle de la branche, laquelle devient désormais subsidiaire dans certaines matières.

c) Sans que les dispositions de la loi de 2004 ne soient abrogées, il doit être fait application du principe selon lequel la loi nouvelle spéciale peut déroger à la loi générale.

« Quand les dispositions successives ne sont pas de même nature, on tire de la nécessité d'éviter une contradiction, la conséquence qu'une disposition particulière n'est pas abrogée par une mesure générale nouvelle contraire parce qu'une exception n'est pas incompatible avec une règle générale (Cass. Com. 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 43). De même, une disposition particulière nouvelle n'abroge pas une disposition générale contraire, car l'introduction d'une exception n'est pas incompatible avec le maintien d'une règle générale (R. GASSIN, Lois spéciales et droit commun, D. 1961, chron. 91).

Cependant, on admet qu'une loi spéciale nouvelle déroge, même si elle ne l'abroge pas, à une loi générale, la première prévalant sur la seconde dans le domaine particulier de son application, la loi générale continuant de demeurer applicable par ailleurs : « Specialia generalibus derogant »¹.

En conséquence, et à titre d'illustration, un accord de branche qui définirait un contingent d'heures supplémentaires ou certains modes d'aménagement du temps de travail, ou des catégories restreintes de salariés auxquelles peuvent être proposées des forfaits annuels en jours, tout en excluant la possibilité d'y déroger par accord d'entreprise pourrait être considéré comme inopposable, le législateur n'ayant pas conféré aux partenaires de branche la possibilité de restreindre la liberté de négocier et de conclure des accords d'entreprise.

Bien que non abrogées, force est de constater dans les faits, que les dispositions de la loi du 4 mai 2004 sont fortement remises en cause par la loi du 20 août 2008 en matière de durée du travail, sur la base du simple principe selon lequel la loi spéciale peut déroger à la loi générale.

¹ Louis BACH, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Caen-Basse-Normandie et Doyen honoraire : Dalloz, répertoire de droit civil, rubrique « lois et décrets », chapitre 3 « vie de la loi », section 2, Lois et décrets - septembre 2004

4.2 CONSEQUENCES DIRECTES DE LA LOI DE 2008 SUR L'ACCORD DU 22 JUIN 1999

La conséquence majeure de la loi réside donc dans la possibilité pour les entreprises de déroger, par accord collectif, aux dispositions de l'accord de branche Syntec CICF sur la durée du travail.

Ces dérogations pourront concerner :

- les dispositifs d'aménagement de la durée du travail ;
- les modalités de décompte des heures supplémentaires ;
- la définition de la semaine comme cadre de décompte des heures supplémentaires ;
- le contingent annuel d'heures supplémentaires ;
- les délais de prévenance en cas de changement d'horaires ou de la durée du travail ;
- le compte épargne temps ;
- les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour les heures accomplies au-delà du contingent ;
- les catégories de salariés auxquelles peuvent être proposées des conventions de forfaits annuels en heures et/ou en jours.

C'est précisément ce dernier point qui aura le plus d'impact sur les sociétés soumises à la CCN Syntec CICF.

En effet, la CCN Syntec CICF détermine de façon très précise les cadres auxquels peuvent être proposés des conventions de forfait annuel en jours.

L'intégration d'un salarié dans la catégorie des cadres en modalité de réalisation de missions avec autonomie complète est en effet liée à son coefficient et à sa rémunération.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, il n'était pas possible pour une entreprise soumise à Syntec CICF de proposer à un salarié d'intégrer cette catégorie si sa rémunération ne répondait pas aux minima fixés par l'accord de branche.

Désormais, les entreprises peuvent prévoir de déconnecter la rémunération perçue par le cadre de son intégration dans l'une de ces catégories. Il leur sera également possible de prévoir le forfait annuel en jours pour des salariés non cadres dès lors qu'ils répondent aux conditions légales.

Les entreprises pourront en outre augmenter considérablement le contingent annuel d'heures supplémentaires, relativement bas, de la CCN pour les salariés dont la durée du travail est décomptée en heures.

Points clefs :

- ❖ **La conséquence majeure de la loi réside dans la possibilité pour les entreprises de déroger, par accord collectif, aux dispositions de l'accord de branche Syntec CICF sur la durée du travail.**
- ❖ **Ces dérogations pourront concerner :**
 - **les dispositifs d'aménagement de la durée du travail ;**
 - **les modalités de décompte des heures supplémentaires ;**
 - **la définition de la semaine comme cadre de décompte des heures supplémentaires ;**
 - **le contingent annuel d'heures supplémentaires ;**
 - **les délais de prévenance en cas de changement d'horaires ou de la durée du travail ;**
 - **le compte épargne temps ;**
 - **les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour les heures accomplies au-delà du contingent ;**
 - **les catégories de salariés auxquelles peuvent être proposés ces conventions de forfaits annuels en heures et/ou en jours.**

-5-
UN ROLE NOUVEAU POUR L'ACCORD DE BRANCHE

Bien que l'accord d'entreprise soit devenu la norme de référence en matière d'aménagement et de modalités de décompte du temps de travail, l'accord de branche garde néanmoins de l'intérêt.

Il constitue en premier lieu pour les entreprises qui n'ont pas conclu d'accord ou qui ne peuvent conclure d'accord de disposer d'une norme conventionnelle d'application directe.

En second lieu, il permet également aux entreprises de disposer d'une marge de négociation. Il sera plus aisé pour les entreprises de négocier un accord d'entreprise en sachant qu'elles disposeront, en tout état de cause, d'outils de flexibilité si leur négociation échoue en appliquant directement l'accord de branche.

Toute modification qui serait apportée à l'accord de branche devra être répercutée sur les différents dispositifs de la CCN Syntec CICF qui y font référence, notamment en ce qui concerne la durée du travail des salariés des entreprises de portage salarial, organisateurs de foires et salons. De la même façon, les paragraphes relatifs à la durée du travail des enquêteurs vacataires et des chargés d'enquête intermittents à garantie annuelle devront être actualisés sur la base de la nouvelle durée légale de 35 heures.

5.1 L'ACCORD DE BRANCHE COMME NORME APPLICABLE A DEFAUT D'ACCORD D'ENTREPRISE

A défaut d'accord collectif (d'entreprise ou de branche), la loi prévoit qu'un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine.

Ce décret (Décret n°2008-1132 du 4 novembre 2008 précité) prévoit que dans cette situation, la durée du travail pourra être organisée sur une période de quatre semaines au plus.

S'agissant des heures supplémentaires, le décret précise que, dans cette organisation, seront des heures supplémentaires celles effectuées :

- au-delà de 39 heures par semaine ;
- au-delà de la durée moyenne de 35 heures hebdomadaires calculée sur la période de référence, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires comptabilisées au titre du dépassement de la durée hebdomadaire.

Il prévoit par ailleurs que le contingent annuel d'heures supplémentaires reste fixé à 220 heures, à défaut d'accord collectif d'entreprise ou de branche.

Le décret précise les caractéristiques et conditions de prise en compte de la contrepartie obligatoire en repos qui se substitue à la notion de « repos compensateur obligatoire ».

Compte tenu des dispositions prévues par le décret, l'accord de branche constitue désormais un plancher de souplesse mis à disposition des entreprises entrant dans son champ d'application, pour autant qu'il soit d'application directe (ce qui n'est pas le cas du forfait annuel en jours pour les cadres).

5.2 L'ACCORD DE BRANCHE COMME MARGE DE NEGOCIATION

Comme indiqué ci-dessus, le principe de l'application directe de l'accord de branche permettrait aux entreprises de disposer, dans tous les cas, d'une certaine flexibilité permettant de ne pas mettre à mal leur organisation du temps de travail à défaut de parvenir à un accord avec leurs partenaires sociaux, notamment en ce qui concerne le forfait annuel en jours.

La présence d'un accord applicable de façon directe et présentant un minimum de flexibilité pour les entreprises leur permettrait d'aborder plus sereinement les négociations sur la durée du travail.

Points clefs :

- ❖ Désormais l'accord de branche permet aux entreprises qui n'ont pas conclu d'accord d'entreprise ou qui ne peuvent conclure de tels accords de disposer d'une norme conventionnelle d'application directe.
- ❖ Il constitue également une marge de négociation permettant aux entreprises de négocier plus sereinement un accord d'entreprise en sachant qu'elles disposeront en tout état de cause d'outils de flexibilité si leur négociation échoue en appliquant directement l'accord de branche.