

Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité

par Alexia GARDIN, Professeure à l'Université de Lorraine, CERIT-IFG

PLAN

I. La fixation d'une durée minimale : une sécurité à construire

A. La mesure des exceptions

B. La définition d'une sanction

II. Le dispositif « Compléments d'heures » : une flexibilité à encadrer

A. Une tactique d'évitement légalisée

B. Un régime en construction

À en croire les promoteurs de l'ANI du 11 janvier 2013 (1) comme ceux de la loi du 14 juin 2013 (2) ayant assuré sa transcription, la nouvelle réglementation du travail à temps partiel s'inscrit résolument dans une optique de protection des salariés. Rattachée par les partenaires sociaux à la création « *de nouveaux droits pour les salariés afin de sécuriser les parcours professionnels* », elle se veut, sous la plume du législateur, une réponse dans la « *lutte contre la précarité dans l'emploi et dans l'accès à l'emploi* ». Qu'il soit toujours nécessaire d'agir sur ce terrain, nul ne le contestera. Les constats régulièrement établis sur la réalité du temps partiel sont sans appel (3). En 2011, pour près d'un salarié concerné sur trois, le temps partiel est déclaré « *subi* », faute d'avoir trouvé un emploi à temps plein (4). La situation concerne essentiellement les jeunes et les faiblement diplômés et s'accompagne de conditions d'emploi plus précaires et d'horaires de travail moins réguliers. Mais le dispositif imaginé en 2013 est-il à la hauteur des objectifs affichés par ses promoteurs ? Nous serions tentée de répondre « *seul l'avenir le dira* » car, en vérité, des pans entiers restent à bâtir. En effet, que l'on porte le regard sur la fixation nouvelle d'une durée minimale (I), mesure protectrice phare s'il en est une, ou sur le dispositif « *compléments d'heures* » (II), qui semble, de prime abord, davantage paré des habits de la flexibilité que de la sécurité, l'essentiel doit encore être écrit. Dès lors, la responsabilité de ceux qui doivent donner sens (le juge) ou consistance (les branches professionnelles sous le regard attentif du ministère du Travail) au texte de loi est grande. C'est par leurs actions qu'une véritable protection pour les salariés à temps partiel peut être construite et que le point d'équilibre entre sécurité pour les salariés et flexibilité pour les entreprises peut être trouvé. Reste à tenter d'esquisser ce qu'ils pourraient être.

I. La fixation d'une durée minimale : une sécurité à construire

C'est sans doute l'un des points de la réforme dont il a été fait le plus grand cas. S'inscrivant dans les pas de l'ANI, la loi du 14 juin 2013 institue une durée minimale de travail à temps partiel, fixée à

24 heures par semaine ou à l'équivalent mensuel ou annuel (5). Le choix du quantum ne doit rien au hasard. Il correspond, peu ou prou, à la moyenne hebdomadaire constatée en 2011 (6). L'objectif

(1) ANI du 11 janvier 2013 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 des salariés.

(2) Loi n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi.

(3) Dernièrement : M. Pak, « Le travail à temps partiel », Synthèse.Stat n° 4, juin 2013, Dares. Voir également l'étude sur *Le travail à temps partiel* du Conseil économique social et environnemental présentée par M. Milevski en séance plénière, le 26 novembre 2013. Cette dernière souligne la progression fulgurante du travail à temps partiel et la précarité qui l'accompagne. Elle salue également l'instauration d'une durée minimale de temps partiel, mais exprime des craintes sur le cadre d'exception qui l'accompagne. Pour une

présentation synthétique, v. « Le temps partiel révélateur de précarité », SSL n° 1608, 2 décembre 2013, p. 2.

(4) La caractérisation de la nature « choisi » ou « subi » du travail à temps partiel appelle des précautions, car elle se fonde sur les déclarations des personnes concernées et peut s'appuyer sur deux critères différents : les raisons du travail à temps partiel et le souhait de travailler davantage en étant disponible pour le faire. Selon la première définition, en 2011, 32 % des salariées à temps partiel sont à temps partiel subi, contre 28 % avec la seconde définition.

(5) C. trav. art. L. 3123-14-1.

(6) En moyenne, sur 2011, les salariés à temps partiel travaillent 23,2 heures par semaine.

affiché est clairement protecteur : il s'agit de garantir à tous les salariés à temps partiel une durée du travail propre à leur assurer un accès aux droits sociaux et une rémunération décente. Dès lors, au plafond du temps partiel, qui participe à sa définition (7), est adjoind un plancher en dessous duquel l'employeur ne peut faire travailler le salarié. Ainsi présentée, la mesure paraît propre à satisfaire ceux qui dénoncent l'indignité des « petits boulots » et à décevoir ceux qui, sous couvert d'un contexte de crise, y voient une activité économique susceptible d'égards. Pour autant, ce serait oublier que la règle est assortie d'exceptions portées par les articles L. 3123-14-2 à L. 3123-5 et L. 5132-6 et 7 du Code du travail, dont il convient de mesurer l'étendue avant de conclure à l'existence d'un progrès social (A.). De même faut-il se préoccuper de la sanction applicable en cas de non-respect de la durée minimale, point sur lequel le législateur est demeuré curieusement silencieux (B.). La protection qui commande de limiter les exceptions, ou à tout le moins de les compenser, passe aussi par la détermination d'une sanction adaptée.

A. La mesure des exceptions

La lecture des exceptions légales portées à la durée minimale de travail à temps partiel peut, de prime abord, donner le tournis. Pas moins de quatre situations sont identifiées comme ouvrant la voie à une durée de travail inférieure au minimum légal. Certaines font appel à l'outil conventionnel (2.), d'autres à une renonciation individuelle du salarié (3.). D'autres encore semblent exclure, par une détermination générale et abstraite, une catégorie de salariés à temps partiel du champ d'application du plancher (1.). Si, pour toutes, il est possible de relever des garanties imaginées par le législateur en compensation de l'exception apportée, la protection réelle qu'elles permettront sera grandement tributaire de l'interprétation des textes et du résultat des négociations qu'ils autorisent.

1. L'exclusion de certaines catégories de salariés à temps partiel

L'ANI de 2013 prévoyait que la durée minimale de 24 heures par semaine n'était applicable ni aux salariés des particuliers employeurs, ni aux salariés âgés de moins de 26 ans poursuivant leurs études (8). Si la

première exclusion n'avait pas besoin d'être transcrite, dès lors que, par application de l'article L. 7221-2 du Code du travail, les dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur, et sont soumis à la convention collective nationale de travail des salariés du particulier employeur (9), la seconde semble avoir été relayée par le législateur à l'article L. 3123-14-5 (9 bis). La formule retenue suscite cependant l'interrogation. En effet, la règle portée par ce texte est présentée comme une « *dérogation à l'article L. 3123-14-4* », qui traite des garanties en termes de regroupement d'horaires conditionnant la dérogation conventionnelle et la renonciation individuelle. Pour une règle d'exclusion du champ d'application du plancher, le renvoi est pour le moins curieux, sauf à considérer que le texte n'est, en réalité, pas porteur d'une telle règle et que la fixation d'une durée de travail inférieure pour un salarié de moins de 26 ans poursuivant ses études ne peut intervenir que dans le cadre de la dérogation conventionnelle ou de la renonciation individuelle. Il y aurait alors bien dérogation à l'article L. 3123-14-4, en ce sens que la fixation d'une durée inférieure ne serait pas conditionnée à un regroupement des horaires sur des journées ou demi-journées régulières ou complètes, mais uniquement à la compatibilité avec les études suivies. Mais une telle interprétation ne se heurte-t-elle pas à l'expression « de droit » mobilisé dans la suite de l'article litigieux ? Là peut être identifié un second problème de signification. Une fixation « de droit » à un niveau inférieur au plancher pourrait indiquer qu'aucun plancher n'est applicable. Il y aurait alors bien exclusion du champ d'application de la durée minimale de 24 heures par semaine, et l'on retrouverait la position exprimée dans l'ANI et dans certains travaux préparatoires (10). Reste que la fixation « de droit » peut également être entendue comme « sans condition ». Il n'y aurait, dès lors, pas de contradiction avec l'identification d'une règle se limitant à écarter la condition de regroupement des horaires, et le cadre de référence demeurerait celui de la renonciation individuelle ou de la dérogation conventionnelle. Ainsi, en dehors d'un accord ou d'une convention de branche étendu prévoyant une durée réduite, seul le salarié pourrait solliciter la fixation d'une durée inférieure au minimum légal,

(7) C. trav. art. L. 3123-1.

(8) Art. 11, 2.

(9) Cass. Soc. 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-43026 ; Cass. Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 05-43013.

(9 bis) « Par dérogation à l'article L. 3123-14-4, une durée de travail inférieure, compatible avec ses études, est fixée de

droit au salarié âgé de moins de vingt-six ans poursuivant ses études. »

(10) V. le rapport du Sénat (Cl. Jeannerot, n° 501, p. 107) qui relève que « La seule exception générale à ce principe concerne les salariés âgés de moins de vingt-six ans poursuivant leurs études : les 24 heures ne leur sont pas applicables ».

et la poursuite d'études ne serait qu'une hypothèse de « contrainte personnelle » pour laquelle le regroupement des horaires n'aurait pas été posé en condition, car inopportun au regard de la nature particulière de la contrainte (11). Une telle position aurait, sans nul doute, le mérite de redonner quelques couleurs à l'objectif de lutte contre la précarité dans l'emploi et dans l'accès à l'emploi et d'éviter les effets d'aubaine.

Quant à la seconde catégorie de salariés ciblés en vue d'un traitement différencié, elle suscite moins de difficultés. Identifiant une situation que les partenaires sociaux n'avaient pas envisagée, le législateur a entendu écarter du champ d'application du plancher les salariés en insertion. Mais l'exclusion est doublement conditionnée : outre l'exigence d'un « parcours d'insertion » justifiant une durée inférieure à 24 heures, elle ne concerne que les entreprises de travail temporaire d'insertion (12) et les associations intermédiaires (13). Voilà qui restreint grandement le périmètre de l'exception.

2. La dérogation conventionnelle

La fixation d'une durée inférieure à 24 heures peut également être rendue possible par la voie conventionnelle. Une négociation dérogatoire sur la durée minimale de travail est, en effet, instituée à l'article L. 3123-14-3 du Code du travail, sous couvert du respect de certaines conditions destinées à compenser l'atteinte portée à l'ordre public social.

La première, qui emporte pleinement l'adhésion, est relative au *niveau de négociation*. Seul un accord de branche étendu peut déroger au plancher légal. Avec ce choix de la branche et du regard de l'administration, le législateur renoue ici avec son approche originelle de la dérogation conventionnelle en matière de temps de travail (14) et souligne son caractère d'exception. Ce faisant, la loi de 2013 s'inscrit

clairement en rupture avec les dernières interventions législatives, qui avaient favorisé le recours à l'accord collectif d'entreprise afin d'adapter le régime du temps de travail en général, et du temps partiel en particulier, aux contraintes de l'entreprise (15). Changement d'objectif, changement de niveau ! Puisqu'il ne s'agit plus de doter les entreprises de nouveaux outils de flexibilité, mais d'améliorer le statut des salariés à temps partiel, tout en tenant compte des spécificités de certains secteurs d'activité, la discipline de la profession s'imposait. Le renvoi aux partenaires sociaux des branches a incontestablement le mérite de la cohérence. Pour autant, le législateur n'a pas souhaité soustraire totalement leur action du regard de l'administration. Ajoutant à la ligne définie par l'ANI de 2013, il a subordonné la dérogation à l'extension de l'accord ou de la convention. La garantie est d'importance, dès lors que la décision ministérielle conditionne l'abaissement du plancher légal par voie conventionnelle. L'accompagnement (16) et le contrôle qu'elle permet, en droit comme en opportunité (17), pourraient bien contribuer à donner consistance aux protections alternatives, qui doivent par ailleurs être négociées.

Cela nous amène à la seconde garantie portée par l'article L. 3123-14-3 : une garantie de contenu tenant à l'existence d'engagements « *quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée* » de 24 heures hebdomadaires. Il est également exigé que les horaires soient regroupés sur les journées ou des demi-journées régulières ou complètes (18). Sont de la sorte visées, à la fois, des garanties qualitatives tenant à la régularité des horaires et à leur regroupement et quantitatives, en vue d'assurer au salarié un niveau de travail et donc de rémunération suffisant (19). Encore une fois, le changement de perspective de la négociation est patent : il ne s'agit plus d'adapter

(11) L'attente de l'étudiant est, avant tout, de pouvoir placer ses horaires de travail en dehors des heures de formation, ce qui rend inadaptée la figure des journées ou demi-journées complètes. De même, les horaires de formation pouvant être variables, la régularité n'est pas forcément le modèle attendu.

(12) C. trav. art. L. 5132-6.

(13) C. trav. art. L. 5132-7.

(14) J.-Y. Tollet, Ch. Gavini, « La durée du travail : construction et déconstruction d'une norme », *Dr. Soc.* 1994, p. 365 ; Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. Soc.* 1998, p. 355.

(15) La loi n°2004-391 du 4 mai 2004 avait ainsi ouvert à la négociation d'entreprise des questions jusqu'alors réservées à la négociation de branche, telles la réduction du délai de 7 jours exigé pour modifier la durée du travail des salariés à temps partiel (art. L. 3123-22) ou encore l'augmentation du nombre et de la durée des interruptions

de travail des salariés à temps partiel (art. L. 3123-16). Mais c'est surtout la loi du 20 août 2008 qui incarne l'orientation prise, plus globalement, en matière de temps de travail, avec l'ouverture de domaines aussi sensibles que la fixation du contingent d'heures supplémentaires, la répartition pluriannuelle du temps de travail, qui peut concerner le salarié à temps partiel, ou encore le recours aux forfaits en jours (M. Grévy « Où en est le temps de travail ? », *Dr. Ouvr.* 2009 p. 192 (rect. p. 255)).

(16) Notamment dans le cadre d'une commission mixte.

(17) Sur ce contrôle, v. A. Courrèges, « Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension », *SSL* n°1384, 26 janvier 2009, p. 6 ; S. Nadal, « Le droit à l'extension n'existe pas », *ibid.*, p. 12.

(18) C. trav. art. L. 3123-14-4.

(19) F. Favenec-Héry, « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé », *Dr. Soc.* 2013, p. 790.

la protection légale aux contraintes spécifiques d'une entreprise, mais de définir conventionnellement une protection applicable dans un secteur d'activité qui, du fait de ses particularités, ne peut relever du minimum légal (20). Dès lors, une fois partagé le diagnostic d'un plancher légal inadapté au regard de l'activité, ce sont les besoins des salariés à temps partiel qui devraient exclusivement guider la négociation en vue de fixer la durée minimale conventionnellement garantie et les clés d'une répartition permettant un véritable cumul d'activités (21). Reste à savoir ce qu'en feront les partenaires sociaux.

3. La renonciation individuelle

Indépendamment de la dérogation conventionnelle, une renonciation individuelle du salarié à la durée minimale légale est encore prévue à l'article L. 3123-14-2 (21 bis). Avouons-le d'emblée, c'est cette mesure qui, sous l'angle de l'objectif de protection affiché par la loi de 2013, suscite le plus de circonspection, même si son importance pratique dépendra, en grande partie, du résultat des négociations de branche (22). Comme l'a écrit fort justement un auteur, « *parce qu'elle emporte l'abandon de droits de la part d'une personne en situation d'infériorité, la renonciation du salarié est un acte juridique éminemment suspect* » (23). Rapprocher expression d'une volonté autonome et individu subordonné ne va, incontestablement, pas de soi, et la réaction première du juriste soucieux de la partie faible ne peut qu'être réservée. Pour autant, il ne saurait être question de conclure à une contradiction avec l'objectif de précarité moindre sur le seul constat de l'ouverture, par le législateur, d'une faculté de renoncer à la durée minimale légale. Ce qu'il nous faut scruter, c'est le régime qui l'accompagne afin de déterminer si la volonté du salarié bénéficie d'une réelle protection et de mesurer précisément ses effets. Force est alors de constater que, si un certain nombre de techniques « classiques » de protection de la volonté ont été mobilisées (24), le sort de la renonciation individuelle dans le temps n'a pas été envisagé, ce qui pourrait bien déstabiliser l'édifice.

La protection de la volonté du salarié

Première garantie prévue à l'article L. 3123-14-2, la renonciation ne peut intervenir qu'à « *la demande du salarié* », ce qui revient à lui conférer l'*initiative* exclusive de la réduction contractuelle de la durée minimale légale. Sans doute est-il possible d'objecter, d'emblée, qu'il n'y aura rien de bien difficile pour l'employeur à suggérer une demande dans une période de chômage de masse où l'accès ou le maintien dans l'emploi est problématique pour de nombreux travailleurs, de sorte que l'on peut sérieusement douter de l'effectivité de la protection. Mais la mesure fait corps avec une autre qui impose que cette demande soit écrite et motivée par l'une des deux raisons limitativement énumérées par la loi comme ouvrant la voie de la renonciation (contraintes personnelles ou cumul d'activités). Or, pour peu que ces dispositions soient prises avec sérieux par tous ceux qui auront à les appliquer (notamment par le juge, à qui il appartient de leur donner sens), le spectre d'une généralisation du temps partiel réduit à tous les salariés « invités » à en faire la demande pourrait être écarté. C'est bien, nous semble-t-il, de l'acception qui sera retenue des raisons et de la précision exigée dans leur formalisation que dépendra l'effectivité de la protection de la volonté du salarié. Ainsi, concernant le cumul avec une autre activité, pourrait être exigée une indication précise de la nature et de la durée de l'activité. De même y aurait-il lieu de considérer que seule une activité existant au jour de la conclusion du contrat de travail peut fonder un temps partiel contractuellement réduit. Rappelons que le texte légal finalise le cumul ouvrant la voie à une durée inférieure au plancher légal : il s'agit d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou, *a minima*, aux 24 heures hebdomadaires. C'est ainsi au titre de complément d'activité que le temps partiel contractuellement réduit est autorisé... un complément qui commande bien l'existence d'une première activité. Quant à la seconde raison susceptible de fonder une demande de temps partiel réduit, à savoir « les contraintes personnelles », elle appelle, avec une acuité peut-être encore plus forte, le relais d'exigences formelles. Au-delà de la simple

(20) Lors des travaux parlementaires, l'idée d'une dérogation pour certains secteurs d'activités reposant fortement sur le temps partiel avait été défendue. Étaient cités, à ce titre, les services à la personne, le secteur sanitaire, social et médico-social, les services de portage de presse ou encore l'activité des groupements d'employeurs. Il appartient désormais aux branches saisissant ces activités d'engager les négociations.

(21) La régularité des horaires, comme leur regroupement sur des plages complètes, participent de l'objectif de permettre le cumul d'activités afin d'élever le niveau de travail, et donc de rémunération.

(21 bis) « Une durée de travail inférieure à celle prévue à l'article L. 3123-14-1 peut être fixée à la demande du salarié soit pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles,

soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée au même article. Cette demande est écrite et motivée. »

(22) La renonciation individuelle n'aura vocation à jouer que si un accord ou une convention de branche étendu n'a pas réduit la durée minimale légale.

(23) J. Mouly, « La renonciation du salarié entre ordre public social et dérégulation : un nouvel état des lieux », in T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 117.

(24) Sur ces techniques, v. dernièrement P. Lokiec, « Variations autour de la volonté du salarié », Dr. Ouvr. 2013, spéc., p. 466.

mention de contraintes personnelles, c'est l'indication d'éléments factuels précis et matériellement vérifiables qui devrait être imposée, au besoin en en faisant une garantie substantielle (25). Il serait également souhaitable qu'en cas de litige, le juge exerce un contrôle approfondi des données évoquées en appréciant leur réalité, mais aussi leur pertinence au regard d'une acception objective « *des contraintes personnelles* », qui semble imposer le constat d'une obligation particulière (26) liée à l'état (problème de santé imposant le suivi d'un traitement ou une activité réduite) ou à la situation de la personne (contraintes liées à la charge d'enfants en bas âge, à la qualité d'aidant d'un proche en état de dépendance...).

Ainsi circonscrite, la renonciation individuelle ne devrait pas déstabiliser l'édifice protecteur que constitue l'instauration d'une durée minimale de travail à temps partiel. Pour autant, la question de l'évolution de la situation du salarié après renonciation aurait mérité davantage d'attention.

La renonciation dans le temps

La renonciation du salarié à la durée minimale légale offre donc aux parties la possibilité de fixer contractuellement une durée de travail à temps partiel inférieure au minimum légal, sous réserve de respecter l'exigence de régularité ou de regroupement des horaires portée par l'article L. 3123-14-4 du Code du travail. Mais le salarié qui entendrait revenir sur l'effet produit par sa renonciation, par suite d'un changement dans sa situation professionnelle (perte de l'activité cumulée) ou personnelle (disparition de l'état ou de la situation contraignante), peut-il imposer un retour à la durée minimale légale ? En d'autres termes, la faculté de renoncer s'accompagne-t-elle d'une faculté de ne plus renoncer, ouvrant la voie à l'application de la norme légale impérative ? Sur ce point, le silence du législateur (et avant lui des partenaires sociaux) est assourdissant. Il l'est d'autant plus que, dans le cadre d'autres dispositifs protecteurs intéressant le temps de travail, la question n'a pas été laissée en suspens et que les dispositions prévues auraient pu être source d'inspiration. Ainsi, en matière de renonciation au repos dominical, est-il prévu que, tous les ans,

l'employeur informe le salarié de sa faculté de ne plus travailler le dimanche et qu'en cas de mise en œuvre de cette faculté, elle prend effet trois mois après sa notification écrite à l'employeur (27). Il appartiendra donc au juge, s'il venait à être saisi d'un litige entre un salarié revendiquant l'application du plancher légal et un employeur lui opposant sa renonciation initiale, de déterminer les conditions du retour au *statu quo ante*. Considérera-t-il que ce que la volonté fait, la volonté doit pouvoir le défaire, de sorte que, la demande du salarié ouvrant la voie à la dérogation à la loi, elle ne peut que présider à son application lorsque les raisons qui la commandaient ont disparu ? Le salarié pourrait ainsi se voir reconnaître une faculté de ne plus renoncer, subordonnée à la démonstration du changement de sa situation professionnelle ou personnelle. À l'inverse, jugera-t-il, que la renonciation initiale ayant autorisé la fixation contractuelle d'une durée inférieure au minimum légal, la dérogation est acquise et qu'il y a lieu désormais de situer l'analyse dans le seul cadre de la force obligatoire du contrat ? L'employeur serait alors libre de ne pas donner suite à la demande du salarié, sous la seule réserve de l'abus. En opportunité, des arguments peuvent, sans doute, être soulevés à l'appui de chacune des branches de l'alternative (28). Reste que la finalité de la dérogation individuelle, ancrée dans la thématique de la conciliation des temps et s'appuyant sur l'idée (le mythe ?) d'un choix du salarié (29), nous paraît commander la possibilité d'un retour en arrière sur la base de sa volonté unilatérale. Le standard du « délai raisonnable » pourrait, par ailleurs, être utilement mobilisé pour différer dans le temps ses effets et tenir compte des contraintes organisationnelles de l'entreprise.

Le régime de la renonciation dans le temps mérite donc d'être précisé, et l'on ne peut que regretter que ni les partenaires sociaux, ni le législateur ne se soient préoccupés de la question. Ce n'est toutefois pas la seule zone d'ombre du dispositif relatif à la durée minimale de travail à temps partiel. La sanction applicable en cas de conclusion ou de maintien d'un contrat de travail d'une durée inférieure au minimum légal ou, le cas échéant, conventionnel n'a pas non plus été définie.

(25) Comme en matière de licenciement, la forme emporterait le fond.

(26) Dans le langage courant, la contrainte peut être définie comme « *l'obligation créée par les règles en usage dans un milieu, par les lois propres à un domaine, par une nécessité...* » (Larousse).

(27) C. trav. art. L. 3132-25-4 ; sur cette question : M. Poirier « Le repos dominical après la loi du 10 août 2009 », Dr. Ouv. 2010 p.22, spec. p.34. (disp. sur le site de la Revue).

(28) V. J-F. Césaró, « Le contrat de travail à temps partiel et le contrat intermittent », JCP 2013, éd. S, 1270, p.25,

qui relève que, si l'on peut considérer que le salarié n'a pas à être prisonnier d'un contrat à temps partiel réduit, réciproquement, l'employeur qui a conclu un tel contrat doit pouvoir bénéficier d'une certaine prévisibilité quant à sa durée.

(29) Ce qui a pu faire écrire à un auteur que l'article L. 3123-14-2 réalisait « *un véritable tour de passe-passe en transformant le temps partiel subi en temps partiel voulu* ». V. E. Serverin, « Après la réforme : les employeurs plus que jamais maître du temps partiel », in Controverse « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? » RDT 2013, p.453.

B. La définition d'une sanction

Quelle sanction appliquer lorsqu'un contrat aura été conclu pour une durée inférieure au minimum légal ou conventionnel sans entrer dans le cadre de la dérogation individuelle ? *Quid* également de la sanction applicable lorsque la durée d'un contrat de travail à temps partiel conclu avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle (30) n'aura pas été augmentée à hauteur du minima à l'expiration de la période transitoire ? Rappelons, en effet, qu'au titre des dispositions transitoires, la loi du 14 juin 2013 a identifié deux périodes soumises à des règles différentes, conçues sur le mode d'une contrainte croissante. Jusqu'au 1^{er} janvier 2016, le minima légal s'appliquera à tous les salariés qui en feront la demande, sauf si l'employeur justifie de « l'impossibilité d'y faire droit compte tenu de l'activité économique ». À compter de cette date, la durée minimale légale sera applicable de droit à tous les contrats en cours, sauf à se situer dans le cadre des exceptions. La question de la définition de la sanction applicable est donc bien susceptible de se poser, tant pour les contrats postérieurs à la loi que pour les contrats antérieurs, étant précisé que, dans ce dernier cas, le contrôle de la légitimité du refus de l'employeur pourra s'inviter dans le débat (31).

Deux situations nous semblent alors devoir être distinguées, selon que la demande du salarié s'inscrit dans un cadre de poursuite ou de rupture du contrat. Dans la première hypothèse, le juge devrait, très certainement, considérer que l'employeur est redevable d'une indemnité correspondant à la

différence entre le salaire perçu et celui correspondant à une durée de travail de 24 heures et procéder à la réfaction du contrat (32). La durée contractuelle sera portée au niveau de la durée minimale légale pour pallier l'illicéité et injonction sera faite à l'employeur de respecter l'engagement contractuel ainsi redéfini. Dans la seconde hypothèse, l'intervention du juge aura probablement pour cadre la prise d'acte de la rupture de son contrat par le salarié ou une demande de résiliation judiciaire. Il s'agira alors pour lui de déterminer « classiquement » si le non-respect par l'employeur de la durée minimale légale constitue un manquement « suffisamment grave » de l'employeur à ses obligations (33). Gageons que l'inscription de la violation dans le temps (34), le montant du « manque à gagner » et ses conséquences (35) entreront en ligne de compte dans l'appréciation. Le constat d'un tel manquement permettra au salarié d'obtenir l'indemnisation due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, en sus de celle couvrant le gain manqué au cours de la période antérieure à la rupture (36).

Le dispositif relatif à la durée minimale de travail à temps partiel demeure donc en cours d'écriture. La sécurité conférée au salarié dépendra, en grande partie, de ce qui sera négocié par les partenaires sociaux sous le regard, espérons-le attentif, de l'administration. Tous ces acteurs se voient, par ailleurs, confier une autre mission : définir le régime du nouvel outil de flexibilité que l'ANI et la loi de 2013 ont institué : les « compléments d'heures ».

II. Le dispositif « Compléments d'heures » : une flexibilité à encadrer

Salué par les conseillers des employeurs, qui y voient une mesure propre à sécuriser des pratiques récurrentes au sein des entreprises (37), le dispositif « Compléments d'heures », porté par l'article L. 3123-25 du Code du travail, constitue l'autre grande nouveauté de la

réforme de 2013. Il impose désormais de distinguer les heures complémentaires des compléments d'heures, distinction à laquelle est attachée l'application d'un régime différent. Le changement est d'importance, et il convient d'en prendre précisément la mesure.

(30) Fixée au 1^{er} janvier 2014.

(31) Afin de déterminer à partir de quel moment une violation aux prescriptions légales peut être caractérisée.

(32) Sur cette notion, v. K. Asuncion De la Planes, *La réfaction du contrat*, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 476, LGDJ, 2006. Pour l'auteur, la réfaction du contrat constitue une sanction qui peut être mise en œuvre aussi bien en présence d'un déséquilibre contractuel que d'une illicéité contractuelle, pour sauver le contrat d'une inexécution ou d'une annulation.

(33) C'est-à-dire « de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail ». Pour un rappel de cette exigence, v. Cass. Soc. 30 mars 2010, pourvoi n°08-44236.

(34) V. pour une prise en compte de la durée du manquement : Cass. Soc. 7 avril 2010, pourvoi n°09-40020, s'agissant du non-paiement d'une prime de panier sur plus d'une année.

(35) V. pour un exemple d'une telle prise en compte, s'agissant du non-paiement d'heures supplémentaires : Cass. Soc. 20 octobre 2010, pourvoi n°08-70433.

(36) C'est-à-dire jusqu'au jour de la prise d'acte ou du jugement prononçant la résiliation judiciaire du contrat.

(37) D. Jourdan, « Temps partiel : flexibilité et sécurité pour qui ? », SSL n°1592, 8 juillet 2013, p. 19.

Or, si des pans entiers du régime des compléments d'heures restent à construire **(B)**, ce qui complique la tâche de l'analyste et invite à la prudence dans le jugement, force est toutefois de constater qu'avec les compléments d'heures, ce n'est rien moins qu'une « tactique d'évitement » (38) du régime des heures complémentaires imaginées par certains employeurs qui se trouve légalisée **(A)**.

A. Une tactique d'évitement légalisée

Véritable outil de flexibilité, les heures complémentaires, qui permettent de faire travailler le salarié à temps partiel au-delà de la durée de base fixée par son contrat (39), impliquent nécessairement un surcoût pour l'employeur. Ce dernier se devra de rémunérer les heures travaillées à un taux majoré, désormais applicable dès la première heure (40). Aussi, afin d'éviter la charge supplémentaire que représente la majoration, certains employeurs (sans doute bien conseillés...) ont imaginé une pratique consistant à élever temporairement la durée de base fixée au contrat par le biais d'avenant(s) signé(s) des deux parties (41). L'idée inspirant cette pratique est des plus simples : puisque les heures complémentaires sont les heures travaillées au-delà de la durée de base fixée au contrat, il suffit d'élever cette durée pour le temps nécessaire à la satisfaction du besoin de l'entreprise (42) pour échapper à l'application du régime des heures complémentaires, et donc à la majoration (43). Il ne restait plus qu'à convaincre le salarié, tâche que l'on peut imaginer relativement aisée lorsque l'on sait qu'en 2011, 70 % des salariés à temps partiel déclaraient vouloir travailler plus et être disponibles pour le faire.

Mais la manœuvre se heurta à un obstacle de taille : la résistance de la Cour de cassation. Saisie

dans le cadre de contentieux initiés par des salariés qui, à la suite de la signature de tels avenants, revendiquaient l'application du régime des heures complémentaires (44), elle n'hésita pas à retenir cette dernière qualification pour les heures couvertes par l'avenant, en se référant exclusivement au contrat initial (45). Ce faisant, les pratiques imaginées en vue d'éviter l'application de la loi - qu'il semble pour le moins difficile de ne pas tenir pour frauduleuse (46) - se trouvèrent marquées du sceau de l'illicéité et devinrent « à risque » (46 bis). C'est cette jurisprudence qui a pu être qualifiée de « réaliste » (47) qui se trouve aujourd'hui battue en brèche par l'ANI et la loi de 2013. En instituant la possibilité pour une convention ou un accord de branche étendu de prévoir que la durée de travail contractuellement prévue peut être temporairement augmentée d'un commun accord des parties, le nouvel article L. 3123-25 du Code du travail légalise l'avenant temporaire, même si elle le subordonne au respect de certaines conditions. Peut-on y voir quelque contradiction avec l'objectif de précarité moindre ? D'aucuns diront que la pratique des avenants temporaires n'est pas dénuée de vertus sous cet angle : elle permettrait de limiter le recours au contrat de travail à durée déterminée (un salarié de l'entreprise absorbe la charge provisoire de travail) et de répondre aux aspirations individuelles de salariés désireux de travailler davantage (« travailler plus pour gagner plus » !!!). C'est, du reste, sous couvert de cette rhétorique que certaines branches ont, par le passé, inscrit le mécanisme de l'avenant temporaire dans leur accord sur le travail temps partiel. Tel est le cas du secteur de la restauration rapide qui a, de surcroît, placé la disposition sous l'égide de la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle (48), ou encore de celui des entreprises de propreté et

(38) Expression empruntée à G. Auzero et E. Dockès. *V. Droit du travail*, précis Dalloz, 28^{ème} éd., 2014, p.299.

(39) Dans des limites fixées par la loi, qui précise le nombre maximal d'heures complémentaires pouvant être effectuées par un salarié au cours d'une même semaine ou d'un même mois. Cette limite, fixée au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle, peut être portée au tiers par une convention ou un accord de branche étendu, d'entreprise ou d'établissement. De plus, les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale ou conventionnelle de travail. V. art. L. 3123-17 et L. 3123-18.

(40) La majoration est de 10 %, portée à 25 % au-delà du dixième de la durée de base. Ce dernier taux peut toutefois être réduit par une convention ou un accord de branche étendu.

(41) Ou par la conclusion de contrats de travail à durée déterminée à temps partiel en complément du contrat initial.

(42) Qu'il soit lié à un besoin de remplacement d'un salarié absent ou à un surcroît de travail.

(43) Ainsi, du reste, qu'aux limites quant au nombre d'heures complémentaires pouvant être effectuées.

(44) Notamment de l'interdiction de porter la durée de travail au niveau d'un temps complet, sous peine de requalification du contrat.

(45) Cass. Soc. 5 avril 2006, pourvoi n°04-43180 ; Cass. Soc. 27 juin 2007, pourvoi n°06-41822 ; Cass. Soc. 8 avril 2009, pourvoi n°07-43343 ; Cass. Soc. 12 juillet 2010, pourvoi n°09-40051 ; Cass. Soc. 7 décembre 2010, pourvoi n°09-42315.

(46) La fraude se définit classiquement comme l'action faite dans le but de tromper autrui ou d'échapper à l'application d'une règle impérative. V. R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2012, LexisNexis, p.240.

(46 bis) Une illustration de ces pratiques est fournie par une décision récente de juges du fond : CPH Paris, 16 avr. 2013, Dr Ouv. 2013 p. 601, n. C. Lévy.

(47) G. Auzero, E. Dockès, op.cit., p.300.

(48) V. article 4.3 de l'avenant n°24 du 13 novembre 1998, modifié par l'avenant n°26 du 4 juin 2000 (en vigueur étendu).

services associés (49) qui inscrit le mécanisme dans le cadre de la priorité d'accès à un emploi à temps plein, suggérant qu'elle se rattache à l'amélioration du statut des salariés à temps partiel. Sans doute, cette approche basée sur la rencontre d'intérêts particuliers était-elle également celle des parties à l'ANI de 2013. On avouera, pour notre part, ne pas être pleinement convaincue. Le dispositif « compléments d'heures » demeure, avant tout, une formule précaire, dès lors qu'il repose sur une augmentation de la durée du travail qui ne sera que temporaire. Sitôt le besoin de l'entreprise satisfait, le salarié retrouvera sa situation initiale. Par ailleurs, peut-on véritablement parler de la satisfaction d'une aspiration du salarié alors que le cadre initial n'est pas choisi ? S'il est une aspiration partagée par les salariés en temps partiel subi, c'est celle d'un emploi à temps plein, pas d'un complément d'heures temporaire. Qu'une telle mesure puisse temporairement augmenter le niveau de rémunération du salarié à temps partiel ne saurait autoriser son inscription au rang de la lutte contre la précarité. Elle est et demeure avant tout un outil de flexibilité, au même titre que les heures complémentaires, dont elle devient, en réalité, l'alternative. Or, le régime qui accompagnait ces dernières comportait un certain nombre de garanties et contreparties pour le salarié que pourrait ne pas offrir le nouveau dispositif. C'est, dès lors, dans la construction du régime des compléments d'heures, dont les branches sont désormais saisies, que résidera la clé de l'équilibre entre flexibilité pour les entreprises d'un secteur et sécurité pour leurs salariés.

B. Un régime en construction

On ne reviendra pas ici sur la pertinence du choix du niveau de négociation permettant l'instauration des compléments d'heures. Comme en matière de dérogation à la durée minimale légale, la désignation de la branche et l'exigence d'un arrêté d'extension se justifient pleinement, dès lors qu'il s'agit de déterminer un pan du statut des salariés à temps partiel. Les branches vont donc devoir déterminer si elles entendent offrir aux entreprises du secteur d'activité visé une alternative au régime des heures complémentaires. Le principe acté, trois questions doivent être abordées dans un cadre que l'on peut considérer comme fort peu contraint par le législateur.

La première a trait au nombre maximal d'avenants pouvant être conclus sur une année avec le même salarié, étant précisé que ce nombre ne pourra excéder 8 en dehors des cas de remplacement d'un salarié nommément désigné (50). Cette disposition, qui reprend les bornes identifiées par l'ANI, appelle trois remarques. D'abord, elle nous semble occulter une question importante : celle de la durée des avenants consentis. Les partenaires sociaux seraient bien inspirés de s'en saisir, car la définition d'un nombre maximal d'avenants ne peut avoir de sens que rapportée à celle de la durée desdits avenants (51). Le temporaire s'oppose au définitif, mais, au-delà de cette évidence, faut-il déterminer une durée maximale, admettre un terme imprécis, ce à quoi la référence légale au cas du remplacement d'un salarié pourrait bien inviter ? Remarquons, ensuite, que, par cette dernière référence, le législateur pose clairement le complément d'heures en substitut au recours à un contrat de travail à durée déterminée. Surgit alors un autre point possiblement utile de négociation : la détermination des situations autorisant le recours au complément d'heures. Cette piste, qui avait, du reste, été empruntée par le secteur de la restauration rapide (52), pourrait, sans doute, permettre de borner le temporaire. Elle nous semble en tout cas constituer un bon point d'entrée pour les négociations, l'identification du cas pouvant commander les règles en matière de durée et de nombre. Enfin, on ne peut manquer d'évoquer le cas pour lequel la vigilance des représentants des salariés nous semble devoir être la plus forte : le surcroît temporaire d'activité. C'est au regard de ce cas que la définition d'un nombre maximum d'avenants trouve tout son sens (53) et que la limite légale de 8 apparaît bien peu contraignante. Plus que jamais, le complément d'heures se pare ici des habits de la flexibilité... une flexibilité pouvant, de surcroît, être à bas coût.

Car, si les parties à la négociation sont invitées à aborder la question de la majoration salariale des heures accomplies dans le cadre de l'avenant temporaire, cette dernière n'est nullement posée en obligation. Sous la plume du législateur, la convention ou l'accord « *détermine* » le nombre maximal d'avenants et les modalités d'accès des salariés, alors qu'il « *peut* » simplement prévoir une majoration salariale (54).

(49) V. art. 6.2.5 de la Convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 (en vigueur étendu).

(50) C. trav. art. L. 3123-25, al. 1°.

(51) Étant observé que le seuil de 8 semble avoir été déterminé sur la considération d'une durée courte.

(52) Qui avait identifié 5 situations autorisant le recours au complément d'heures : le remplacement d'un salarié, le suivi d'une formation par le salarié, l'accroissement temporaire d'activité, l'activité saisonnière pour les établissements situés dans les zones touristiques et les périodes de vacances scolaires.

(53) Et que celle d'une durée maximale n'en a pas.

(54) C. trav. art. L. 3123-25, al. 2, 2°.

Sur ce point, le régime des compléments d'heures se démarque fondamentalement de celui des heures complémentaires, dans le cadre duquel une majoration est due dès la première heure travaillée au-delà de la durée contractuelle. On imagine sans mal qu'assortis d'aucune majoration salariale, les compléments d'heures par avenant prendront le pas, en pratique, sur les heures complémentaires. N'ont-ils pas été imaginés à cette fin ? Notons toutefois que, dans le cadre du complément d'heures, une majoration reste applicable pour les heures effectuées au-delà de la durée prévue par l'avenant (55) et qu'elle a été portée à 25 %. La compensation apparaît cependant bien maigre, dès lors que le mécanisme de l'avenant vise précisément à satisfaire les besoins de l'entreprise. En dehors d'un événement imprévisible, on voit mal quelle situation pourrait conduire à faire accomplir des heures complémentaires majorées à un salarié dont la durée de travail a été augmentée par avenant.

Quant au dernier point de négociation visé par la loi (56), il est sans doute le moins épineux, dès lors qu'il s'agit pour la branche de se pencher sur les modalités et priorités d'accès au dispositif, ce qui recouvre toute à la fois les exigences de procédure et la détermination des prémisses du choix. Les questions à se poser n'en sont pas moins nombreuses : comment les salariés seront-ils informés des compléments d'heures proposés ? Selon quelles formes devront-ils candidater ? Quelle place faudra-t-il accorder aux institutions représentatives du personnel ? Quelles priorités devront être instituées ?... Aux partenaires sociaux de le prévoir ! On ne manquera toutefois pas de relever le présupposé à la base de ce point de négociation : la mesure est de nature à répondre aux aspirations de nombre de salariés.

Reste, pour finir, à évoquer une dernière question laissée dans l'ombre par le dispositif légal : le volume de l'augmentation temporaire autorisée. Dans le cadre du régime des heures complémentaires, des limites maximales sont posées par référence à la durée contractuelle de travail (57). Elles ont vocation à se retrouver dans le cadre des compléments d'heures, mais uniquement pour les heures accomplies au-delà de la durée définie par l'avenant. Seules ces heures seront qualifiées juridiquement de « complémentaires » et soumises à la majoration « améliorée » de 25 % prévue par l'article L. 3123-25.

En revanche, les limites ne concernent nullement les heures couvertes par l'avenant, qui seront qualifiées de « contractuelles ». Peuvent-elles, pour autant, être librement déterminées, sauf à ce que les dispositions conventionnelles fixent une limite en la matière ? Peut-on, par exemple, admettre que la durée contractuellement modifiée puisse être fixée au niveau d'un temps plein, ce qui n'est pas possible dans le cadre du régime des heures complémentaires ? Une telle position nous semble difficilement tenable, dès lors que le temps partiel se définit par référence à la durée légale ou conventionnelle du travail. Cette dernière participe donc à son identification et la fixation à un niveau inférieur constitue son essence (58). C'est la raison pour laquelle une telle limite a été posée pour les heures complémentaires et que sa violation est sanctionnée par la requalification. Il est à noter que la Cour de cassation a déjà été saisie à propos d'avenants temporaires qui avaient porté la durée contractuelle au niveau d'un temps plein. Ayant requalifié les heures « contractuelles » en heures complémentaires, elle avait logiquement conclu à la requalification (59). Désormais, les heures couvertes par l'avenant demeureront contractuelles. Pour autant, l'assimilation nous semble s'imposer, dès lors que le dispositif « compléments d'heures » s'inscrit dans le même cadre que les heures complémentaires, dont il est une alternative.

Beaucoup de questions restent donc en suspens. Le visage du travail à temps partiel a changé, mais ses traits demeurent encore bien imprécis. Il faudra, sans doute, encore plusieurs années pour les affiner et déterminer si la réforme de 2013 est à placer sous le signe de l'amélioration de la situation des travailleurs à temps partiel. La balle est désormais dans le camp des partenaires sociaux et du juge. Qu'en feront-ils ?

Alexia Gardin

(55) C. trav. art. L. 3123-25, al. 1 *in fine*.

(56) C. trav. art. L. 3123-25, al. 2, 3°.

(57) C. trav. art. L. 3123-17, al. 1.

(58) C. trav. art. L. 3123-1.

(59) Cass. Soc. 5 avril 2006, pourvoi n°04-43080 ; Cass. Soc. 16 novembre 2007, pourvoi n°06-40987.