

L'horaire de travail

par Michel Miné,

Professeur associé à l'Université de Cergy-Pontoise (IUT)*

PLAN

I – Un pouvoir établi

A Historique et normes mobilisées.

- a) Bref rappel historique.
- b) Un pouvoir conforté par le droit.

B L'horaire de travail : un élément des conditions de travail ?

- a) La durée du travail.
- b) Les horaires de travail :
 - 1 L'abus de droit et la discrimination.
 - 2 D'autres limites.

II – Un pouvoir contesté

A L'horaire de travail : un élément du contrat de travail ?

- a) Le temps partiel.
- b) Le temps complet.

B Le rythme de travail.

C L'horaire de travail et les droits de la personne.

L'horaire de travail est au cœur des mécanismes cardinaux à l'oeuvre en matière de temps de travail (1). La fixation et la modification de l'horaire de travail sont à la base de l'aménagement du temps de travail, de l'aménagement de la durée et de l'horaire de travail.

L'étude de l'horaire de travail révèle la combinaison de différentes prérogatives. La réflexion esquissera seulement ici quelques éléments sur la relation entre le pouvoir de l'employeur et les droits des salariés en matière d'horaire de travail (2). Il apparaît qu'au coeur de cette relation s'exprime le conflit entre la liberté d'entreprendre de l'employeur et les droits de la personne du salarié, conflit que le droit tente de régler en organisant une conciliation entre des attentes souvent contradictoires. L'horaire de travail illustre aussi la question de l'articulation entre les normes existant en droit du travail mais cette question ne sera pas traitée ici (3).

L'accord collectif a une place essentielle dans la relation entre le pouvoir de l'employeur et les droits du salarié en matière d'aménagement du temps de travail. Cependant, en ce qui concerne l'horaire au sens strict la relation s'exprime à travers une confrontation directe entre les deux pôles. En effet, d'une part, l'aménagement du temps de travail est souvent le fruit de la décision unilatérale de l'employeur sans médiation par un accord d'entreprise (modification de l'horaire, recours aux heures supplémentaires). Et, d'autre part, même en cas d'accord collectif, celui-ci ne s'appliquant pas de manière directe et autonome, une décision de l'employeur (4) intervient. L'employeur, par sa manifestation de volonté, met en oeuvre un accord collectif, celui-ci habilitant le pouvoir de direction à prendre une mesure (5).

Le pouvoir de l'employeur, intense en matière d'horaire de travail (I), est désormais contesté (II).

I.

Un pouvoir établi

Le pouvoir de l'employeur en matière d'horaire de travail est clairement affirmé (A). Il est notamment à l'oeuvre dans la place accordée à l'horaire de travail au regard du contrat de travail (B).

A. HISTORIQUE ET NORMES MOBILISÉES :

Ce pouvoir de l'employeur trouve ses sources dans des prérogatives de fait, reconnues de longue date (a) mais également dans le droit (b).

a) Bref rappel historique :

La question de l'horaire au regard du pouvoir de l'employeur est à éclairer par l'histoire de l'horaire. L'histoire moderne montre que la fixation de l'horaire de travail a commencé à relever du seul pouvoir de l'employeur, dans l'Europe occidentale, à partir du XIV^{ème} siècle (6). Cette situation va clairement s'établir de manière dominante au XIX^{ème} siècle. Certains règlements intérieurs en vigueur dans des usines au

* Le présent article développe un point d'une communication présentée à l'IRERP, de l'Université de Paris-X Nanterre, le 11 mai 2000, lors d'un débat avec J. Barthélémy, sur le thème "Regards croisés sur le temps après la loi du 19 janvier 2000".

(1) A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, "L'ordonnancement des relations du travail", D. 1998, chron. p. 359.

(2) J.-M. Béraud, "L'interaction du contrat de travail et du pouvoir de l'employeur", DO 1997-529.

(3) M. Miné, Négocier la réduction du temps de travail, 2ème édition, 2000, L'Atelier-VO Ed.; M.-A. Moreau, "Le contrat de tra-

vail face à la loi relative à la réduction du temps de travail", RJS 4/00, p. 247.

(4) Soc. 12/11/87 CE CAF des Yvelines, D. 1998, S.C. p.245, obs. A. Lyon-Caen. Sur la notion de décision, voir également : Soc. 5/05/98, 2^o moyen, RJS 6/98, n^o 750.

(5) ex : fixation d'un nouvel horaire et d'une nouvelle durée du travail en période "haute" de modulation.

(6) J. Le Goff, Pour un autre moyen âge, Gallimard, 1977, spéc. "Le temps du travail dans la "crise" du XIV^{ème} siècle : du temps médiéval au temps moderne" p. 66-79, notamment du fait de la diffusion des horloges.

cours de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle illustrent cette réalité. Ainsi, il a pu être édicté que "Tout ouvrier, contremaître, employé, en rentrant dans l'usine, s'engage à travailler le jour ou la nuit, les dimanches et fêtes, quand le directeur le jugera utile (...)" (7).

L'horaire collectif est fixé unilatéralement par l'employeur qui va veiller par le biais d'une batterie de procédés et normes, notamment le règlement intérieur, à son strict respect (8). Cette organisation temporelle de l'usine s'inspire fortement du modèle disciplinaire carcéral (9). Historiquement, l'horaire collectif est imposé par l'employeur contre la volonté des travailleurs (10).

Le contrôle du temps de travail des salariés par l'employeur s'est matérialisé par la mise en place d'une heure de début du travail et de fin de travail, entrecoupées par un temps de repas et des temps de pause, c'est-à-dire par un horaire collectif, s'imposant à tous. Le pouvoir de direction de l'employeur s'exprime à travers la maîtrise de l'heure d'ouverture et fermeture de l'entreprise mais surtout de l'horaire des salariés à l'intérieur de ces limites. La législation de 1936, avec ses décrets d'application, s'appuie sur cette organisation du temps de travail (11).

Dans le prolongement de cette conception, qui fait de l'employeur le seul maître du temps de travail, des auteurs considèrent que c'est "au pouvoir de direction que se rattache la faculté reconnue à l'employeur, de

fixer les horaires de son personnel (...). A condition de respecter les textes qui gouvernent la durée hebdomadaire du travail et le repos dominical, le chef d'entreprise est libre de répartir sur les jours de la semaine les heures d'activité de son personnel" (12). Ce principe souffre de peu d'exceptions. Dans des situations particulières, concernant notamment certaines entreprises publiques, ce pouvoir unilatéral du chef d'entreprise a parfois été encadré par la négociation collective (13).

Ce débat semble cependant aujourd'hui renouvelé. Comme à chacune des étapes précédentes, c'est la définition d'un nouvel espace-temps qui est en jeu.

b) Un pouvoir conforté par le droit :

Mais le pouvoir de l'employeur n'est pas seulement en France un pouvoir de fait, comme c'est le cas en droit anglais, il est également juridifié. En effet, en 1982, "pour la première fois dans l'histoire du droit du travail, le pouvoir patronal est consacré par la loi, qui protège " l'unité de direction et de décision dans l'entreprise " " (14). Ce pouvoir juridifié va prendre appui sur un principe à valeur constitutionnelle, la liberté d'entreprendre (15), et sur la théorie institutionnelle de l'entreprise (16).

Le pouvoir (17) de l'employeur en matière d'horaire de travail n'est pas absolu, il demeure étendu mais connaît quelques frontières. Ses limites proviennent surtout de normes légales et réglementaires

(7) R.I. Usine de la Rivière St Sauveur, Calvados, 1876, cité par F. Meyer, Le corps humain en droit du travail, Thèse, Strasbourg, 1985.

(8) J. Le Goff, Du silence à la parole, Calligrammes - La Digitale, 1985, spéc. p. 26-37. L'évolution des techniques et surtout l'évolution socio-culturelle ont poussé la société à changer la mesure du temps dès le XIV^{ème} siècle. "Il n'y aura unification du temps," permettant un contrôle plus précis du temps de travail, "qu'au XIX^{ème} siècle, avec la révolution industrielle, la révolution des transports (horaires et indicateurs de chemins de fer imposent l'heure unifiée) et l'établissement de fuseaux horaires.", J. Le Goff, Pour un autre Moyen-Age, préc.: temps de la vie courante donné par les cadrans solaires (disparité suivant les lieux), horloges à partir du XIII^{ème} siècle avec une puis deux aiguilles, notion de minute qui sera fractionnée en secondes, en 1816 temps moyen de Paris imposé à toute la France pour les horloges publiques puis pour le réseau ferroviaire, adoption en 1881 du temps moyen de Greenwich (appelé "temps universel" depuis 1926) pour calculer l'heure.

(9) M. Foucault, Surveiller et punir, Gallimard, 1975, spéc. "L'art des répartitions", p. 166 et svtes.

(10) F. Sellier, "Les conditions d'efficacité des règles professionnelles", in Mélanges M. David, 1991, Calligrammes, spéc. p. 401-405, se référant à l'analyse de syndicalistes "jusqu'en 1914, le patronat doit mener une dure bataille pour briser cet acquis du mouvement ouvrier que représentait le droit de prendre le travail à son heure (...)". Les conflits sociaux sur cette question sont anciens : "A Gand, le 6 décembre 1349, un ban échevinal (...) permet (aux tisserands) de commencer et de cesser dorénavant le travail aux heures qu'ils voudront", J. Le Goff, Pour un autre Moyen-Age, préc.

(11) cf en particulier l'article 4, de chaque décret d'application de la loi du 21 juin 1936, sur le contrôle des horaires de travail. Cette organisation a favorisé le taylorisme et le fordisme.

(12) N. Catala, L'entreprise, Traité Droit du travail, Dalloz, 1980, spéc. p.197-199.

(13) Par ex., le statut national du personnel des industries électriques et gazières, approuvé par le décret du 22/06/1946, prévoyait que : "L'horaire de travail est arrêté par le directeur du service ou de l'exploitation après accord avec les représentants des organisations syndicales les plus représentatives du personnel correspondant" (art. 15, § 3). Ce paragraphe a été remplacé par les dispositions suivantes : "Sans préjudice des dispositions législatives relatives aux modalités d'aménagement du temps de travail, l'horaire collectif de travail est en principe arrêté par voie d'accord collectif avec une ou plusieurs organisations syndicales représentatives : a) (...); b) Si aucun accord n'a pu intervenir à l'issue de la négociation sur l'horaire collectif de travail, celui-ci est arrêté par le directeur (...), après consultation de l'organisme compétent de la filière des comités mixtes à la production (...)" (décret n° 96-1127 du 23/12/1996, JO 24/12, p. 19066).

(14) A. Supiot, "Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur les droits des travailleurs", in Deux siècles de Droit du Travail, L'Atelier, 1998, spéc. p. 267. Loi n° 82-689 du 4/08/1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, Dr. soc. n° spéc., sept.-oct. 1983-509.

(15) DC 16/01/1982, Rec. p.21, D. 1983-169, note L. Hamon.

(16) P. Durand, Traité de droit du travail, T I, Dalloz, 1947, spéc. p. 422. G. et A. Lyon-Caen, "La "doctrine" de l'entreprise", in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978, p. 610. G. Coulurier, "L'intérêt de l'entreprise", in Mélanges J. Savatier, PUF, 1992, p.143.

(17) E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985.

impératives (18), parfois de dispositions conventionnelles et contractuelles. Cependant concernant ces deux dernières sources de limitation, la situation est ambivalente. L'accord collectif fixe des garanties supérieures au plancher légal que l'employeur devra respecter mais cet accord collectif quand il est dérogaire, au sens moderne du terme, *in pejus*, permet à l'employeur de s'affranchir de certaines obligations légales et augmente ainsi son pouvoir (19). Il en est de même avec le contrat de travail (20). Les stipulations contenues dans celui-ci peuvent limiter ou au contraire accroître le pouvoir de l'employeur (21). Ce pouvoir est également limité par certains principes, comme celui de non-discrimination, et par les droits fondamentaux de la personne (22).

La jurisprudence joue un rôle important dans ce travail d'encadrement du pouvoir de l'employeur, allant au-delà du simple contrôle du détournement de pouvoir. Le juge a ainsi abandonné la théorie de "l'employeur seul juge" (23), au nom semble-t-il d'une réévaluation du "droit à l'emploi" face à la liberté d'entreprendre.

En matière d'horaire de travail, ce pouvoir de l'employeur se manifeste par la fixation de l'horaire et, ce qui en découle, par le contrôle du respect de cet horaire par les salariés. Le pouvoir disciplinaire, attribut essentiel du pouvoir de direction de l'employeur, est ainsi mis en oeuvre fréquemment pour faire respecter l'ordre temporel de l'entreprise et sanctionner les écarts de toute nature.

Constituent ainsi une cause réelle et sérieuse de licenciement la fraude dans l'utilisation d'une pointeuse (24) ou l'omission d'arrêt du compteur lors de la cessation du travail (25). Il en est ainsi également pour les absences qui perturbent le bon déroulement du travail (26), le refus de se plier aux nouveaux horaires de travail (27) ou de rester après l'heure nor-

male pour terminer le déchargement d'un camion (28), de travailler le dimanche dans une entreprise bénéficiant d'une dérogation (29) ou d'effectuer un service de nuit de la part d'un chef d'équipe (30). La jurisprudence sur le contrôle de l'usage du pouvoir disciplinaire montre un juge très respectueux de cet attribut patronal (31).

B. L'HORAIRE DE TRAVAIL : UN ÉLÉMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL ?

La distinction entre modification substantielle, inscrite dans le code du travail (32), et modification non substantielle du contrat de travail a été abandonnée. Désormais, la jurisprudence distingue la modification du contrat de travail et la modification des conditions de travail (33). Ce second terme manque de précision quant à son contenu (34).

Dans cette conception prétorienne, *"Autrement dit, l'accent est mis sur l'opposition entre la sphère contractuelle - négociée à deux, elle ne peut être modifiée que par les deux parties - et la phase d'exécution du contrat où le salarié doit se plier aux ordres et directives de l'employeur"* (35).

La Cour de Cassation demande aux juges du fond d'examiner la nature de l'élément sur lequel porte le changement, mais plus l'importance de ce changement.

Pas vraiment stabilisée, la jurisprudence en évolution, en matière de modification du contrat de travail, peut être résumée comme suit en ce qui concerne le temps de travail. En matière de modification du temps de travail, une distinction est à faire entre la durée du travail (a) et l'horaire de travail (b).

(18) not. en matière de durées maximales du travail (quotidienne, hebdomadaire, annuelle). Au niveau du droit social européen : P. Rodière, "La mise en oeuvre de la directive par voie d'accord collectif", in Actes de la conférence "La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne - Gender approach", P.I.E. - Peter Lang, Bruxelles, 1999.

(19) not. variations, plus ou moins, amples et fréquentes des horaires de travail, dans le cadre d'une modulation, sans consultation, à chaque modification des représentants du personnel. P. Rodière, préc.

(20) A. Jeammaud, "Les polyvalences du contrat de travail", in Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 299.

(21) M.-C. Escande-Varniol, "La sophistication des clauses du contrat de travail", DO 1997-478. P. Moussy, "Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)", DO 1999-1.

(22) Soc. 12/01/1999, M. Spileers, Dr. soc. 1999-287, note J.-E. Ray, DO 1999, p. 254.

(23) Soc. 31/05/1956 Brinon, D. 1958, 21, DO 1956, p. 340, abandonné avec Soc. 26/01/94, Casino de Beaulieu, RJS 4/94, n° 386, DO 1994, p. 241.

(24) Soc. 5/03/1981, bull. n° 187.

(25) Soc. 22/03/1993, RJS 1993, n° 1078.

(26) Soc. 11/12/1985, Dr. soc. 1986-211.

(27) Soc. 15/06/1966, bull. n° 590.

(28) Soc. 7/07/1982, bull. n° 466.

(29) Soc. 10/11/1981, bull. n° 892.

(30) Soc. 10/03/1982, bull. n° 152.

(31) J. Pélissier, "Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail", in Mélanges J. Savatier, PUF, 1992, p. 367.

(32) not. art. L. 321-1 du CT. Sur l'abandon de cette notion inscrite dans les textes par la Haute Cour : F. Favennec, note sous Soc. 14/05/1997, M. Dumoulin, Dr. soc. 1997-740.

(33) Depuis Soc. 10/07/1996, P+B+F, Vanderdonck c/ Sté GAN-Vie, et Soc. 10/07/1996, Le Berre c/ Sté Socorem, RJS 1996, n° 900, DO 1996, p. 457.

(34) J.-M. Béraud, préc., p. 531.

(35) P. Waquet, "La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail", RJS 12/96, p. 791. Modification du contrat de travail et défense de l'emploi, Colloque organisé par le S.A.F. le 2/12/1995, P. Moussy, "Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail", T. Grumbach, "La notification collective d'une modification et le rôle des institutions représentatives", A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", DO 1996, 49.

a) La durée du travail

La durée du travail est une mesure quantitative du temps de travail alors que la répartition, et en particulier l'horaire de travail, relève de l'organisation qualitative du temps de travail (36).

En ce qui concerne la durée du travail, pour un auteur, le *"caractère intrinsèquement contractuel de la durée du travail"* peut être sérieusement soutenu (37).

La jurisprudence, qui fait de la durée du travail un élément contractuel, confirme cette position (38). Il a été jugé, dans des arrêts de cassation rendus au visa de l'article 1134 du Code civil, que *"l'acceptation par le salarié de la modification du contrat concernant la durée du travail ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté"* (39) et *"qu'un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail"* (40).

Ainsi, la *"durée du travail, telle que mentionnée au contrat de travail, constitue, en principe, un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié"* et *"le refus d'une modification du contrat de travail ne constituait pas une cause de licenciement"* (41). Cet arrêt considérant qu'une salariée, engagée pour effectuer 39 heures par semaine, est en droit de refuser la proposition de l'employeur, accompagnée d'une augmentation de salaire, d'effectuer 41 heures par semaine, a été mal reçu dans les milieux patronaux. Il y a été considéré qu'avec cette règle *"l'adaptation des horaires serait paralysée dans les entreprises car l'employeur perdrait son pouvoir d'organisation en la matière"* (42). Pourtant, cet arrêt ne fait qu'appliquer le droit des obligations et respecter les termes du contrat (43). Et la lecture du pourvoi montre que la salariée a refusé cette augmentation de sa durée du travail pour *"incompatibilité avec les exigences de sa vie personnelle"*. Cette décision, qui casse l'arrêt de la Cour d'appel qui déboutait la salariée de sa demande de dommages-intérêts à la suite

de son licenciement, incite également à un plus grand respect de la vie personnelle du salarié.

La loi Aubry II perturbe partiellement cette construction jurisprudentielle en cas d'accord collectif de réduction du temps de travail (44).

b) Les horaires de travail

En ce qui concerne les horaires de travail, la question est plus complexe. La jurisprudence apparaît en recherche. La situation serait différente pour deux grandes catégories de salariés. Pour certains, l'horaire de travail a fait l'objet d'une contractualisation, l'horaire de travail figure explicitement dans le contrat de travail. Cet horaire serait alors un élément du contrat (45).

Pour les autres, apparemment les plus nombreux, l'horaire de travail, prévoyant une durée du travail à temps complet, n'a pas été contractualisé. L'horaire est alors considéré comme relevant des conditions de travail et soumis au pouvoir de direction de l'employeur. Actuellement, l'horaire de travail est donc plutôt perçu, sauf stipulation contractuelle particulière, comme relevant des conditions de travail.

"Le pouvoir de l'employeur va plus loin : pour un travail à temps complet en horaire de jour, il peut parfaitement changer les horaires d'entrée et de sortie, limiter la pause de midi, etc. ; ces aménagements du travail, même désagréables pour certains salariés, ne modifient pas l'armature du contrat. Il en serait autrement si l'employeur voulait passer d'un horaire de jour à un horaire de nuit ; rien n'empêche d'ailleurs de contractualiser tel horaire précis si le salarié y tient et si l'employeur est d'accord" (46). Ainsi, *"le changement de planning de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail"* (47).

Récemment, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a affirmé que *"le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail, relevant du pouvoir de direction de l'employeur et non une modification du contrat de travail"* (48). Le juge ajoute que

(36) Soc. 10/07/1986, Dame Poignard c/ SARL Bram Restauration, A. Lyon-Caen, D.1987, Som. com., p. 206.

(37) B. Silhol, Le chômage partiel, LGDJ, 1998, spéc. p. 143.

(38) Voir notamment : Soc. 21/03/2000, n° 97-40.131, Santiago c/ SIM et a.; Soc. 23/02/2000, RJS 4/00 n° 466.

(39) Soc. 16/02/1999, Sté Resto ferme c/ Guinet, RJS 4/99 n° 477.

(40) Soc. 14/05/1998, bull. n° 251. Voir également dans le même sens : Soc. 25/02/1998, n° 991 P, Liaisons soc. n° 7882.

(41) Soc. 20/10/1998 Mme Bonimond c/ SA La Maille souple, JCP G, 3/02/99, p. 285, chron. D. Boulmier, "Modification du contrat de travail résultant d'une modification de la durée du travail"; RJS 12/98 n° 1445, DO 1999, P. 291. La référence à la mention de la durée du travail dans le contrat et les termes "en principe" perturbent la clarté de la règle posée.

(42) Commentaire in jurispr. UJMM n° 99-624, p. 58.

(43) art. 1134 du C. civ. au visa duquel est rendu la décision.

(44) Art. L. 212-3 nouveau du CT : "La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail". M.M., opus cit., spéc. p. 334-337.

(45) Not. pour les salariés à temps partiel, infra II A. En ce qui concerne les salariés protégés : M.M., Y. Struillou et H. Rose, "Le droit du licenciement des salariés protégés", Economica, spéc. p. 199-204 et 264-276; Circ. DRT n° 3 du 1°/03/2000, point 2.2, publié p. 442 de ce numéro. Le changement d'horaires de travail, Liaisons soc. L 11/04/2000 n° 8076, et Lamy soc. N° 137

- juin 2000, spéc. p. 2-3. Infra Annexe 3, p. 424, Soc. 10/05/1999, SA Saison dorée c/ Mme L..

(46) P. Waquet, art. préc. p. 795 et note 32.

(47) Soc. 27/05/1998, Gilli c/ SA Saint-Augustin, n° 2716 D, Liaisons soc. A1 n° 7882 (extraits)

(48) Soc. 22/02/2000, P+B, Mme F., Liaisons soc. 01/03/2000, n° 13106; JCP G, 24/05/2000, p. 982, note D. Corrigan-Carsin; Annexe 1, p. 423.

"la Cour d'Appel a constaté que le changement d'horaire (...) ne présentait pas de caractère discriminatoire".

Ce pouvoir de modification de l'horaire par l'employeur est très vaste. "Les limites au pouvoir de l'employeur de changer les conditions de travail sont (...) celles que l'on retrouve classiquement en droit du travail, c'est-à-dire la discrimination et l'abus de droit" (49). Il est ajouté que "la question de l'horaire devra être éclairée par la jurisprudence à venir; mais il est certain que les adaptations de l'horaire relèvent du pouvoir de direction" (50). L'employeur doit consulter le comité d'entreprise sur la modification de l'horaire de travail (51).

Ce pouvoir est donc limité par l'abus de droit et la discrimination (1) mais également par d'autres limites (2).

1. L'abus de droit et la discrimination

En ce qui concerne l'abus de droit, dès lors que l'employeur impose une modification de l'horaire de travail par malignité et non dans l'intérêt de l'entreprise, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (52).

Le terrain de la discrimination en matière de temps de travail a été encore peu étudié. Cependant, l'attention a été attirée sur l'existence de discriminations indirectes, préjudiciables à des femmes mères de jeunes enfants, notamment révélées par deux décisions (53).

Dans une première affaire, une salariée est licenciée pour avoir refusé d'effectuer des permanences de 18 à 19 heures, du fait de l'heure de fermeture de la crèche où était son bébé et proposait des compensations d'horaires. L'employeur la licencie pour faute grave, lui reprochant "son refus réitéré de modification de ses horaires de travail". La chambre sociale de la Cour de Cassation rejette le pourvoi de la salariée "la fixation des horaires par l'employeur n'entraînait pas la modification du contrat de travail" (54).

Dans une deuxième affaire, une salariée est licenciée après avoir demandé une dérogation temporaire d'horaire à son employeur, souhaitant commencer à

9 heures au lieu de 8 h 30, dans l'attente de trouver une personne pour accompagner à l'école son fils âgé de 4 ans. La chambre sociale de la Cour de Cassation rejette le pourvoi de l'employeur, la Cour d'Appel ayant relevé que "le changement d'horaire momentanément sollicité par la salariée pour un motif légitime, ne causait aucun préjudice à l'employeur et avait été refusé par lui sans motif, (...) l'employeur avait fait un usage abusif de son droit" (55).

La situation familiale peut ainsi, du fait de certaines décisions de l'employeur, fragiliser fortement le "droit à l'emploi". "Le fait pour un employeur d'imposer une modification d'horaire à une femme dont il connaît les contraintes familiales sans rechercher une solution compatible avec ces contraintes est un moyen commode d'aller vers une rupture du contrat de travail" (56). Le commentateur de ces arrêts appelait "une modification des dispositions légales protectrices de la maternité pour permettre un assouplissement des règles applicables à l'horaire de travail en faveur des mères (ou des pères) de famille ayant de jeunes enfants". Sans attendre le législateur, le juge est incité à vérifier l'existence éventuelle d'une discrimination indirecte à raison du sexe en cas de modification de l'horaire de travail (57). La modification d'horaires refusée entraînant le licenciement ayant des conséquences plus importantes sur les femmes que sur les hommes, une lecture sexuée (genrée) de cette question amène à critiquer la conception qui fait de l'horaire un élément des conditions de travail. Le juge est également invité à vérifier qu'il n'est pas porté atteinte à un droit fondamental, en l'occurrence ici le droit de mener une vie familiale normale (58).

La position, considérant que les adaptations de l'horaire relèvent du pouvoir de direction (59), est conforme à l'histoire du droit du travail en matière d'horaire collectif (60). Elle prend appui sur le pouvoir disciplinaire de l'employeur, à travers le règlement intérieur, outil de normalisation entre les mains de celui-ci (61). Mais, il a été jugé que sont étrangères au champ d'application du règlement, en matière de temps de travail, des clauses relatives notamment à

[49] P. Waquet, art. préc. p. 795.

[50] P. Waquet, "Le renouveau du contrat de travail", RJS 5/99, spéc. 389-390.

[51] Crim. 11/01/2000, M. D., Annexe 2., p. 423, Crim. 11/01/2000, P. Gugliermi, Dr. ouv. 2000-361, note M. Richevaux.

[52] Soc. 14/10/1998, SARL Cahlodis c/ Mme Garcia, D. 1998, IR p. 24.

[53] M.-T. Lanquetin, "De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins", in Mélanges H. Sinay, p. 415, spéc. p. 422-424 : "Modifications d'horaires et de lieu de travail". Voir également : Soc. 31/05/1990, Belmond c/ Chevallier.

[54] Soc. 24/11/1992, Mme Bardiaux, CSB P n° 47, p. 62, bull n° 566, DO 1993, p. 113. Voir également : Soc. 18/10/1979, bull n° 755.

[55] Soc. 10/02/1993, Mme Mangassarian, CSB P n° 48, p. 75. Voir également : Soc. 22/05/1975, bull n° 264.

[56] M.-T. Lanquetin, art. préc. p. 423.

[57] M.-T. Lanquetin, art. préc. p. 423.

[58] M. Miné, "Le droit de mener une vie familiale normale", in Grumbach T. et Pina L. (dir.), 35 heures : Négocier les conditions de travail, L'Atelier, 2000. Infra II, B. Une modification d'horaire d'un quart d'heure peut parfois désorganiser la vie familiale (cf transports, fermeture école/crèche, etc.).

[59] Voir également dans ce sens : J. Barthélémy, Droit de la durée du travail, Litec, 1998, spéc. p. 308.

[60] J.-E. Ray, "Du collectif à l'individuel, Les oppositions possibles", Dr. soc. 1998-347, spéc. p. 352 et réserve note 40. J.-E. Ray, "Les accords sur le temps de travail", Dr. soc. 1988-99, spéc. p. 110-111.

[61] Dans le respect de certaines règles de procédure (art. L. 122-36 et L. 122-37 du CT) et de fond (art. L. 122-35 du CT).

l'accomplissement des heures supplémentaires (62). En fait, ce règlement fixe les règles sur le respect de l'horaire (63), "règles générales et permanentes relatives à la discipline" plus que l'horaire lui-même, notamment pour une raison de fait tenant à la diversification de l'horaire, dont le caractère collectif se raréfie (64).

2. D'autres limites

La première limite exprimée par la jurisprudence, pour qualifier une modification de l'horaire de modification du contrat de travail, est le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (65). Pour des raisons juridiques non identifiées, l'incidence de la modification serait donc réintroduite dans ce cas de figure. Un tel changement relèverait donc d'une modification du contrat et pas seulement des conditions de travail. Mais si l'on considère que le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour est de même importance que l'inverse, la position précitée est confirmée par certaines décisions (66), mais non suivie par d'autres. On aboutit parfois à des solutions contradictoires. En effet, il a été jugé à propos d'une salariée qui assumait depuis son embauche (quatre années) un service de nuit et qui est affectée à un poste de jour, à l'occasion d'un "*changement de planning de travail*", que le

"*refus par la salariée de continuer ... le travail, après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, constitue une faute grave*" (67).

Une autre limite est apparue. Elle concerne une nouvelle répartition (68) de l'horaire de travail sur la semaine, par une modification du nombre de jours travaillés et l'emploi en fin de semaine. Cette modification est considérée comme une "modification du contrat" (69).

Il y aurait modification du contrat, et non simple modification des conditions de travail, du fait d'une "*réorganisation complète de la répartition du travail*" (70). En matière d'horaire de travail, la frontière entre les deux sphères (contrat de travail, conditions de travail) reste à préciser plus clairement. Mais l'état actuel de la jurisprudence peut constituer l'amorce d'une conception de l'horaire comme élément du contrat de travail (71).

D'autres brèches, dans la conception de l'horaire comme élément des conditions de travail, sont sans doute à attendre. Une de ces brèches pourrait notamment avoir trait à la charge de travail (72).

II.

Un pouvoir contesté

Ce pouvoir de l'employeur en matière de fixation et de modification de l'horaire de travail est désormais contesté, au-delà de l'encadrement légal des durées de travail.

En fait, deux niveaux de lecture de cette question sont possibles. D'une part, il convient de réfléchir sur le classement de l'horaire de travail : soit au sein du contrat de travail, soit parmi les conditions de travail. Mais d'autre part, en tout état de cause, la fixation et la modification de l'horaire ne doivent pas porter atteinte

de manière injustifiée ou disproportionnée aux droits de la personne (art. L.120-2 du CT). Certaines réponses jurisprudentielles semblent actuellement parfois procéder d'une analyse conjointe sur les deux terrains.

Cette contestation se manifeste à travers d'une part, la conception de la place qui devrait être accordée à l'horaire dans le contrat de travail (A), d'autre part, l'amorce de prise en compte du rythme de travail (B), et enfin, la réévaluation des droits de la personne en matière d'horaire (C).

(62) CE 9/10/1987, RNUR, jurisp. UIMM 1988, p. 623.

(63) Même décision. Voir également : CE 25/01/1989, Dr. soc. 1990-203, concl. Clausade, jugeant licite la clause prévoyant que "le personnel ne peut refuser les modifications de l'horaire décidées par la direction", l'employeur n'étant pas tenu de faire figurer dans le règlement les conditions légales autorisant la modification des horaires.

(64) CA Dijon, 1^{er}/07/1997, et CA Paris 30/01/1997, RJS 8-9/98, n° 1109 et 1111.

(65) P.Waquet, préc., RJS 5/99, spéc. 389 et note 77.

(66) Soc. 19/02/1997, Mme Amoral c/ Sté Euromarché, bull. n° 74, D. IR 1997 p. 70, salariée en horaire de jour appelée à effectuer un travail de nuit.

(67) Soc. 27/05/1998, Gilli c/ SA Saint-Augustin, Liaisons soc. n°7882 du 22/06/98. Voir également : CA Versailles,

8/03/2000, RJS n° 757. Il semble que ce soit l'activité de l'entreprise qui détermine ce type de réponse jurisprudentielle (clinique, établissement de retraite).

(68) Ce terme est utilisé avec deux sens différents : répartition des heures travaillées parmi les jours de la semaine, comme ici, ou horaires de travail, en matière de travail à temps partiel.

(69) Soc. 10/05/1999, Sté Saison doré c/ Mme L. (second moyen), bull. n° 208, RJS 6/99, n° 830. Annexe 3, p. 424.

(70) Soc. 10/05/1999, supra. "Une nouvelle répartition de l'horaire sur la semaine (...) pose une question délicate.", P. Waquet, RJS 5/99, p. 390, préc.

(71) infra II, A.

(72) infra, II, B.

A. L'HORAIRE DE TRAVAIL : UN ÉLÉMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL ?

Cette contestation du pouvoir de l'employeur est le fait de la loi et de conventions et surtout de certaines décisions de jurisprudence. Elle s'exprime différemment suivant que les salariés sont titulaires d'un contrat à temps partiel (a) ou sont occupés à plein temps (b).

a) Le temps partiel

En ce qui concerne les salariés à temps partiel, la loi prévoit que *"le contrat de travail (...) mentionne (...) la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois"* et la loi ajoute désormais que *"le contrat de travail détermine également les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié"* (73).

La modification de la répartition des heures de travail relève de deux régimes différents. Soit cette modification n'a pas été prévu par le contrat de travail, *"le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement"* (74). Soit cette modification a été prévu par le contrat de travail au regard des cas de modification et des modalités, *"le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée. Il en va de même en cas de changement des horaires de travail au sein de chaque journée travaillée qui figurent dans le document devant être transmis au salarié en vertu du premier alinéa"* (75).

La jurisprudence a veillé à assurer un effet utile aux dispositions légales en matière d'horaire de travail. Il a ainsi été jugé que *"la répartition du travail, telle qu'elle doit être prévue, en application de l'article L. 212-4-3 du Code du Travail, constitue un élément du contrat de travail à temps partiel, qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié"* (76). Le juge limite la possibilité pour l'employeur d'accroître son pouvoir par le biais de clauses contractuelles et il paralyse *"la clause contractuelle (...) accordant à l'employeur le pouvoir de modifier la répartition des horaires en fonction des nécessités du service"* (77) ou *"la clause contractuelle (...) accordant à l'employeur un pouvoir discrétionnaire"* (78). La jurisprudence concernant la rupture du contrat de travail provoquée par une modification des horaires confirme cette orientation (79). La jurisprudence considère ici que la répartition de la durée du travail signifie l'horaire de travail (80).

Pour les salariés à temps partiel, le juge limite le pouvoir de l'employeur de faire varier l'horaire de travail. Il veille à assurer au salarié une certaine stabilité de son horaire de travail, condition nécessaire pour lui permettre d'exercer ses droits de la personne (81).

b) Le temps complet

En ce qui concerne les salariés à temps complet, le législateur de la loi Aubry II ayant finalement renoncé à inclure l'horaire de travail dans le contrat de travail (82), il convient de se tourner vers la jurisprudence.

Comme cela a déjà été rappelé, certains salariés connaissent une contractualisation de leurs horaires. Ceux-ci figurent dans leur contrat de travail. Dès lors, l'horaire de travail est un élément du contrat de travail et il ne peut être modifié qu'avec l'accord du salarié (83). Mais, ce n'est pas cette situation qui retient le

(73) Art. L. 212-4-3 du CT, modifié par la loi Aubry II. Désormais la Cour de Cassation ne devrait plus considérer que le fait pour une salariée à temps partiel de refuser d'exécuter des heures complémentaires prévues par le contrat de travail un dimanche, où le travail a été autorisé par arrêté municipal, caractérise une faute justifiant le licenciement, Soc. 2/05/2000, Mme Pommeret c/ Sté Bata, Dr. soc. 2000-770, note J. Savatier. Voir également infra II C.

(74) Idem.

(75) Idem.

(76) Soc. 6/04/1999, TPS, juin 1999, p.9.

(77) Idem.

(78) Soc. 7/07/1998, RJS n° 1312, la clause prévoyait la possibilité pour l'employeur de modifier l'horaire convenu "si les circonstances le demandent". Voir également : Soc. 7/12/1999, RJS 3/00, n° 346, "la clause contractuelle qui se bornait à indiquer que les heures de début et de fin de travail étaient susceptibles de variation, ne correspondait pas aux prévisions de la loi".

(79) Soc. 2/02/1999, RJS n° 443, "les conditions anormales dans lesquelles l'association faisait varier les horaires de Mme B. excusaient partiellement son refus de travailler le vendredi", J.-Y. Kerbourc'h, "Le contrat de travail à temps partiel d'une aide ménagère embauchée par une association d'aide à domicile", Dr. soc. 375-2000; Soc. 16/02/1999, RJS n° 607, le non-respect du délai de prévenance en cas de modification des "horaires de travail" prévus au contrat de travail doit faire

regarder la rupture du contrat comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(80) D. Jourdan, "L'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel", TPS, juin 1999, p.6.

(81) infra II, C.

(82) L'Assemblée nationale a adopté un amendement selon lequel "L'horaire de travail est un élément du contrat de travail", malgré un avis défavorable du Rapporteur et de la Ministre. Pensant que la messe était dite et vu l'horaire tardif, des députés ont alors choisi de vaquer librement à leurs occupations personnelles. Mais la Ministre a demandé en fin de séance une seconde délibération sur cet amendement qui cette fois n'a pas été adopté (JO Déb. AN 15/10/1999, 3ème séance).

(83) Art. 1134 C. civ. J. Barthélémy, préc. p. 313. Voir également Soc. 28/04/2000, Mme Franc c/ Sté IDF Thermic, n° 1878 D, "à une salariée ayant refusé d'assurer une permanence téléphonique le samedi matin, l'employeur avait envoyé une lettre de licenciement ainsi motivée : "Refus de modification des horaires". Pour la Cour de Cassation, (...) l'employeur avait lui-même avoué qu'il s'agissait d'une modification pour motif économique, dont le juge devait alors rechercher le caractère réel et sérieux." J.-E. Ray, note sous Soc. 16/05/2000. A contrario, dans une espèce particulière concernant un cadre dirigeant : Soc. 16/05/2000, n° 97-45.256 P, Dr. soc. 777-2000, Liaisons soc. 13/06/2000, n° 677.

plus l'attention. La question la plus délicate sur le plan juridique, et qui concerne le plus grand nombre de salariés, a trait à l'absence d'indications sur l'horaire dans le contrat de travail.

La conception selon laquelle l'horaire de travail appartient à la sphère des conditions de travail et n'est pas un élément du contrat de travail peut être critiquée. D'une part, sur le plan juridique, cette conception marque une emprise quasi-absolue du pouvoir de l'employeur. Elle répond ainsi à la liberté d'entreprendre mais néglige largement les droits du salarié tirés du contrat (et ses droits de la personne).

D'autre part, sur le plan factuel, elle apparaît historiquement datée. Elle est liée à l'horaire collectif de travail, à une époque où la vie de l'entreprise et la vie de la société étaient organisés autour des mêmes rythmes collectifs rigides et stables. Cette conception ne tient pas compte des évolutions qui ont eu lieu. La société d'aujourd'hui, dans son organisation temporelle, est fort différente de celle du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle. Les temps sociaux se sont complexifiés et diversifiés.

En 1973, dans une loi portant sur l'amélioration des conditions de travail, le législateur accorde aux salariés un droit pour "cogérer", dans certaines limites, la fixation de leurs horaires de travail grâce à certains dispositifs comme les horaires individualisés (84). L'exercice des droits à une vie personnelle et familiale s'en trouvent facilités.

Depuis janvier 1981, l'aménagement du temps de travail répond avant tout à des demandes de l'employeur. Les salariés connaissent une diversification des horaires qui s'accompagne d'une rigidité retrouvée, rendant plus difficile l'exercice des droits de la personne. Cette nouvelle donne en matière d'horaires, du fait de la jurisprudence, rend également plus difficile l'exercice de certaines libertés exercées collectivement (85).

En fait, la jurisprudence en distinguant ce qui relève du contrat et ce qui n'en relève pas invite peut-être à construire une "figure légale du contrat de travail"

(86). La distinction opérée en 1996 par la chambre sociale met à l'abri des modifications unilatérales les éléments du contrat. Or, sans un contenu minimum le contrat n'existe pas. Le champ contractuel nécessaire comprend en particulier la rémunération (87).

Et se pose la question de la place de l'horaire dans cette figure. Il conviendrait sans doute de redonner place à la prise en compte du substantiel dans la modification de l'horaire. La chambre sociale ouvre des brèches dans ce sens (88). Cet élément substantiel serait à apprécier par la référence à certains points qui relèverait du contrat (89). Une telle démarche pourrait s'inspirer de celle suivie en matière de modification du lieu de travail, en définissant un espace (ici temporel) où la modification est possible (90), mais sans aboutir à une appréciation seulement objective de cette modification (91), compte tenu des incidences d'une modification de cette nature.

A l'appui de ce mouvement d'objectivation du contrat, le droit des obligations fournit plusieurs arguments pour inclure l'horaire de travail dans le "socle contractuel". D'une part, l'objet des obligations réciproques doit être déterminé : *"Cette nécessaire détermination des parts signifie ici que le temps dû à l'employeur, et corrélativement le temps de la vie privée et du repos qui demeure au salarié, doivent être déterminés. Ceci suppose une détermination de la durée du temps de travail et de la répartition de cette durée au cours du temps"* (92). D'autre part, l'équité pourrait être de nouveau mobilisée, *"il devrait être tenu pour normalement important au plan contractuel, que les plages de travail restent cantonnées dans la fourchette des horaires habituels sur lesquels s'articule la plupart des éléments de la vie sociale"* (93). Des évolutions en ce sens sont perceptibles. La chambre sociale a confirmé la réprobation judiciaire des juges du fond contre certaines organisations temporelles du travail : *"les conditions dans lesquelles le salarié avait été employé l'avaient mis dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il pourrait travailler chaque mois et dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur"* (94).

(84) Art. L.212-4-1 du CT. Loi du 27/12/1973. Après mai 1968, une partie du patronat, sensible à la "critique artiste" du capitalisme, répond ainsi à certaines revendications individuelles des salariés, L. Boltanski et E. Chiapello, "Le nouvel esprit du capitalisme", Gallimard, 1999, spéc. p. 266-280 et note 37.

(85) Distribution de tracts: Soc. 31/03/1998, La Samaritaine, Dr. soc. 1998-727, note critique G. Couturier, D. Som. com. 1999, p. 42, obs. critique G. Borenfreund; grève : Soc. 3/02/1998, Sté CGFTE, Dr. Ouv. 1998-300, note critique A. de Senga.

(86) A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", DO 1996-87.

(87) G. Couturier, "La rémunération élément du contrat de travail", Dr. soc. 1998-523, Soc. 28/01/1998, p. 528 et Soc. 3/03/1998, p. 529.

(88) Supra, passage de jour en horaire de nuit, modification de la répartition du temps de travail dans la semaine.

(89) L'importance quantitative et qualitative de la modification.

(90) Soc. 20/10/1998, arrêts n° 4189 et 4198, Liaisons soc. 26/11/98.

(91) Soc. 4/05/1999, Dr. soc. 1999-737, note J.-E. Ray, considère que "le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective".

(92) Art. 1129 al. 2 C. civ. E. Dockès, "La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail", Dr. soc. 1997-140, spéc. p. 146.

(93) Art. 1135 C. civ. J.-M. Béraud, préc., DO déc. 1997, spéc. p. 532.

(94) Not. Soc. 12/11/1997 Sté Paris Europe déménagement c/ M. Augis, bull. n°362 et Soc. 11/03/1998 Radio Canada c/ M.H., n° N 95-43.677, Annexe 4, p. 425. Dans la seconde affaire : "le salarié travaillait deux jours complets par semaine... et le reste du temps il demeurait en disponibilité pour son employeur qui devait le prévenir la veille du jour où son travail était requis".

Par conséquent, cet élément substantiel serait également à apprécier subjectivement, en fonction de la situation propre du salarié, sur le plan professionnel et personnel (95). L'horaire serait ainsi un élément du contrat mais une aire de modification demeurerait possible pour l'employeur. Une telle solution serait plus équilibrée pour les parties au contrat que la situation actuelle, elle manifesterait une tentative de conciliation entre le pouvoir de l'employeur et le contrat du salarié (ainsi que les droits de la personne).

Si l'horaire fait partie du contrat de travail pour certains salariés, un souci de cohérence du droit voudrait, au-delà de dispositions légales et contractuelles particulières, qu'il soit perçu comme élément du contrat pour tous les salariés.

Des juges du fond ont, avant le rétablissement de son contrôle par la Cour de Cassation, considéré que l'horaire de travail était un élément du contrat, même dans le silence du contrat. La chambre sociale a ainsi rejeté le pourvoi de l'employeur contre un arrêt estimant que *"la modification des horaires ne constituait pas un simple aménagement ressortant du pouvoir de direction de l'employeur, mais une modification du contrat de travail qui ne pouvait être imposée à la salariée et que cette modification n'avait pas de cause"* (96).

L'approche contractuelle de l'horaire de travail présenterait un intérêt à plusieurs titres. La chambre sociale contrôle, de nouveau, la modification du contrat de travail (97), laissant aux juges du fond le contrôle des éléments relevant des conditions de travail. Si l'horaire de travail relevait du contrat, la chambre sociale en contrôlerait alors la modification. Le salarié pourrait alors voir confortée sa capacité de résistance sur la base de son contrat à un accord collectif dérogatoire *in pejus* contenant des clauses de variations de l'horaire de travail (98). Dès lors que l'élément horaire de travail relèverait du contrat, l'employeur ne pourrait le fixer unilatéralement, il devrait relever d'un accord contractuel, à défaut du juge (99).

La recherche d'une discrimination indirecte en matière de modification de l'horaire de travail pourrait devenir un paramètre du contrôle de la chambre sociale (100), incitant les juges du fond à procéder à cette vérification.

L'horaire de travail est-il un élément du contrat de travail ? Pour les salariés à temps partiel, la loi répond par l'affirmative, la jurisprudence veillant à donner un plein effet à cette règle. Pour les salariés à temps complet, dans le silence de la loi, la jurisprudence répond en général de manière négative, sauf dans quelques cas particuliers (peut-être appelés à se multiplier). Pour unifier le régime juridique de la modification de l'horaire de travail, au regard du contrat de travail, la jurisprudence pourrait répondre par l'affirmative dans tous les cas.

La question du recours aux heures supplémentaires illustre l'évolution du contrôle du juge sur les décisions de l'employeur en matière de modification de l'horaire de travail (101). Désormais, les heures supplémentaires s'imposent au salarié à la condition qu'elles répondent aux nécessités de l'entreprise (102). Le juge apprécie la pertinence de la décision de l'employeur. Et les heures de travail accomplies constituent des heures supplémentaires quand elles ont été effectuées à la demande expresse de l'employeur ou au moins avec son accord implicite (103), notamment lorsque ces heures ont *"été imposées par la nature ou la quantité du travail demandé"* (104).

B. LE RYTHME DE TRAVAIL

Il s'agit simplement ici d'esquisser une liaison entre horaires de travail et rythme de travail, en référence avec d'importantes réflexions sur la charge de travail (105).

L'employeur souhaite que le salarié soit productif pendant toute la durée du travail. Le travailleur doit travailler (106). Le temps de travail doit être consacré

(95) ex : incidence de telle modification sur le droit de mener une vie familiale normale.

(96) Soc. 1^o/07/1998 Sté Hertz c/ Melle Marnat, n^o 96-42.483, inédit.

(97) Soc. 28/01/1998, bull. n^o 40, préc., et P. Waquet RJS 5/99, supra, spéc. p. 384, DO 1998, p. 525.

(98) Sur cette discussion : M.-A. Moreau, préc., RJS 4/00 ; G. Borenfreund, "La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires", Dr. soc. 1990-626, spéc. p. 632 et s. ; Y. Chalaron, "L'accord dérogatoire en matière de temps de travail", Dr. soc. 1998-355, spéc. p. 363. "C'est peut être en définitive le contrat de travail qui, adossé à l'article 1134 C. civ. résiste le mieux à l'accord dérogatoire" ; J.-E. Ray, "Les accords sur le temps de travail", Dr. soc. 1988-99, spéc. 110 : "Opposabilité de l'accord dérogatoire au salarié".

(99) En matière de rémunération : Soc. 20/10/1998, P. Courcelles et a. c/ CRAMA de la Loire, RJS 12/98 n^o 1448.

(100) M.-T. Lanquetin, préc., p. 424. Pour une première utilisation de la notion de discrimination indirecte par la chambre sociale : Soc. 9/04/1996, Dr. ouv. 1998-1.

(101) M. Miné, op. cit., p. 165-167 "Le recours aux heures supplémentaires".

(102) Soc. 9/03/1999, RJS 6/99, n^o 524. M. Miné, opus cit., spéc. p. 165-167.

(103) Soc. 12/07/2000, SCEA Vallée c/ M. Tézard, n^o K 98-42.698.

(104) Soc. 19/04/2000, Sté Imprimerie STP Multipress c/ M. Boutillier (premier moyen), n^o S 98-41.071.

(105) M.-A. Moreau, "Temps de travail et charge de travail", Dr. soc. 2000-263.

(106) M. Foucault, Surveiller et punir, préc., spéc. p. 175 et svts Le contrôle de l'activité, "il s'agit de constituer un temps intégralement utile".

au travail. A défaut, le salarié commet une faute (107).

Mais la durée du travail ne dit rien de l'intensité du travail. Par contre, la fixation des horaires de travail peut avoir une incidence sur l'intensité du travail (ex : horaires de travail fixés aux périodes d'affluence de la clientèle, en particulier pour les salariés à temps partiel; périodes "hautes" de modulation lors des augmentations de commandes; etc.).

Le travail imposé doit être compatible avec les horaires de travail fixés (108). Désormais, la Cour de Cassation fait référence en matière d'horaires de travail à des éléments qualitatifs comme le rythme de travail (109). La Haute Cour se réfère même en la matière à une surcharge de travail, au regard du licenciement prononcé et du préjudice subi (110). Prenant en compte cet élément, le juge déqualifie en cause réelle et sérieuse un licenciement prononcé pour faute grave par l'employeur, en relevant que la salariée *"était surchargée de travail à l'époque des faits et qu'elle avait vainement prévenu son employeur de son incapacité à assumer l'ensemble de ses tâches, (...) le comportement de la salariée n'était pas de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période du préavis (...)".* D'autre part, dans la même espèce, la Haute Cour approuve le juge du fond d'avoir condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts à la salariée en réparation de son préjudice moral, en relevant que la salariée *"qui avait fait preuve d'abnégation dans l'exercice de ses fonctions pendant six ans et avait en vain signalé ses difficultés de travail à son employeur, a été licenciée en raison de fautes inexactement qualifiées de graves et lourdes, à l'issue d'un congé maladie imputable à une surcharge de travail; (...) les circonstances de la rupture étaient constitutives d'une faute de l'employeur".*

La prise en compte de la détérioration de la santé du fait de la surcharge de travail est à souligner (111). Le raisonnement semble également soutenu par le souci de faire respecter la dignité de la salariée, par un recours implicite à l'équité (112).

La prise en compte de l'intensité du travail, au-delà de la seule durée du travail, pour asseoir une décision

de justice, concernant des salariés à temps complet, est favorable à une analyse de l'horaire de travail comme élément relevant du "socle contractuel".

La question de la charge de travail doit désormais faire l'objet d'une négociation collective en ce qui concerne les salariés cadres relevant d'une convention de forfait en jours (113). La question est d'importance et est posée avec une particulière acuité, à un moment où certains employeurs, à l'occasion de négociations sur la réduction du temps de travail, veulent abandonner l'exercice de leurs prérogatives en matière de contrôle des horaires de travail et souhaitent soumettre à une convention de "forfait jour" des cadres qui n'entrent pas dans les prévisions du législateur de la loi Aubry II (114).

C. L'HORAIRE DE TRAVAIL ET LES DROITS DE LA PERSONNE

La question de la fixation et de la modification de l'horaire de travail peut être appréhendée sur un autre terrain que le terrain contractuel : le terrain des droits de la personne. L'exercice du pouvoir de fixation et de modification de l'horaire par l'employeur devrait intégrer les attentes diverses des salariés, attentes basées en particulier sur l'exercice de droits fondamentaux de la personne.

En particulier, les horaires de travail ne devraient pas être modifiables par l'employeur sans l'accord des salariés dès lors que la modification a une incidence négative sur l'exercice des droits de la personne du salarié, notamment la vie personnelle (vie familiale, liberté du travail...) et la santé (115), alors que cette restriction des droits n'est pas justifiée ou proportionnée au but recherché (116).

L'horaire de travail détermine un espace de subordination. La modification de l'horaire peut porter atteinte aux droits de la personne du salarié. Sont notamment en jeu le droit à une vie personnelle et à une vie familiale normale, en particulier pour permettre au salarié de jouir de son temps libre et d'assurer sa fonction éducative à l'égard de ses enfants, la liberté du travail, permettant au salarié d'occuper un autre emploi, et parfois la dignité, quand les condi-

(107) Ex : prise de paris, Soc. 14/03/2000, n° 98-42.099 P, Dujardin c/ SA Instinet France; absences répétées pour jouer aux cartes et aux boules, CA Dijon, 1°/07/1997, Cie Mutuelle d'assurance artisanale, RJS 8-9/98, n° 1109; participation à un arbre de Noël, CA Paris, 30/01/1997, SA Parfums Christian Dior, RJS 8-9/98, n° 1111.

(108) Soc. 16/11/1999, SARL Gelso'Mi, DO 2000-345, note P.M. Soc.12/01/2000, SA Castorama, Liaisons soc. n° 665, Annexe 5, p. 425.

(109) Soc. 12/11/1997 et Soc. 11/03/1998, préc.

(110) Soc. 19/03/1998 M.Giraud c/ Melle S., bull. 159.

(111) M. Miné, opus cit., spéc. p.31-39 "Réduction du temps de travail, organisation du travail et santé au travail".

(112) Art. 1135 C. civ.

(113) Art. L. 212-15-3-III du CT. La convention ou l'accord collectif "détermine les conditions de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte". M. Moreau, préc., spéc. p. 268-270. J.Barthélémy, "Le soi-disant forfait tous horaires", JCP E, 8/04/1999. M. Miné, op. cit., p. 150-158. Le Monde, 21/09/1999, p. 9, 9/11/1999, VIII.

(114) Art. L. 212-15-3-III du CT (troisième phrase).

(115) M. Miné, opus cit., spéc. p.375 et svtes.

(116) Art. L.120-2 du CT.

tions imposées par les horaires et leurs variations aboutissent à un asservissement du salarié.

Les droits de la personne du salarié pourraient être une source de limitation du pouvoir de l'employeur en matière d'horaire de travail. Une prochaine étape dans cette direction est peut-être en gestation. En matière d'horaires de travail, le juge commence à essayer de faire respecter ces droits.

En matière de qualification d'un contrat à temps complet (117), le juge utilise, sur le plan technique des textes sur le travail à temps partiel (art. L. 212-4-3). Il est considéré que dès lors qu'une règle essentielle sur le contrat à temps partiel n'est pas respectée, le contrat est à temps complet. Ici, est en jeu l'atteinte à des droits de la personne, la dignité, du fait de l'indétermination de l'horaire qui rend le salarié corvéable, et la liberté du travail. L'horaire serait bien un élément "essentiel" du contrat de travail.

En matière disciplinaire, des limitations du pouvoir de l'employeur sont perceptibles à travers des espèces dans lesquelles la prise en compte des droits de la personne semblent avoir indirectement influencé le juge même si les décisions ne les évoquent pas explicitement. Ainsi, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement une prolongation d'une journée d'une absence autorisée par l'employeur pour permettre au salarié de se rendre au chevet de son père (118). D'autre part, constitue une sanction disciplinaire disproportionnée la mise à pied de 8 jours infligée à une salariée pour s'être rendue à une convocation de la chambre des métiers concernant l'apprentissage de son fils et avoir repris son travail avec une heure de retard (119). Ces décisions semblent manifester une certaine prise en compte du droit de mener une vie familiale normale pour le salarié. Un pas timide est également fait dans ce sens dans une affaire (120) où le licenciement d'une salariée est qualifié par le juge de cause réelle et sérieuse, la salariée ayant refusé "un léger allongement de l'horaire de départ (...) à raison de contraintes familiales". Le juge

relève que la salariée "n'établit pas (que ces contraintes) constituent pour elle des difficultés sans solution". A contrario, on peut supposer que le licenciement n'aurait pas été justifié.

Une limitation du pouvoir de l'employeur de faire varier l'horaire de travail est recherchée par le législateur et par les partenaires sociaux qui tentent, encore timidement, de concilier l'exercice de ce pouvoir avec l'exercice des droits de la personne par le salarié. Une illustration concerne une disposition sur le délai de prévenance en cas de modification d'horaire. Selon la loi Aubry I du 13 juin 1998 (121), cette clause devait figurer dans les accords d'entreprise. La loi Aubry II du 19 janvier 2000 prévoit qu'en cas de modulation les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins (122) et prévoit plusieurs garanties pour les salariés à temps partiel, qui peuvent notamment refuser une modification de la répartition des horaires, dans différentes hypothèses liées à leur vie personnelle ou professionnelle (123).

De manière plus générale, quel que soit la modalité d'aménagement du temps de travail, et même en cas d'horaires collectifs, un délai minimum de prévenance pour modification d'horaires aurait mérité de figurer dans la loi. Les partenaires sociaux pourraient utilement combler cette lacune. Quelques accords d'entreprise ont prévu des dispositions en la matière. Un accord a prévu un délai minimum de prévenance de 5 jours ouvrés, en cas de non-respect de ce délai, le salarié bénéficie d'un dédommagement, croissant suivant la réduction du délai, aucun changement n'intervenant en deçà d'un certain délai (deux jours ouvrés) (124).

La loi Aubry II (125) et quelques accords (126), de nature parfois originale (127), recherchent des modalités temporelles pour concilier l'activité de salariés dans plusieurs entreprises. Ces dispositions légales, encore timides en France (128), et surtout conventionnelles, manifestent une prise en compte limitée mais

(117) Soc. 12/11/1997 Sté Paris europe déménagement et Soc. 11/03/1998 Radio Canada, préc.

(118) Soc. 16/12/1981, bull. n° 969.

(119) Soc. 22/02/1979, bull. n° 165 ; CPH (réf.), Bastia, 18-1-2000, DO note P.M., 2000-385.

(120) CA Versailles, 11/12/1997, RJS 3/98, n° 398.

(121) Art. 3.

(122) Art. L. 212-8 du CT.

(123) Art. L. 212-4-3 du CT. Infra II, A, a.

(124) Accord Charot SA, du 21/09/98, Art. 4, d, Liaisons soc. C3 du 4/12/98.

(125) Ex : activité chez un ou plusieurs autres employeurs pris en compte pour le calendrier des départs en congés (art. 15-II).

(126) CCN Sport (équipements de loisirs et article de), du 26/06/89, étendue par arrêté du 11/10/89, brochure JO n° 3049, art. 5. Dispense de droit pour effectuer des heures complémentaires pour le salarié à temps partiel justifiant d'une autre activité salariée rendant impossible l'exécution de ces heures.

(127) "Accord de partenariat" du 10/06/98, conclu entre les entreprises Carians et Pizza Hut, *Le Monde* 18/06/98, pour permettre à leurs salariés d'occuper un emploi dans chaque entreprise.

(128) Pour un examen de la situation aux Pays-Bas, M. Wierink, "Temps de travail aux Pays-Bas : la voix des femmes", in *Futuribles*, nov. 1998, et "Pays-Bas, de la réduction du temps de travail à la combinaison des temps professionnels et privés", in *La réduction du temps de travail en Europe*, Chronique internationale de l'Ires, n° 54, sept. 1998. La nouvelle loi hollandaise sur le temps de travail, du 1^{er} janv. 1996, "cherche à améliorer la combinaison du travail et des tâches familiales, ou autres responsabilités extérieures au travail (...), l'employeur doit, dans sa politique du temps de travail, tenir compte des circonstances de vie personnelle des salariés dans la mesure où l'on peut attendre cela raisonnablement de lui".

réelle des droits de la personne, notamment ici de la liberté du travail. Ces aménagements révèlent une ouverture à d'autres temporalités que celle de l'entreprise et la découverte du fait que toute heure de travail ou de temps libre n'a pas la même valeur (129).

* * *

D'autres questions seraient à aborder comme celle du décompte de la durée du travail. Il a été jugé que pour les salariés qui ne sont pas soumis à un horaire collectif, en ce qui concerne le décompte de la durée quotidienne de travail, "la seule indication de l'ampli-

tude journalière du travail, sans mention des périodes effectives de coupures et de pauses ne satisfait pas" aux prescriptions réglementaires (130).

Mais au-delà de ces sujets qui relèvent d'une organisation taylorienne du travail, il convient de souligner que face au pouvoir de l'employeur, en matière de fixation et de modification de l'horaire de travail, des dispositions légales en matière de temps de travail (131) et des dispositions légales plus larges (132) accroissent les espaces d'autonomie pour le salarié, autre pôle à la source de dispositifs d'aménagement du temps de travail, qui peuvent selon les modalités retenues favoriser le "temps choisi" (133).

Michel Miné.

(129) Rapport Supiot, *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999, spéc. p. 136. ex : des heures sont stratégiques pour les parents (heure entrée/sortie scolaire).

(130) Crim. 25/01/2000, M. D., Annexe 6, p. 426. Cette position jurisprudentielle confirme la position ministérielle (circ. DRT du 17/03/1993, DO 1993 p. 173) "chaque période de travail" doit apparaître. L'article D. 212-21 du CT a été modifié par le décret du 31/01/2000 en ce qui concer-

ne les cadres, M. Miné, op. cit., p. 196. Le système de décompte des heures doit être "fiable et infalsifiable" (art. L. 212-1-1 al. 2 du CT).

(131) Horaires individualisés, temps partiel choisi, repos compensateur de remplacement, réduction du temps de travail sous forme de jours de repos, etc.

(132) Art. L.120-2 du CT.

(133) M. Miné, opus cit., spéc. Chap. VIII et XIX ("les chemins de la liberté").

ANNEXE 1

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)
22 février 2000

**F. c/ Cabinet de pneumologie
des Docteurs L., D., R. et L.**

(extraits)

Attendu que Mme F., au service du docteur L. puis de la SCP Cabinet de pneumologie des docteurs L., D., R. et L. depuis le 3 février 1983 en qualité de secrétaire médicale, a été licenciée le 11 décembre 1995 pour avoir refusé le changement d'horaire de travail ; qu'elle reproche à l'arrêt attaqué (Dijon, le 27 mai 1997) de la débouter de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen, que son refus

du changement d'horaire ne pouvait justifier le licenciement, s'agissant d'une modification du contrat de travail et d'une mesure discriminatoire qu'elle était en droit de refuser ;

Mais attendu, d'abord, que le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail ;

Attendu, ensuite, que la Cour d'Appel a constaté que le changement d'horaire, motivé par la réorganisation du cabinet médical dont l'effectif est passé de deux à trois secrétaires, ne présentait pas de caractère discriminatoire.

ANNEXE 2

COUR DE CASSATION (Ch. Crim.)
11 janvier 2000

D.

(extraits)

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, dans un litige opposant la société Kléber Pneumatiques au syndicat CGT Kléber Troyes et au comité d'établissement de l'usine de cette ville, le tribunal de grande instance a décidé, par un jugement exécutoire par provision que, contrairement à ce que soutenait la société précitée, "les ouvriers travaillant par poste" devaient bénéficier d'une "demi-heure d'arrêt continu au cours de leur poste" et non "au début ou en fin d'équipe" ;

Qu'à la suite de ce jugement, frappé d'appel par la société, M. D., directeur de l'usine de Troyes, a adressé une lettre à chacun des ouvriers, par laquelle, après leur avoir

indiqué que la décision judiciaire aurait pour conséquence une réduction des "autres périodes de repos" ainsi que "des modifications d'horaires collectifs" et le "non paiement en sus de l'horaire hebdomadaire" du temps d'arrêt continu, il leur demandait de se "prononcer" au moyen d'un bulletin proposant le choix suivant : "pour le maintien des conditions actuelles de temps de repas sans perte de ressources, ce qui suppose que le syndicat CGT et le comité d'établissement arrêtent leur action en justice", ou "pour une modification de la répartition du temps de pause avec une coupure principale de 30 minutes avec perte de ressources de 0h30 par poste, soit environ 6% pour un poste de 8h00" ;

Que M. D. a été cité devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article L. 483-1 du Code du Travail, pour avoir entravé le fonctionnement du comité d'éta-

blissement, "en omettant notamment de le consulter sur un projet de modification d'horaire de travail" ;

Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable de ce chef, les juges du second degré retiennent, par motifs propres et adoptés, que la consultation portait sur une décision qui, en l'état de la procédure judiciaire en cours, n'appartenait pas à l'employeur, de sorte qu'elle n'avait d'autre objet que d'exercer des pressions sur le comité d'établisse-

ment pour l'amener à se désister de son action ; que les juges ajoutent qu'à l'occasion de cette consultation, l'employeur a présenté comme définitivement acquises les modifications de l'organisation du travail et la diminution de rémunération qu'impliquerait une pause en cours de poste, alors que ces questions n'avaient fait l'objet d'aucune consultation préalable du comité d'établissement en application de l'article L. 432-3 du Code du Travail.

ANNEXE 3

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)
10 mai 1999

Sté Saison Dorée contre L. et autres

Attendu que Mme L. et onze autres salariées ont été employées à compter de 1987 en qualité d'auxiliaires de vie dans deux résidences pour personnes âgées dont la gestion a été reprise par le société Médilor, aux droits de laquelle vient la société Saison Dorée ; que, par une note de service du 1er décembre 1993, l'employeur a annoncé la mise en place de nouveaux horaires et d'une organisation différente, qui a été notifiée aux salariées le 8 décembre 1993 ; que les intéressées ont été licenciées pour faute entre les 5 et 28 janvier 1994, l'employeur leur reprochant d'avoir refusé de se plier aux nouveaux horaires ; qu'auparavant quatre d'entre elles s'étaient portées candidates aux élections des délégués du personnel ;

SUR LE PREMIER MOYEN :

Attendu que l'employeur reproche à l'arrêt infirmatif attaqué (Lyon, 7 novembre 1996) d'avoir condamné la société Saison dorée à verser à Mmes As., Ap., S. et Al., salariées protégées licenciées, une somme correspondant au montant des salaires dus depuis le 10 septembre 1993, date de leur candidature officielle, jusqu'au 10 mars 1994, date d'expiration du délai de six mois, terme de la période de protection, alors, selon le moyen, que, d'une part, il ne résultait pas de la seule constatation par la Cour d'Appel de la " déclaration d'imminence de candidature " fait au nom de Mmes As., Ap., S. et Al. par une lettre du syndicat CGT du 30 août 1993 la preuve incontestable que ces salariés aient pu bénéficier du statut de salariées protégées, en sorte que l'arrêt n'a pas valablement justifié sa décision de faire bénéficier lesdites salariées des mesures protectrices propres aux salariés protégés, violant ainsi les articles L. 425-1 et suivants du Code du Travail ; alors que, d'autre part, il ne résultait d'aucune des constatations de l'arrêt que la société Saison Dorée ait su, avant leur licenciement, que Mmes As., Ap., S. et Al. avaient eu la qualité de salariées protégées, en sorte que la Cour d'Appel ne pouvait condamner l'employeur aux sanctions de l'article L. 421-1 du Code du Travail, à raison d'une faute de l'employeur que celui-ci n'avait pas commise, qu'en violation de l'article L. 425-1 du Code du Travail ; alors qu'enfin, il était démontré que, dès que la société Saison Dorée avait appris que Mmes As., Ap., S. et Al. pouvaient bénéficier du statut de salariées protégées, elle leur avait proposé leur réintégration immédiate, sans condition, dans l'entreprise, réintégration que les intéressées avaient refusée, et que la Cour d'Appel ne pouvait condamner l'employeur au paiement du montant de leurs salaires, pour une période postérieure à la date de l'annulation de leur licenciement et de leur refus de réintégration, qu'en violation des articles L. 425-1 et 436-1 du Code du Travail ;

Mais attendu, d'abord, que la Cour d'Appel a exactement décidé qu'à la suite de la lettre du Syndicat CGT du 31 août 1993 annonçant la candidature de Mmes As., Ap., S. et Al., ces salariées bénéficiaient de la protection prévue par l'article L. 425-1, alinéa, du Code du Travail ;

Et attendu, ensuite, que la proposition d'un employeur d'annuler un licenciement et de réintégrer le salarié concerné est sans effet si le salarié ne l'accepte pas ;

D'où il suit qu'aucun des griefs du moyen n'est fondé ;

SUR LE SECOND MOYEN :

Attendu que l'employeur reproche encore à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Saison Dorée à payer aux salariées licenciées des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen que, d'une part, s'agissant des salariées protégées en l'état de leur refus d'accepter l'offre de réintégration qui leur avait été faite, la Cour d'Appel ne pouvait déclarer leur licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse au seul prétexte qu'elles étaient en droit de refuser la modification de leur contrat de travail, en violation de l'article L. 122-14-3 du Code du Travail ; alors que, d'autre part, ne constitue pas des modifications substantielles des conditions de travail le seul fait pour un employeur d'aménager les horaires de travail du personnel dans le but de supprimer la nécessité pour celui-ci d'effectuer des heures supplémentaires dont le coût élevé met en péril l'équilibre économique de l'entreprise, et qu'en refusant d'accepter cette modification et de poursuivre leur service sans autre motif, les salariées licenciées avaient commis une faute grave de nature à les priver des indemnités de rupture ; alors, en outre, que les modifications dans l'organisation de leur travail proposées aux salariées licenciées auraient-elles constitué des modifications substantielles de leurs conditions de travail, la Cour d'Appel ne pouvait déduire de cette seule circonstance que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse, violant ainsi l'article L. 122-14-3 du Code du Travail ; alors qu'enfin, les modifications dans l'organisation de leur travail proposées aux salariées licenciées constitueraient-elles des modifications substantielles de leurs conditions de travail, la cour d'appel ne pouvait en déduire que les licenciements étaient dénués de cause réelle et sérieuse, sans rechercher si les modifications imposées répondaient à l'intérêt de l'entreprise et si elles n'étaient pas une condition de la survie, de celle-ci ;

Mais attendu, d'abord, que les salariées protégées étant en droit de refuser la réintégration proposée, la Cour d'Appel a justement décidé que leur licenciement, prononcé pour refus fautif des nouveaux horaires, était sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'elles pouvaient légitimement refuser aussi bien la modification de leurs contrats de travail qu'un simple changement des conditions de travail ;

Attendu, ensuite, que, s'agissant des autres salariées, la Cour d'Appel, s'en tenant à bon droit aux termes de la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, a relevé qu'elles avaient été licenciées pour faute grave à raison de leur refus de se plier aux nouveaux horaires définis par l'employeur ;

Et attendu que la Cour d'Appel, qui a constaté que les salariées travaillaient en cycles de deux semaines, une semaine trois jours et une semaine quatre jours, a pu décider qu'en leur demandant à l'avenir de travailler chaque semaine cinq jours, avec en outre un service à assurer les samedis et dimanches, l'employeur avait décidé une réorganisation complète de la répartition du travail sur la semaine et ainsi modi-

fié les contrats de travail ; que le refus d'une modification du contrat de travail, étant un droit pour le salarié, ne pouvait dès lors constituer une cause de licenciement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(MM. Gélineau-Larrivet, Prés. – Bouret, Rapp.- de Caigny, Av. gén. – Me Pradon, Me Hennuyer, SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Av.)

ANNEXE 4

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)

11 Mars 1998

Sté Radio Canada contre H.

SUR LE MOYEN UNIQUE :

Attendu que M. H. a été engagé par la société Radio Canada (SRC) en 1980, en qualité de chef-monteur ; qu'il a été licencié pour motif économique le 14 avril 1992 ; qu'estimant que son temps de travail avait été diminué unilatéralement par l'employeur, il a saisi la juridiction prud'homale en paiement de sommes à titre de rappels de salaire ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 9 juin 1995), de l'avoir condamné au paiement de rappels de salaires alors, selon le moyen, que sont considérés comme salariés à temps partiel les salariés dont la durée de travail mensuelle est inférieure d'au moins un cinquième à la durée légale du travail ; que les formes prévues l'article L. 212-4-3 du Code du Travail ne sont exigées ni pour la validité ni pour la preuve du contrat de travail à temps partiel, l'absence d'écrit entraînant seulement une présomption simple que le contrat a été conclu pour un horaire normal ; qu'en relevant que la note du 13 janvier 1987 ne répondait pas aux exigences posées par les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 212-4-3 du Code du Travail, la Cour d'Appel a violé par fausse interprétation les dispositions de ce texte et, par refus d'application celles de l'article L. 212-4-2 du même Code ; alors que, le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, le paiement du salaire à pour cause l'accomplissement d'un travail par le salarié ; qu'en décidant qu'en l'état de la diminution de la rémunération du salarié, laquelle résultait de la réduction de son temps de travail, l'intéressé pouvait prétendre à un rappel de salaires qui ne correspondait pas à un travail effectué, la Cour d'Appel a violé les dispositions de l'article 1131 du Code civil ; alors qu'il résulte de la note en date du 13 janvier 1987 que le salarié travaillait deux jours complets par semaine, le lundi et le mardi, et que le reste du temps il demeurait en disponibilité pour son employeur qui devait le prévenir la veille du jour où son travail était requis ; qu'en décidant que la note du 13 janvier 1987 impartissait au salarié de se tenir à la disposition de l'employeur, la Cour d'Appel en a dénaturé les termes clairs et précis et a ainsi violé les dispositions de l'article 1134 du Code Civil ; alors qu'est assimilé à un travail effectif le fait d'astreindre un salarié à rester en permanence à la disposition de l'employeur ; qu'en se bornant à relever que la note en date du 13 janvier 1987 impartissait au salarié de se tenir à la disposition de l'employeur, à son domicile, sans rechercher si cette obligation s'imposait en permanence pendant toute la durée du prétendu travail à temps plein, la Cour d'Appel n'a pas constaté l'accomplissement d'un travail effectif et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article L. 122-4 du Code du Travail ; alors qu'il résulte d'un

tableau comptabilisant le nombre de cachets effectués par le salarié au service de ses différents employeurs entre 1985 et 1992, qu'une part importante de son activité professionnelle n'était pas effectuée pour le compte de la société Radio Canada ; que pour l'année 1987, date à laquelle l'arrêt attaqué relève un écrit en date du 13 juillet qu'il analyse en un aménagement contractuel de rapport de travail à temps plein, moins des deux tiers de ces cachets ont été effectués pour le compte de celle-ci ; qu'en relevant que le salarié avait collaboré marginalement avec d'autres stations pour en déduire que la note du 13 juillet 1987 avait été établie à une époque où l'importance de la collaboration du salarié correspondait déjà à un emploi à un emploi à temps plein, la Cour d'Appel a dénaturé le tableau susvisé dont il résultait que le contrat de travail n'avait pas été conclu pour un emploi à temps plein et que le salarié n'avait pu rester en permanence à la disposition de l'employeur, et elle a ainsi violé les dispositions de l'article 1134 du Code Civil ; alors qu'en toute hypothèse, la société Radio Canada avait fait valoir dans ses écritures d'appel que le salarié avait été rémunéré par des cachets journaliers dont le montant couvrirait non seulement les heures travaillées mais aussi la journée entière, afin de compenser l'aléa supporté par l'intéressé quant au volume de travail effectué ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen établissant que le salarié avait été rempli de ses droits, la Cour d'Appel a entaché son arrêt d'un défaut de réponses à conclusions et a ainsi violé les dispositions de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que, selon l'article L. 212-4-3 du Code du Travail, le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ; qu'il mentionne la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois ; qu'en l'absence d'écrit, il appartient à l'employeur qui se prévaut d'un contrat à temps partiel de rapporter la preuve, non seulement de la durée exacte du travail convenu, mais encore de sa répartition entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois ;

Et attendu qu'ayant constaté que les conditions dans lesquelles le salarié avait été employé l'avaient mis dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il pourrait travailler chaque mois et dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur, la Cour d'Appel, répondant aux conclusions, a relevé que ce dernier n'apportait pas la preuve de la répartition du temps de travail du salarié entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois, et a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(MM. Merlin, f.f. Prés. – Texier, Rapp.- de Caigny, Av. gén. – SCP Piwnica et Molinié, Av.)

ANNEXE 5

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)

12 janvier 2000

SA Castorama c/P. et autre

(Extraits)

Attendu que M. P. a été engagé le 4 octobre 1982 par la société Castorama et qu'il occupait en dernier lieu le poste de

chef de sécurité-entretien pour le magasin de Vandoeuvre ; que le 3 mai 1994 il a été licencié pour faute grave après mise à pied conservatoire, l'employeur lui reprochant plusieurs absences sans autorisation préalable et sans justification ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Nancy, 18 juin 1997) d'avoir décidé que le licenciement ne reposait ni sur une faute grave, ni sur une cause réelle et sérieuse, alors,

selon le moyen, d'une part, que la délégation de pouvoir qui est donnée à un salarié responsable de sécurité et de surveillance a pour objet et pour effet de permettre au chef d'entreprise de déléguer ses pouvoirs à un salarié pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la réglementation, de sorte que la Cour d'Appel qui énonce que M. P. n'était tenu à aucune obligation d'horaire, de rendre compte, d'informer et qui dénie le lien de subordination résultant de l'existence même d'un contrat de travail viole les articles L.122-14-4 et L. 122-6 du Code de travail ; alors, d'autre part, que la Cour d'Appel qui énonce que le salarié n'avait pas, aux termes de l'avenant du 1er juin 1987, à rendre compte de son emploi du temps dénature les termes clairs et précis de cet avenant et viole l'article 1134 du Code civil ; alors, de troisième part, qu'en estimant qu'en raison de la latitude et l'autonomie dont disposait M. P. dans l'organisation de son travail, il ne pouvait lui être imputé à faute de s'être absenté trois après-midi entières successives sans prévenir quiconque, sauf à l'employeur à démontrer que le salarié aurait utilisé les heures aînssi passées hors de l'entreprise à des fins autres que celles prévues par son contrat de travail, la Cour d'Appel a violé les articles L 122-1, L. 122-14-3, L. 122-6 du Code du Travail ; alors, qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du Code civil ; alors, enfin, et en

tout état de cause, que la Cour d'Appel se devait de rechercher si l'attitude de M. P. qui était investi d'une fonction et d'une responsabilité importante, consistant à ne pas prendre toute disposition pour informer de son départ de l'entreprise ne constituait pas à tout le moins une cause réelle et sérieuse de licenciement, de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'Appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du Travail ;

Mais attendu que par motifs propres et adoptés la Cour d'Appel a retenu que selon son contrat de travail, M. P. avait toute latitude pour organiser son emploi du temps suivant les nécessités de son service et la mission qui lui avait été confiée et qu'il ne pouvait être présent au magasin pendant toutes les heures d'ouverture de celui-ci comme le demandait l'employeur, sous peine d'exécuter un temps de travail excédant les limites légales ;

Qu'en l'état de ces constatations, d'une part, elle a, sans encourir les griefs du moyen, pu décider que son comportement ne rendait pas impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave, et d'autre part, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du Travail, elle a décidé que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé.

ANNEXE 6

1) COUR D'APPEL DE LYON (4^e Ch. D)
22 juillet 1998

Affaire D. et Sté Les Galeries Lafayette (Extraits)

Attendu que les appels interjetés par le prévenu, le civilement responsable et le Ministère Public sont recevables en la forme :

Attendu, sur l'absence de décompte de la durée du travail de quatre salariés occupés selon des horaires non collectifs, que M. D. n'a pas interjeté appel des dispositions du jugement l'ayant condamné à quatre amendes pour ces contraventions et qu'il ne les conteste plus devant la Cour ; qu'il convient de statuer sur le seul appel du Ministère Public ; qu'il résulte des éléments soumis à l'appréciation de la Cour que les quatre salariés concernés n'avaient pas la qualité de cadres supérieurs et qu'en conséquence, la durée de leur travail devait être décomptée, ce qui n'a pas été fait ; que M. D. sera, par confirmation de la décision entreprise, maintenu dans les liens de la prévention ;

Attendu, sur l'absence de décompte de la durée du travail de 143 salariés occupés selon des horaires non collectifs, que M. D. soutient que les contrôles quotidiens et hebdomadaires des horaires de travail sont bien assurés et que toute modification prévisionnelle est renseignée au moyen d'un laissez-passer visé par le chef de service et saisi par le pointeau, ce qui permet d'assurer un contrôle individuel effectif desdits horaires ;

Mais attendu qu'il ressort des constatations du procès verbal de l'inspection du travail que ne sont enregistrées par pointage que les heures d'entrée et de sortie de l'entreprise et qu'entre ces deux horaires, aucun décompte n'est effectué des temps de pause et de repas, si ce n'est le temps théorique affecté à chaque salarié pour ces activités ; que le laissez-passer n'est établi qu'en cas de modification du temps de travail habituel d'un salarié ; qu'en dehors de ce changement ponctuel, il n'y a pas de moyen de vérifier, en se référant au système de pointage, le temps de travail effectif de chacun des salariés, puisqu'il n'indique que le temps de présence au sein de l'entreprise ; que la circulaire du 17 mars 1993, relative à la mise en œuvre du décret du 18 décembre 1992, stipule que "la

seule indication de l'amplitude journalière, sans mention de la durée des coupures et des pauses, ne suffit pas" ;

Attendu qu'il est ainsi démontré que les documents présentés par M. D. ne permettaient pas à l'inspection du travail de procéder à un contrôle des durées effectivement travaillées et par conséquent du paiement des heures supplémentaires, de l'octroi des repos compensateurs et du respect des durées maximales de travail ; qu'il sera en conséquence, par confirmation de la décision entreprise, retenu dans les liens de la prévention pour les 143 contraventions ;

Attendu, sur l'omission d'accorder un jour de repos compensateur pour les salariés privés du repos du dimanche, qu'il convient de relever que selon le procès-verbal de l'inspection du travail, cette infraction concerne trente salariés et que parmi eux, seuls huit employés à temps partiel, les autres l'étant à temps complet ; qu'ainsi pour 22 salariés, l'infraction est parfaitement établie ; que, s'agissant des huit autres salariés, l'article L.212-4-2 du Code du Travail dispose que les salariés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement ; qu'ils devaient donc leur être accordé le repos compensateur prévu ; que les infractions reprochées à M. D. sont parfaitement établies ; qu'il sera, par confirmation de la décision entreprise, maintenu dans les liens de la prévention ;

Attendu que les peines, proportionnées à la gravité des infractions seront confirmées ;

Attendu que les dispositions civiles du jugement ne sont discutées ni dans leur principe, ni dans leur montant ; que les dispositions civiles du jugement seront confirmées ; qu'il n'y a pas lieu à faire une nouvelle application de l'article 475-1 du Code de procédure pénale devant la Cour ;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, statuant publiquement, contradictoirement, en matière de police, après avoir délibéré conformément à la loi,

Confirme la décision entreprise en toutes, ses dispositions,

Rejette les demandes fondées sur l'article 475-1 du Code de procédure pénale,

Dit que le condamné sera redevable du droit fixe de procédure,

Fixe la durée de la contrainte par corps conformément à la loi,

Le tout par application des articles L.212-2, D. 212-21, R.261-3, L. 221-19, R. 262-1 du Code du Travail, 546 à 549, 749, 750 du Code de procédure pénale.

(M. Dulin, Pré. – Mme Jamain, Subst. Gén.- Mes Grange et Dumoulin, Av.)

2) COUR DE CASSATION (Ch. Crim.)

25 janvier 2000

(Extraits)

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que M. D. directeur d'un magasin Les Galeries Lafayette, a été cité devant le tribunal de police pour diverses infractions à la réglementation relative à la durée du travail et au repos hebdomadaire ; qu'il lui est notamment reproché, sur le fondement des articles D. 212-21 et R. 261-3 du Code du Travail, d'avoir omis de mettre en place un dispositif d'enregistrement permettant de contrôler la durée de travail effectif de 143 salariés de l'établissement qui n'étaient pas occupés selon l'horaire collectif de travail ;

Attendu que, pour confirmer le jugement l'ayant déclaré coupable de ce chef, la Cour d'Appel retient par les motifs exactement reproduits au moyen, que le système de pointage installé permettait seulement de connaître les heures d'entrée et de sortie des salariés, les temps de pause et de repas, pris au sein de l'établissement, n'apparaissant pas ; que les juges précisent que les laissez-passer établis, par ailleurs, n'étaient délivrés qu'en cas de changement ponctuel de l'horaire de travail d'un salarié et ne permettaient pas davantage de connaître le temps de travail effectif de l'intéressé ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, la Cour d'Appel, qui a répondu sans insuffisance aux conclusions qui lui étaient soumises, a fait l'exacte application de l'article D. 212-21 du Code du Travail ;

Qu'en effet, selon ce texte, le décompte de la durée quotidienne de travail des salariés non occupés selon le même horaire collectif de travail doit être effectué, pour chacun d'eux, soit par l'enregistrement des heures de début et de fin de chaque période de travail, soit par le relevé du nombre d'heures de travail effectuées ; qu'il s'ensuit que la seule indication de l'amplitude journalière du travail, sans mention des périodes effectives de coupures et de pauses ne satisfait pas à ces prescriptions.