

HEURES SUPPLÉMENTAIRES : L'ÉTAT DES LIEUX POUR APPRÉHENDER LE PROJET DE RÉFORME

À un moment où le régime juridique des heures supplémentaires, fiscal et social, risque de changer, il peut être intéressant pour le lecteur, pour celui qui emploie comme pour celui qui est employé, de lui présenter un état du droit de faire faire des heures supplémentaires d'une part, et du droit de faire ou de solliciter de faire des heures supplémentaires d'autre part. Cela permettra de préciser comment le principe, désormais presque transformé en adage, « travailler plus pour gagner plus » pourra trouver l'expression d'une réalité au quotidien, et passer victorieusement le contrôle — le cas échéant — du Conseil constitutionnel.

Depuis la réforme du 16 janvier 1982, le régime des heures supplémentaires est un régime de semi-liberté pour l'employeur : il a un droit de tirage — de sa seule initiative — sur le contingent des heures supplémentaires, sous réserve de consulter les représentants du personnel et d'informer l'inspection du travail : l'employeur n'a pas à solliciter d'autorisation dans le cadre d'un recours aux heures supplémentaires si elles se situent à l'intérieur du contingent. Il doit en revanche solliciter l'autorisation de faire exécuter des heures supplémentaires à l'inspecteur du travail quand il y a dépassement du contingent.

I. Régime de liberté du recours pour l'employeur aux heures supplémentaires dans le cadre du contingent

Le droit de recourir aux heures supplémentaires dans la limite du contingent est constant depuis 1982 et s'est donc clairement inscrit dans le paysage des relations sociales. La définition du contingent est donc, pour cette raison, devenue un enjeu, notamment lors de la négociation des accords de branche entre 1998 et 2002.

Primitivement, le droit de fixer le contingent était dévolu au règlement ou à une convention ou à un accord de branche étendu.

Depuis les réformes des 17 janvier 2003 et 4 mai 2004, le contingent d'heures supplémentaires pouvant être effectuées après information de l'inspecteur du travail peut être fixé par une convention ou un accord de branche étendu, ou (désormais) par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, à un volume supérieur ou inférieur à celui déterminé par décret.

Le régime a donc été assoupli, au point de donner une compétence modificative de l'intervention de l'agent public aux partenaires sociaux dans l'entreprise.

Le choix d'un volume possiblement supérieur signifie qu'on privilégie la voie conventionnelle pour élargir le régime de liberté en augmentant le champ potentiel des contingents et, au demeurant, sans poser de condition aux négociateurs pour fixer un volume supérieur ou inférieur.

Les contingents réglementaires restent toutefois la base du droit commun, en l'absence d'un accord de branche étendu ou d'une convention d'entreprise en fixant d'autres, différents.

L'article D. 212-25 du Code du travail fixe un contingent de 220 heures par an et par salarié pour les ouvriers, les employés, les agents de maîtrise et les cadres assujettis à un horaire collectif ainsi

que pour les salariés itinérants non cadres et les cadres autonomes qui n'ont pas signé de convention individuelle de forfait (en jours ou à l'année) ou qui sont régis individuellement par une convention de forfait établie en heures sur une base hebdomadaire ou mensuelle. Ce contingent à lui seul, permet de faire travailler en moyenne un peu plus de 39 heures par semaine.

Ce contingent est toutefois réduit à 130 heures par an et par salarié lorsque la durée hebdomadaire de travail varie dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de modulation (à condition que la modulation dépasse un volume de 70 heures/an ou une amplitude de 31/39 heures pour les salariés assujettis à la modulation).

II. Régime d'autorisation des heures supplémentaires au-delà du contingent

Au-delà du contingent réglementaire ou conventionnel, l'employeur, après avoir consulté son comité ou, à défaut, ses délégués, doit solliciter l'autorisation de faire faire des heures supplémentaires.

Il paraît assez clair que les entreprises ont beaucoup réorganisé leurs productions depuis la publication des deux lois Aubry. Dès lors, le dépassement du contingent n'est pas une situation fréquente, notamment dans les entreprises moyennes ou grandes. Même si les statistiques ne prennent pas toujours en compte les heures supplémentaires réellement effectuées, la moyenne affichée par le ministère de 35 h 60, toutes activités confondues, dément l'idée qu'il y aurait fréquemment des heures supplémentaires effectuées au-delà d'un contingent.

Toutefois, les demandes d'autorisation peuvent présenter un intérêt ponctuellement. Cela signifie donc que la quasi-totalité des heures supplémentaires sont effectuées dans l'espace de liberté laissé à l'employeur dans le cadre du contingent professionnel ou d'entreprise. Le droit de faire faire des heures supplémentaires reste en effet l'apanage de l'employeur dans le cadre de son pouvoir d'organisation, car le recours aux heures supplémentaires est précisément inhérent aux nécessités de production et d'organisation.

III. Le droit pour l'employeur de faire exécuter des heures supplémentaires

Sous réserve qu'il respecte les modalités et procédures de mise en œuvre des heures supplémentaires, l'employeur peut, après avoir

décidé de recourir collectivement aux heures supplémentaires, demander l'exécution de ces heures supplémentaires à ses salariés.

Le salarié qui refuserait d'effectuer ces heures sans motif légitime commettrait une faute. Le droit de faire faire des heures supplémentaires concerne les heures se situant à l'intérieur du contingent, comme les heures autorisées par l'inspecteur du travail au-delà des contingents.

Les heures supplémentaires peuvent être demandées collectivement s'il s'agit de faire travailler davantage tout un atelier. Les heures supplémentaires sont parfois sollicitées par l'employeur auprès de volontaires. Cette pratique existe plus spécifiquement dans certains métiers, par exemple les secteurs du bâtiment ou des travaux publics, où l'offre de l'employeur va rencontrer la demande du salarié, sans que tout le chantier soit amené à travailler plus. Cela conduit naturellement à préciser les droits du salarié dans le registre des heures supplémentaires.

IV. Droits et obligations du salarié

Le salarié doit effectuer les heures supplémentaires demandées

Nous l'avons vu, le salarié doit répondre à une sollicitation de son employeur de faire les heures supplémentaires demandées. Il peut être acteur de la décision quand l'employeur fait appel au volontariat pour effectuer ces heures supplémentaires (de même que le volontariat s'est développé pour le travail de nuit ou le travail du dimanche) dans le cadre du contingent ou au-delà de ce dernier.

Il s'agit d'une hypothèse où l'employeur n'aura pas besoin de tous ses collaborateurs. L'idée du roulement vient à l'aide du volontariat, les salariés pouvant être appelés à tour de rôle pour éviter toute forme de discrimination, mais toujours sur la base du volontariat.

Le recours aux heures choisies

Le salarié a désormais un droit d'initiative nouveau que lui a conféré la loi du 31 mars 2005. Il peut désormais solliciter le recours à des heures dites choisies — individuellement donc — quand l'employeur a déjà fait exécuter des heures supplémentaires dans la limite supérieure et jusqu'à épuisement du contingent.

Réforme prudente, mais pédagogique, qu'il faut en outre organiser par un accord de branche, de groupe ou d'entreprise. L'accord fixe la majoration de ces heures qui, du fait d'une co-initiative — de l'employeur et du salarié — peut relever d'un régime légèrement différent de celui des heures sollicitées par le seul employeur (ces heures échappent d'une part à la notion de repos compensateur, et d'autre part, à l'autorisation administrative). Elles répondent à la volonté déjà affirmée du « travailler plus pour gagner plus ».

Cette disposition n'a pas révolutionné la pratique, du fait du peu de

dépassement des contingents dans l'ensemble des secteurs d'activité, ainsi que nous l'avons indiqué auparavant.

Elle a le mérite toutefois de saisir l'évolution des relations entre employeurs et salariés, où les heures supplémentaires sont de plus en plus le fait d'une co-initiative, en tout cas d'une rencontre entre l'offre et la demande. Si les heures supplémentaires continuent à dépendre de l'employeur dans leur principe, y compris dans l'hypothèse du recours aux heures dites choisies (car il doit accepter de faire faire des heures supplémentaires), la démarche liée au volontariat s'est déjà inscrite assez largement dans le paysage des heures supplémentaires.

V. Le paiement des heures supplémentaires

Les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire dont le taux est fixé par une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement. Ce taux ne peut être actuellement inférieur à 10 % (taux appliqué dans certains accords entre la 36^e et la 39^e heure pour absorber le surcoût de leur passage à la qualité d'heure supplémentaire).

À défaut de convention ou d'accord, chacune des huit premières heures supplémentaires donne lieu à une majoration de 25 % et les heures supplémentaires suivantes à une majoration de 50 %.

VI. La question spécifique des conventions de forfait

Les forfaits ont été créés par la loi Aubry. Ils peuvent, pour les cadres, être définis à la semaine, au mois, à l'année (*idem* pour les itinérants non cadres). Pour chacun de ces forfaits, il y a nécessité de fixer le quantum des heures supplémentaires en sus de l'horaire légal pour être certain que le salaire payé ne sera pas défavorable à ce que serait au minimum l'addition du salaire minimum conventionnel pour 35 heures, majoré du paiement des heures supplémentaires dont l'exécution est programmée dans ce cadre forfaitaire.

Il faut souligner ici l'intangibilité de la position de la jurisprudence sur les conditions de validité du forfait dont l'objectif est la protection du salarié, lequel ne doit pas être lésé par une convention de forfait floue. En conséquence, dans toute convention de forfait à la semaine, au mois, à l'année, quiconque peut identifier le volume des heures supplémentaires payées, ce qui devrait conduire à prendre en compte ces situations dans le cadre de la future réforme sur les heures supplémentaires, d'où le nécessaire rappel sur l'existence et l'exigence de la convention de forfait, mode usuel de rémunération de l'encadrement et des itinérants.

Plus délicate à saisir est la situation des salariés en forfait jours. À la différence des autres sortes de forfait, le forfait jour ne se caractérise nullement par l'addition d'heures normales et d'heures supplémentaires, mais par un plafond de jours quantifiés à l'année. Les jours ne sont pas scindables en heures et le cadre est autonome pour gérer ses heures (on devrait dire ses jours).

La définition du salaire est elle-même établie distinctement et l'hypothèse d'un désaccord sur le salaire correspondant au forfait jours ne se résout pas (C. trav., art. L. 212-15-4) en paiement d'heures normales et d'heures supplémentaires, mais au regard d'un salaire en rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, le niveau minimum conventionnel de classement de l'intéressé servant de guide dans le contrôle que peut opérer le juge.

Dans un tel schéma, on voit mal quelle identification on pourrait donner demain à une part du salaire forfaitaire en jours, sauf à remettre en cause le bloc qu'il constitue aujourd'hui sans distinction d'heures. Sauf à toucher à l'édifice des forfaits jours, ces derniers ne seraient pas éligibles à une réforme sociale et fiscale sur les heures supplémentaires.

Pour autant, c'est une difficulté qui va se présenter au législateur qui aura à définir le périmètre exact de la réforme des heures supplémentaires, tout en respectant l'égalité de traitement sur le plan social et l'égalité devant l'impôt sur le plan fiscal.

VII. Mieux payer les heures supplémentaires, moins les imposer

Le pari de réforme affiché par le président de la République et son Premier ministre consiste à faire payer au minimum les heures supplémentaires à un taux de 25 % avec une contrepartie d'allègement pour l'employeur et une exclusion de ces heures supplémentaires pour l'imposition fiscale du salarié ; ce dernier point étant à la limite dissociable de la réforme sociale.

C'est un projet de réforme qui semble prendre le contre-pied des réformes qui ont été mises en œuvre depuis 2002.

Dès lors que la quasi-totalité des heures effectuées avant toute réduction à 35 heures ont été payées avec un maintien du salaire base 39 heures, toute heure supplémentaire effectuée ultérieurement à partir de la 36^e heure devait être payée une deuxième fois. D'où la volonté d'en amortir le surcoût et donc, d'en limiter la majoration (cela justifiait le taux de 10 %).

Si demain, le seuil minimum passe à 25 % du fait de la loi, les

accords de branche (exemple de l'accord de branche signé début 2007 dans l'hôtellerie-restauration) verront leur équilibre mis en cause, sauf à ce que la compensation par de moindres charges soit donnée par la loi à l'employeur. Tel est le sens du projet.

Cela nécessitera à tout le moins une renégociation des accords qui rémunéraient moins que 25 % les heures supplémentaires de la 36^e à la 39^e, du fait de l'effet négatif des lois Aubry sur les coûts. Cette négociation imposée sera dictée par le contenu de la future loi.

Ce faisant, ce projet entérinera un peu plus le fait que la durée légale, qui n'est notamment qu'un seuil de déclenchement des heures supplémentaires, reste bien fixée à 35 heures. La solution de majoration des heures supplémentaires à compter de la 36^e heure à 25 % rend difficile l'idée de vouloir, à un moment donné, revenir sur cette durée légale. En tout cas, il faudrait alors gérer une évidente contradiction. Mais il ne semble pas que la remise en cause de cette durée légale soit réellement envisagée.

Les lois Raffarin et Fillon du dernier quinquennat cherchaient à gommer partiellement les effets de surcoût d'un passage brutal de 39 à 35 heures. Le projet qui est annoncé consiste à vouloir favoriser la croissance de l'économie et le pouvoir d'achat. Il est impératif que le coût de ce redéploiement soit équitablement partagé entre l'employeur et l'État, les gagnants de cette réforme étant les salariés sur le plan fiscal et l'économie, en général. On doit probablement rajouter l'idée que la transparence y gagnera sous tous ses aspects, ce qui est un gage d'intérêt supplémentaire.

Il restera, comme pour toute réforme, à ce que celle-ci soit sécurisée : quelles situations ouvriront droit au bénéfice de l'allègement et de l'exonération d'imposition ? Quels salariés seront bénéficiaires ? Quel quantum sera pris en compte ? Quelles règles d'équité devant les charges et l'impôt ? Autant de questions que le projet de loi devra traiter et sur lesquelles le Conseil constitutionnel, s'il devait être saisi, aurait à statuer.

Alain SAURET

*Avocat conseil en droit social
Capstan Avocats*