



HAL
open science

D'une pratique d'entreprise à un droit à dérogation : le cas des avenants temporaires des contrats à temps partiel

Dominique Roux-Rossi

► **To cite this version:**

Dominique Roux-Rossi. D'une pratique d'entreprise à un droit à dérogation : le cas des avenants temporaires des contrats à temps partiel. La dérogation, le droit et le travail (XIXe-XXIe siècle), Chatefp, Sep 2018, Paris, France. pp. 79-89. hal-02433608

HAL Id: hal-02433608

<https://cnam.hal.science/hal-02433608v1>

Submitted on 9 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**D'une pratique d'entreprise à un droit à dérogation :
le cas des avenants temporaires des contrats à temps partiel**

Le régime du travail à temps partiel a connu depuis son intégration comme forme spécifique du contrat de travail dans le code du travail au début des années 1980 de nombreuses évolutions, variant d'une souplesse d'utilisation à une formalisation stricte¹.

Cette contribution vise à présenter comment s'est opéré le passage d'une pratique qui a pu être jugée illégale à un droit à dérogation négocié marquant bien l'articulation ascendante des sources : les pratiques d'entreprises, plus ou moins formalisées par accords d'entreprises, aboutissent à la transformation de la loi et à la légalisation de ces pratiques, par voie d'accords que l'on peut qualifier de « dérogatoires ». Il sera montré comment l'exercice de pratiques d'entreprises et l'usage de la négociation d'entreprise ont permis le contournement puis le renversement de la loi nationale.

Cette évolution sera présentée à partir de l'exemple du travail à temps partiel et plus particulièrement de l'étude du cas des avenants temporaires dans des branches très utilisatrices du temps partiel, comme la grande distribution alimentaire, qui a fait l'objet d'une étude pluridisciplinaire avec enquêtes de terrain².

A partir de la présentation des évolutions juridiques en matière de travail à temps partiel, qui marquent le passage d'une interdiction à un droit à dérogation légale, seront interrogés la notion de droit dérogatoire et le sens de cette notion complétée ou supplantée aujourd'hui par celle de supplétivité : de la dérogation à la norme, de la dérogation à la supplétivité de la norme légale, d'une technique juridique à un processus social et politique.

I. Les principales évolutions juridiques en matière de temps partiel

1. De l'incitation à la dissuasion

Le système juridique du travail à temps partiel a en effet subi une évolution en sens inversé. Tout d'abord, en considérant que la France était en retard par rapport aux autres pays européens en matière de recours au temps partiel, un système d'incitations financières sous forme d'exonérations de charges sociales a été mis en place dans les années 1990 afin de permettre le développement de cette forme d'emploi.

Puis, concomitamment aux lois sur le temps de travail qui alliaient réduction et flexibilité pour les contrats à temps complet au début des années 2000, le régime juridique du travail à temps partiel a évolué dans un sens inverse, encadrant beaucoup plus strictement ce type de contrat tout en accentuant les possibilités pour les salariés d'augmenter leurs bases horaires contractuelles (voir notre annexe présentant les grandes étapes législatives).

La loi du 19 janvier 2000, dite loi AUBRY 2³, a visé à modifier les logiques en présence et à inscrire le temps partiel dans une nouvelle perspective⁴ afin de promouvoir le travail à temps complet et de

¹ Voir le tableau en annexe sur les principales étapes législatives du travail à temps partiel.

² Jennifer BUÉ, Frédéric REY, Dominique ROUX-ROSSI, Les nouvelles régulations du temps partiel, 2012, publié en ligne <http://hal-00665285>

³ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, JO, 20 janvier 2000.

dissuader de l'utilisation du temps partiel à l'embauche comme variable d'ajustement en termes d'emploi et de durée du travail par les employeurs, contraire aux choix des salariés.

Rappelons que, depuis cette loi, un travail est considéré comme travail à temps partiel lorsque sa durée est inférieure à la durée légale ou à la durée conventionnelle applicable, retenue dans un cadre hebdomadaire, mensuel ou annuel. Cette loi, supprimant les incitations financières antérieures, a visé à modifier les logiques en présence et à inscrire le temps partiel dans une nouvelle perspective. Rappelant le principe d'égalité de traitement entre salariés à temps partiel et salariés à temps complet, elle conjugue plusieurs types de considérations alliant les intérêts du salarié et ceux de l'employeur.

Ainsi, elle prend en compte les intérêts des salariés à temps partiel par le renforcement des droits et garanties individuels, des libertés et possibilités de choix des salariés et la sécurisation de leur contrat. L'esprit de cette loi est de promouvoir l'aspect « choisi » du temps partiel au profit du salarié, afin que le contrat soit davantage l'émanation de sa volonté, ce qui permettrait d'en limiter le caractère « subi » ou « contraint » assorti de variations imprévisibles⁵.

Cependant les principales mesures prévues par la loi du 19 janvier 2000⁶ constituent surtout des obligations et des contraintes pour les employeurs (et il faut souligner le contrôle strict exercé par les tribunaux). Une loi du 14 juin 2013⁷ a depuis complété le dispositif existant en renforçant le droit à négociation (voir *infra*). Les principales obligations de l'employeur relatives au contrat à temps partiel sont les suivantes :

- conclusion d'un contrat écrit comportant un certain nombre de mentions obligatoires prévues à l'article L 3123-6 du Code du Travail (CT)⁸;
- durée de travail obligatoirement inférieure au temps complet – durée légale ou conventionnelle (CT, art. L 3123-1 et L 3123-9), y compris les heures complémentaires ;
- répartition de la durée du travail – entre les jours de la semaine, ou les semaines du mois – obligatoirement inscrite dans le contrat de travail, et modifications possibles de cette répartition ;
- délai de prévenance pour toute modification de la répartition des horaires ;
- droit au refus du salarié d'une modification de cette répartition ; droit au refus d'effectuer des heures complémentaires non prévues au contrat initial ;
- limitation du nombre d'heures complémentaires pouvant être effectuées dans une double limite avec des butoirs : interdiction d'atteindre la durée légale du travail (ou conventionnelle applicable) ; nombre d'heures complémentaires limité au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, sauf accord collectif pouvant repousser cette limite jusqu'au tiers (CT, art. L 3123-20 et 28) ;
- droit à une majoration de salaire de 10 et 25 % pour les heures complémentaires : majoration due dès la première heure (CT, art. L 3123-29). Mais, contrairement aux salariés à temps complet, les heures complémentaires ne sont pas susceptibles d'être remplacées, en totalité ou en partie, par des repos de remplacement équivalents ;
- droit au réajustement automatique de la durée horaire lorsqu'il y a dépassement systématique de deux heures au moins par semaine des horaires prévus pendant 12 semaines consécutives (CT art. L 3123-13) ;

⁴ Cf. Françoise FAVENNEC-HÉRY, « Le travail à temps partiel : changement de cap », *Droit social*, n° 12, décembre 1999 et également Marion DEL SOL, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Droit social*, juillet-août 2001.

⁵ Sur la question du « choix » du travail à temps partiel, voir Jennifer BUÉ, Jean-Luc METZGER, Dominique ROUX-ROSSI, *Le temps partiel à l'épreuve des 35 heures*, Paris, La documentation française, 2004.

⁶ Code du travail, art. L3123-1 à 3123-24. Les dispositions issues de la loi du 19 janvier 2000 ont été recodifiées en 2008 mais n'ont pas fait l'objet de modifications majeures.

⁷ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, *JO*, 16 juin 2013.

⁸ Dont la durée du travail et la répartition de cette durée entre les jours de la semaine et les semaines du mois, sous peine de requalification du contrat en temps complet (Cass Soc. [arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale], 20 juin 2013, n° 10-20507), ainsi que la possibilité de recours aux heures complémentaires.

- priorité pour un passage à temps plein ou pour un contrat ayant une durée supérieure, y compris sur un emploi à durée déterminée ; priorité pour un salarié à temps complet d'obtenir un temps partiel ;
- depuis le 1er janvier 2014, fixation d'une durée minimale hebdomadaire de 24 heures par semaine alors que jusque-là il n'y avait aucun minimum horaire pour le temps partiel.

Toutes ces règles démontrent le caractère devenu contraignant du recours au travail à temps partiel pour les employeurs. Et l'absence de respect de ces dispositions est susceptible d'entraîner une requalification du contrat en temps complet. Tel est le cas de variations de la répartition du temps de travail organisées de façon fréquente et aléatoire et aboutissant à ce que la durée du travail atteigne ou dépasse le temps complet⁹. Néanmoins, par accord, certaines de ces dispositions peuvent être assouplies tout en restant encadrées dans des limites définies.

La loi laisse tout de même à l'employeur une certaine marge de flexibilité mais en l'encadrant plus strictement par le développement du mode de gestion collectif de cette forme de contrat. Les règles posées par la loi ont un caractère contraignant : écrit obligatoire, précisions sur les durées horaires et leur modification, etc. Toute modification des limites légales nécessite une convention ou un accord collectif, ce qui limite en principe les prérogatives unilatérales de l'employeur.

De ce fait, après avoir beaucoup augmenté dans les années 1980-1990 du fait des mesures incitatives mises en place (supprimées en 2000), le recours au travail à temps partiel s'est stabilisé. En 2017, il concerne 19,7 % des salariés, qui sont des femmes pour 80 % des cas, et est concentré dans le secteur tertiaire. 30,6 % des femmes travaillent à temps partiel contre 7,7 % des hommes. La durée moyenne du travail à temps partiel s'établit à 23,3 heures par semaine ; cependant 4,6 % des femmes salariées à temps partiel travaillent moins de 15 heures par semaine. Il faut également noter que plus de 40 % des femmes à temps partiel exercent ce travail faute de mieux¹⁰.

On observe une tendance à une légère baisse du taux des femmes à temps partiel : 80,1 % en 2016 au lieu de 82 % en 2005, alors que le taux des hommes est en légère augmentation, due aux jeunes hommes – étudiants ou premières embauches¹¹.

Les ordonnances MACRON du 22 septembre 2017 n'ont pas touché au régime du travail à temps partiel qui garde ses propres règles tout en pouvant être intégré dans les dispositifs négociés d'aménagement du temps de travail, anciennement appelé *modulé ou annualisé*.

Comme on l'a vu, le recours au temps partiel impose donc des contraintes légales qui sont rigides : interdiction d'atteindre ou de dépasser la durée légale ou conventionnelle du temps complet, limitation du nombre possible de recours aux heures complémentaires au 1/10 des heures prévues au contrat, voire au 1/3 si cette faculté est prévue par accord collectif, majoration de salaire dès la première heure complémentaire avec impossibilité de transformer ces rémunérations en repos de remplacement, réajustement automatique de la durée horaire prévue au contrat en cas de dépassement systématique et continu sur une période de douze semaines. Le non-respect de ces règles est sanctionné par la requalification du contrat en temps complet. Alors que, pour les employeurs de certains secteurs d'activité, le recours au temps partiel était considéré un moyen d'ajustement flexible de la main-d'œuvre, ces dispositions ont été mal considérées et ont abouti à la mise en place de pratiques visant à les contourner.

⁹ Cass. Soc., 8 juillet 2010, n° 09-40; Cass. Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.056; Cass. Soc., 12 mars 2014, n° 12-15014.

¹⁰ Source : INSEE, enquête emploi 2017.

¹¹ Voir tableaux en annexe. Et, pour une étude globale, Mathilde PAK, « Le travail à temps partiel », *Synthèse Stat'*, n° 4, juin 2013.

2. La stratégie de contournement : la mise en place des avenants temporaires

Dans les entreprises fortement utilisatrices de temps partiel, et particulièrement dans les secteurs de la grande distribution alimentaire et de l'hôtellerie-café-restauration qui ont fait l'objet d'une enquête¹², le recours aux avenants temporaires s'est fortement développé afin de donner aux employeurs des marges de flexibilité en termes de gestion des contrats à temps partiel et de contourner les contraintes légales.

Il s'agit d'une pratique qui consiste à relever les bases horaires des contrats à temps partiel, ou le plus souvent à proposer un contrat à temps complet pour une durée limitée, par voie d'avenant à durée déterminée. Pendant cette période le salarié est soumis à de nouveaux horaires, inscrits dans l'avenant au contrat (soit augmentation du nombre d'heures du contrat, soit passage au temps complet avec la rémunération correspondante) et retrouve en fin de période son contrat initial et sa base horaire à temps partiel figurant dans son contrat de travail. Les heures effectuées dans le cadre de l'avenant sont rémunérées au taux normal, sans majoration. Il s'agit donc en fait de recourir à un contrat à durée déterminée au sein d'un contrat à durée indéterminée. Cette pratique n'est pas complètement inédite, ni vraiment illégale mais elle restait très marginale jusqu'à ce développement des avenants temporaires concernant les salariés à temps partiel¹³.

Cette solution a été mise en place essentiellement pour pourvoir à la gestion des absences, véritable problème dans les entreprises, et assurer des remplacements temporaires dans les meilleurs délais et conditions. En effet plusieurs solutions sont possibles pour pourvoir au remplacement d'un salarié absent : soit le recours aux contrats extérieurs (contrats à durée déterminée ou intérim) qui nécessitent recrutement et formation et sont coûteux ; soit le recours aux heures supplémentaires ou complémentaires, mais celles-ci peuvent représenter un surcoût important et surtout, en ce qui concerne les salariés à temps partiel, sont limitées par des butoirs (interdiction de dépassement du tiers, interdiction d'atteindre la durée légale, requalification en cas de dépassement de longue durée : voir *supra*).

Le système de l'avenant temporaire est susceptible de répondre aux attentes des employeurs qui, de cette façon, recrutent une personne sur place connaissant le métier, s'affranchissent pour un temps des contraintes régissant le contrat à temps partiel – interdiction d'atteindre la durée légale, dépassement du nombre d'heures complémentaires admises, paiement d'heures complémentaires majorées, ou requalification du contrat dépassant les horaires prévus. Ce système peut également convenir à certains salariés, notamment aux étudiants qui peuvent être intéressés à passer à temps complet ou à augmenter significativement leurs horaires pendant leurs congés ou certaines périodes, ou à d'autres personnes qui ne souhaitent pas travailler à temps complet de façon permanente. Par contre, il peut être mal vécu par d'autres salariés de revenir à temps partiel à l'expiration de la durée prévue dans l'avenant.

¹² Voir Jennifer BUÉ, Frédéric REY, Dominique ROUX-ROSSI, Les nouvelles régulations du temps partiel, art. cité, et « Le temps partiel moins attractif ? Nouvelles régulations temporelles dans deux secteurs de services », *Travail et Emploi*, n° 134, avril-juin 2013, p. 59-74.

¹³ Cette question renvoie à la problématique de la modification du contrat qui nécessite l'accord express du salarié. Mais la Cour de cassation a jugé qu'un salarié ayant accepté expressément par un avenant à son contrat de travail le caractère temporaire de la modification de ses attributions et salaire et la réintégration dans son emploi antérieur renonçait à se prévaloir du maintien des conditions régies par l'avenant à l'issue de cette période. En l'occurrence, il s'agissait d'un salarié responsable commercial qui avait été nommé par avenant à son contrat directeur technique durant l'absence pour maladie du salarié occupant habituellement cet emploi. Le salarié avait refusé de reprendre son emploi et de perdre son complément de rémunération, considérant qu'il s'agissait d'une modification qu'il était en droit de refuser. La Cour de cassation a rejeté ses demandes au titre de l'existence d'un avenant en bonne et due forme et a donc admis la validité de l'avenant temporaire. Cass. Soc., 31 mai 2012, n° 10-22.759 FS-P.

On pourrait également citer comme autre exemple le cas des salariées qui bénéficient d'un congé parental à temps partiel et retrouvent leur temps de travail antérieur à l'issue de ce congé qui est limité dans le temps. Mais ces cas n'ont pas donné lieu à contestations portées en justice.

Au départ ces pratiques concernaient surtout les étudiants, qui sont nombreux à travailler à temps partiel durant leurs études, mais petit à petit elles ont été étendues aux autres catégories de personnel. Afin de normaliser et encadrer ces pratiques certaines entreprises ont mis en place par voie d'accord collectif ces systèmes permettant soit l'augmentation des heures, soit le passage à temps complet pour une durée temporaire par voie d'avenant, afin de donner une base normée à ces pratiques. C'est le cas par exemple d'un accord d'hypermarché qui prévoit la possibilité d'heures d'avenants, non limités aux étudiants, même s'ils en sont les principaux bénéficiaires, ou encore un supermarché discount qui également a élaboré un accord traitant spécifiquement de cette question et prévoyant la possibilité d'avenant temporaire de passage à 35 heures soit au temps plein pour les salariés à temps partiel, avec un minimum d'une semaine et un maximum correspondant à la durée du remplacement nécessaire (voir rapport précité). Tous ces accords sont basés sur le volontariat exclusif des personnels. L'accord d'entreprise a permis la formalisation de ces pratiques qui, ainsi, entrent dans le champ de la norme négociée.

3. La sanction de ces pratiques par les tribunaux

Saisie à plusieurs reprises de recours de salariés ayant signé des avenants temporaires et les contestant, la Cour de cassation a, à chaque fois, sanctionné sévèrement les employeurs :

- en requalifiant le contrat en contrat à temps complet avec rappel de salaires et considérant le salarié tout à fait fondé à se prévaloir d'un contrat à temps plein définitif¹⁴ ;
- en considérant que toutes les heures accomplies au-delà de la durée prévue au contrat, même conclues dans le cadre d'un avenant temporaire, étaient des heures complémentaires ouvrant droit à majoration¹⁵ ;
- en admettant la prise d'acte justifiée aux torts de l'employeur suite au recours d'une salariée contestant la validité d'un avenant ayant prévu une affectation temporaire sur un poste à temps plein et son remplacement dans les conditions initiales de son contrat à temps partiel, sans son accord, au terme de la période convenue d'augmentation du temps de travail¹⁶.

La Cour de cassation a conclu à l'illégalité des pratiques de recours aux avenants temporaires, même formalisés par des accords collectifs, considérant que les règles légales régissant le contrat à temps partiel étaient impératives, et ne pouvaient être contournées, même par accord collectif, marquant par là son souci de dissuader du recours au temps partiel.

4. Les évolutions et perspectives sous la pression des partenaires sociaux : la légalisation des avenants temporaires

Initiée par le Ministère des Droits des femmes, une conférence dite « de progrès » sur le temps partiel s'est tenue à Caen le 16 novembre 2012¹⁷. Cette conférence a réuni les partenaires sociaux, représentants employeurs et salariés, de secteurs utilisateurs de temps partiel, dont ceux de la propriété, du commerce et de la distribution, afin de discuter et réfléchir à la mise en place de « bonnes pratiques », notamment à l'égard des femmes en matière de temps partiel.

Peu après, le 11 janvier 2013, un important accord national interprofessionnel (ANI) est signé par la CFDT, la CFTC, la CGC pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels, qui contient différentes dispositions relatives au temps partiel¹⁸.

¹⁴ Cass. Soc., 5 avril 2006, RACHENNE c/ Sté Supermarchés Match Nord, *Revue de Jurisprudence Sociale*, n° 781, juin 2006.

¹⁵ Cass. Soc., 7 décembre 2010, n° 09-42315, Cass. Soc., 2 juillet 2014, n° 13-15954.

¹⁶ Cass. Soc., 12 juillet 2010, n° 09-40051.

¹⁷ <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/conference-de-progres-sur-le-temps-partiel-a-caen-lintegralite-des-echanges/>

¹⁸ Voir Françoise FAVENNEC-HÉRY, « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », *Droit social*, octobre 2013.

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹⁹ reprend certaines dispositions de l'ANI et contient un important volet sur le travail à temps partiel dont les dispositions les plus importantes sont les suivantes :

- fixation d'une *durée minimale hebdomadaire* de 24 heures, suite aux demandes de syndicats de salariés. Jusque-là, la loi faisait référence à une durée maximale (inférieure à la durée du temps complet) mais aucun plancher minimal n'était fixé. Il s'agit de favoriser un véritable temps partiel choisi et d'éviter son utilisation comme variable d'ajustement dans l'organisation du travail. Néanmoins de nombreuses exceptions sont prévues à cette règle, soit par voie de négociation de branche étendue (CT art. L 3123-19), soit de droit pour les étudiants et les contrats de remplacement (CT art. L 3123-7).
- formalisation des *compléments d'heures*, suite aux demandes des employeurs. Il s'agit de la formalisation des avenants temporaires précédemment évoqués qui s'intitulent dorénavant compléments d'heures et ont désormais une base légale, pouvant sécuriser ces pratiques d'entreprises. Ceux-ci ne peuvent être mis en place que par convention ou accord de branche étendu, sur la base du volontariat du salarié, et donnent la possibilité de déroger aux règles du contrat à temps partiel, par voie d'avenant temporaire au contrat de travail²⁰. Ils prévoient la possibilité de l'augmentation de la base horaire du salarié à temps partiel pour une durée temporaire et le retour au contrat initial à la fin.

L'accord de branche doit déterminer un nombre minimal d'avenants, dans la limite de huit par an et par salarié – hors les cas de remplacements qui sont en réalité le motif de recours le plus utilisé. Il doit également déterminer les modalités selon lesquelles les salariés ont une priorité pour bénéficier de ces compléments d'heures.

Il peut aussi prévoir les majorations salariales des heures effectuées dans le cadre de cet avenant mais celles-ci ne sont pas obligatoires. Il faut noter que le droit à majoration systématique, calé sur celui des heures complémentaires établi par la Cour de cassation, n'a pas été retenu. Par contre les heures qui excèderaient la durée fixée dans l'avenant ouvrent bien un droit à majoration minimale de 25 %.

La loi permet donc par voie d'accord *dérogatoire* (voir *infra*) de donner une base juridique à ces pratiques d'avenants dérogeant aux règles légales. Aucune indication n'est donnée sur une limite maximale supérieure et il est possible de penser que ces avenants peuvent tout à fait atteindre ou dépasser la durée du temps complet pour la durée prévue à l'avenant sans encourir la requalification, mais le doute est permis et il faudra attendre la position de la Cour de cassation pour le lever.

Suite à la loi du 14 juin 2013, un certain nombre de branches ont mis en place par accord de branche étendu des dispositions relatives au temps partiel conformes à la loi.

Les accords conclus sur le temps partiel concernent essentiellement la durée minimale hebdomadaire inférieure à 24 heures mais un certain nombre d'entre eux autorisent le recours aux compléments d'heures. On peut noter la conclusion de 86 accords sur cette question, dont 69 étendus fin mars 2018²¹. En règle générale les accords relatifs aux compléments d'heures limitent le nombre d'avenants possibles par salarié et par an – hors le cas des remplacements, qui sont de loin les plus utilisés – en dessous du maximum autorisé par la loi de 8 (dans la plupart des cas entre 4 et 6 avenants annuels par salarié). On peut noter également que la majorité de ces accords ne prévoient pas de majoration salariale pour les heures conclues dans le cadre de l'avenant, qui sont donc rémunérées au taux normal. Et quand une majoration salariale est prévue, celle-ci se situe entre 10 et 15 %, soit un taux inférieur à la majoration légale. Par contre les heures effectuées au-delà de la durée du travail fixée par l'avenant sont bien majorées au taux normal.

¹⁹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 précitée.

²⁰ CT, art. L 3123-22 et suivants. Voir Dominique JOURDAN, « Les heures complémentaires et l'avenant complément d'heures », *Semaine sociale Lamy*, n° 1652, novembre 2014.

²¹ Voir *La négociation collective en 2017, 2018*, p. 454 et s., rapport DGT, Ministère du Travail, www.travail-emploi.gouv.fr.

Quasiment tous les accords ne prévoient pas de restriction au nombre d'heures en dépassement qui peuvent donc atteindre le temps complet²².

II. Le sens et la portée de l'accord dérogatoire à partir de l'exemple des compléments d'heures

L'exemple présenté a mis en évidence comment une pratique d'entreprise jugée illégale par les tribunaux a pu être rendue légale via la technique de l'accord dérogatoire. En effet, le contenu de la loi et de ses dispositions impératives n'a pas été modifié, mais a été complété par l'introduction d'un droit à dérogation. En réalité il ne s'agit pas uniquement d'une technicité juridique – même si celle-ci existe – mais surtout d'un processus ayant un sens politique, économique et social.

Le cas des avenants temporaires en matière de temps partiel, ou compléments d'heures, est particulièrement significatif de la nouvelle articulation ascendante des sources : ce qui est pratiqué sur le terrain a abouti à un changement de législation, qui va intégrer ces pratiques et les *normer*.

1. La notion de droit dérogatoire

Il n'y a pas de définition de la dérogation et le législateur n'a pas précisé le contenu de cette notion. Au départ la dérogation signifie exception et elle peut signifier différentes voies : constituer un moyen de ne pas appliquer la loi, ou de la contourner, ou de la modifier via l'utilisation de la négociation, qui est une technique juridique. « Est dérogatoire ce qui écarte, dans des limites elles-mêmes déterminées par la loi, les règles normalement applicables »²³. Ce dispositif est apparu avec l'ordonnance de janvier 1982 et a été renforcé et élargi par la suite²⁴.

Par contre seule l'autorité étatique édicte la possibilité de la dérogation, l'étendue de celle-ci et le moyen de sa mise en œuvre. Dans tous les domaines du droit du travail, la dérogation a pour vecteur la négociation collective et l'accord soit d'entreprise, soit de branche. Car si des exceptions ou différentes modalités peuvent être inscrites dans la loi – même, elles n'ont pas valeur de dérogation.

Dans notre exemple, la dérogation autorisée par la loi et admise par un accord de branche permet non seulement de contourner le contenu de la loi, mais encore de mettre en place des dispositions directement contraires aux règles légales, comme celles de prévoir un avenant à temps complet, de ne prévoir aucune majoration salariale, de ne pas encourir la requalification du contrat en contrat à temps plein ou au réajustement des horaires. Ce que la loi interdit est rendu possible par l'accord de branche qui constitue une convention par laquelle les parties se soustraient au régime légal, décident de l'application d'un autre régime et rendent la dérogation légale. Cependant pour être valable cette convention doit préciser un certain nombre de points : le nombre d'avenants possibles par an et par salarié avec un maximum autorisé, les possibles majorations salariales si elles sont prévues, car elles ne sont pas obligatoires, les modalités d'accès ou de priorité à ces régimes de compléments d'heures.

Il n'est plus aucunement requis de distinguer si la norme conventionnelle est plus ou moins favorable que la loi. Même si cette notion est ambiguë²⁵, cette question n'a plus lieu d'être dans ces nouveaux dispositifs. Cela ne signifie pas que l'accord dérogatoire soit automatiquement défavorable aux salariés ; il est différent de la loi, voire contradictoire. Dans notre exemple il n'est pas aisé de déterminer si le recours aux compléments d'heures constitue un avantage ou non pour les salariés. Il l'est dans la mesure

²² Par exception, l'accord organismes gestionnaires de foyers et services de jeunes travailleurs prévoit une limite à 34 heures, donc juste inférieure au temps plein.

²³ Françoise FAVENNEC-HÉRY et Raphaël WEISSMANN, « Les dérogations en droit du travail. Le recours à l'accord dérogatoire », *Droit social*, septembre 2017.

²⁴ Notamment, pour citer les principales législations, avec la loi FILLON du 4 août 2004, la loi Travail du 8 août 2016 et les ordonnances MACRON du 22 septembre 2017.

²⁵ Antoine JEAMMAUD, « Les principes « de faveur » ont-ils vécu ? », *Revue de droit du travail*, mars 2018.

où il leur permet de travailler plus d'heures et donc d'avoir des gains supérieurs, ce qui peut être avantageux pour certains, mais d'un autre côté, il fait perdre le bénéfice des majorations pour les heures complémentaires. Surtout il ne remet pas en cause le statut du salarié à temps partiel et ne permet pas le réajustement ou le passage à temps plein pérenne qui pourrait être souhaité par certains.

2. La primauté de l'accord de branche

Il est intéressant de noter que le recours à l'accord dérogatoire passe, pour notre thématique, mais également pour d'autres, exclusivement par la négociation de branche, ce qui peut aboutir, à l'heure où la négociation d'entreprise semble privilégiée, à une autre articulation branche/entreprise, à une redynamisation du rôle de la branche, une redistribution des espaces de négociation et une autre répartition des compétences évoquées par certains auteurs²⁶.

La branche s'est vu confier un rôle primordial et de monopole en matière de négociation sur treize thèmes de protection des salariés : salaires minima, classifications, protection sociale etc. (énoncés à l'article L 2253-1 du Code du travail) qui constituent des droits directs pour les salariés.

Mais de plus en plus l'élaboration du droit dérogatoire donnant la possibilité de mettre en place des mesures différentes voire contradictoires avec celles de la loi passe obligatoirement par le niveau de l'accord de branche. C'est le cas pour les compléments d'heures qui ont été étudiés ici mais aussi pour la réduction du seuil minimal de 24 heures hebdomadaires instauré par la loi du 14 juin 2013 pour les salariés à temps partiel (voir notre annexe) et également pour d'autres thèmes comme les contrats à durée déterminée²⁷.

Dans ces cas, seul l'accord de branche peut permettre de s'affranchir des contraintes issues de la législation et devient la règle sur la question du temps de travail des salariés à temps partiel.

De plus, dans ces cas l'accord dérogatoire de branche doit être étendu. L'extension renforce le caractère normatif de la règle édictée (puisque celle-ci sera applicable directement dans toutes les entreprises entrant dans le champ d'application de l'accord, indépendamment de la qualité de signataire) et renforce le contrôle sur les mesures édictées. Et même si les entreprises peuvent également conclure des accords dérogatoires sur certains thèmes, ce sont sur des sujets plus périphériques comme la réduction des délais de prévenance pour modifier les horaires des salariés à temps partiel ou encore de porter la limite d'heures complémentaires au tiers au lieu du 1/10.

La tendance semble être de reporter sur la branche le niveau de la négociation dérogatoire, surtout pour la mise en place de dispositions non conformes à la loi. La négociation de branche aurait donc un rôle moteur sur ces questions. Sans accord de branche aucune négociation valable au niveau de l'entreprise n'est possible et en présence d'un accord de branche, l'accord d'entreprise doit être conforme, et au moins équivalent en termes de droits prévus.

²⁶ Paul-Henri ANTONMATTEI, Damien CHENU, Jean-Julien JARRY, Michel MORAND, Christine NEAU-LEDUC, « Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles de la négociation collective », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 12/2017.

²⁷ Ainsi les articles L 1242-8, L 1243-13, L 1244-4 du Code du travail permettent exclusivement par accord de branche étendu de modifier la durée des CDD, le nombre de renouvellements, les délais de carence entre deux contrats.

3. Accord dérogatoire et supplétivité

La technique de la supplétivité, apparue en 2008²⁸, donne le plus souvent la primauté à l'accord d'entreprise sur la loi, celle-ci ne s'appliquant qu'à défaut d'accord. On peut se demander si la notion d'accord dérogatoire a encore un sens au vu du régime de supplétivité de la loi instauré ces dernières années. Les deux systèmes ont la même finalité : remettre l'élaboration de la norme applicable dans l'entreprise aux acteurs de terrain qui peuvent s'affranchir de certaines contraintes de la loi et permettre une adaptabilité du droit aux nécessités et contraintes de l'entreprise.

Néanmoins, à notre sens, ces notions, même très proches, ne se confondent pas totalement. Dans le cadre de la supplétivité, la loi impérative disparaît là où s'ouvre le champ de la négociation alors qu'en présence d'un accord dérogatoire, certaines règles sont écartées ou modifiées par l'accord mais la loi survit²⁹. La supplétivité a un champ plus large, elle opère une nouvelle répartition des champs loi/accord, une nouvelle distribution horizontale. D'autre part le régime de la supplétivité renvoie surtout à la négociation d'entreprise alors que le droit dérogatoire est surtout du ressort de la négociation de branche, ce qui amène une autre distribution.

4. Sens et portée de l'accord dérogatoire

Comme nous l'avons vu, la technique de l'accord dérogatoire permet en matière d'avenants temporaires au contrat à temps partiel – ou d'avenants complémentaires d'heures – de contourner la loi et de mettre en place des dispositions non seulement non conformes à la loi mais encore sanctionnées par les tribunaux. Les pratiques jugées illégales entrent désormais dans le domaine de la légalité, sous réserve de respecter les modes requis (accord de branche répondant aux questions de majorité et extension). Les interprétations strictes de la Cour de cassation ont donc été sanctionnées et les positions de cette dernière jugeant les avenants irrecevables ne pourront en principe plus être admises. On peut s'interroger sur le sens de ces dispositifs et les logiques sous-jacentes. Différents enjeux peuvent être identifiés.

Le premier est le sens *politique* de ces mesures, probablement le plus important. La question des avenants entre dans la logique de la grande réforme du droit du travail entreprise par les différents gouvernements successifs de ces dernières années afin de le rendre plus flexible, plus adaptable, d'améliorer la compétitivité des entreprises³⁰ avec la perspective – incertaine – d'améliorer l'emploi. En matière de compléments d'heures, comme pour toutes les dernières réformes, la modalité retenue est le renvoi aux acteurs de terrain (représentants patronaux et syndicaux de branche et d'entreprise) en charge de négocier et d'élaborer des normes appropriées aux contextes des entreprises et de contribuer au *changement de paradigme* en droit du travail. Dans notre exemple, comme en ce qui concerne les modifications possibles concernant les règles du contrat à durée déterminée, la loi n'a pas été directement modifiée, ce qui aurait été possible. L'autorité étatique a préféré déléguer aux acteurs la production des normes sur des questions sensibles et ceux-ci doivent donc s'accorder sur les mesures à prescrire. En l'absence d'accord, ces mesures ne pourront être mises en place. De cette façon l'État peut se décharger de la responsabilité de prescription de certaines normes³¹. Une nouvelle fois, il y a la démonstration établie par Alain SUPIOT du retrait de l'État qui « cesse de tout régir par lui-même [...] et se borne à fixer les procédures selon lesquelles ces négociations devront être conduites sans lui »³².

²⁸ C'est en effet la loi du 20 août 2008 qui a introduit ce concept de supplétivité, dépassant la technique de la dérogation. Cf. Jérôme BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse articulation », *Droit social*, janvier 2018.

²⁹ Françoise FAVENNEC-HÉRY et Raphaël WEISSMANN, « Les dérogations en droit du travail », art. cité.

³⁰ Cf. Tatiana SACHS et Cyril WOLMARK, « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Droit social*, décembre 2017.

³¹ Évoqué par Frédéric GÉA, « Un changement de paradigme », *Droit social*, décembre 2017.

³² Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018.

Le recours aux compléments d'heures s'inscrit également dans une logique d'instrumentalisation du droit. L'accord dérogatoire est l'instrument privilégié pour modifier la loi, pour l'adapter au contexte économique et social de l'entreprise – en termes d'emplois par exemple.

Conclusion : questionnements juridiques et incertitudes

Dans notre exemple, on a pu constater que les pratiques d'entreprises antérieures de recours aux avenants temporaires sortent de l'illégalité par la négociation dérogatoire ; ainsi la dérogation peut devenir la règle. Cependant cela n'est pas sans soulever certains questionnements d'ordre juridique.

Comment les tribunaux et la Cour de cassation vont-ils se saisir des nouvelles règles admissibles par accord, qu'ils avaient formellement dénoncées ?

Ainsi, l'avenant temporaire *compléments d'heures* qui fixe la durée du travail du salarié à temps partiel au niveau du temps complet ne sera-t-il pas remis en cause ? De fait on peut se demander si l'avenant ne change pas la qualification du salarié à temps partiel alors que la définition du salarié à temps partiel est d'avoir une durée du travail inférieure au temps complet (CT art. L 3123-1). La plupart des accords de branche conclus prévoient en effet cette possibilité de relever les heures sans limitation et d'atteindre la durée du temps complet dans l'avenant. Le salarié perd-il son statut de travailleur à temps partiel pendant la durée de l'avenant ?

Il en est de même en ce qui concerne l'absence de majoration de salaire pour les heures conclues dans le cadre de l'avenant. Ces heures ne sont pas considérées comme des heures complémentaires et les accords n'ont pas d'obligation de prévoir ces majorations. La Cour de cassation qui avait dénoncé ces pratiques (voir *supra*) modifiera-t-elle son point de vue ?

Et enfin est posée la question de la conclusion d'un contrat à durée déterminée dans un ensemble à durée indéterminée. En cas de rupture anticipée de l'avenant - par exemple en cas de retour anticipé du salarié remplacé -, le salarié sera-t-il en droit de se prévaloir des règles applicables au CDD (maintien du contrat pour la période prévue et en tout cas paiement de la rémunération prévue) ?

Il faudra attendre la position de la Cour de cassation pour trancher sur ces questions d'application qui peuvent rester en suspens. Sera-t-il possible que la durée du travail prévue dans l'avenant de complément d'heures atteigne ou dépasse la durée légale du travail à temps complet et sera-t-il admis qu'il n'y ait aucune majoration des heures effectuées dans ce cadre ? Même si les nouvelles règles vont limiter le pouvoir d'appréciation de la Cour de cassation, il lui reste tout de même une marge de latitude pour interpréter la mise en œuvre des accords.

Déjà la Cour de cassation a considéré que l'avenant modifiant la durée du travail du salarié à temps partiel était soumis au strict formalisme légal du contrat à temps partiel et devait préciser, comme le contrat initial, la nouvelle durée et sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. A défaut est encourue la requalification en temps plein portant sur l'ensemble du contrat à compter du premier avenant non conforme³³.

Par contre elle a adopté une position plus souple concernant l'information du salarié, considérant que le délai de prévenance exigé suite à une modification de la répartition des horaires ne s'appliquait pas en cas de modification adoptée par accord mutuel ou d'avenant de compléments d'heures³⁴.

Le cas des avenants temporaires – ou compléments d'heures – pour des contrats à temps partiel est révélateur des nouvelles régulations juridiques qui s'établissent dans le domaine des relations de travail.

³³ Cass. Soc., 23 novembre 2016, n° 15-18093.

³⁴ Cass Soc., 9 novembre 2016, n° 15-19401.

Il montre aussi le passage de l'informel au formel. En effet les pratiques d'avenants temporaires étaient très répandues, tout en étant informelles, voire occultes à l'exception de quelques accords. Maintenant que la formalisation officielle de ces pratiques par voie d'accord est possible, il sera intéressant de constater leur mise en œuvre et surtout, en cas de non-respect des nouvelles règles, d'établir si les salariés feront valoir davantage leurs droits.

ANNEXE Les principales étapes législatives du travail à temps partiel

Cet encadré retrace les principales évolutions législatives relatives au travail à temps partiel : _____

Loi du 28 janvier 1981 et surtout **ordonnance du 26 mars 1982** : création d'un statut juridique à cette forme d'emploi mais établi en référence à la norme de l'emploi à temps complet et définition – horaires inférieurs d'au moins un cinquième à la durée légale ou conventionnelle ; instauration d'un régime d'heures complémentaires ; principe de l'égalité de traitement.

Loi du 31 décembre 1992 : mise en place d'un système pérenne d'abattements de 50 % sur les cotisations patronales, destiné à favoriser le développement du temps partiel jugé en retard en France par rapport aux autres pays européens.

Loi du 20 décembre 1993 : assouplissements supplémentaires se situant dans la continuité de la loi précédente malgré une réduction à 30 % du taux d'abattement de charges ; mais la plage de la durée du travail ouvrant droit à l'abattement est élargie (entre 16 et 32 heures au lieu de 19 et 30 heures) ; annualisation possible du contrat à temps partiel intégrant le travail intermittent qui est abrogé ; possibilité de relever la limite du dixième au tiers des heures complémentaires par simple accord d'entreprise au lieu de l'accord de branche étendu.

Loi AUBRY 2 du 19 janvier 2000 : changement de définition du travail à temps partiel qui est applicable à tout contrat dont la durée est inférieure à la durée légale ou conventionnelle ; majoration de 25 % des heures complémentaires à partir du 1/3 ; abrogation du temps partiel annualisé, mais introduction du temps partiel modulé ; rétablissement du travail intermittent ; renforcement des droits et garanties individuels ; suppression des incitations financières.

Loi du 20 août 2008 : maintient les règles précédentes du contrat à temps partiel sauf abrogation du temps partiel modulé ; intégration du temps partiel dans les dispositifs généraux d'aménagement du temps de travail. Le temps partiel annualisé et modulé entre désormais dans le champ de l'aménagement du temps de travail qui doit être négocié.

Loi du 14 juin 2013 : Modifie certaines règles du temps partiel : fixe une durée minimale de 24 heures hebdomadaires pour le contrat à temps partiel, assortie de nombreuses dérogations par la voie de la négociation de branche étendue, autorise la conclusion d'avenants de compléments d'heures, également par accord de branche étendu, prévoit une majoration salariale de toute heure complémentaire (10 % pour les heures accomplies dans la limite du 1/10 de la durée hebdomadaire ou mensuelle et 25 % au-delà).
