

Les transformations du droit du temps de travail

Le temps comme unité de mesure (première partie *)

par *Pascal LOKIEC*, Professeur à l'Université Paris XIII

PLAN

I. Le temps comme unité de mesure

- A. La mesure de la prestation
- B. La mesure de la subordination
- C. La mesure de la rémunération

II. Le temps comme objet de règles

- A. Les sources
- B. Les valeurs

Le droit du temps de travail est le fruit d'un difficile compromis entre la protection des salariés et les nécessités de l'organisation. Entre ces aspirations, le curseur se déplace d'un côté ou de l'autre au gré des alternances politiques, lorsque le législateur ne préfère pas renvoyer à la négociation collective la charge de définir les termes du compromis. On ne sera pas surpris, à la lumière des évolutions récentes de la législation du travail, que le droit du temps de travail tende vers un droit organisateur de l'entreprise (1), conforté par le glissement d'une problématique de limitation du temps de travail, conçue avant tout comme protectrice de la santé et de la vie personnelle des salariés, vers une logique d'aménagement du temps de travail, principalement destinée à satisfaire les exigences de l'organisation.

Analysé les évolutions du droit du temps de travail sous ce seul angle, ô combien classique, serait occulter deux facteurs essentiels de perturbation, qui contribuent largement au manque de lisibilité de la législation actuelle sur le temps de travail.

Le premier tient à l'assignation croissante au droit du travail en général, au droit du temps de travail en particulier, d'une fonction de régulation du marché du travail. Les règles sur le temps de travail sont devenues un instrument des politiques économiques et sociales, en particulier de la lutte contre le chômage, alors qu'aucun consensus n'existe sur la façon dont ces règles peuvent infléchir le marché du travail (voir les études contrastées sur les effets des 35 heures (2), et les controverses sur la loi TEPA (3)). Ont-elles un quelconque effet sur la situation de l'emploi ? A supposer qu'un tel impact soit avéré, convient-il, sur le modèle des lois *Aubry*, de travailler moins pour mieux répartir le travail ou, sur celui de la loi TEPA, de travailler plus, avec pour objectif de relancer l'économie par le pouvoir d'achat et par voie de conséquence de créer de l'emploi (4) ? Sans consensus sur ce point, y compris parmi les économistes (5), la législation oscille entre ces différentes logiques sans cohérence véritable. Si ce n'est un désengagement croissant de l'Etat au profit des partenaires sociaux qui, d'acceptable lorsque le droit du temps de travail a pour finalité de concilier protection des salariés et bon fonctionnement de l'entreprise, ne l'est plus lorsqu'il s'agit de réguler le marché du travail, autant dire de poursuivre une mission d'intérêt général dont les partenaires sociaux ne sont nullement garants.

A cette instrumentalisation du temps de travail s'ajoute un second facteur de perturbation, d'autant plus redoutable qu'il ne dépend pas de facteurs politiques, mais d'évolutions techniques et sociétales. Les mutations du travail

* La deuxième partie de cet article sera publiée dans le numéro suivant du *Droit Ouvrier*.

(1) J. Barthélémy, Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire, *Cahiers DRH*, mars 2008.

(2) A. Gubian, S. Jugnot, F. Lerais et V. Passeron, Les effets des 35 heures sur l'emploi : des simulations *ex ante* aux évaluations *ex post*, *Economie et statistique*, INSEE, n° 376-377, 2004.

(3) P. Artus, P. Cahuc, A. Zylberberg, *Temps de travail, revenu et emploi*, La documentation française, 2007.

(4) M. Morand, La nouvelle organisation du travail : une nouvelle orientation du droit du travail, *RJS* 12/08, p.955.

(5) C. Gianella, Les trente-cinq heures : un réexamen des effets sur l'emploi, *Economie et prévision*, n° 175-176 2006/4-5.

(essor des nouvelles technologies, notamment du télétravail, évolution de l'organisation du travail et des méthodes de production, montée du travail intellectuel, explosion de la catégorie "cadres"...), en même temps qu'elles perturbent la vision classique de la subordination, portent en germe une remise en cause de la référence au temps dans la construction du rapport de travail. Le spectre est celui d'une exclusion croissante de la législation sur le temps de travail pour les salariés, de plus en plus nombreux, qui bénéficient d'une autonomie dans l'organisation de leur travail.

Si l'on n'y prête garde, les évolutions contemporaines du droit du travail changeront radicalement le visage du droit du temps de travail, jusqu'à sa probable marginalisation, soit parce que le temps ne constituera plus la mesure du travail, délaissé au profit de critères tels que le rendement ou les résultats de l'entreprise (I), soit parce qu'il sera dissous dans le droit de la négociation collective, dont il ne sera plus qu'un thème spécifique, au terme d'un processus de déréglementation dont la récente loi du 20 août 2008 constitue le dernier avatar (II).

I. Le temps comme unité de mesure

L'un des principaux apports de la législation sur le temps de travail à la condition de l'homme au travail est d'avoir limité l'engagement du salarié dans le temps, non pas quant à son terme – qui peut être indéterminé – mais quant à la part qu'il occupe dans le temps de vie de l'individu. Pour assurer cette limitation, et cette coupure sans laquelle le salarié serait pendant toute sa vie un subordonné (6), le temps s'est imposé comme l'unité de mesure du travail (7), selon un schéma tout aussi simple que cohérent : le salarié travaille pendant un certain temps, il n'est subordonné que pendant ce temps et sa rémunération est fonction du temps passé au travail (8).

On aurait tort de prendre ce modèle pour inébranlable, alors qu'un autre schéma rode, tout aussi cohérent, qui substitue au temps le rendement comme unité de mesure du travail. Le salarié réalise une mission, pour laquelle il se voit assigner des objectifs, qui détermineront sa rémunération. De subordination, il n'est plus ici question, le travailleur fixant lui-même les modalités de son travail, en particulier les moyens (en temps, en matériel...) nécessaires à la réalisation de ladite mission. Que reste-t-il du droit du travail, entendu comme un ensemble de règles spécifiques au travail salarié, dans cet autre schéma qui rapproche le salarié d'un entrepreneur individuel chargé d'effectuer une prestation pour autrui ? Le temps est et doit rester la mesure du travail, celle à partir de laquelle sont tracés les contours de la prestation (A), de la subordination (B) et de la rémunération (C), autant dire des éléments permettant de qualifier un rapport de travail salarié.

A. La mesure de la prestation

Les mutations du travail ont progressivement imposé l'idée, d'une part que le temps de travail est de plus en plus difficilement mesurable (1.), d'autre part qu'il n'est plus une mesure adéquate du travail salarié (2.).

1. Temps individuel ou temps collectif

Le droit du travail est confronté à un développement de tâches pour lesquelles le temps n'est pas, ou est difficilement, mesurable (travail intellectuel, travail à domicile, télétravail...), soit parce qu'elles ne s'exécutent pas sur le lieu de travail, soit parce qu'elles sont irréductibles aux horaires collectifs. A moins d'équiper l'ordinateur ou le mobile de ces travailleurs de logiciels de contrôle, sortes de lances électroniques les reliant en permanence à leur entreprise, comment déterminer avec exactitude le temps qu'ils consacrent au travail ? La rhétorique est redoutable, et largement utilisée afin d'échapper à la réglementation du temps de travail. Car une fois admis que le temps n'est pas mesurable, les limites tenant aux repos hebdomadaires et quotidiens ainsi qu'aux durées maximales ne peuvent trouver application. L'engrenage est infernal, qui pourrait conduire à la progressive marginalisation du droit du temps de travail (9).

Pour éviter cet écueil, deux séries de considérations méritent être rappelées. D'une part, l'inapplicabilité croissante des horaires collectifs (qui est largement à l'origine du développement des conventions de forfait) ne va pas de pair avec l'impossibilité de mesurer le temps de travail, bien qu'elle rende cette mesure plus difficile. Un enjeu pour les juristes et les gestionnaires est

(6) Le temps, au sens étymologique, est une coupure. Le mot « temps » provient du latin *tempus*, lui-même dérivé du grec *temnein*, couper.

(7) A. Supiot, Temps de travail : pour une concordance des temps, Dr. soc. 1995, p. 947.

(8) Certains systèmes juridiques font d'ailleurs de l'engagement « à temps » l'un des critères du salariat ; v. Droit autrichien, cité par

A. Perulli, Travail économiquement dépendant/ parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques, Commission européenne, 2003.

(9) Sur ces questions, V. les travaux de J.E. Ray, not. Temps professionnel et temps personnel, Dr. soc. 2000, p. 58 ; De Germinal à Internet, Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail, Dr. soc. 1995 p.634 ; *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2001.

en ce sens d'adapter la mesure du temps à son individualisation et ainsi de concevoir des techniques de mesure et de comptage du temps de travail individualisé (badgeuses, pointeuses, horodateurs... (10)), avec toutes les précautions qu'impose l'usage croissant des nouvelles technologies à cette fin (11). D'autre part, les exceptions sont d'interprétation stricte, ce qui doit conduire à limiter les catégories échappant aux limitations de la durée du travail. En l'état actuel du droit positif, à part les exclusions, partielles ou totales, propres à certaines professions (VRP, employés de maison, assistantes maternelles, concierges et gardiens d'immeubles...), elles concernent essentiellement, d'une part les cadres dirigeants, d'autre part les salariés admis au forfait-jours, qui, à des degrés divers, échappent à une partie de la réglementation du temps de travail (12). Si la première catégorie est relativement circonscrite (13), la seconde risque fort d'accueillir des salariés, y compris des non cadres, pour lesquels le décompte des horaires est possible. Et l'on voit déjà un conseil aux entreprises leur suggérer de recourir au forfait-jours pour leurs télétravailleurs (14). L'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, dont on peut espérer suite à l'arrêt *Blue Green* qu'elle ne sera pas entre les mains de l'employeur (ces mêmes consultants suggèrent à leurs clients de stipuler dans le contrat que le salarié est autonome dans la définition de son emploi du temps) (15), n'est en aucun cas un gage de l'impossibilité de mesurer le temps de travail (16). Un effort de rationalisation de ces critères s'impose, autour de l'impossibilité de mesurer le temps de travail, pour que l'autonomie croissante des salariés dans l'exercice de la prestation de travail, conséquence presque inévitable des mutations du travail, ne devienne un prétexte à une exclusion généralisée des prescriptions sur le temps de travail.

2. Travail au temps ou travail à la mission

D'une obligation de moyens, l'obligation principale du salarié, à savoir exécuter la prestation de travail, deviendrait une obligation de résultat. L'affirmation, désormais bien connue, est redoutable quant à la survie du temps comme unité de mesure du travail. Cette unité perd en effet de sa pertinence lorsque la fonction exercée ne se traduit pas « *en tâches auxquelles on affecte des heures de travail mais en mission, pour l'exécution de laquelle le salarié dispose du libre choix des moyens* » (17).

Cette unité conserve au contraire sa pertinence si le travail consiste en une mise à disposition du salarié afin de répondre aux directives patronales, comme le reconnaît la définition actuelle du temps de travail effectif (18). Une mise à disposition du salarié qui, bien entendu, est circonscrite par la qualification professionnelle, le lieu et le temps de travail, autant d'éléments essentiels du rapport de travail qu'un employeur ne peut unilatéralement modifier.

Cette obligation de mise à disposition, qui a conduit un auteur à considérer que l'obligation du salarié aurait pour objet une « *disponibilité temporelle* » (19), constitue le berceau de l'obligation de moyens. C'est à l'employeur qu'il revient de définir, en vertu de son pouvoir de direction, les tâches du salarié ainsi que les conditions pour les exécuter. De cette définition de l'obligation du salarié, il découle que celui-ci n'est tenu de travailler que pendant le temps imparti par son contrat de travail. C'est à l'employeur de définir à l'avance, lors de la conclusion du contrat, le nombre d'heures nécessaires pour accomplir les tâches qui incombent au salarié. Si ce nombre d'heures a été mal évalué, il lui revient d'en supporter les conséquences (20). Il ne pourra modifier unilatéralement la durée du contrat et devra se contenter

(10) J.-E. Ray, Temps de travail des cadres et 35 heures : un tournant à négocier collectivement, Dr. soc. 1998, p. 979.

(11) On voit ainsi proliférer les logiciels informatiques de comptage du temps de travail qui pour certains détectent les temps d'inactivité de l'ordinateur et mémorisent automatiquement les pauses (pas d'activité souris/clavier), par ex. <http://ynizon.free.fr/perso/index.php/info-news/1144?task=view>;

(12) Art. L. 3111-2 ; art. L. 3121-48 C. trav.

(13) Afin d'écarter toute stratégie d'évitement de la législation sur le temps de travail, la Cour de cassation retient un principe de réalité, en jugeant que « *pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement* », Soc. 22 oct. 2008, n° 0740451, CSBP 2009, n° 206, p. 28, obs. F.-J. Pansier.

(14) S. Niel, Virtual office, Cahiers du DRH, 2006, n°124 ; sur cette question, v. égl. J-E Ray, Mise en place du télétravail, Cahiers du DRH 2007, n° 128.

(15) Soc. 31 oct. 2007, n°06-43876, SSL 5 nov. 2007, n° 1327, Dr. Ouv. 2008 p. 146 n. K. Hamoudi ; cet arrêt consacre, sous l'empire de dispositions antérieures à la loi du 17 janvier 2003, un contrôle du juge sur les conditions de recours au

forfait-jours, plus précisément sur l'autonomie du salarié dans l'organisation de son travail ; sur la portée de cet arrêt, voir l'entretien avec J. Barthélémy et H. Rose, SSL *op. cit.*

(16) Pour une critique de ce critère, V. Hubert Rose, « L'arrêt Blue Green en débat », *op. cit.* ; sur ce point, la directive communautaire n'éclaircit guère, qui prévoit dans son article 17 §1 que le non respect des maxima prévus par le droit communautaire ne peut se justifier que lorsque la durée du temps de travail, en raison de caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes.

(17) J. Barthélémy, Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur ?, Cah. DRH, 2007, n° 137.

(18) Art. L. 3121-1 C. trav.

(19) A. Lyon-Caen, Les clauses de transfert des risques, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 153 ; F. Millet, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 67.

(20) Soc. 16 nov. 1999, n° 97-43285.

du recours, plus contraignant, aux heures supplémentaires.

Ce schéma subit une double remise en cause. La première tient à l'affirmation croissante d'une impossibilité de prédéterminer la durée du travail, qui est au cœur du recours au forfait et est expressément reconnue par la directive communautaire comme fondement des dérogations à la semaine de 48 heures (21). Prenons garde, ici encore, à ne pas sortir du schéma fondateur du droit du travail, qui implique que le salarié s'engage à temps et qu'ainsi la durée du travail soit prédéterminée ; ce par contraste avec le contrat d'entreprise pour lequel le prix et la durée peuvent ne pas être fixés à l'origine (22). Sur le terrain du droit des obligations, la prédétermination ou tout au moins la déterminabilité du temps s'impose, parce qu'il correspond à la quotité du travail au regard de l'article 1129 du Code civil (23). La remise en cause tient ensuite à l'assignation, de plus en plus fréquente, aux salariés d'objectifs dont le temps de réalisation ne peut être prédéterminé (24). Sur ce dernier point, la jurisprudence est heureusement vigilante. Le défaut de réalisation d'objectifs fixés dans le contrat (qui par exemple peuvent être irréalisables eu égard au temps dont dispose le salarié) ne constitue pas en soi une cause de licenciement (25), ce qui évite de faire supporter au salarié les risques de l'activité.

B. La mesure de la subordination (26)

Le temps est révolu où le travailleur était sous la subordination quasi-permanente de son maître, selon la terminologie de l'époque. L'édification d'un droit du temps de travail a largement contribué à réduire l'asservissement du travailleur, en assignant à la subordination des limites temporelles. Pendant son temps de travail, le salarié est subordonné ; en dehors de ce temps, il peut vaquer librement à ses occupations personnelles (1.). Cette imbrication du temps et de la subordination, qui irradie jusqu'à la définition même du temps de travail (2.), souffre là encore de profondes remises en cause.

1. Le temps détermine les frontières de la subordination

Le temps, tout comme le lieu (27), joue un rôle de limite aux sujétions des salariés. Pendant très longtemps, le lien de subordination envahissait la vie tout entière du salarié, jusqu'à son logement, ses loisirs et plus largement l'ensemble de ses comportements et activités extraprofessionnels. Le salarié a progressivement conquis une sphère d'autonomie, en dehors de son temps et de son lieu de travail, dont le droit au respect de la vie privée a servi de fondement (28). La Chambre sociale de la Cour de cassation a grandement contribué à l'édification de cette sphère, en jugeant que le salarié est libre, « *en dehors du temps de travail* » (29), d'effectuer toute activité de son choix, et qu'ainsi les faits de vie privée ne peuvent en principe constituer une faute (30). Lorsque le salarié n'exécute pas le contrat de travail, il est dans sa vie privée, et ne peut donc subir l'emprise du lien de subordination, notamment le contrôle et la sanction.

Cette corrélation entre temps de travail et subordination est aujourd'hui doublement écornée.

Pendant son temps de travail, le salarié s'est vu reconnaître des espaces non subordonnés. Tel est l'enjeu du glissement du concept de vie privée à celui de vie personnelle (31). Ce dernier concept signifie qu'il existe un espace de vie "extraprofessionnelle" pendant le temps de travail, autrement dit que le temps de travail effectif n'est pas exclusivement un temps subordonné. Malgré ses apports certains à la protection de la personne du salarié, la notion de vie personnelle en a perturbé le schéma classique.

Inversement, le salarié connaît en dehors de son temps de travail des espaces subordonnés, la vie professionnelle débordant de plus en plus sur la vie personnelle. Ces espaces ont été ouverts en usant de deux techniques, d'une part le rattachement d'un fait de vie personnelle à la vie professionnelle (32), d'autre part le trouble causé par le comportement du salarié au fonctionnement de l'entreprise (33). L'obligation de loyauté, déjà applicable aux périodes de suspension

(21) Art. 17, §1, directive 93/104/CE ; B. Bercusson, Les temps communautaires, Dr. soc. 2000, p. 249.

(22) Civ. 1^{re}, 15 juin 1973, D. 1973, IR 199 ; Civ. 3^e, 2 juill. 1997, JCP 1997, IV 1900.

(23) E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140.

(24) Ph. Waquet, Les objectifs, Dr. soc. 2001, p. 120.

(25) Soc. 6 nov. 2008, n° 07-43.363, D 2009, pan. p. 590, obs. Th. Pasquier.

(26) A. Supiot, Temps de travail : pour une concordance des temps, *op. cit.*

(27) Soc. 2 oct. 2001, n° 99-42727, Dr. Ouv. 2002 p. 22.

(28) F. Guiomard, Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur, in A. Lyon-Caen et P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 61, spéc. p. 80.

(29) Soc. 28 mai 2003, Bull. V. n° 178, Dr. Ouv. 2003 p. 224, Avis P. Lyon-Caen, n. P. Moussy.

(30) Soc. 23 juin 2009, n° 07-45256 ; Soc. 26 sept. 2001, RJS 12/01, n° 1413.

(31) Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Dr. Ouv. 2008 p. 25 n. S. Ducrocq ; Ph. Waquet, En marge de la loi Aubry, Travail effectif et vie personnelle du salarié, Dr. soc. 1998, p. 963.

(32) Soc. 19 mars 2008, n° 06-45212 ; v. également Soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V n° 127.

(33) Soc. 23 mai 2007, n° 05-41.374, Dr. Ouv. 2008 p. 70 n. J. Porta.

(34), a également vocation à s'appliquer malgré son caractère éminemment subjectif.

2. La subordination trace les contours du temps

Le temps de travail dit effectif s'analyse aujourd'hui comme un temps subordonné (35). Il n'en a pas toujours été ainsi en droit français. Deux approches du temps de travail sont en effet concevables (36). En vertu de la première, qu'un auteur a qualifiée de productiviste (37), est temps de travail celui pendant lequel le salarié apporte à l'employeur un travail productif. La seconde définit le temps de travail comme celui pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur. Telle est la conception retenue par le droit français depuis les années 1990, qui définit le temps de travail effectif comme celui pendant lequel le salarié « est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles » (38).

Ce passage d'un temps productif à un temps de mise à disposition (la Cour de cassation a retenu, pendant quelque temps, la notion intermédiaire de travail commandé (39)), qui accompagne les transformations dans l'objet de la prestation (montée du travail intellectuel, lequel comporte une large part de non productif) suscite deux remarques.

Tout d'abord, il plaide en faveur de la réintégration dans le giron du temps de travail des temps improductifs mais néanmoins caractérisés par la disponibilité du salarié. C'est tout l'enjeu de la qualification des temps d'astreinte, des horaires d'équivalence, des temps de formation (40), des temps de pause (41), des temps de trajet et autres temps d'habillage et de déshabillage. Les nombreux revirements de jurisprudence et les interventions de la Cour de justice des communautés européennes (42) montrent les

résistances que suscite ce passage, parfois au prix d'artifices. Plutôt que de les considérer comme du temps de travail effectif, on les appréhende comme des tiers temps, dotés de régimes propres (une rémunération distincte de celle du temps de travail effectif (43), un repos spécifique (44)). La réintégration de ces temps non productifs dans la sphère du temps de travail effectif heurte bien évidemment la logique productiviste qui fait du salarié un rouage de la production.

La consécration du temps de travail comme un temps de mise à disposition plaide ensuite pour une mise en cohérence de la définition du temps de travail effectif avec celle du lien de subordination. Il a été relevé à juste titre (44 bis) que la définition issue de la loi du 13 juin 1998 constitue un alignement sur l'arrêt *Société générale* (45). Elle est ainsi tout entière innervée par l'idée de subordination, présente notamment dans le critère relatif à l'impossibilité pour le salarié de vaquer à ses occupations personnelles (46). Et pourtant, malgré une référence commune à l'existence de « directives » patronales, les définitions s'ignorent (absence de renvoi au concept juridique de subordination dans la définition du temps de travail qui privilégie celle de disposition), pour constituer une source inutile de complexité.

A cela, sans doute deux raisons. Une raison technique tout d'abord : le lien de subordination a longtemps souffert d'une absence de définition (47), et d'une application débridée de la technique du faisceau d'indices. Ce qui peut expliquer que le droit français, alors même que la subordination apparaît en filigrane comme la raison d'être de nombre de règles de droit du travail, a réduit celle-ci à une fonction qualifiante (48). Désormais définie (49), la subordination devient opératoire pour tracer les contours de l'astreinte, des équivalences et

(34) Soc. 6 févr. 2001, D. 2001, somm. 2167, obs. Escande-Varniol ; Dr. soc. 2001, 439, Gauriau.

(35) V. G. Bélier, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, Dr. soc. 1998 p.530.

(36) A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ 2006.

(37) A. Johansson, *op. cit.*

(38) Art. L. 3121-1 C. trav.

(39) Soc. 12 mars 1997, Cah. Prud'h. 1997 p. 117 ; Soc. 9 mars 1999, Bull. civ. V n° 105.

(40) F. Favennec-Héry, Temps de formation, temps de travail : quelques observations, Dr. soc. 2004, p. 494 ; J.-M. Luttringer, Vers de nouveaux équilibres entre temps de travail et temps de formation ?, Dr. soc. 2000, p. 277.

(41) Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42464.

(42) B. Bercusson, Les temps communautaires, Dr. soc. 2000, p. 248.

(43) Art. L. 3121-4 C. trav. (temps anormal de trajet) ; art. L. 3121-1 C. trav. (temps d'habillage et de déshabillage) ; art. L. 3121-2 C. trav. (temps de restauration et de pause).

(44) Art. L. 3121-3 C. trav. (temps d'habillage et de déshabillage) ; art. L. 3121-4 (temps de déplacement professionnel).

(44 bis) G. Bélier, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *op. cit.*

(45) Soc. 13 nov. 1996, n° 94-13187, Bull. V n° 386, RPDS 1997 p. 90 n. L. de La Pradelle.

(46) Voir notamment la jurisprudence sur la qualification des temps de pause (Soc. 19 mai 2009, n° 08-42523), ou les temps de trajet entre le vestiaire et le lieu de pointage (pour une requalification de ce trajet en temps de travail effectif, au motif notamment que le salarié d'Eurodisney était, durant ce trajet, susceptible d'être sollicité par la clientèle et devait répondre à ses sollicitations, Soc. 13 janv. 2009, 07-40638).

(47) C. Wolmark, *La définition prétorienne*, Dalloz, 2007.

(48) V. cependant, la caractérisation d'un lien de subordination peut servir à identifier l'employeur d'un salarié, alors même que la qualification de salarié n'est pas discutée, I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1976 ; Soc. 1^{er} juill. 1997, D. 1998, somm. 246, obs. I. Vacarie.

(49) Soc. 13 nov. 1996, prec. : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; (...) le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ».

autres temps d'habillage, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion indéfinie de « *disposition* » (50). Une raison politique ensuite : on ne peut s'empêcher de voir dans ces définitions différentes un choix délibéré, celui d'une déconnexion entre l'espace temps de travail et l'espace subordination qui permet de retenir une définition plus étroite du temps de travail que de la subordination, et ainsi de consacrer, pendant que le salarié est subordonné, des espaces non comptabilisés comme du temps de travail (51).

C. La mesure de la rémunération

Le temps, c'est de l'argent. L'adage se vérifie en droit du travail, le salarié étant payé à mesure du temps passé à effectuer sa prestation de travail (1.). La tentation est forte, cependant, de mesurer la valeur du travail non pas à l'aune du temps passé, mais du résultat produit, et ainsi de déconnecter temps et rémunération (52) (2.).

1. Connexion

Planiol opposait « *le louage caractérisé par une rémunération proportionnelle au temps, comme dans le louage de choses* », dans lequel « *le salaire est composé de sommes égales pour toutes les unités de temps employées, que l'unité choisie soit l'heure, la journée, le mois ou l'année* » à l'« *entreprise ou forfait, caractérisée par ce fait que la rétribution du travailleur est fixée à forfait pour chaque ouvrage, et ne dépend plus du temps nécessaire pour l'achever, de façon qu'il y a pour lui chance de gain ou risque de perte, selon qu'il mettra plus ou moins de temps à accomplir l'ouvrage* » (53). L'illustre civiliste posait ainsi le principe de la rémunération du salarié au temps, qu'a généralisé la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation (54), et qui est depuis régulièrement réaffirmé jusqu'à la désormais fameuse formule « *travailler plus pour gagner plus* » ; le « *plus* », dans la formule de l'actuel Président de la République, s'entend non pas d'une charge de travail supplémentaire, mais bien d'heures supplémentaires.

(50) Art. L. 3121-1 C. trav.

(51) La question de l'astreinte est au cœur de cette problématique. Le législateur la considère, à l'exception du temps d'intervention, comme n'étant pas du temps de travail effectif, au motif que le salarié n'est pas à la « *disposition permanente et immédiate de l'employeur* », art. L. 3121-5 C. trav.

(52) Th. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, thèse Paris-Ouest Nanterre La Défense, dactyl. 2008, n° 225 s.

(53) M. Planiol, Classification synthétique des contrats, Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1904, p. 473.

(54) Art. L. 3242-1 C. trav.

(55) F. Vélot, Le SMIC et les 35 heures, Cahiers DRH, 2000, n° 19.

(56) L'employeur peut pratiquer une retenue sur le salaire des travailleurs mensualisés qui se trouveraient en absence injustifiée, un jour férié travaillé autre que le 1^{er} mai, Cass. soc. 3 juin 1997, n° 94-42.197 ; 12 juill. 1999, n° 97-43.457.

(57) Soc. 8 juill. 1992, Bull. civ. V, n° 445 ; 15 nov. 2006, n° 04-48.689.

Inversement, c'est pour éviter le « *travailler moins pour gagner moins* » que le passage aux 35 heures a nécessité la création de mécanismes de déconnexion entre temps et rémunération, notamment l'indemnité différentielle (55).

En vertu du principe de la rémunération au temps, un employeur ne peut pratiquer une retenue sur salaire en raison de la mauvaise qualité du travail de l'intéressé, mais le peut en cas d'absence de celui-ci (56) sans s'exposer à la qualification de sanction pécuniaire si la somme retenue sur le salaire n'excède pas le temps non travaillé (57). Alors que le temps est doté d'instruments de mesure objectifs (les minutes, les heures, les jours...), on imagine aisément l'arbitraire véhiculé par la possibilité pour l'employeur de pratiquer des retenues sur la base de la qualité du travail, dont la mesure objective s'avère particulièrement difficile (58).

2. Déconnexion

Capitant remarquait dès le début du XX^e siècle que, « *concernant aussi bien le contrat de louage de choses que le contrat de louage de services, on dit que la rémunération est proportionnelle au temps pendant lequel la chose ou la force de l'ouvrier est mise à la disposition du preneur, mais que cette observation ne correspond pas à la réalité car le salaire est en vérité proportionnel au travail accompli* » (59).

La prise en compte de la qualité du travail accompli peut prendre deux formes (60).

La première consiste à intégrer dans la rémunération le résultat, le produit du travail. Aujourd'hui, bien que cantonné à des métiers spécifiques (marins pêcheurs payés à la part (61), travailleurs à domicile payés selon un « prix de façon » (62), VRP généralement payés à la commission), le travail au rendement revient sur le devant de la scène sous des habits parfois nouveaux tels le travail à la mission, en raison de son supposé impact sur la productivité des salariés (travail à la commission,

(58) V. en ce sens la question de l'évaluation ; A. Lyon-Caen, L'évaluation des salariés, D. 2009, p. 1124 ; l'enjeu est devenu central depuis que la qualité professionnelle est une limite au jeu du principe « à travail égal salaire égal », sous réserve de fonder la différence sur des éléments objectifs et vérifiables, Soc., 9 avr. 2002, n° 99-44.534 ; Soc., 8 nov. 2005, n° 03-46.080.

(59) H. Capitant, *Cours de législation industrielle*, A. Pedone, Paris 1912, p. 133.

(60) Les différentes formes de participation financière, indexées sur les résultats de l'entreprise, (intéressement, participation *stricto sensu*, épargne salariale, actionnariat salarié...) ne seront pas ici évoquées, au motif qu'elles ne constituent pas un salaire. Elles participent néanmoins de la déconnexion entre la « rémunération » du salarié, entendue au sens large, et le temps de travail.

(61) Soc. 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V n° 230 ; C. Eoche-Duval, Rémunération à la part et ordre public social, Dr. soc. juill. août 1992, p. 665.

(62) Civ. sect. soc. 4 janv. 1962, Bull. IV n° 6.

au pourboire...). La jurisprudence manifeste une saine résistance, en jugeant que « le salarié payé à la tâche peut prétendre au SMIC ou au salaire minimum conventionnel pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées » (63), maintenant ainsi le temps comme référent. Est-il nécessaire de rappeler les inconvénients du travail à la tâche ou aux pièces, sur le terrain de la santé et de la sécurité des travailleurs poussés au surmenage, sur la qualité de la production et plus généralement son impact sur la répartition des risques entre salarié et employeur ?

La déconnexion du temps et de la rémunération se traduit ensuite dans la prise en compte de la nature du travail accompli, que ce soient les « sujétions du salarié » (le salarié en forfait jours qui perçoit une rémunération

« manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées » peut demander la réparation du préjudice subi (64)) ou la « charge de travail » (65), concept mis en avant lors du passage aux 35 heures, de peur que l'employeur exige de ses salariés, pour une même heure de travail, une charge de travail plus importante. Le forfait, caractérisé par une déconnexion entre temps de travail et rémunération, accueille désormais ce même concept de charge de travail (consultation du comité d'entreprise sur les modalités de suivi des salariés (66), entretien individuel portant notamment sur la charge de travail (67)).

(à suivre)

Pascal Lokiec

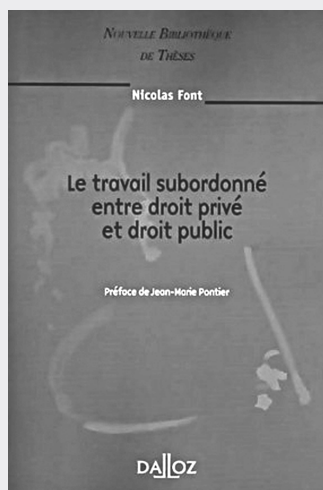
(63) Soc. 18 avr. 2008, JCP S 2008, 1411, note L. Drai ; Soc. 25 mai 2005, Dr. Ouv. 2005 p. 460 n. R. Gourdol ; Soc. 13 oct. 2004, CSBP 2004, n° 166, p. 37, obs. F.-J. Pansier ; Soc. 25 sept. 1990, Bull. civ. V n° 383.

(64) Art. L. 3121-47 C. trav.

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

(66) Art. L. 2323-29 C. trav.

(67) Art. L. 3121-46 C. trav.



Le travail subordonné entre droit privé et droit public, par Nicolas Font

Il est entendu, et acquis, depuis de nombreuses années, que les personnes qui travaillent pour le compte d'une autre personne peuvent et doivent être rangées, classées, en deux catégories bien distinctes, tellement différentes, a priori, qu'il ne saurait être question de les comparer, les salariés soumis au droit privé, d'un côté, les agents publics, plus spécialement, parmi eux, les fonctionnaires, d'un autre côté. En schématisant, d'un côté on trouve le contrat et le droit privé, de l'autre le statut et le droit public.

Encore aujourd'hui, les personnes recrutées par les personnes publiques ne sont pas toutes soumises à un statut. Certaines d'entre elles sont liées à la personne publique qui les emploie par un contrat. Et la distinction entre agent public et fonctionnaire montre bien que le statut ne suffit pas à résumer la situation des personnes employées par les personnes morales de droit public.

La recherche effectuée par Nicolas Font tend à remettre en cause cette différenciation un peu (trop) marquée ; il a choisi comme thème et comme termes le « travail subordonné », expression qui pourrait surprendre ou intriguer mais dont l'auteur se justifie fort bien. Ce travail subordonné est défini par lui comme « le travail effectué pour le compte et sous l'autorité d'autrui ».

La distinction à retenir est-elle à rechercher, au sein du travail subordonné, entre le salarié du secteur public – disons, pour simplifier, le fonctionnaire – et le salarié du droit privé ?

Le droit de la fonction publique comme le droit du travail sont traversés par des crises, des évolutions qui ne vont pas toutes dans le même sens et tantôt convergent, tantôt divergent, avec des retours en arrière, des remises en question, qui interdisent de tenir un discours trop réducteur, et imposent d'avoir une analyse nuancée. Le droit communautaire, une fois de plus, ébranle nos catégories traditionnelles, il « déstabilise », nous dit l'auteur, la distinction entre agents publics et salariés, mais il ne la dépasse pas, il la « dramatise ». La notion de travailleur, dont on discerne à travers cette étude les contours, n'est pas l'absorption d'un droit par un autre, ni l'expression d'un nouveau droit, mais le produit d'une interaction dans laquelle, sans qu'il y ait disparition de chacun de ces deux droits, le droit public et le droit privé, des zones communes se manifestent, sans que l'on puisse dire quel sera le terme de l'évolution.