

Le contrôle par le juge des clauses contractuelles relatives à la durée et aux horaires de travail ⁽¹⁾

par Anja JOHANSSON, enseignant-chercheur,
Institut du Travail, Université de Strasbourg

PLAN

- I. Clauses du travail à temps partiel : un contrôle du juge essentiellement axé sur le respect des règles légales**
- A. Clauses relatives à la durée du travail à temps partiel et à sa répartition entre les jours de la semaine
 - B. Clauses relatives aux heures complémentaires : une possibilité théorique de limiter le pouvoir de direction
- II. Clauses du travail à temps plein : un contrôle du juge portant sur le respect des règles jurisprudentielles**
- A. Clauses fixant la durée contractuelle du travail à temps plein : l'exclusion jurisprudentielle des clauses de variation
 - B. Clauses relatives au nombre d'heures supplémentaires : une possibilité de limiter le pouvoir de direction
 - C. Clauses concernant les horaires de travail à temps plein

Le sujet du contrôle par le juge des clauses contractuelles relatives à la durée et aux horaires de travail est étroitement lié à la distinction jurisprudentielle entre la modification du contrat, qui nécessite l'accord des deux parties, et le changement des conditions de travail, qui est soumis au pouvoir de direction de l'employeur. Cette distinction ne concerne évidemment pas uniquement la durée du travail et les horaires, mais aussi les fonctions et les tâches du salarié, sa rémunération et son lieu de travail. Toutefois, dans le cadre de cette étude, nous analyserons exclusivement la durée du travail et les horaires.

Alors que la Cour de cassation a élaboré une jurisprudence importante au sujet de la distinction modification du contrat de travail – changement des conditions de travail (2) en matière de durée et d'horaires de travail, les clauses contractuelles (3) relatives à ces aspects n'ont pas, en revanche, donné lieu à beaucoup d'arrêts. Il est, cependant, intéressant d'examiner quel rôle jouent ces clauses par rapport aux règles dégagées par la jurisprudence concernant la modification du contrat et le changement des conditions de travail. Est-ce qu'une clause permet de s'affranchir de tout ou partie des règles jurisprudentielles en la matière ? Est-ce qu'une clause contractuelle peut ainsi élargir le pouvoir de direction de l'employeur en extrayant telle question du domaine de la modification du contrat, à l'image d'une clause de mobilité géographique, qui permet à l'employeur d'imposer des modifications du lieu de travail au-delà du secteur géographique ? Dans l'autre sens, une clause contractuelle peut-elle avoir pour effet de restreindre le pouvoir de direction de l'employeur en faisant entrer dans le domaine contractuel un aspect en principe soumis au pouvoir de direction ?

Dans son appréciation des clauses relatives à la durée et aux horaires de travail, le rôle du juge – et l'enjeu – est ainsi de déterminer l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur, en admettant ou non des clauses restreignant ou élargissant ce pouvoir.

S'agissant du travail à temps partiel, il existe une particularité, dans la mesure où son régime est fixé de manière détaillée par la législation, ce qui n'est pas le cas du travail à temps plein, dont le régime est ainsi essentiellement jurisprudentiel sur les points qui nous intéressent. Une distinction doit alors être faite entre le travail à temps plein (II.) et le travail à temps partiel (I.), les régimes juridiques qui leur sont applicables étant différents en la matière.

(1) Cette étude développe et approfondit une présentation de l'auteure lors de la rencontre à Berlin les 2 et 3 mai 2014 du GEFAC (Groupe d'Études Franco-Allemand sur le Contentieux du Travail), soutenu par le CIERA.

(2) Pour une étude générale, voir Michel Morand, La modification de la relation contractuelle, *Numéros juridiques Liaisons sociales* juillet 2012. Voir également Jean Pélissier, La détermination des éléments du contrat de travail, *Dr. Ouvrier* 2005, p. 92. Pour une étude de la question de la modification du contrat ou du

changement des conditions de travail en matière de durée du travail et d'horaires, voir Michel Miné, L'horaire de travail, *Dr. Ouvrier* 2000, p. 412.

(3) Pour une réflexion générale relative aux clauses du contrat de travail, voir Jean Pélissier, Pour un droit clauses du contrat de travail, *RJS* 7/05, p. 499. Voir également l'étude de Muriel Fabre-Magnan, Le forçage du consentement du salarié, *Dr. Ouvrier* 2012, p. 459, ainsi que celle de Sébastien Tournaux, La négociation des sujétions contractuelles du salarié, *Dr. Ouvrier* 2010, p. 293.

I. Clauses du travail à temps partiel : un contrôle du juge essentiellement axé sur le respect des règles légales

Le travail à temps partiel fait l'objet de dispositions détaillées dans le Code du travail (4), laissant peu de place au jeu de clauses contractuelles qui s'écarteraient du régime légal (5). À ce sujet, il convient d'examiner successivement les clauses relatives à la durée du travail à temps partiel et à sa répartition entre les jours de la semaine (A.) (6), aux heures complémentaires (B.) et, enfin, aux horaires de la journée de travail à temps partiel (C.) (7).

A. Clauses relatives à la durée du travail à temps partiel et à sa répartition entre les jours de la semaine

Le Code du travail prévoit toute une série de clauses obligatoires pour le contrat à temps partiel. Ce contrat doit, notamment, fixer la durée du travail hebdomadaire, ainsi que sa répartition sur la semaine (8). Le contrat de travail, strictement encadré par le Code du travail, régit ainsi des aspects importants du temps partiel. La jurisprudence contrôle le respect des dispositions légales, jouant un rôle essentiel, notamment par l'application d'une sanction efficace en l'absence de clause(s) fixant la durée du travail ou sa répartition : la requalification en contrat à temps plein (1.). Elle contrôle également la possibilité légale de dérogation en matière de répartition, et n'admet pas que des clauses trop vagues élargissent le pouvoir de direction de l'employeur (2.).

1. Clauses contractuelles précisant la durée du travail et sa répartition : une exigence légale sanctionnée en jurisprudence par la requalification

La jurisprudence sanctionne l'absence de clause(s) précisant la durée contractuelle et/ou sa répartition par la requalification en contrat à temps plein, avec des rappels de salaire y correspondant. La preuve contraire est admise. L'employeur doit rapporter

la preuve, d'une part, de la durée exacte convenue et, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur (9).

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la *clause* contractuelle par laquelle le salarié à temps partiel a la faculté de refuser les missions qui lui sont confiées est *sans effet* sur les exigences légales relatives à la mention dans le contrat de travail de la durée du travail et de sa répartition et, en l'absence de celle-ci, sur l'obligation pour l'employeur de rapporter la preuve contraire (10). Dans cette affaire concernant une formatrice en langue anglaise, le contrat ne mentionnait ni la durée du travail, ni sa répartition. Le nombre d'heures travaillées passait, selon les mois, de 13,5 heures à 163 heures, et, fin août 2007, la salariée ignorait toujours son programme pour le mois de septembre suivant. Pour les juges, il en résultait que la durée exacte de travail convenue n'était pas établie et que la salariée, qui ne connaissait pas son rythme de travail, devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur, *peu important qu'une clause* du contrat lui offre la possibilité de refuser des missions. Le contrat à temps partiel a ainsi été requalifié en contrat à temps plein et la salariée a obtenu des rappels de salaire.

Les dispositions légales sont d'ordre public et les parties ne sont pas autorisées à y déroger par des clauses contractuelles, sauf dans un cas expressément prévu par la loi (11). Dans ce cas, la loi fixe les limites précises de la dérogation possible. Une telle clause peut ainsi donner une place plus importante au pouvoir de direction sur un point précis, à savoir s'agissant des cas de modification de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine.

(4) Pour une étude du travail à temps partiel, voir Jean-Michel Gasser, Le contrat de travail à temps partiel, un contrat figé ?, *RJS* 10/11, p. 667. V. également le dossier de juin 2014 de la RPDS, par Mélanie Carles, *Le travail à temps partiel après la loi du 14 juin 2013*.

(5) Un certain nombre des dispositions légales peuvent, en revanche, faire l'objet de dérogations par accord collectif.

(6) Ou entre les semaines du mois. Cependant, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence concernant ce cas de figure. Ainsi, afin de ne pas alourdir la rédaction, nous allons nous concentrer sur la répartition entre les jours de la semaine.

(7) Les clauses relatives aux nouvelles dispositions issues de la loi du 14 juin 2013, sur l'obligation de fixer dans le contrat une durée minimale de la durée du travail à temps partiel et la possibilité de prévoir par avenant au contrat de travail un complément

d'heures, ne seront pas analysées, n'ayant pas encore donné lieu à de la jurisprudence. Pour une analyse de ces dispositions, voir Alexia Gardin, *Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité*, *Dr. Ouvrier* 2014, p. 64.

(8) L. 3123-14 1° C. Trav.

(9) Cass. Soc. 16 juin 2011, n° 09-72776, *RJS* 10/11, n° 846 ; Cass. Soc. 21 mars 2012, n° 10-21542, *RJS* 6/12, n° 600, 1^{ère} espèce ; Cass. Soc. 21 nov. 2012, n° 11-10258, *RJS* 2/13, n° 178 ; Cass. Soc. 9 janv. 2013, n° 11-16433, *RJS* 3/13, n° 243 ; Cass. Soc. 20 juin 2013, n° 10-20507, *RJS* 10/13, n° 715. Voir également Pascal Moussy, Variations sur la requalification, *Dr. Ouvrier* 2012, pp. 322-323.

(10) Cass. Soc. 26 janv. 2011, n° 09-71349, *RJS* 4/11, n° 379.

(11) Davantage de dérogations sont, en revanche, possibles par accord collectif.

2. Clauses contractuelles définissant les cas de modification de la répartition entre les jours de la semaine : un élargissement du pouvoir de direction sous le contrôle du juge

Alors que la répartition de la durée du travail à temps partiel est, en principe, fixée par le contrat de travail, et qu'une modification de cette répartition requiert l'accord des deux parties au moment de cette modification, la loi prévoit qu'une clause peut déterminer les cas dans lesquels l'employeur peut procéder à la modification unilatéralement (12).

Une telle clause contractuelle élargissant le pouvoir de direction de l'employeur doit respecter les limites légales prévues et l'office du juge consiste essentiellement en un contrôle du respect de ces limites (13). En cas de non-respect, les clauses sont déclarées sans effet par le juge.

Selon la jurisprudence, pour être valable et produire effet, la clause doit définir les cas de modification avec suffisamment de précision. Les juges ont ainsi considéré que n'étaient *pas valables* les clauses suivantes :

- « *si les circonstances le demandent* » ; la Cour de cassation juge que « *la clause contractuelle visée par l'arrêt, en accordant à l'employeur un pouvoir discrétionnaire ne correspondait pas aux exigences légales* » (14) ;
- « *en fonction des « nécessités du service* » ; la Cour de cassation déclare que « *la clause contractuelle visée par le jugement, en accordant à l'employeur le pouvoir de modifier la répartition des horaires en fonction des nécessités du service, ne correspondait pas aux exigences légales* » (15).

Les juges n'admettent donc pas que l'employeur élargisse son pouvoir de direction par le biais de clauses trop vagues, qui ne permettent pas au salarié de prévoir à quel rythme il va travailler chez cet employeur (afin d'être en mesure de combiner avec un autre travail à temps partiel, le cas échéant).

Le Code du travail prévoit que, lorsque l'employeur procède à la modification de la répartition dans l'un des cas précis prévus, et selon les modalités définies au contrat, le salarié ne peut, en principe, pas la

refuser. Cependant, le salarié a le droit de refuser une telle modification et son refus ne constitue ni une faute, ni un motif valable de licenciement lorsque la modification de la répartition n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, une période d'activité fixée chez un autre employeur ou une activité professionnelle non salariée (16). Le juge doit vérifier la compatibilité de la modification de la répartition avec ces cas de figure (17).

Une *clause* précise prévoyant valablement des cas de modification s'imposant au salarié n'aura ainsi *pas d'effet si* le salarié justifie de l'une des quatre situations énoncées par la loi. Ce droit de refuser constitue, par conséquent, une limite à l'exercice du pouvoir de direction dans le cadre d'une clause prévoyant des cas de modification de la répartition.

B. Clauses relatives aux heures complémentaires : une possibilité théorique de limiter le pouvoir de direction

En ce qui concerne les heures complémentaires pouvant être accomplies au-delà de la durée contractuelle à temps partiel, dans les limites légales (18), elles relèvent du *pouvoir de direction*. Des *clauses* contractuelles pourraient limiter ce pouvoir (ou prévoir des dispositions plus favorables que la loi ou l'accord collectif, notamment en matière de rémunération majorée). Il ne semble, toutefois, pas y avoir de jurisprudence au sujet de telles clauses.

Si la loi prévoit bien une obligation d'indiquer dans le contrat les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires (19), il convient de remarquer que, selon la jurisprudence, le seul défaut de cette mention dans le contrat de travail n'entraîne *pas* sa requalification en contrat à temps complet (20). Ainsi, l'*absence de clause* relative aux heures complémentaires n'est pas sanctionnée de la même manière que celle concernant la durée contractuelle du travail à temps partiel ou la répartition de celle-ci entre les jours de la semaine (21).

(12) L. 3123-14 2° C. Trav.

(13) Voir par ex. Cass. Soc. 11 juill. 2012, n° 11-15540, *Legifrance*.

(14) Cass. Soc. 7 juill. 1998, n° 95-43443, *RJS* 10/98, n° 1312.

(15) Cass. Soc. 6 avr. 1999, n° 96-45790, *RJS* 5/99, n° 762.

(16) L. 3123-24 C. Trav. ; ces dispositions ont été introduites par la loi du 19 janvier 2000.

(17) Vérification de la compatibilité avec l'activité fixée chez un autre employeur : Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 09-70329, *RJS* 12/11, n° 1027, 2^{ème} espèce.

(18) L. 3123-17 et L. 3123-20 C. Trav. notamment (et par des accords collectifs qui peuvent être dérogeatoires sur certains points).

(19) L. 3123-14 C. Trav.

(20) Cass. Soc. 30 nov. 2010, n°09-68609, *RJS* 2/11, n°103.

(21) Voir un peu plus haut.

C. Clauses sur les horaires de la journée de travail à temps partiel : une possibilité de restreindre le pouvoir de direction de l'employeur

La fixation et le changement des horaires de la journée de travail à temps partiel relèvent du *pouvoir de direction* de l'employeur (22). En effet, le contrat doit prévoir uniquement les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié (23).

Une disposition spécifique du Code du travail limite ce pouvoir de l'employeur : l'horaire quotidien ne doit pas comporter plus d'une interruption et celle-ci ne doit pas être supérieure à 2 heures (24).

S'il respecte cette limite, et les limites générales, notamment celle relative au repos quotidien de 11 heures (25), l'employeur peut ainsi, en principe, fixer et modifier les horaires de travail dans le cadre

de son pouvoir de direction et ces horaires s'imposent au salarié (26).

Le Code du travail prévoit, cependant, que le salarié à temps partiel a le droit de refuser des horaires s'ils sont incompatibles avec des obligations familiales impérieuses, le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, une période d'activité fixée chez un autre employeur ou une activité professionnelle non salariée. Le juge doit ainsi vérifier si la modification est compatible avec ces situations (27).

Des *clauses* du contrat de travail à temps partiel peuvent *limiter ce pouvoir de direction* en *contractualisant* des horaires. Une clause contractualisant les horaires a pour effet d'exiger l'accord du salarié en cas de modification (28).

Le juge admet ainsi des clauses restreignant le pouvoir de direction de l'employeur, plus favorables aux salariés à temps partiel.

II. Clauses du travail à temps plein : un contrôle du juge portant sur le respect des règles jurisprudentielles

Contrairement au travail à temps partiel, les aspects qui nous concernent ne font pas l'objet de dispositions législatives ou réglementaires détaillées en matière de travail à temps plein. C'est, par conséquent, la jurisprudence qui a déterminé ce qui relève du pouvoir de direction et aussi dans quelle mesure des clauses du contrat peuvent, ou non, modifier les règles jurisprudentielles ainsi posées, en réduisant ou en élargissant le pouvoir de direction de l'employeur. Sera ainsi analysée la jurisprudence concernant les clauses portant sur la durée contractuelle du travail à temps plein (A.), les heures supplémentaires (B.) et les horaires de travail à temps plein (C.).

A. Clauses fixant la durée contractuelle du travail à temps plein : l'exclusion jurisprudentielle des clauses de variation

La jurisprudence considère que la *durée du travail fixée au contrat* est un élément essentiel de celui-ci et ne peut être modifiée qu'avec l'accord du salarié (29). Cette durée du travail ne relève donc pas du pouvoir de direction de l'employeur.

La durée contractuelle ne peut ainsi pas être réduite, ni augmentée, sans l'accord du salarié. Par exemple, l'employeur n'a pas le droit d'imposer le passage d'un temps complet à un temps partiel (30), ni l'augmentation de la durée contractuelle, par exemple de

(22) Cass. Soc. 18 juill. 2001, n° 99-45076, *RJS* 11/01, n° 1373 ; M. Miné « L'horaire de travail », *Dr. Ouvrier* 2000 p.412.

(23) L. 3123-14 3° C. Trav.

(24) L. 3123-16 C. Trav. (cependant, des possibilités de dérogation par accord collectif sont prévues).

(25) L. 3131-1 C. Trav.

(26) Sous réserve de la jurisprudence relative au « bouleversement » de l'économie du contrat ; voir ci-après, dans la partie consacrée au travail à temps plein.

(27) Vérification de la compatibilité avec des obligations familiales impérieuses : Cass. Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45562, *RJS* 3/09, n° 228.

(28) Cass. Soc. 3 nov. 2010, n° 09-41132, *RJS* 11/11, n° 79.

(29) Cass. Soc. 20 oct. 1998, n° 96-40614, *RJS* 12/98, n° 1445. De manière similaire, et en employant une formulation à portée générale, un arrêt concernant un travail à temps partiel confirme que « *la durée du travail telle que stipulée au contrat de travail constitue, en principe, un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, peu important que la rémunération soit maintenue* » : Cass. Soc. 30 mars 2011, n° 09-70853, *RJS* 6/11, n° 564.

(30) Cass. Soc. 19 oct. 2005, n° 03-47226, *RJS* 1/06, n° 90. Voir aussi Cass. Soc. 21 mars 2000, n° 97-40131, *RJS* 7-8/00, n° 774. Cependant, la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat, en application d'un *accord collectif* de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat : L. 1222-7 C. Trav. Il s'agit d'un article adopté lors de la réduction de la durée légale du travail de 39 à 35 heures. Cet article peut toujours s'appliquer en cas de réduction de la durée collective du travail dans l'entreprise par accord collectif, par ex. de 35 à 34 heures.

39 heures à 41 heures hebdomadaires (31). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation déclare « *que 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; que Mme X..., engagée selon son contrat pour effectuer 39 heures de travail par semaine, était en droit de refuser la proposition de son employeur, même accompagnée d'une augmentation de salaire, d'effectuer 41 heures par semaine* ».

Considérant que la durée contractuelle du travail constitue un élément essentiel du contrat de travail, la jurisprudence décide que celle-ci ne peut pas faire l'objet de *clauses contractuelles de variation*. Est ainsi sans effet la « *clause contractuelle prévoyant la possibilité d'un travail à temps partiel* », car « *la transformation d'un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail* » (32).

Selon la jurisprudence, la durée du travail ne peut donc pas être soustraite de la sphère contractuelle pour être soumise au pouvoir de direction de l'employeur par une clause contractuelle de variation (33).

B. Clauses relatives au nombre d'heures supplémentaires : une possibilité de limiter le pouvoir de direction

Selon la jurisprudence, les heures supplémentaires relèvent du pouvoir de direction de l'employeur, qui peut en imposer l'accomplissement (dans les limites légales et réglementaires), en modifier le nombre et la fréquence et les supprimer.

Cependant, une *clause* du contrat de travail peut prévoir un certain nombre d'heures supplémentaires garanties. La jurisprudence admet de telles clauses contractuelles ayant pour effet de *limiter le pouvoir de direction* de l'employeur en matière d'heures

supplémentaires. Pour être valables, ces conventions de forfait hebdomadaire ou mensuel doivent préciser le nombre d'heures supplémentaires inclus dans le forfait. En outre, la rémunération prévue dans la convention de forfait doit être au moins égale à la rémunération que le salarié aurait dû percevoir en application des dispositions légales et conventionnelles, notamment celles relatives aux heures supplémentaires (34). La rémunération forfaitaire prévue par la clause ne doit ainsi pas être désavantageuse pour le salarié, et la clause doit être suffisamment précise pour permettre au juge d'effectuer un contrôle.

Mais lorsqu'aucune clause du contrat de travail ne garantit un nombre précis d'heures supplémentaires, l'employeur a donc la faculté de décider unilatéralement d'augmenter, de réduire ou de supprimer les heures supplémentaires effectuées précédemment par le salarié, sans que celui-ci puisse se prévaloir d'une modification de son contrat de travail (35). Il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires, sauf engagement de l'employeur vis-à-vis du salarié à lui en assurer l'exécution d'un certain nombre. À défaut d'un tel engagement, seul un abus de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation (36).

En l'absence de clause garantissant un certain nombre d'heures supplémentaires, le contrôle du juge est ainsi réduit au cas de l'abus.

C. Clauses concernant les horaires de travail à temps plein

S'agissant du régime juridique du travail à temps plein, l'expression « horaires de travail » recouvre à la fois la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et l'horaire de la journée de travail. Ainsi, contrairement au travail à temps partiel, pour lequel sont prévus, d'une part, un régime de la répartition de la durée du travail sur la semaine et, d'autre part, un autre régime bien distinct concernant les horaires de la journée de travail, s'agissant du travail à temps plein, une telle distinction entre ces deux sortes d'« horaires de travail » n'est pas faite.

(31) Cass. Soc. 20 oct. 1998, n° 96-40614, *RJS* 12/98, n° 1445. Le passage d'un travail à temps partiel à un travail à temps complet constitue également une modification du contrat : Cass. Soc. 23 févr. 2000, n° 97-44267, *RJS* 4/00, n° 466.

(32) Cass. Soc. 29 juin 1999, n° 97-42248, *RJS* 8-9/99, n° 1025.

(33) Une variation de la durée hebdomadaire du travail peut être prévue par un accord collectif de modulation ou d'annualisation, mais pas par un contrat de travail. De même, un cycle de travail faisant varier la durée du travail à l'intérieur du cycle peut être mis en place par accord collectif (ou unilatéralement par l'employeur, dans certains cas), mais il s'agit d'une organisation collective du travail qui ne peut pas être mise en place par des clauses dans les contrats individuels. L. 3122-2 C. Trav.

(34) Cass. Soc. 5 mai 2004, n° 01-43918, *RJS* 7/04, n° 819, *Dr. social* sept.-oct. 2004, p. 899. Exigence d'origine jurisprudentielle, qui figure depuis quelques années à l'art. L. 3121-41 C. Trav. (dispositions introduites par la loi du 19 janv. 2000).

(35) Cass. Soc. 2 nov. 2005, n° 03-47679, *RJS* 1/06, n° 54.

(36) Cass. Soc. 10 oct. 2012, n° 11-10455, *RJS* 1/13, n° 38 ; voir également Cass. Soc. 19 juin 2008, n° 07-40876, *RJS* 12/08, n° 1199.

Si, selon la jurisprudence, les horaires de travail à temps plein relèvent, en principe, du pouvoir de direction de l'employeur (2.) (37), la Cour de cassation a cependant posé des limites à ce pouvoir de direction en décidant que certaines modifications d'horaires ne peuvent pas être imposées au salarié sans son accord (1.).

1. Clauses et modifications d'horaires exclues du pouvoir de direction : l'impossibilité d'élargir ce pouvoir délimité par la jurisprudence

La jurisprudence décide que certaines modifications d'horaires ne relèvent pas du pouvoir de direction et requièrent toujours l'accord du salarié pour leur mise en œuvre. Il s'agit, notamment, des modifications suivantes : le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (38), d'un horaire de nuit à un horaire de jour (39), d'un horaire sur 4 jours à un horaire sur 5 jours (40), le passage à un horaire privant le salarié, une semaine sur deux, du bénéfice du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs (41), à un horaire privant le salarié du repos dominical (42), d'un horaire continu à un horaire discontinu (4 h 30 à 11 h 30, puis 4 h 30 à 8 h 30 et 14 h 30 à 17 h ; ou de 8 h à 15 h, puis de 11 h à 14 h et de 16 h à 20 h) (43), d'un horaire fixe à un horaire variable (7 h à 15 h, puis un cycle de cinq semaines) (44) ou d'un horaire variable à un horaire fixe (45), d'un horaire fixe et discontinu à un horaire variable et continu (8 h à 12 h et 14 h à 18 h, puis un cycle de deux semaines, une semaine 6 h à 13 h et une semaine 13 h à 20 h) (46) et, enfin, le passage partiel d'un horaire de jour à un horaire de nuit, ainsi que le passage d'un horaire fixe à un horaire variable

par cycle, peu important le caractère temporaire de la modification (47).

La doctrine analyse ces situations comme caractérisant un « *bouleversement de l'économie du contrat* », mais la Cour de cassation n'a pas donné d'explication précise dans ces arrêts. Il ressort cependant de sa jurisprudence qu'elle considère que ces modifications relèvent toujours du domaine contractuel.

Ces limites posées par la Cour de cassation ne peuvent pas être neutralisées par des clauses contractuelles de variabilité des horaires. La Cour décide qu'une telle clause ne peut pas avoir pour effet d'imposer au salarié l'une des modifications d'horaires considérées par la jurisprudence comme constitutives d'une modification du contrat :

- « *Le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour ou d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié ; que la clause contractuelle, qui se borne à rappeler la règle de droit commun selon laquelle l'employeur peut changer l'horaire de travail selon les nécessités du service, est inopérante* » (48).
- « *Le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue, nonobstant toute clause contractuelle ou conventionnelle contraire, une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié* » (49).
- « *Le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié, nonobstant une clause de variabilité d'horaires qui ne peut avoir pour effet d'imposer une telle modification* » (50).

(37) Cass. Soc. 22 févr. 2000, n° 97-44339, *Dr. Ouvrier* 2000 p.423 obs. M. Miné, *RJS* 4/00, n° 374 et Cass. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702, *RJS* 1/12, n° 10 1^{ère} espèce (horaires quotidiens) ; Cass. Soc. 27 juin 2001, n° 99-42462, *RJS* 10/01, n° 1111, 2^{ème} espèce, et Cass. Soc. 26 oct. 2004, n° 02-43164, *Legifrance* (horaires sur la semaine).

(38) Cass. Soc. 27 févr. 2001, n° 98-43783, *RJS* 5/01, n° 564 ; Cass. Soc. 22 mai 2001, n° 99-41146, *RJS* 8-9/01, n° 992 1^{ère} espèce.

(39) Cass. Soc. 18 juin 2002, n° 00-44134, *RJS* 11/02, n° 1205 ; Cass. Soc. 18 déc. 2010, n° 09-67652, inédit. Par contre, la réduction d'1 heure de la durée du travail de nuit d'une salariée, travaillant selon une durée de travail inchangée répartie entre le jour et la nuit, ne constitue pas une modification du contrat de travail : Cass. Soc. 30 mai 2012, n° 11-10087, *RJS* 8-9/12, n° 686.

(40) Cass. Soc. 23 janv. 2001, n° 98-44843, *RJS* 4/01, n° 411.

(41) Cass. Soc. 22 oct. 2003, n° 01-42651, *RJS* 1/04, n° 5.

(42) Cass. Soc. 2 mars 2011, n° 09-43223, *RJS* 5/11, n° 429 ; Cass. Soc. 18 janv. 2012, n° 10-17085, *RJS* 4/12, n° 352. Il s'agit d'une modification du contrat, peu important que l'employeur bénéficie, comme dans les deux espèces, d'une dérogation permanente et de plein droit de déroger à la règle du repos dominical (L. 3132-12, R. 3132-5 C. Trav. : hôtels, cafés et restaurants).

(43) Cass. Soc. 18 déc. 2000, n° 98-42885, *RJS* 2/01, n° 168 ; Cass. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-30033, *RJS* 1/12, n° 10 2^e esp, *Dr. social* févr. 2012, p. 151.

(44) Cass. Soc. 14 nov. 2000, n° 98-43218, *RJS* 1/01, n° 10.

(45) Cass. Soc. 24 janv. 2007, n° 05-42688, *RJS* 4/07, n° 410.

(46) Cass. Soc. 8 juill. 2008, n° 06-45769, *RJS* 11/08, n° 1075.

(47) Cass. Soc. 18 sept. 2013, n° 12-18065, *Dr. social* déc. 2013, p. 1053. Au regard de tous ces arrêts, et notamment des 4 derniers cités (concernant des horaires variables), la jurisprudence selon laquelle « *l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié* » (Cass. Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43161, *RJS* 12/10, n° 939 ; Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 12-17776, *RJS* 12/13, n° 860), qui a soulevé un tollé, s'inscrit pourtant tout à fait dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation. Voir Anja Johansson, Les accords collectifs, la loi et le contrat de travail : réflexions critiques sur leur articulation, en matière de temps de travail notamment, in Corinne Sachs-Durand (dir.), *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie - Hommage au professeur Nikitas Aliprantis*, PUS, Strasbourg 2014, pp. 187-207, plus particulièrement pp. 203-207.

(48) Cass. Soc. 5 juin 2001, n° 98-44781 et Cass. Soc. 5 juin 2001, n° 98-44782, *RJS* 8-9/01, n° 992, 2^{ème} et 3^{ème} espèces.

(49) Cass. Soc. 24 mars 2010, n° 08-43324, *Legifrance*.

(50) Cass. Soc. 22 sept. 2009, n° 08-43034, *Legifrance*.

– « *L'employeur entendait substituer à un horaire de travail de 5 heures à 13 heures un travail de 16 heures à 0 heure, en sorte qu'il devait obtenir l'accord du salarié pour cette modification du contrat de travail, nonobstant la clause de variabilité des horaires qui ne pouvait avoir pour effet de permettre à l'employeur d'imposer une telle modification* » (51).

Ces clauses sont donc sans effet et ne peuvent pas élargir le pouvoir de direction de l'employeur au-delà des limites posées par la Cour de cassation pour les modifications d'horaires. L'accord du salarié est ainsi toujours nécessaire au moment où l'employeur souhaite mettre en place une telle modification.

Il convient de remarquer que toute cette jurisprudence relative à ces limites du pouvoir de direction de l'employeur (« bouleversement » et absence d'effet des clauses contractuelles de variabilité) s'applique également en matière de temps partiel.

2. Clauses et modifications d'horaires relevant, en principe, du pouvoir de direction : une possibilité de restreindre ce pouvoir

S'agissant des autres modifications d'horaires à temps plein (hors « bouleversement ») relevant du pouvoir de direction, des clauses peuvent limiter ce pouvoir de direction, en contractualisant les horaires, comme en matière de travail à temps partiel.

Se pose alors la question de savoir dans quels cas les horaires peuvent être considérés comme contractualisés, d'une part, et quelles clauses seraient considérées comme ayant une valeur simplement « informative », d'autre part (52). Lorsque « *l'horaire prévu par l'avenant du 1^{er} février 2002 avait été convenu entre le Cabinet Montchalin et Mme X... pour respecter les désirs et obligations familiales de cette dernière, [la cour d'appel] a exactement décidé que les horaires ainsi expressément précisés et, à la demande de la salariée, acceptés par l'employeur, présentaient un caractère contractuel* » (53). Dans ce cas, la modification des horaires de travail de la salariée constituait une modification de son contrat de travail qu'elle était en droit de refuser.

La clause contractualisant les horaires a ainsi pour effet de limiter le pouvoir de direction de l'employeur.

En l'absence de clause contractualisant les horaires à temps plein, le pouvoir de direction de l'employeur n'est cependant pas sans limites. En effet, l'exercice de ce pouvoir ne doit pas être constitutif d'un abus (54). Depuis plus récemment, la Cour de cassation fait appel au respect des droits fondamentaux du salarié pour encadrer le pouvoir de direction en matière d'horaires de travail (hors « bouleversement » (55)). Dans un arrêt de principe, elle juge, en effet, que « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* » (56).

Dans un autre arrêt rendu quelques jours après, la Cour de cassation indique que, « *d'une part, les motifs invoqués par l'employeur pour justifier que le travail exercé habituellement le samedi soit avancé au mercredi n'étaient pas réels et [...], d'autre part, le directeur du magasin, beau-frère de la salariée, avait pris cette décision alors qu'il savait que le changement d'horaires était incompatible avec les obligations familiales impérieuses de cette dernière, faisant ainsi ressortir que ce changement portait une atteinte excessive au droit au respect de sa vie personnelle et familiale de l'intéressée* » (57).

Remarquons que, dans cette affaire concernant un travail à temps plein, la Cour de cassation, de manière très intéressante, recourt à la notion d'« obligations familiales impérieuses » (58) et fait ainsi le lien avec la législation sur le travail à temps partiel (59). En effet, elle relie cette notion à celle d'« atteinte excessive au droit au respect de sa vie personnelle et familiale », consacrant ainsi la prise en compte des droits fondamentaux dans la limitation du pouvoir de direction de l'employeur.

La difficulté est de connaître précisément les limites du pouvoir de direction concernant les horaires.

(51) Cass. Soc. 18 déc. 2001, n° 98-46160, *RJS* 2/02, n° 145.

(52) Voir Jean Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, *RJS* 1/04, p. 3. Voir également Jean Pélissier, La détermination des éléments du contrat de travail, *Dr. Ouvrier* 2005, p. 92.

(53) Cass. Soc. 29 avr. 2009, n° 08-40175, *RJS* 7/09, n° 604 ; voir aussi Cass. Soc. 11 juill. 2001, n° 99-42710, *RJS* 10/01, n° 1111, 1^{ère} espèce.

(54) Cass. Soc. 20 févr. 2007, n° 05-42734, *Legifrance*. En l'espèce, il s'agit bien d'un contrat à temps plein (repris après une période d'activité à temps partiel dans le cadre d'un congé parental, puis un congé parental sans activité).

(55) En effet, les cas de « bouleversement » relèvent toujours du domaine contractuel. Le pouvoir de direction ne joue pas et il n'est donc pas nécessaire de le limiter.

(56) Cass. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702, *RJS* 1/12, n° 10 1^{ère} espèce. Voir le commentaire d'Emmanuel Dockès, Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier, *Dr. social* 2012, p. 147.

(57) Cass. Soc. 8 nov. 2011, n° 10-19339, *JCP Soc.* 2012, Étude n° 1159, p. 13, avec l'étude d'Harold Kobina Gaba, Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié.

(58) Voir également Cass. Soc. 9 nov. 2011, n° 10-14587, *Legifrance*.

(59) Voir la première partie de l'étude.

Est-ce que l'on se trouve dans le cas général qui relève du pouvoir de direction (limité par l'abus et les droits fondamentaux), ou est-ce que la jurisprudence considérera qu'il s'agit d'une modification du contrat nécessitant l'accord du salarié (« bouleversement ») ?

Cette difficulté est illustrée par l'arrêt de principe déjà cité (60). En effet, dans cette affaire, travaillant sur un site du lundi au vendredi de 5 h 30 à 10 h et de 15 h à 17 h ainsi que le samedi de 7 h 30 à 10 h, la salariée avait été affectée sur deux sites selon la répartition de l'horaire de travail suivante : du lundi au jeudi de 15 h à 17 h 30 et de 18 h à 21 h, le vendredi de 12 h 30 à 15 h et de 16 h à 21 h et le samedi de 10 h à 12 h 30 et de 17 h à 20 h. La *Cour d'appel* retient que si, en principe, une nouvelle répartition du travail sur la journée ne constitue pas une modification du contrat de travail et relève du seul pouvoir de direction de l'employeur, il n'en est pas ainsi lorsque, par suite de cette nouvelle répartition, le rythme de travail du salarié est totalement *bouleversé*. Elle juge que la société a imposé à la salariée un *bouleversement* de ses conditions de travail *caractérisant une modification du contrat de travail*.

Or, la *Cour de cassation* désavoue ce choix. Alors que la *Cour d'appel* se place ainsi sur le terrain du bouleversement constitutif d'une modification du contrat, la *Cour de cassation* analyse la situation comme relevant du cas général soumis au pouvoir de direction. En effet, l'arrêt commence par l'attendu de principe énonçant que l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur, sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos. Dans cette espèce, l'horaire initial est essentiellement un horaire de jour, avec juste une demi-heure de nuit (61), et essentiellement discontinu, avec un jour continu par semaine. Et le nouvel horaire est entièrement un horaire de jour, et toujours essentiellement discontinu, simplement avec des interruptions plus courtes. Ce changement d'horaires ne constitue ainsi pas un bouleversement, mais relève du pouvoir de direction de l'employeur, limité par le respect des droits fondamentaux du salarié.

Plus particulièrement, s'agissant des *clauses* contractuelles relatives aux *horaires* de travail, la distinction entre le cas général, soumis au pouvoir de direction et limité par l'abus et les droits fonda-

mentaux, d'une part, et le cas du « bouleversement », relevant du domaine contractuel, d'autre part, est également déterminante. Dans le premier cas, les clauses contractuelles sont inutiles pour l'employeur, mais intéressantes pour le salarié, en ce qu'elles permettent de réduire le pouvoir de direction. Dans le second cas, les clauses contractuelles visant à extraire la modification du domaine contractuel pour la soumettre au pouvoir de direction sont déclarées sans effet par le juge, qui protège, par conséquent, le salarié contre un élargissement du pouvoir de direction.

Ainsi, en matière de durée et d'horaires de travail, à temps partiel comme à temps plein, des clauses contractuelles ne peuvent pas, selon la jurisprudence, élargir le pouvoir de direction de l'employeur, mais uniquement le restreindre. En effet, d'un côté, les aspects qui, selon la jurisprudence, relèvent du contrat de travail (la durée contractuelle du travail à temps plein ou à temps partiel, la répartition du travail à temps partiel [sauf clause précise], bouleversement des horaires à temps plein ou à temps partiel) ne peuvent pas être soumis au pouvoir de direction par le biais de clauses. De l'autre côté, les aspects qui, en principe, sont soumis au pouvoir de direction (les heures supplémentaires et complémentaires, les horaires de travail à temps plein [sauf bouleversement], les horaires de travail quotidiens à temps partiel [sauf bouleversement]), peuvent faire l'objet de clauses les excluant de ce pouvoir en les contractualisant.

Le juge joue ainsi un rôle très important en matière de contrôle des clauses relatives à la durée et aux horaires de travail. D'une part, s'agissant du temps partiel, il veille efficacement au respect de la législation détaillée, notamment par la sanction consistant en la requalification à temps plein. D'autre part, concernant le temps plein, il a construit un régime prétorien assez complexe, mais équilibré et essentiellement objectif, nous semble-t-il, indépendant de la volonté des parties au contrat de travail (déséquilibré...), ne permettant ainsi pas à des clauses contractuelles d'étendre le pouvoir de direction au-delà des limites fixées.

Anja Johansson

(60) Cass. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702.

(61) Depuis la loi du 9 mai 2001, l'art. L. 3122-29 C. Trav. prévoit que tout travail entre 21 h et 6 h est considéré comme travail de nuit. Une autre période de travail de nuit, comprenant l'intervalle entre 24 h et 5 h, peut être fixée par accord collectif.