

La déconnexion du temps de travail et de la rémunération

par *Pascal LOKIEC*, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

PLAN

- I. Le changement de modèle
- II. Résister au changement de modèle

Depuis plus d'un siècle, le droit du travail s'est construit autour de la référence au temps, qui a à la fois constitué un facteur essentiel de protection du salarié (protection de sa santé, de sa vie personnelle...) et le principal critère de rémunération du travail. Cette référence est aujourd'hui remise en cause, directement par l'inapplicabilité totale ou partielle du droit du temps de travail à un nombre croissant de salariés (totale pour les cadres dirigeants, partielle pour ceux en forfait-jours), indirectement à travers le développement de formules de rémunération déconnectées du temps.

A cette remise en cause du travail au temps est souvent associé un discours sur son inadaptation au travail d'aujourd'hui, en particulier à celui des cadres qui, pour beaucoup d'entre eux, ne repose plus sur des tâches à accomplir, mais sur des objectifs à atteindre. Dans ce schéma, favorisé par l'évolution des classifications conventionnelles, le temps perdrait, dit-on, toute pertinence comme unité de mesure du travail. L'obligation principale du salarié ne se définirait plus comme celle d'être à la disposition de l'employeur pendant un certain temps, mais comme celle de réaliser des objectifs, quel que soit le temps passé pour les atteindre. La rémunération, en tant que cause de cette obligation, ne pourrait, par voie de conséquence, qu'être déconnectée du temps de travail. Ce discours est généralement complété par un postulat, très discuté, selon lequel le lien entre temps de travail et rémunération serait un facteur de contre-performance (1).

Loin de décourager les formules de rémunération déconnectées du temps, en particulier la rémunération à la performance et celle indexée sur les résultats de l'entreprise, le droit contemporain du travail les a favorisées. En validant les clauses de rémunération variable, il a offert à la rémunération à la performance un terrain juridique favorable, la performance ne pouvant, contrairement au temps, se satisfaire d'un principe de fixité de la rémunération. Le droit français a également accordé un régime social et fiscal (à travers notamment des exonérations de cotisations sociales) avantageux à la plupart des rémunérations indexées sur les résultats de l'entreprise (intéressement, participation...), accroissant ainsi leur attractivité pour celle-ci. Il suffit de parcourir quelques revues de ressources humaines pour constater la réticence aujourd'hui affichée pour la rémunération au temps (2). Le credo est désormais la rémunération globale, souvent formalisée dans un document appelé « bilan social individuel » qui retrace l'ensemble de la rémunération des salariés, envisagée comme un tout (3). L'idée sous-jacente est de glisser du salaire vers la rémunération, et de convaincre les salariés que salaire, intéressement, participation (parfois aussi la prévoyance !) constituent les faces d'une seule et même entité : la rémunération.

(1) V. l'intéressante étude de l'Institut de la Gestion publique et du développement économique, *La rémunération à la performance est-elle efficace ?*, publications de l'IGPDE, n° 30, mars 2009 ; add. "Les transformations du droit du temps de travail", Dr. Ouv. sept. et oct. 2009, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(2) T. McMullen et al., « Faire de la rémunération un investissement », *Gestion* 2/2009 (Vol. 34), p. 31 ; <http://www.portailrh.org/impression/default.aspx?f=46318>

(3) Focus RH, « L'irrésistible ascension du bilan social individuel », http://www.focusrh.com/remuneration/pratiques-salariales/a-lane/l-irresistible-ascension-du-bilan-social-individuel.html?id_article=4308

Ces évolutions présentent d'importants risques pour les salariés : risque pour la santé, principalement pour le travail à la performance ; risque économique pour les formules de rémunération indexées sur les résultats de l'entreprise (I). D'où la nécessaire recherche de garde-fous pour résister à un mouvement qui, à terme, menace l'existence même du droit du travail (II).

I. Le changement de modèle

Trois modèles de rémunération peuvent être identifiés : le modèle du temps, qui fait dépendre la rémunération du temps passé à exécuter la prestation de travail ; le modèle de la performance, qui la rend tributaire des résultats ou du rendement du salarié ; le modèle de la participation (4), qui associe rémunération et résultats de l'entreprise. Cette classification en trois modèles n'exclut pas d'autres formes de rémunération, plus accessoires, notamment celles fondées sur la compensation d'une sujétion (primes de pénibilité et autres primes de salissure, contreparties en argent ou en repos pour les temps d'habillage et de déshabillage (5), temps de trajet dépassant le trajet normal entre le domicile et le lieu de travail (6) ; indemnité pour sujétion accordée aux salariés en forfait-jours (7)...).

La crise du modèle du temps

Si le temps constitue aujourd'hui encore le critère principal de rémunération des salariés, ce modèle est aujourd'hui en crise. Il l'est bien évidemment pour les salariés qui ne travaillent plus au temps (essentiellement les cadres dirigeants), mais aussi pour ceux pour lesquels le facteur temps, bien que maintenu par le droit positif, a été profondément édulcoré. L'exemple le plus topique est celui des salariés en forfait-jours, pour lesquels le référent « heure », sur lequel s'était construit le modèle du temps, a été abandonné au profit du référent « jour ». Car si, avec le forfait-jours, on maintient une référence temporelle, le temps perd de sa signification comme critère de rémunération : un salarié travaillant deux heures par jour est théoriquement payé autant que celui qui travaille treize heures puisqu'il s'agit d'un forfait et qu'aucun décompte horaire n'est prévu. Les perturbations apportées par le forfait-jours aux

mécanismes de droit du travail sont multiples, et ne se résument pas au respect des durées maximales, fixées en heures, qu'on a cru, un peu vite, inconciliables avec ce dispositif (8). Du côté de la rémunération, outre la question, d'ores et déjà tranchée par la Cour de cassation, des retenues de salaire en cas de grève (9), se pose celle du respect des minima salariaux, généralement définis en heures. Doit-on considérer que les minima conventionnels sont inapplicables aux salariés en forfait-jours, sauf si la convention collective prévoit une grille spécifique (10), avec à l'appui une lecture littérale de l'article L.3121-41 du Code du travail qui, dans sa rédaction issue de la réforme de 2008, n'évoque plus de rémunération minimale que pour le forfait en heures (11) ? L'arrêt du 29 juin 2011 sonne comme un précieux avertissement à ceux qui voudraient faire table rase d'un certain nombre de règles fondamentales du droit du travail pour les salariés en forfait-jours, au motif qu'elles auraient été conçues sur la base d'une durée du travail calculée en heures (les 35 heures par exemple) (12). Le colloque dont les contributions sont ici publiées a bien montré que, contrairement à la croyance commune, un décompte horaire est possible pour ces salariés, parfois même nécessaire, notamment en cas d'annulation du forfait-jours (13).

Le succès du modèle de la performance

On n'insistera jamais assez sur l'avancée qu'a constitué l'affirmation du travail au temps par rapport au travail à la tâche ou aux pièces qui lui préexistait et, par voie de conséquence, sur les dangers dont est porteur le retour de cette forme de travail, sous d'autres habits, notamment celui des objectifs. Si danger il y a, c'est que la rémunération à la performance constitue une véritable

(4) Nous entendons le terme « participation » au sens - large - de participation financière, c'est-à-dire comme incluant l'ensemble des dispositifs d'association des salariés aux résultats de l'entreprise ; ceci inclut, entre autres, l'intéressement.

(5) Art. L. 3121-3 C. trav.

(6) Art. L. 3121-4 C. trav.

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

(8) Soc. 29 juin 2011, n° 09-71107, Dr. Ouv. 2011 p. 723, n. E. Richard ; Soc. 31 janv. 2012, n° 10-19807.

(9) Soc., 13 nov. 2008, n° 06-44.608.

(10) Tout au moins une adaptation de la grille classique à cette forme de travail, voir l'article ci-après de P. Riandey qui prend pour exemple l'art. 14-3 de l'accord national du 28 juillet

1998 relatif à l'organisation du travail dans la métallurgie et l'art. 4 de l'accord du 22 juin 1998 relatif à la durée du travail dans la branche des bureaux d'étude (CCN Syntec).

(11) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, art. 19 (V).

(12) Soc. 29 juin 2011, préc. ; la question se pose aujourd'hui de l'applicabilité d'un certain nombre de règles construites sur un calcul du temps de travail en heures au forfait-jours ; v. par ex. Soc. 1^{er} déc. 2011, qui exclut l'application d'un abattement sur le plafond de Sécurité sociale (art. L. 242-8 et R. 242-11 C. Séc. soc.) subordonné à la production d'un état faisant apparaître le nombre d'heures accomplies, Soc. 1^{er} déc. 2011, n° 10-19710.

(13) Soc. 31 janv. 2012, préc.

forme de salaire, et peut être substituée à la rémunération au temps, ce que corrobore l'inclusion des primes individuelles de rendement dans l'assiette du SMIC en tant que contreparties du travail du salarié.

Une interprétation hâtive de la jurisprudence pourrait laisser croire que la condamnation du licenciement pour insuffisance de résultats a porté un coup fatal, sinon sérieux, à cette forme de rémunération, en particulier aux clauses dites « d'objectifs » qui, pour beaucoup d'entre elles, ont un double objet : imputer au salarié des obligations et déterminer sa rémunération. La mise à l'écart du licenciement pour insuffisance de résultats dispense-t-elle le salarié d'atteindre les objectifs fixés unilatéralement par son employeur ou stipulés dans le contrat ? Cette croyance est excessive, à un double titre. Tout d'abord, si le licenciement pour insuffisance de résultats a été remis en cause par la jurisprudence, l'employeur conserve la possibilité de licencier son salarié pour insuffisance professionnelle ; celui qui a de moins bons résultats (nombre de ventes) que ses collègues, sans cause extérieure, n'est pas à l'abri d'un licenciement pour insuffisance professionnelle (14) ; la lettre de licenciement s'appuiera d'ailleurs, le plus souvent, sur les mauvaises performances du salarié, pour ne pas aller sur le terrain, aujourd'hui miné, des objectifs (15). Les employeurs et leurs avocats savent présenter sur le terrain de l'insuffisance professionnelle ce qui constitue, dans la réalité, une insuffisance de résultats. Plus encore, ce n'est pas parce que le salarié ne risque pas directement une sanction ou un licenciement qu'il n'est pas poussé à réaliser ses objectifs : il l'est par des formules de rémunération fondées sur la performance qui, elles, n'ont pas été remises en cause.

Bien au contraire, elles trouvent aujourd'hui un terrain particulièrement propice avec la validité des clauses de rémunération variable (16). Autant les primes de pénibilité, de salissure, de poste et autres primes de nuit présentent un caractère fixe (17), autant les primes de rendement n'ont guère de sens si elles ne présentent pas un caractère variable. C'est cette variabilité qui attire l'entreprise, et incite le salarié à se surmener, au prix parfois de son intégrité physique et mentale. Il sait que sa rémunération sera d'autant plus importante que ses performances seront élevées. Le lien entre rémunération

au rendement et santé du salarié a été reconnu par le très remarqué arrêt du 13 novembre 2003 qui interdit les primes de rendement au kilomètre pour les transporteurs routiers, au motif qu'elles les incitent à dépasser la durée maximale du travail (18).

La rémunération à la performance n'a pas de portée que sur la santé et la sécurité des travailleurs. Son impact sur la collectivité du travail et sur le climat social est tout aussi connu, la recherche de performance étant un possible facteur de concurrence au sein des travailleurs, et donc de détérioration du climat social. A cela s'ajoute un impact sur les autres temps, en particulier sur la gestion des temps improductifs : le salarié va se déshabiller plus vite, va déjeuner hâtivement, va être réticent à exercer un mandat syndical ou électif même si, sur ce dernier point, la Cour de cassation veille (19). Une prime variable en fonction du nombre d'entretiens, laquelle défavorise nécessairement le représentant du personnel, dans l'impossibilité de réaliser autant d'entretiens que ses collègues, institue une différence illégitime de traitement. Pour compenser cette différence de situation, les Hauts magistrats exigent de l'employeur qu'il verse au salarié une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, du montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps (20). Ici, la Cour de cassation trouve un palliatif, fondé sur le temps, mais ne règle pas les problèmes de fond, à savoir l'inadaptation de la rémunération à la performance à des salariés qui passent une bonne partie de leur temps à effectuer des tâches non productives. Comment le pourrait-elle alors que le droit français du travail s'est construit – heureusement – sur le travail au temps ! A la liste des problèmes soulevés par la rémunération à la performance s'ajoutent ceux liés à la mesure de la performance qui, lorsque les critères ne sont pas purement quantitatifs (nombre de pièces produites par exemple), nécessite une évaluation (le *ranking* n'est autre qu'un système d'évaluation des performances) dont la Cour de cassation a d'ores et déjà reconnu les dangers pour la santé mentale des salariés (21).

(14) Soc. 31 oct. 2007, n° 06-44.165.

(15) CA Douai, 31 mai 2011, n° 10/0718 ; CA Versailles, 5^e ch., 28 mai 2009 n° 08/01298.

(16) Soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111, Dr. Ouv. 2005 p. 157, n. T. Katz.

(17) Cette remarque ne doit pas masquer les dangers liés à ce type de primes qui, d'une part, rémunèrent un travail néfaste pour la santé des salariés, d'autre part les incitent à l'effectuer au point que nombre de salariés refusent de sortir de ces situations pour ne pas perdre leur prime de pénibilité (Soc. 18 oct. 2006, n° 04-46.334).

(18) Soc. 13 nov. 2003, n° 01-46.075, Dr. Ouv. 2004 p. 330, n. C. Ménard.

(19) J. Cloutier et al, « Les régimes de rémunération variable : comment les choisir et les gérer ? », *Gestion*, 2010/1, vol. 35, p. 31.

(20) Soc. 6 juill. 2010, n° 09-41354, JCP S, 2010, 1461, n. B. Bossu ; JSL, 2010, 285, obs. D. Julien-Paturlé.

(21) Cass. soc. 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Dr. Ouv. 2009 p. 49, rapp. J.-M. Béraud.

L'extension du modèle de la participation

La tentation est grande de faire dépendre la rémunération des salariés des résultats annuels de l'entreprise. Ce d'autant plus que les réformes récentes de l'intéressement et de la participation vont dans le sens d'une banalisation de ces formes de rémunération : possibilité de déblocage anticipé ; suppléments d'intéressement et de participation (22)... Si l'impact sur la santé des salariés est plus incertain, le risque est ici principalement d'ordre économique, avec en germe un transfert des risques économiques sur les salariés, qui n'ont pas à subir les aléas économiques de l'entreprise. Sans compter la perte de « salaire indirect » (avantages liés à la protection sociale : indemnités journalières en cas de maladie, pension de retraite...) qu'entraîne l'exonération de cotisations sociales sur ces formes de rémunération (23).

Avec toutefois deux importants garde-fous, inconnus du modèle de la performance.

Le principe de non-substitution au salaire tout d'abord, qui interdit à l'employeur de priver le salarié d'une partie de son salaire de base ou d'une prime au motif qu'il lui accorde un intéressement ou la fameuse prime sur les dividendes, et exclut toute intégration de ces formes de rémunération dans l'assiette du salaire minimum. Ce qui n'empêche pas des tentatives de contournement de la règle, par la pratique de l'intéressement déguisé. L'employeur déguise ce qui se rapproche, par son objet, d'un intéressement, en un élément de la rémunération contractuelle variable, comme une prime sur chiffre

d'affaires, avec pour objectif d'en faire un élément de l'assiette du salaire minimum. Le principe de non-substitution joue-t-il encore ici ? Un arrêt du 28 septembre 2011 répond par la négative, considérant que, malgré son objet proche de l'intéressement, l'avantage n'en épouse pas la nature en raison de sa source contractuelle, et doit donc être inclus dans l'assiette du salaire minimum conventionnel (24). Une primauté de la source de l'avantage sur son objet qui n'est pas sans dangers, même si la portée de l'arrêt, fondé non sur une disposition législative mais sur une stipulation conventionnelle, est incertaine.

Le second garde-fou est constitué par le caractère collectif de ces formes de rémunération, qui interdit de les indexer sur la performance des salariés. Le contentieux sur ce point est connu : si l'intéressement est exclu de l'assiette des cotisations sociales, c'est qu'il n'est pas un salaire ; en effet, il n'est pas la contrepartie du travail et de performances individuelles, mais des résultats collectifs atteints par l'entreprise. Dès lors que l'accord d'intéressement prévoit une répartition de la somme globale en fonction de la performance individuelle de chacun, il s'agit d'un salaire individuel inclus dans l'assiette des cotisations (25). La problématique est identique pour la récente prime dividende, puisqu'il est prévu que le montant de la prime peut être identique pour tous les salariés ou modulé en fonction du salaire ou de la durée de présence dans l'entreprise (alignement sur le régime de l'intéressement de l'art. L. 3324-5) (26).

II. Résister au changement de modèle

Au recul du modèle du temps, un certain nombre de résistances peuvent être opposées, qui toutes passent par une réflexion générale sur les rapports entre le droit et le changement. Le droit du travail est aujourd'hui sommé de s'adapter à des changements qui sont présentés comme des données presque indiscutables, alors qu'ils sont, pour la plupart, de pures constructions, le produit d'une politique ou d'une stratégie. Tel est le cas du glissement du travail au temps vers le travail aux objectifs, qui n'a rien d'inéluctable et résulte largement de la faveur des entreprises pour cette forme de travail et le mode de rémunération qu'elle véhicule, ainsi que de l'évolution des grilles de classification conventionnelle qui, en passant de la définition de tâches à la description

de compétences (27), ont accompagné la déconnection entre le temps et la rémunération.

A cette déconnection, il est possible d'opposer un certain nombre d'outils et de raisonnements. Leur analyse montre la montée en puissance de règles à texture ouverte (droits fondamentaux, obligation de sécurité, principes de prévention...) qui, longtemps critiqués sur le terrain de la sécurité juridique, se révèlent de plus en plus utiles pour pallier le silence du législateur, ou l'extrême technicité de la réglementation en matière de conditions de travail (27 bis).

Les droits fondamentaux

Il est tentant, étant donné la place qui est aujourd'hui la leur comme mode de protection des salariés, de débiter

(22) A. Allouache, I. Vacaric, « La composition et la charge de la rémunération », *Dr. soc.* 2009, p. 1025.

(23) Sur l'idée de salaire indirect, V. not. Y. Saillard, *Le salaire indirect*, in R. Boyer, Y. Saillard, *Théorie de la régulation, l'Etat des savoirs*, La Découverte, 2002.

(24) Soc. 28 sept. 2011, n° 09-70190, JSL 2011, n°310, obs. D. J.-P.

(25) Soc. 8 oct. 1998, n° 97-10.677.

(26) Circ. 29 juill. 2011, question n° 35.

(27) A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p. 573.

(27 bis) V. par ex. Soc. 7 déc. 2011, n° 10-22875, à défaut d'application de la législation sur les accidents du travail (AT) aux salariés expatriés, l'obligation de sécurité de résultat prend le relais.

l'inventaire par les droits fondamentaux. De plus en plus présents en matière de conditions de travail, notamment de temps de travail, ils semblent d'une efficacité plus limitée dans le champ de la rémunération, ce qui ne surprend guère, les droits fondamentaux ayant une dimension intrinsèquement extra-patrimoniale. Deux terrains semblent néanmoins pouvoir être exploités.

Le droit au respect de la vie personnelle ne constitue-t-il pas, en premier lieu, une possible limite à la libre fixation de la rémunération ? La clause de rémunération variable, qui fait dépendre la rémunération du salarié de la réalisation d'objectifs, n'est-elle pas susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale et personnelle, auquel cas il y aurait lieu d'appliquer l'article L. 1121-1 du Code du travail ? En l'état actuel du droit positif, seules les clauses de variation du lieu et des horaires sont limitées au nom du droit au respect de la vie privée et familiale. Une clause de rémunération variable qui incite les salariés à travailler au-delà d'une durée raisonnable ne constitue-t-elle pas une restriction à ce droit, entraînant par là même le jeu de l'article précité ? Ici encore, les salariés en forfait-jours sont parmi les plus visés ; le législateur admet lui-même, à travers l'organisation d'un entretien sur ce sujet, qu'il est une restriction au droit au respect d'une vie familiale normale (28).

Sur le terrain des droits fondamentaux, un autre chantier, plus prometteur mais ô combien plus délicat, est à explorer : la juste rémunération. Le salarié ne doit-il pas pouvoir prétendre à une rémunération correspondant à la valeur de son travail ? En cas de réponse affirmative, la rémunération à la performance devient problématique, si l'on considère que la valeur du travail ne se mesure pas seulement à la productivité ! Si je travaille énormément mais que je n'ai qu'un faible rendement, ou que mes résultats sont très en dessous de ce que prévoit mon contrat du fait notamment de la conjoncture, ai-je le juste salaire correspondant à mon travail ? Le droit du travail se contente de m'accorder une rémunération minimale, loin de ce qu'un certain nombre de conventions internationales nomment « *rémunération équitable* » (29). Un enjeu majeur, du point de vue de la rémunération, est de passer de la logique actuelle de rémunération minimale à une logique de rémunération équitable. Si l'on pousse le raisonnement plus loin, le salarié qui travaille sans finalement être payé de son

entier travail parce qu'il n'a pas satisfait aux critères de performance, n'a-t-il pas effectué un travail gratuit ? Ce n'est pas le principe « *à travail égal, salaire égal* », principal point d'ancrage des droits fondamentaux dans le droit de la rémunération, qui permettra de garantir une juste rémunération. Si mon collègue est mal payé, je le serai également. Force est d'admettre que le droit à une rémunération équitable n'a qu'une faible assise juridique en droit français (contrairement au droit belge qui confère valeur constitutionnelle au principe de rémunération équitable) et que les textes européens et internationaux qui le reconnaissent ont une efficacité limitée en droit interne. Reste le rattachement au principe de dignité humaine, à valeur constitutionnelle, qui toutefois ne devrait intéresser que les rémunérations dérisoires, ou celles qui sont manifestement disproportionnées par rapport aux sujétions imposées au salarié (30).

L'obligation de sécurité

L'obligation de sécurité offre un deuxième terrain de résistance, depuis que la Cour de cassation admet que le mode de rémunération peut avoir un impact sur la santé et la sécurité des travailleurs. La jurisprudence sur les primes de rendement dans le transport routier, dont la portée pour les salariés en forfait-jours était incertaine, voire inexistante, alors qu'ils n'étaient soumis à aucune durée maximale (il aurait fallu considérer qu'une prime de rendement heurte l'obligation de sécurité au motif, non pas qu'elle incite au dépassement de la durée maximale, mais qu'elle est un facteur de souffrance ou de stress), devient plus pertinente depuis l'arrêt du 29 juin 2011 qui réintroduit l'existence d'une durée maximale (31). Même si la liberté d'organisation dont bénéficient, en principe, ces salariés permet difficilement de les traiter sur le même plan que les transporteurs routiers.

Le contrat

Les outils de résistance peuvent enfin être recherchés du côté du droit des contrats.

La question aurait d'abord pu se poser de condamner les clauses de variation de la rémunération sur le fondement de l'indétermination de l'objet. La validité des clauses de rémunération variable est sans nul doute un écho direct à l'article 1129 du Code civil et à la jurisprudence audacieuse des chambres civiles sur l'indétermination du prix, qui admettent que le prix ne

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

(29) V. not. art. 4 préamb. Charte sociale européenne ; art. 23 Déclaration universelle des droits de l'Homme.

(30) V. aussi art. 225-13 C. pén. en vertu duquel : « *Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ».

(31) La solution applicable aux transporteurs routiers se justifie en effet, selon les termes de l'arrêt de 2003 (Soc. 13 nov. 2003, préc.), par le fait que la prime de rendement « *constitue une incitation au dépassement de la durée de travail* », ce dont il se déduit que cette solution suppose qu'existe une durée maximale. Elle peut désormais être transposée aux salariés en forfait-jours, pour lesquels la Cour de cassation exige, depuis son arrêt du 29 juin 2011 (préc.), la prévision d'une durée maximale.

soit pas déterminé, mais déterminable par des éléments fixés ultérieurement par les parties, y compris par l'une d'entre elles (32). Le salaire n'est pourtant pas un prix que l'on peut rendre simplement déterminable : il n'est pas seulement la valeur de la prestation caractéristique, ce qu'est le prix (32 bis). Dit autrement, l'obligation de payer le salaire n'est pas que la cause de l'obligation du salarié d'exercer la prestation de travail. Le salaire a aussi une fonction sociale et alimentaire (33), peu compatible avec son caractère variable, et par conséquent avec les mécanismes de détermination du prix dans un contrat. Pour preuve, les critères de déterminabilité du salaire sont plus stricts que ceux de détermination du prix, au sens de la jurisprudence civile qui se contente d'une clause de renvoi à un catalogue (34).

Le débat peut être ensuite placé sur le terrain de la nature de l'obligation d'exécuter la prestation de travail, autrement dit sur celui de la nature de la prestation caractéristique. L'obligation du salarié d'exécuter la prestation de travail est et ne peut être qu'une obligation de moyens (35), ce qui fait que la rémunération de cette prestation (dit autrement la cause de cette obligation) ne devrait pouvoir être indexée sur la réalisation de résultats. La nature de l'obligation susvisée, au regard de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, n'a pas, à notre connaissance, été explicitée par la jurisprudence sociale. On ne saurait en être surpris dès lors que la question se pose dans le contexte de la responsabilité contractuelle, quasi inexistante dans les rapports de travail. C'est sans doute principalement dans la jurisprudence sur l'insuffisance de résultats, plus précisément dans la différence entre insuffisance de résultats et insuffisance professionnelle, que l'on trouve les fondements de l'obligation de moyens : l'insuffisance de résultats devient une insuffisance professionnelle lorsque les objectifs sont réalistes et que le salarié avait reçu les moyens nécessaires permettant de les réaliser (36). Dit autrement, le salarié doit tout mettre en oeuvre pour exécuter sa prestation de travail ; s'il ne le fait pas, il peut se voir reprocher une faute ou une insuffisance professionnelle, mais il n'est pas responsable du seul fait qu'il n'a pas atteint ses résultats.

Les enjeux sous-jacents au changement de modèle de rémunération, favorisé par les transformations du droit du temps de travail, ne sont pas limités aux questions d'ores et déjà essentielles de rémunération et de temps de travail. C'est l'idée même de subordination, et avec elle l'existence du travail subordonné, qui est mise à mal par la déconnection de la rémunération et du temps de travail qui, rappelons-le, est défini comme un temps subordonné (37). Mise à mal certes, mais assurément pas abandonnée car les salariés en forfait-jours et, plus généralement, ceux auxquels on reconnaît une certaine autonomie dans la réalisation de leurs objectifs, restent sous le contrôle de leur employeur. Ici gît l'une des problématiques essentielles du droit du travail de demain, à savoir le passage de la subordination au contrôle (un certain nombre de droits du travail étrangers préfèrent d'ailleurs le contrôle à la subordination, comme critère du contrat de travail). Un contrôle qui, favorisé par les nouvelles technologies, n'a jamais été aussi important, tout particulièrement pour les salariés dont on ne décompte plus le temps de travail ! Pour preuve, le développement de la géolocalisation, dont témoigne l'arrêt remarqué du 3 novembre 2011 qui condamne cette pratique lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (38). Cet arrêt est particulièrement symptomatique de ce qui se dessine, à savoir un curieux mélange entre les libertés du salarié, reconnues et protégées par l'article L. 1121-1 et le contrôle patronal, explicitement consacré par la jurisprudence comme faisant partie des prérogatives patronales (39). En poussant l'analyse plus loin, la problématique devient celle du contrôle des libertés, avec pour enjeu l'affirmation d'une nouvelle dimension du pouvoir, plus redoutable encore que les traditionnels pouvoirs de direction et disciplinaire : un pouvoir de police patronale, dont les outils sont le badge, la géolocalisation, la vidéo-surveillance, l'autocommutateur (40) et autre bracelet électronique (41)... La réaction de la jurisprudence, manifeste dans les arrêts récents de la Cour de cassation, doit être à la hauteur des abus dont est porteuse cette nouvelle forme de pouvoir, qui accompagne, entre autres, l'essor des nouvelles technologies (42).

Pascal Lokiec

(32) Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, Bull. civ. A.P., n° 7.

(32 bis) Sur cette question, X. Lagarde, "Prix et salaire", mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 527.

(33) Art. L. 3231-2 C. trav.

(34) Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, Bull. civ. A.P. n° 8 ; sur la prise en compte des plans annuels de rémunération variable, *infra*. l'article de P. Riandey.

(35) V. Th. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, 2010.

(36) Soc. 11 juillet 2000, n° 98-41.132 ; Soc. 2 déc. 2003, n° 01-44.192.

(37) Art. L.3121-1 C. trav. ; V. G. Bélier, « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », *Dr. soc.* 1998 p. 530.

(38) Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Dr. Ouv.* 2012 p. 153, n. S. Baradel et P. Masanovic.

(39) Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23482.

(40) Destinés au contrôle des conversations téléphoniques.

(41) La CNIL a constaté que le bracelet électronique, utilisé pour la surveillance de personnes âgées dans des établissements spécialisés, l'était parfois aussi pour les salariés de ces établissements, http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/quand-le-bracelet-electronique-pour-personnes-ageessurveille-aussi-les-salaries/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=91&cHash=90d28e43a20c969591c11792a0813ab4

(42) Soc. 3 nov. 2011, préc. (limitation de la pratique de la géolocalisation) ; Soc. 10 janv. 2012 (information de l'employeur sur un dispositif de vidéosurveillance destiné au contrôle des heures de départ et d'arrivée).