



HAL
open science

Le décompte du temps de travail

Marianne Girier-Timsit

► **To cite this version:**

Marianne Girier-Timsit. Le décompte du temps de travail. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2024. Français. NNT : 2024PA100024 . tel-04637169

HAL Id: tel-04637169

<https://theses.hal.science/tel-04637169>

Submitted on 5 Jul 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marianne GIRIER-TIMSIT

Le décompte du temps de travail

Thèse présentée et soutenue publiquement le 22 mars 2024
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit privé et sciences criminelles**
de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Emmanuel DOCKÈS (Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteuse :	Mme Florence DEBORD	Professeure des universités : Université Lumière Lyon 2
Rapporteur :	M. Alexandre FABRE	Professeur des universités : Université Paris 1
Membre du jury :	M. Emmanuel DOCKÈS	Professeur des universités : Université Lumière Lyon 2
Membre du jury :	Mme Geneviève PIGNARRE	Professeure des universités : Université Savoie Mont Blanc
Membre du jury :	M. Marc VÉRICEL	Professeur des universités : Université de Saint Etienne
Membre du jury :	Mme Anja JOHANSSON	Maîtresse de conférences : Université de Strasbourg

Je tiens d'abord et avant tout à remercier Emmanuel Dockès, pour avoir accepté de diriger cette thèse. Par sa disponibilité à toute épreuve, son soutien sans faille et son inspiration permanente, il a fait plus qu'accompagner ce travail, il a permis qu'il se concrétise. Fidèle à sa Misarchie, prônant la liberté contre l'autorité, il a su m'insuffler la motivation de la recherche sans pression, et l'envie d'écrire sans contrainte.

Je tiens ensuite à remercier l'IRERP, et ses directeur·trice·s Elsa Peskine et Cyril Wolmark, et Ehlham Garrad, pour l'accueil réservé aux doctorant.es, propice à la recherche et aux discussions juridiques (ou non !). La participation au séminaire de Goutelas a représenté un moment à part, d'effervescence et de rencontres. Merci à Marie-Gabrielle Thiant pour avoir répondu à mes 30.000 mails.

J'ai eu la chance de réaliser ma Cifre à la CGT, au « DLAJ ». Merci à Anaïs Ferrer de m'avoir fait supporter la subordination, à Célia pour sa veille juridique. À Thomas d'avoir été patient. À Isabelle Meyrat et Carole Giraudet pour leur confiance et les pages proposées dans le Droit ouvrier. Un immense merci à Anne Braun pour m'avoir indiqué et ouvert la voie de ce cadre doctoral. Je lui dois ces lignes.

En ces temps où il n'en finit plus d'être attaqué, défendre le droit du travail, et le syndicalisme qui le protège et l'améliore, a eu un sens évident. En ce siècle où minuit menace, cela prend un tournant vital.

Mille mercis à mes relectrices, Cécile, Zoé, Léa, Lucie, Hélène et Oriane. Qu'elles soient assurées de ma reconnaissance et de mon affection.

Merci à mon père pour sa relecture attentive et attentionnée (seul, avec mon directeur, à avoir lu mémoire et thèse !) et à ma mère pour m'avoir encouragée à la thèse (à défaut de la lire !). Merci à mon frère et ma sœur pour leur intérêt pendant cinq ans, et pour tout le reste, inconditionnel. Merci à mes tantes pour leur soutien et à mes grands-parents pour l'été de la dernière ligne droite. Merci à Laurent et Isabelle pour le lieu de villégiature studieux et ensoleillé.

Cette thèse doit aussi à la vie qui continue, aux moments (heureusement) loin du droit et de la douce folie du doctorat. Le quotidien égayé par mes camarades cégétistes, avec une pensée particulière pour Aïda. Les mercredis soir rue de Belfort. Et puis l'amitié des plus proches, Sixtine, Antoine, Pierre et Marion.

Et puis, Quentin, improvisé juriste pendant cinq ans, lecteur assidu à la fin et Cerbère aux moments cruciaux. Son compagnonnage intellectuel, amical et amoureux appelle un remerciement à sa mesure : infini. Cette thèse s'est faite avec lui.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière
<i>BJT</i>	<i>Bulletin Joly Travail</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>c/</i>	contre
C. civ.	Code civil
CA	cour d'appel
<i>Cah. soc.</i>	<i>Cahiers sociaux du barreau de Paris (actuellement Bulletin Joly du travail)</i>
CCN	Convention collective nationale
CE	Conseil d'État
Ch. réunies	Chambre réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
circ.	circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	<i>solution contraire</i>
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
concl.	conclusions
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation

C. trav.	Code du travail
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	sous la direction de
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i>
<i>Dr. Soc.</i>	<i>Droit social</i>
éd.	Édition
et s.	et suivant(e)s
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem (même endroit)</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine Juridique – Entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine Juridique – Générale</i>
<i>JCP S</i>	<i>La Semaine Juridique – Sociale</i>
<i>Juris. soc. Lamy</i>	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
<i>Lebon</i>	<i>Recueil Lebon (Recueil des arrêts du Conseil d'État)</i>
<i>Lexbase Hebdo éd. soc.</i>	<i>Lexbase Hebdomadaire – édition sociale</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (œuvre citée)
rapp.	rapport
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
récl.	réclamation
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
Soc.	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
v.	voir

SOMMAIRE

Introduction	7
Partie 1 : La nécessité d'un décompte du temps de travail	33
Titre 1 : Le décompte du temps de travail nécessaire au suivi de l'exécution du contrat de travail	35
Chapitre 1 : Le décompte du temps de travail pour déterminer les prestations et obligations contractuelles	37
Chapitre 2 : Le décompte du temps de travail pour quantifier le salaire	103
Titre 2 : Le décompte du temps de travail nécessaire à la limitation du travail par le temps	173
Chapitre 1 : Le décompte du temps de travail pour s'assurer de la limitation du travail par le temps	175
Chapitre 2 : La fonction du décompte de limitation du travail par le temps amoindrie par le forfait jours	239
Partie 2 : L'obligation de décompter le temps de travail	293
Titre 1 : L'exécution de l'obligation de décompter le temps de travail	295
Chapitre 1 : L'exécution directe de l'obligation de décompter le temps de travail	297
Chapitre 2 : L'exécution indirecte de l'obligation de décompter le temps de travail	381
Titre 2 : L'obligation de décompter le temps de travail par le contentieux et la preuve du temps travaillé	449
Chapitre 1 : Le droit du salarié à faire valoir un décompte de son temps de travail	453
Chapitre 2 : L'obligation de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail	507
Bibliographie	577
Index alphabétique	629
Table des matières	633

INTRODUCTION

1. Dans un article paru en 1993 sur le temps et la discipline du travail, Edward P. Thomson revenait sur l'émergence du décompte du temps de travail. Il indiquait qu'une fois passée la résistance des premières générations ouvrières au décompte, les travailleurs s'en saisirent et le retournèrent contre les employeurs : « *ils apprirent leur leçon, que le temps c'est de l'argent* »¹.

Ce regard historique, un peu provocateur, illustre la tension ancienne du décompte du temps de travail, entre employeurs et travailleurs. Si ce décompte offre à l'employeur un moyen de contrôle du travail des salariés, il constitue pour ces derniers un outil objectif d'encadrement, de mesure et de limitation de leur travail. Affirmer que « *le temps c'est de l'argent* » souligne l'existence d'une conversion autour du temps de travail, à une époque où le temps s'est retrouvé réduit au salaire. Derrière le temps de travail, se jouent pourtant aussi le repos du salarié, la protection de sa santé ainsi que son temps libre et ses loisirs. La question du salaire a pu faire ombre à tous ces aspects. Mais le vent tourne. Aujourd'hui ce sont ces aspects, la santé, les congés, le temps libre, qui se mettent à leur tour à obscurcir la question de la détermination du salaire par le temps de travail. Laquelle demeure pourtant essentielle. Une autre conversion semble simultanément à l'œuvre, à côté du salaire et des rythmes de vie, le temps marquant la notion même de travail salarié. Cette bascule pourrait s'exprimer ainsi : le travail, c'est du temps.

2. Le décompte du temps de travail cherche à déterminer combien de temps a été travaillé. Il permet de quantifier le temps travaillé. Il n'est pas question ici d'un décompte qui peut être opéré *parmi les temps de travail* ; on pense notamment au décompte des heures supplémentaires. De plus, le décompte du temps de travail cherche à répondre à la question du « *combien* », et non à la question du « *quand* ». Il vise la computation des durées, non la fixation des horaires.

La question de la notion de temps de travail, si débattue, n'est pas non plus l'objet de ce travail. Pour prétendre réfléchir au décompte du temps de travail, il faut cependant s'accorder sur ce qu'on entend par là et donc *a minima* s'accorder sur une définition du temps de travail.

¹ E. P. THOMSON, *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, [The New Press, 1993], La Fabrique, 2004, p. 86.

3. Le temps de travail renvoie juridiquement au « temps de travail effectif », défini par le code du travail comme « *durée du travail effectif* »². Cette notion se construit autour d'une tension entre différentes acceptions, selon le point de vue adopté. Un article de référence, sur les "*Astreintes*" et le temps de travail, les a clairement résumées : pour l'entreprise, le temps de travail c'est le temps productif ; pour la relation employeur-salarié, c'est le temps passé à disposition de l'employeur ; pour la personne du salarié, c'est le temps contraint³.

La détermination du temps de travail effectif a fait l'objet de la thèse de Madame Anja Johansson, dont nous reprenons ici l'idée centrale selon laquelle cette détermination, traversée d'abord majoritairement par une « *logique productiviste* », pencherait désormais davantage vers « *la logique du travail au temps* »⁴.

La notion de durée du travail apparaît avec la loi du 22 mars 1841, reprise ensuite par les différentes lois de réduction du temps de travail. La « *durée du travail* » est définie pendant soixante ans dans une approche productiviste, l'ancien article L. 212-4 du code du travail disposait que « *la durée du travail s'entend du travail effectif à l'exclusion du temps nécessaire à l'habillement et au casse-croûte ainsi que des périodes d'inaction dans les industries et commerces déterminés par décret* ». Cette définition va être remise en cause notamment par l'effet du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Alors qu'elle avait repris à son compte la définition légale⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation a tenté en 1993 une nouvelle approche en considérant que doit être rémunéré comme temps de travail le temps « *pendant lequel les salariés présents étaient à la disposition de l'employeur* »⁶. Quelques mois plus tard, la directive européenne du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit « *le temps de travail* » comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* »⁷. Cette définition sera reprise à

² C. trav. art. L. 3121-1.

³ B. ACAR, G. BÉLIER, « *Astreintes* » et temps de travail, *Dr. soc.* 1990, p. 502.

⁴ Voir : A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006.

⁵ Soc. 9 janv. 1980, n° 78-41.290, *Bull.* n° 22 ; 1^{er} fév. 1989, n° 86-15.766, *Bull.* n° 88.

⁶ Soc. 31 mars 1993, n° 89-40.865, inédit.

⁷ Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

l'identique dix ans plus tard par la nouvelle directive sur le temps de travail⁸. Elle énonce ainsi trois critères cumulatifs pour qualifier le temps de travail.

Une nouvelle définition légale de la durée du travail émerge à l'occasion de la loi du 13 juin 1998, dite *Aubry I*, relative aux 35 heures. Lors des débats parlementaires, deux conceptions sont discutées, celle défendue par l'Assemblée nationale qui reprenait le critère jurisprudentiel d'être à disposition de l'employeur, et celle, plus stricte, défendue par le Sénat qui se référait aux trois critères du droit de l'Union européenne⁹. La position adoptée retient le fait d'être à la disposition à l'employeur auquel elle ajoute le fait d'être soumis au pouvoir de l'employeur. Comme le dispose l'ancien article L. 212-4 et aujourd'hui l'article L. 3121-1 du code du travail, « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». La détermination du temps de travail prend ainsi en compte la *privation de libertés*¹⁰. Comme l'a montré Madame Anja Johansson, la logique productiviste persiste par endroits. En témoigne en premier lieu le dispositif des équivalences, mais également la disqualification de temps de travail effectif d'un ensemble de temps de mise à disposition, tels les temps d'habillage¹¹, et, de façon plus nuancée, les temps d'astreinte¹².

Toutefois, au-delà de ces nuances, il apparaît préférable de retenir comme définition du temps de travail, le temps de mise à disposition et de soumission au pouvoir de l'employeur, c'est-à-dire comme le temps de privation de libertés. C'est cette notion que retient la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹³. C'est elle encore qui est centrale

⁸ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

⁹ G. BÉLIER, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *Dr. soc.* 1998, p. 530.

¹⁰ Sur le temps de travail effectif : grands arrêts du droit du travail : « *aussi vaine est la quête d'on ne sait quelle effectivité du travail, aussi instructive est l'attention portée à l'entrave que l'organisation apporte à l'autonomie de la personne du salarié* » (J. PÉLISSIER, A. TROLONG, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz 2008, p. 289).

¹¹ Sur les temps de trajet : la loi du 18 janvier 2005 qui a défini la nature juridique des temps de trajet et de déplacement. La loi du 8 août 2016 a intégré les règles existantes, d'origine légale ou jurisprudentielle, dans la nouvelle structure du code du travail.

¹² V. Paragraphe 366 et s.

¹³ Cette position ressort particulièrement de la jurisprudence relative aux périodes de garde, dans laquelle la CJCE considère clairement que le temps de travail est le temps de mise à disposition de l'employeur,

dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴. C'est à elle, enfin, que correspond la lettre du code du travail. Aussi est-ce celle que nous retenons pour parler du temps de travail, sans ignorer les nuances et exceptions qui, ci et là bousculent les frontières de la notion¹⁵, mais sans non plus nous y attarder davantage. Ce sont le rôle, l'intérêt et la place du décompte du temps de travail, de ce temps de travail, que nous interrogeons. La notion de temps de travail ne prendra place dans étude notre qu'indirectement, lorsque celle-ci influe sur les débats directement liés à nos interrogations, que nous retenons pour parler du temps de travail.

4. Pour approcher les enjeux autour du décompte du temps de travail, il est intéressant d'élargir l'angle de vue. Il est d'abord instructif de revenir sur l'avènement du décompte, lorsque le temps s'est mis à être mesuré puis à mesurer et quantifier le travail (A). Il est utile ensuite de décrire le contexte temporel du décompte du temps de travail, c'est-à-dire avec quelles normes du temps de travail le décompte doit désormais de plus en plus composer (B). Cela permettra enfin de questionner l'existence d'une crise du décompte du temps de travail. Aux interrogations autour de son utilité, nous proposerons une conception affirmée et essentielle du décompte du temps de travail, qu'il s'agira d'interroger et de vérifier dans le corps de cette thèse (C).

A- L'AVÈNEMENT DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

5. Pour que le décompte du temps de travail puisse advenir, il a d'abord fallu que le temps soit mesuré. Une telle mesure ne va pas de soi. Pour émerger, la mesure du temps a dû être recherchée, c'est-à-dire répondre à des besoins, puis mise en place à l'échelle de la société et

indépendamment de périodes d'inaction (CJUE 3 oct. 2000 *SIMAP*, C-303/98 ; CJUE 9 sept. 2003 *Jaegger*, C-151/02).

¹⁴ V. not., avant même la loi « Aubry I » de 1998 : Soc. 28 oct. 1977, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1998, p. 15 ; 3 juin 1998, note A. JEAMMAUD, *Dr. soc.* 1998, p. 744. Pour un arrêt ancien : Soc. 28 fév. 1962, *Bull.* n° 231. V. aussi Soc. 29 juin 1999, *Bull.* n° 307 ; 2 avril 2003, obs. P. WAQUET, *Dr. soc.* 2003, p. 62 ; 31 janv. 2006, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2006, p. 34.

¹⁵ Sur les débats doctrinaux relatifs à la notion de temps de travail, v. not. A. JEAMMAUD, Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation, *Dr. soc.* 1998, p. 744 ; G. BÉLIER, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *Dr. soc.* 1998, p. 530 ; S. TOURNAUX, Les temps périphériques au temps de travail, *Dr. soc.* 2019, p. 634.

de l'entreprise (1). Le temps mesuré, le décompte du temps de travail s'installe, en poursuivant un double objectif de mesurer le travail et de le quantifier par le temps (2).

1- L'émergence de la mesure du temps

6. Le temps a très tôt été mesuré. Aux temps industriels, étroitement mesurés et synchronisés, ont précédé des temps préindustriels, déjà marqués par une mesure humaine. Du temps de l'Église au temps des marchands, le temps devient progressivement une véritable grandeur de mesure (a). Ce besoin de mesurer le temps appelle un outil. C'est l'arrivée de l'horloge, passant des clochers des églises à ceux des beffrois avant de se populariser avec sa version miniature, la montre (b).

a- L'existence de temps préindustriels

7. Dans un schéma classique, les rythmes du temps industriel sont clairement opposés aux rythmes de travail naturels qui n'auraient été orientés que par la durée des tâches¹⁶. L'époque industrielle serait marquée par la synchronisation du temps de travail, au diapason d'un travail mécanisé, au contraire d'une époque rurale, féodale et agricole soumise à d'autres rythmes que ceux scandés par l'horloge. Un ouvrage récent sur les *Rythmes du labeur* ambitionne de remettre en cause ce schéma de la durée du travail. Il entend notamment démontrer que le travail n'a pas attendu la révolution industrielle pour respecter des *horaires*, au-delà des repérages naturels¹⁷. Au contraire d'une vision monolithique de l'époque préindustrielle, un ensemble de situations et d'activités professionnelles connaissaient déjà des pressions temporelles. Se démarquant de la démarche statistique, les auteurs multiplient les exemples de manufactures ou fabriques qui contredisent l'idéalisation d'un travail orienté par la tâche¹⁸, soumis aux seuls rythmes diurnes et saisonniers. Le temps, comme mesure humaine, imposait

¹⁶ E. P. THOMSON, *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, [The New Press, 1993], La Fabrique, 2004, p. 34.

¹⁷ C. MAITTE, D. TERRIER, *Les rythmes du labeur. Enquêtes sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècle*, coll. « Travail et Salariat », La Dispute, 2020 ; sur cet ouvrage : L. MACHU, Le travail traversé par le temps, *RDT* 2022, p.501.

¹⁸ *Contra* E. P. THOMSON, *op. cit.*, p. 37 : le temps « orienté par la tâche » serait « plus compréhensible, humainement parlant, que le travail mesuré en unités de temps », et « dans une communauté réglée sur l'orientation par la tâche, la sphère du "travail" semble moins nettement dissociée de la sphère de la "vie" ».

sa marque bien avant la fin du XVIII^{ème} siècle, commandant des délais d'exécution et exigeant une coordination des tâches¹⁹ ; certaines professions particulières allaient même jusqu'à édicter des horaires précis²⁰.

8. « *Le temps de l'Église* »²¹ est le premier à structurer les activités au-delà des contraintes qui leur sont attachées²². Au « *temps chrétien* » réglé sur le Soleil²³, le « *temps féodal* » intègre dès le VII^{ème} siècle la notion d'emploi du temps, plus régulier, notamment du fait de la place grandissante du monachisme au sein de l'Église²⁴. Avec la révolution commerciale du XI^{ème} au XIII^{ème} siècle, « *le temps des marchands* » apparaît et s'impose. Le développement du commerce, sa mise en réseaux ainsi que le rôle centralisateur des villes exigent davantage de rationalisation de la mesure du temps²⁵, de rigueur et de constance²⁶. Le temps devient à proprement parler une *unité de mesure*, dépassant le seul enjeu du rythme. « *Temps du gain* », il permet alors de « *mesurer les activités pour établir le prix des choses* »²⁷. Dès le XII^{ème} siècle et plus nettement au XIV^{ème}, l'action de mesurer le temps s'installe. « *L'homme de la ville* » mesure le temps du travail – le temps des travailleurs –, le temps du commerce – des

¹⁹ C. MAITTE, D. TERRIER, *op. cit.*, p. 47.

²⁰ Édit royal du 4 février 1567 qui fixe les horaires et l'amplitude maximale de travail de plusieurs professions (maçons, tailleurs, etc.), voir M. BAULANT, Le salaire des ouvriers du bâtiment à Paris, de 1400 à 1726, *Annales* 1971, 26-2, p. 463.

²¹ J. LE GOFF, « L'occident médiéval et le temps », dans *Un autre Moyen-Âge*, Gallimard, 1999, p. 411.

²² G. TIMO, *La désynchronisation des temps professionnels : vers un nouvel ordre temporel ?* Université Toulouse II, 2017, p. 45 ; H. HUBERT, Etude sommaire de la représentation du temps dans la religion et dans la magie, *Annales de l'École pratique des hautes études*, 1904, p. 1.

²³ J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, [1956], 9^e éd, coll. « Que sais-je », PUF, 2001, p. 103.

²⁴ J. LE GOFF, *op. cit.*, 1999, p. 410.

²⁵ J. LE GOFF, *op. cit.*, 2001, p. 103 (« mesurer le temps devenait pour le marchand une nécessité alors que l'Église, attentive à l'éternel, s'y révélait maladroite ») ; *Pour un autre Moyen-Âge : temps, travail et culture en Occident*, Gallimard, p. 57.

²⁶ P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012, p. 13.

²⁷ J. THOEMMES, *Vers la fin du temps de travail*, PUF, 2000, p. 12.

transports, embarquements et débarquements – ou encore le temps de l'économie – le temps des intérêts du capital²⁸.

b- L'horloge comme outil de mesure

9. La mesure du temps, et notamment du temps de travail, a eu besoin d'un *outil*. L'émergence des outils de mesure du temps, leur diffusion et leur généralisation se comprennent au regard du contexte dans lequel ils s'inscrivent et à l'aune des besoins qu'ils visent à satisfaire²⁹. Certains n'hésitent pas à définir « *l'histoire de la modernité occidentale* » comme « *celle de la montée en puissance d'une représentation dominante du temps, le temps des horloges* »³⁰. Alors que les cloches des églises sonnent pour annoncer les prières et dicter le rythme monacal, elles se mettent à résonner jusque dans la société civile³¹. Hormis en Italie et en Europe du Nord où des « *cloches spéciales* » tintent dès le XIII^{ème} siècle³², l'horloge s'installe réellement en France à partir du XIV^{ème}, les cloches en haut des beffrois concurrençant désormais celles des églises³³. La place de l'horloge, et la fonction qu'elle remplit, progresse en relation étroite avec les besoins de l'époque marqués par toujours plus de précision. Un tournant se dessine avec la « *révolution des transports* » qui bouleverse « *l'espace-temps* »³⁴. Alors que la « *cadence du pas* » avait déjà cédé devant la « *cadence du*

²⁸ J. LE GOFF, *op. cit.* 1999, p. 412. Dans un autre ouvrage, l'auteur nuance l'éloignement des campagnes. En interconnexion avec les villes, elles sont touchées par ces évolutions bien que ces dernières ne s'imposent pas immédiatement ni directement dans leurs rythmes propres (J. LE GOFF, *op. cit.*, 1956, p. 51 et s.).

²⁹ Voir J. LE GOFF, *op. cit.*, 1977, p. 67 (et plus spécialement la partie « Au Moyen-Âge : temps de l'Église et temps du marchand ») : il explique à propos de l'horloge que l'histoire des techniques ne suffit pas à expliquer le passage du temps médiéval au temps moderne, l'histoire sociale et culturelle compte tout autant voire davantage.

³⁰ P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *op. cit.*, p. 5.

³¹ J. LE GOFF, Au Moyen Âge : temps de l'Église et temps du marchand, *Annales* 1960, pp. 417-433.

V. aussi D.S. LANDES, L'heure qu'il est. Les horloges, la mesure du temps et la formation du monde moderne, résumé par C. Cardinal (C. Cardinal, D.S Landes, L'heure qu'il est (...), *Artefact* 7, 2018, p. 294).

³² C. MAITTE, D. TERRIER, Conflits et résistances autour du temps de travail avant l'industrialisation, *Temporalités* 2012, 16.

³³ Voir J. LE GOFF, *Pour un autre Moyen-Âge : temps, travail et culture en Occident*, Gallimard, 1991, p. 422 : en 1335 Philippe VI autorise le maire d'Amiens à faire pendre au beffroi.

³⁴ C. STUDENY, « La révolution des transports et l'accélération de la France (1770-1780) », dans *De l'histoire des transports à l'histoire de la mobilité*, M. FLONNEAU, V. GUIGENO (dir.), coll. « Histoire », Presses Universitaires de Rennes, 2009, p. 117, et p. 127 : en 1842, on décide d'élaborer un vrai réseau ferroviaire en

trot »³⁵, l'arrivée du chemin de fer décuple l'accélération des rythmes et impose une précision d'une qualité nouvelle³⁶. Au travail qui s'industrialise, les cloches et les amendes liées à la violation des horaires se développent à partir du XVIII^{ème} siècle, avant d'être généralisées à la fin du XVIII^{ème} et au début du XIX^{ème}³⁷.

10. La capacité à mesurer le temps offre un bien considérable : la *maîtrise* du temps. À ce titre, elle n'échappe pas aux enjeux de pouvoir et de distinction sociale³⁸. Réservée un temps à une classe sociale élevée, la montre se popularise par la suite, telle une horloge miniature individuelle³⁹ répondant à l'exigence d'une synchronisation entre les travailleurs⁴⁰. De l'édit de Charles V en 1370, qui fixe toutes les horloges de Paris sur celle du Palais royal⁴¹, à 1891, où l'heure parisienne s'impose dans toute la France, c'est bien la synchronisation qui est toujours recherchée. La place centrale de l'horloge et sa fonction synchroniseuse en font pour certains, évinçant presque la machine à vapeur, « *la machine-clé de l'âge industriel moderne* »⁴².

France, composé de 9 grandes lignes reliant Paris aux frontières continentales et au littoral.

³⁵ *Ibid.*, p. 121 : en France, les premières diligences apparaissent en 1776.

³⁶ C. STUDENY, L'emprise de l'heure, *Romantisme* 2016/4 n° 174, p. 10, et spéc. p. 18.

³⁷ T. GAUDIN, Les métamorphoses du futur : essai de prospective technologique, *Economica*, p. 169.

³⁸ Sur le lien entre rythmes et pouvoir : voir là-dessus P. MICHON, « Rythme et sociologie : une introduction », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 48. Il renvoie notamment aux cours de Roland Barthes au Collège de France, selon qui « *il existe un lien consubstantiel entre pouvoir et rythme. Ce que le pouvoir impose avant tout, c'est un rythme* ».

V. aussi L. SERVEL, « Temps, travail et organisations », dans *Sociologie du monde du travail*, N. ALTER (dir.), PUF, 2012, p. 330 : « *la dimension temporelle est une condition nécessaire pour qu'une relation de pouvoir puisse se développer, (...) c'est aussi une ressource* ».

³⁹ G. TIMO, *La désynchronisation des temps professionnels : vers un nouvel ordre temporel ?* Université Toulouse II, 2017, p. 61 : les horloges se miniaturisent et la montre se démocratise ainsi fin XVIII^{ème} siècle.

⁴⁰ E. P. THOMSON, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ C. MAITTE, D. TERRIER, Conflits et résistances autour du temps de travail avant l'industrialisation, *Temporalités* 2016, 16.

⁴² L. MUMFORT, *Technique et civilisation*, [1934], coll. « Eupalinos », Parenthèses, 2016, p. 37.

2- L'installation du décompte du temps de travail

11. Le décompte du temps de travail procède d'abord des besoins industriels de mesurer le travail par le temps, tant par les exigences liées aux machines que par la discipline temporelle recherchée (a). Il répond ensuite à la préoccupation de quantifier le travail par le temps. Préexistante au moment industriel, c'est l'industrialisation et la construction du droit du travail qui appellent le plus à ce que le travail devienne quantifiable objectivement. Le temps répond à cette demande, et devient une valeur d'échange (b).

a- Les besoins industriels de mesurer le travail par le temps

12. La révolution industrielle influe sur la conception de la mesure du temps de travail. La généralisation de la mesure temporelle sert des nouveaux besoins liés à l'industrialisation. L'obsession du temps s'explique notamment par la volonté patronale de ne surtout pas en gaspiller, avec des machines à rentabiliser et des coûts de démarrage et d'arrêt élevés, allongeant par ailleurs la durée journalière de fonctionnement de l'usine⁴³. Au besoin de *synchronisation*, c'est-à-dire que les actions se produisent *en même temps*, l'industrialisation ajoute celui de *coordination*⁴⁴, c'est-à-dire que différentes actions puissent *s'agencer* entre elles.

13. Le monde industriel souhaite également discipliner ses travailleurs, et la rigueur temporelle y participe fermement. Empreints d'idées reçues réactionnaires et puritaines sur l'utilisation du temps par les classes populaires⁴⁵, des arguments moraux sont d'abord invoqués⁴⁶, avec en première ligne le combat contre l'oisiveté. Dès le début du XVII^{ème} siècle, et au XIX^{ème} en France, des fiches horaires sont tenues, parfois à la minute près⁴⁷. Jusqu'au

⁴³ E. P. THOMSON, *op. cit.* pp. 37-47.

⁴⁴ Voir par exemple P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012, p. 5.

⁴⁵ Voir par exemple G. GRAUX, *Le contrôle de la durée du travail dans les établissements industriels*, thèse Paris, 1909, p. 4.

⁴⁶ W. GROSSIN, *La création de l'inspection du travail*, L'Harmattan, 1992, p. 139 et s. : à propos des débats parlementaires de 1881 à 1892, l'auteur souligne que le « *recours aux valeurs* » n'est pas l'apanage de la droite mais se partage dans l'hémicycle, les arguments variant évidemment selon les revendications.

⁴⁷ E. P. THOMSON, *op. cit.*, p. 65.

début du XX^{ème} siècle, ce sont les patrons qui bataillent pour imposer des horaires collectifs⁴⁸, adéquats à la structure industrielle et économique de l'époque et commodes pour contrôler les ouvriers. Penseur incontournable de la discipline, Michel Foucault identifie les « *sociétés disciplinaires* » à partir d'un modèle triptyque : concentrer, répartir dans l'espace, ordonner dans le temps⁴⁹.

La discipline temporelle au travail prend un tournant radical avec Frederick Taylor. Ingénieur américain, Taylor constate que les ouvriers pratiquent « *la flânerie systématique* », perdant alors énormément de temps. Il reconnaît que cette attitude est cohérente avec l'intérêt matériel des travailleurs, adaptant leur allure à ce qu'ils considèrent correspondre au niveau de leur rémunération⁵⁰. Cette marge de manœuvre dans l'organisation de leur travail est notamment permise par le fait qu'il s'agit d'ouvriers de métier qui surpassent largement le patron dans la maîtrise du travail. Afin d'empêcher une telle autonomie dans le travail, des ingénieurs sont mobilisés pour observer, chronométrer et analyser comment travaillent les ouvriers. Le chronomètre permet d'organiser l'accélération des cadences⁵¹. Est mise en œuvre ce qu'on va appeler une « *organisation scientifique du travail* »⁵². Le résultat certain est que les ouvriers se retrouvent dépossédés de la maîtrise de leur travail. Au taylorisme, Henri Ford ajoutera les principes de standardisation des pièces et d'extrême division de travail, ce qui va caractériser le « *travail à la chaîne* »⁵³. Dans cette organisation du travail, le temps est donc

⁴⁸ P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *op. cit.*, 2012, p. 76 ; P. ROLLE, « Les temps du travail et le travail du temps. Réflexions sur l'objet de la sociologie du travail », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 25.

⁴⁹ G. DELEUZE, Post-scriptum sur les sociétés de contrôle, *L'autre journal* n° 1, mai 1990.

⁵⁰ D. LINHART, *L'insoutenable subordination des salariés*, Erès, 2021, p. 38.

⁵¹ D. LINHART, A. MOUTET (dir.), *Le travail nous est compté. La construction des normes temporelles du travail*, La Découverte, 2005, p. 24 ; idée aussi développée dans : A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999), p. 88 (sur le contrôle de la productivité permis par le décompte du temps). *Contra* M. LALLEMENT, *Le travail sous tensions ?* Sciences Humaines Éditions, 2010, p. 59 : l'auteur nie l'objectif du taylorisme de rationaliser et de gagner en performance.

⁵² D. LINHART, *ibid.*, p. 39: cela consiste à « *décomposer les métiers en tâches élémentaires, répétitives, pour en faire un travail en miettes que les ouvriers devront exécuter selon des prescriptions, modes opératoires extrêmement détaillés et contraignants* ».

Dite scientifique, cette « organisation » peut être décrite comme scientifique en ce qu'elle est présentée comme « neutre », suffisante et œuvrant nécessairement pour « l'intérêt de la société ».

⁵³ Voir par exemple P. DOCKÈS, Les recettes fordistes et les marmites de l'histoire (1907-1993), *Revue*

scrupuleusement décompté, au service des besoins de l'industrie et de la discipline qui l'accompagne.

b- La préoccupation de quantifier le travail par le temps

14. La préoccupation de quantifier le travail a précédé le moment industriel. Dès le XV^{ème} siècle, Saint Thomas d'Aquin instille la notion de « *juste salaire* »⁵⁴. Elle sera mobilisée deux cents ans plus tard dans les savants calculs opérés par Vauban dans l'optique d'estimer « *une norme de travail quotidien qui servirait d'étalon pour calculer le juste prix du travail* »⁵⁵. S'éloignant de la doctrine chrétienne, l'idée ambitionnée est notamment de trouver le « juste prix » pour inciter les travailleurs à travailler mieux et plus⁵⁶. La volonté va être d'établir comme base de calcul ce que chacun, ou plutôt *un homme moyen*, peut faire dans une journée. Une fois calculée la masse de travail réalisable dans un certain temps, l'élaboration d'un salaire au rendement basé sur ces données permet à la fois de motiver le travailleur et de sécuriser l'employeur⁵⁷. Cette approche gestionnaire a même mené, non sans provocation, à présenter Vauban comme un ancêtre de Taylor⁵⁸.

15. Mais c'est avec l'ère industrielle, et la nouvelle économie salariale qui en découle, que la mesure par le temps va s'avérer particulièrement intéressante. En effet, avec elle, le travail devient *quantifiable objectivement*. Une heure de travail d'un travailleur *vaut* la même chose qu'une autre heure de travail du même ou d'un autre travailleur. Monsieur Alain Supiot relie ce « *mouvement d'abstraction (...) aux exigences de la quantification, exigences*

économique 1993, p. 485.

⁵⁴ Voir par exemple S. FREMEAUX, C. NOËL-LEMAITRE, Qu'est-ce qu'une juste rémunération ? Ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin, *Management & Avenir* 2011/8, n° 48, p. 76.

⁵⁵ M. VIROL, « La mesure du travail et sa juste rémunération dans les chantiers des places fortes de Louis XIV », dans *Le temps de travail en longue durée. Normes, pratiques, évolutions (XIV^e-XIX^e siècle)*, C. MAITTE, D. TERRIER (dir.), Presses Universitaires de Rennes, 2014, p. 296.

⁵⁶ C. MAITTE, D. TERRIER, *op. cit.*, 2020, p. 312.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 316.

⁵⁸ F. GERBER, C. ASSENS, De Vauban à Taylor : une approche historique sur la méthode de calcul des coûts du travail, *Revue internationale des sciences de l'organisation* 2020, p. 105.

caractéristiques de l'économie de marché »⁵⁹. Autrement dit, la quantification temporelle du travail instaure une valeur d'échange simple et objective⁶⁰.

16. Cette commensurabilité du travail fait l'objet de diverses critiques. Elle rend parfois perplexe le sociologue⁶¹, quant à cette idée de pouvoir représenter le travail comme un bien mesurable en temps. Elle peut pousser le juriste à la résignation⁶², admettant que si le temps n'est rien en soi, il demeure un contenant palliatif de la trop difficile mesure de la charge réelle du travail. Mais, dépassant ces critiques, la quantification du travail par le temps s'est manifestement imposée, dans la sphère économique du travail et comme mécanisme juridique essentiel à l'élaboration du droit du travail moderne. Dans cette conception économique et juridique, le temps est utilement décompté, au service de la quantification objective du travail et de la détermination d'une valeur d'échange de celui-ci.

B- LE CONTEXTE DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

17. Dans le modèle fordiste, qui a imposé sa norme temporelle pendant plusieurs décennies, le décompte est facilité par la régularité du temps de travail et la nature collective des horaires (1). Progressivement, cette norme est diluée par l'effet de plusieurs dynamiques menant toutes au développement de la flexibilité du temps de travail, susceptible de compliquer le décompte (2).

1- La norme temporelle fordiste : le décompte facilité au prix de l'aliénation

18. La norme temporelle fordiste rythme une grande partie du XX^{ème} siècle. S'étirant des années 1930 jusqu'en 1980⁶³, c'est autour des années 1950 à 1970 qu'elle s'impose comme une *référence*⁶⁴. Norme⁶⁵ ou « *convention sociale de disponibilité temporelle* »⁶⁶, elle associe

⁵⁹ A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. soc.* 2000, p. 131.

⁶⁰ A. SUPIOT, *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que sais-je », La Découverte, 2019, p. 106.

⁶¹ F. VATIN, « Le temps mesure-t-il le travail ? Propos épistémologiques », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 62.

⁶² G. LYON-CAEN, Considérations intempêtes sur le temps, *Dr. soc.* 2000, p. 236.

⁶³ F.-X. DEVETTER, Vers une nouvelle norme des temps de travail ? Temps subis ou temps choisis ? *Formation Emploi* 2002, n° 78, p. 53.

⁶⁴ F.-X. DEVETTER, F. DE CONINCK, Une transformation des temps de travail, *Temporalités* 2012, en ligne.

une conception dominante du temps social, un État central qui vise à la faire appliquer et des aspirations populaires à la synchronisation des activités sociales⁶⁷. Concrètement, elle est définie par des durées assez stables et une séparation stricte entre temps de travail et hors travail. Les travailleurs sont en principe soumis à l'horaire collectif, régulier, avec les heures de début et de fin de la journée de travail connues et identifiables.

Aux côtés du principe de la durée légale et de la garantie de temps de repos, le modèle de l'horaire collectif a pu être désigné comme un véritable « *rouage constitutif de "l'horloge sociale"* »⁶⁸. La discipline temporelle y remplit son rôle, facilitant le contrôle patronal du respect des horaires.

19. De telles caractéristiques simplifient le décompte du temps de travail. Les travailleurs « pointent » à leur entrée dans les lieux de travail, aux pauses et à leur sortie. Le travail est principalement industriel et le temps derrière les machines est du temps de travail effectif. Néanmoins, un tel cadre revêt un aspect disciplinaire très fort. Les travailleurs sont enfermés dans un *espace-temps*⁶⁹. Cette discipline joue aussi sur les corps, asservis au respect des cadences. Le contrôle temporel, induit directement par le modèle fordiste, participe au *pouvoir* de l'employeur. Sa rigidité empêche également toute liberté et marge de manœuvre vis-à-vis de l'emploi du temps, même si ces dernières sont parfois prises par les travailleurs d'une façon transgressive⁷⁰.

⁶⁵ Définition d'une norme par trois dimensions : norme sociale comme des manières de faire, d'être et de penser, qui sont socialement sanctionnées, norme juridique qui se présente comme un ensemble de prescriptions et d'interdictions qui sont institutionnellement sanctionnées, norme statistique qui enregistre la diffusion et la régularité des pratiques sociales (P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012, p. 78).

⁶⁶ F.-X. DEVETTER, *op. cit.*, 2002, p. 53.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz, 2008, p. 869.

⁶⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, coll. « Tel », Gallimard, 1975, p. 172.

⁷⁰ J. LE GOFF, *L'occident médiéval et le temps*, p. 415 : l'horloge est au pouvoir des patrons, les travailleurs luttent notamment par des grèves et par des retards organisés. V. aussi D. LINHART, *L'insoutenable subordination des salariés*, Erès, 2021.

2- La remise en cause de la norme temporelle fordiste : le décompte compliqué comme prix d'une libération ?

20. Comme l'analyse dès 1999 le rapport *Au-delà de l'emploi*, la remise en cause du système industriel s'illustre par une individualisation et une hétérogénéisation du temps de travail⁷¹, menant à sa variabilité (a). S'y ajoute toute une rhétorique promouvant l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, menant à une responsabilisation des salariés dans leur travail et l'organisation de leur temps (b). Ces deux phénomènes renversent la norme temporelle fordiste de régularité et d'encadrement collectif du temps de travail, influant sur la mise en œuvre du décompte du temps de travail.

a- Processus d'individualisation et variabilité du temps de travail

21. Dès la fin des années 1960, l'avènement des horaires variables ouvre une brèche dans la conception fordiste de l'organisation du temps de travail⁷². Initiés au début des années 1970 et légalisés par la loi du 27 décembre 1973, les « *horaires individualisés* » permettent aux salariés de déterminer librement le début et la fin de leur journée de travail⁷³. Revendiqué par les employeurs et souhaité par une partie des salariés, le dispositif n'a cependant pas connu le succès attendu, trop confronté au principe de l'horaire collectif⁷⁴. Cette dimension individuelle des années 1970, que certains nommeront la « *révolution du temps choisi* »⁷⁵, fait place à partir des années 1980 à une approche collective consacrant réellement le *renversement de la norme fordiste*⁷⁶ ; d'abord choisie, la variabilité devient vite imposée⁷⁷.

⁷¹ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999) ; A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947.

⁷² Une ordonnance du 27 sept. 1967 permet à des accords étendus de déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs prévus par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936.

⁷³ S. FOLGRINGER-FOUCAULT, *L'aménagement du temps de travail : contribution aux rapports entre l'individuel et le collectif*, thèse Paris X – Nanterre, t. I, p. 170.

⁷⁴ F. DE CONINCK, C. GUILLOT, L'individualisation du rapport au temps. Marqueur d'une évolution sociale, *Interrogations* 2007, n° 5, nov. 2017 ; A. JEAMMAUD, Le temps de travail effectif entre jurisprudence et législation, *Dr. soc.* 1998, p. 744 ; J.-E. RAY, La flexibilité du temps de travail, *RIDC* 1/1990, p. 185.

⁷⁵ V. not. *La révolution du temps choisi*, coll. « Echange et Projets », Albin Michel, 1980.

⁷⁶ B. ACAR, G. BÉLIER, « Astreintes » et temps de travail, *Dr. soc.* 1990, p. 502.

⁷⁷ Revenant sur ce processus d'individualisation du temps de travail, Monsieur Patrice Adam distingue quant à

22. La multiplication des dispositifs de modulation engendre « *une véritable déconstruction du droit de la durée du travail* »⁷⁸. Cette déconstruction s'opère par deux mouvements parallèles : la flexibilisation du droit du temps de travail et la décentralisation de l'élaboration de la norme.

Du côté de la flexibilisation, la façon la plus classique de faire varier les horaires est le recours aux heures supplémentaires, qui n'a eu de cesse d'être favorisé par la multiplication et la souplesse des dispositifs d'aménagement du temps de travail. Consacrée à partir de 1982⁷⁹ et consolidée par la réforme des 35 heures de 1998 et 2000, l'économie à l'œuvre est d'abord celle d'une réduction du temps de travail en échange d'une flexibilisation de la durée du travail⁸⁰. Une décennie plus tard, la recherche d'une réduction du temps de travail semble abandonnée en faveur du fameux « *travailler plus pour gagner plus* »⁸¹. Se succèdent, de façon « *stroboscopique* »⁸², l'augmentation du contingent d'heures supplémentaires, la monétisation du temps de repos⁸³, le développement des conventions de forfait jours et, plus

lui ces deux moments à partir de ce qui motive l'individualisation du temps de travail. Selon l'auteur, s'il s'est agi dans un premier mouvement d'offrir au salarié une certaine maîtrise sur son temps de travail, le second mouvement aurait cherché à faire échapper le salarié à l'horaire collectif (P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. « Bibliothèque de droit social », LGDJ, 2005, p. 238).

⁷⁸ J. FREYSSINET, *Le temps de travail en miettes. Vingt ans de politique de l'emploi et de négociation collective*, Éd. de l'Atelier, 1997, p. 247). V. aussi A. JOBERT, La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982, *Dr. soc.* 2010, p. 367.

⁷⁹ Ordonnance du 16 janvier 1982 (39 heures et principe d'annualisation de la durée du travail) ; loi n° 86-280 du 28 février 1986 (réduction du temps de travail en échange d'une modulation du temps de travail sous forme d'annualisation rendue possible par accord collectif étendu) ; loi n° 87-423 du 19 juin 1987 (réduction du temps de travail comme contrepartie à la modulation devient facultative).

⁸⁰ J. FREYSSINET, L'évolution du temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux, *Dr. soc.* 1998, p. 752. V. aussi A. JOBERT, La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982, *Dr. soc.* 2010. 367 ; J. PÉLISSE, À la recherche du temps gagné. Les 35h entre perceptions, régulations et intégrations professionnelles, *Travail et Emploi* 2002, p. 7.

⁸¹ Slogan de campagne de 2007 du candidat Nicolas Sarkozy. Sur l'enchaînement dans le temps de la logique de réduction de la durée du travail, création d'emploi et flexibilité voir J. FREYSSINET, *op. cit.*, p. 18.

⁸² E. DOCKÈS, Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 835.

⁸³ V. not. : F. FAVENNEC-HÉRY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33 ; F. MOREL, Repos ou argent ? Un arbitrage variable dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2005, p. 625 ; M. VÉRICEL,

largement, la généralisation de l'aménagement du temps de travail⁸⁴.

L'aménagement du temps de travail fait aussi l'objet d'une opération de décentralisation⁸⁵, parachevée par la loi du 8 août 2016⁸⁶. Elle amplifie la déréglementation au profit de l'accord collectif d'entreprise⁸⁷. Cette décentralisation, qui permet à la règle d'être fixée là où le pouvoir patronal s'exerce avec le plus de force, flexibilise d'autant plus la durée du travail.

23. Ces évolutions juridiques s'inscrivent dans un ensemble plus général de mutations. L'économie se tertiarise, intégrant la logique de services et les exigences de réactivité qui l'accompagnent. De son côté, la financiarisation renforce les mécanismes de court terme. La mondialisation alimente, quant à elle, les mécanismes de concurrence et de compétitivité. Le temps de travail des salariés doit s'ajuster aux besoins du marché qui deviennent plus fluctuants et aléatoires⁸⁸. Au niveau de l'organisation du travail, un nouveau modèle se développe dans les années 1980. Né au Japon dans les années 1960 au sein de l'entreprise

La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? *RDT* 2008, p. 574.

⁸⁴ La loi de 2009 unifie les dispositifs d'aménagement du temps de travail (Cycle, modulation, JRTT, temps partiel modulé). Au moyen de combinaisons modulatoires, l'employeur peut « modifier les horaires de fond en comble », alors que « ce pouvoir se ramenait antérieurement à la liberté de choisir entre les 3, puis 5 modèles offerts par la loi » (F. GAUDU, F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2018, p. 162).

⁸⁵ Ordonnance de 1962 qui permet à un accord collectif étendu de faire varier la durée du travail ; annualisation du temps de travail par accord d'entreprise (Loi quinquennale du 20 déc. 1993) ; « dérogeabilité » à l'accord de branche (Loi du 4 août 2004), puis sans possibilité de « verrouillage » (Loi du 20 août 2008) ; autorisation de la mise en place d'un aménagement du temps de travail par seule décision unilatérale de l'employeur (Loi du 20 août 2008). Voir dessus : F. BERGERON-CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, *Dr. soc.* 2010, p. 379. V. aussi E. DOCKÈS, Le pouvoir dans les rapports du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620 ; G. PIGNARRE, M. VÉRICEL, Temps de travail : à la recherche d'un véritable équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés, *Dr. soc.* 2016, p. 525.

⁸⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁸⁷ F. BERGERON-CANUT, *op. cit.*, 2010 ; P. LOKIEC, La « modulation » du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 957 ; M. GRÉVY, Où en est le temps de travail ? *Dr. ouvrier* 2009, p. 196 ; M. VÉRICEL, *RDT* 2008, p. 574.

⁸⁸ Sur l'ensemble de ces mutations : M. LALLEMENT, *Le travail sous tensions*, Sciences Humaines Éditions, 2010, p. 50 ; P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012, p. 16, p. 80 et s. ; J. FREYSSINET, L'évolution du temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux, *Dr. soc.* 1998, p. 754 ; D. MÉDA, Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité, *Dr. soc.* 2009, p. 763.

*Toyota*⁸⁹, ce modèle se caractérise par une logique de flux tendu et de production « au-plus-juste », ce que permettent précisément la variabilité et la flexibilité du temps de travail.

Le droit du temps de travail s'est plié à ces évolutions économiques⁹⁰. Schématiquement, face à un travail industriel qui réclame une masse de travailleurs autour des machines au même moment, la régularité du temps de travail est de mise ; face à un travail tertiarié et soumis aux logiques du marché, la flexibilisation est préférée. Ainsi, que le temps de travail ait constitué le premier thème de réglementation sociale et incarne aujourd'hui le fer de lance de la déréglementation est loin d'être un paradoxe⁹¹. En réalité, le droit du temps de travail remplit plutôt, avec cohérence, son rôle d'accompagnateur des rythmes et des besoins de l'activité économique.

24. Les effets qu'ont eu ces réformes sont aujourd'hui connus et reconnus⁹². L'éclatement de la norme temporelle fordiste a abouti à une hausse de la variabilité et de l'imprévisibilité des horaires⁹³, en cherchant « à intégrer la variabilité dans la norme-même »⁹⁴. Ces réformes ont

⁸⁹ K. SCHIMIZU, *Le Toyotisme*, coll. « Repères », La Découverte, 1999. V. aussi : F. HÉRAN, P. CAPDEVIELLE, « De nouveaux principes d'organisation ; du travail », dans *L'emploi, l'entreprise et la société*, F. MICHON, D. SEGRESTIN (dir.), Économica, 1990, p. 67.

⁹⁰ P. LOKIEC, Le temps comme objet de règles, *Dr. ouvrier* 2009, p. 484 ; M. MINÉ, Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne, *Dr. ouvrier* 2011, p. 40. Pour une affirmation positive de cette adaptabilité, voir par exemple : J. BARTHÉLÉMY, Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire, *Cahiers DRH*, mars 2008.

⁹¹ F. BERGERON-CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, *Dr. soc.* 2010, p. 379.

⁹² S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190 ; N. AMSELLEM, *Le travail et ses dehors. Porosité des temps, pluralité des vies*, L'Harmattan, 2013 ; P. ASKENAZY, D. CARTRON, F. DE CONINCK, M. GALLFEC, *Organisation et intensité du travail*, Octorès, 2006, p. 163 ; P. ASKENAZY, Réduction du temps de travail. Organisation et conditions de travail, *Revue économique* 2000, vol. 51, n° 3, p. 547 ; C. AFSA, P. BISCOURP, L'évolution des rythmes de travail entre 1995 et 2001 : quel impact des 35h, *Économie et statistiques* 2004, p. 173.

⁹³ E. ALGAVA, L. VINCK, L'organisation du travail, *Synthèse statistique* 2015, n°12, p. 45 (horaires variables selon le jour fixés par l'employeur : 18,8% parmi l'ensemble des salariés, 9,6% à la carte et 13% déterminés par le salarié) ; M.-A. ESTRADE, V. ULRICH, Réduction du temps de travail et réorganisation des rythmes de travail, *Données sociales*, INSEE, 2002, p. 71.

⁹⁴ J. THOEMMES, « Libérer les temporalités de l'emprise des marchés : une question de théorie ? », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHLE (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 157.

augmenté à la fois la quantité de travail globalement disponible et, pour chaque salarié, les temps de travail disponibles⁹⁵.

25. Le décompte du temps de travail doit s'adapter à ces évolutions. La variabilité du temps de travail complique, voire empêche, le décompte par l'effet de la seule *discipline collective*. En supposant que le temps doit encore être décompté, cette variabilité du temps de travail implique de repenser et de consolider le décompte d'un temps de travail moins cadré. À l'aliénation de la discipline succède par ailleurs le risque d'une *surveillance individuelle*, que le droit se doit de penser et d'encadrer.

b- Promotion de l'autonomie dans l'organisation du temps de travail et responsabilisation des salariés

26. D'abord réservée aux cadres supérieurs, l'autonomie dans l'organisation du temps de travail se généraliserait. C'est, du moins, ce qui ressort du *ressenti* des salariés⁹⁶. Le développement des technologies modernes d'information et de communication participe à cette intuition. Or, l'autonomie concédée aux salariés se paierait par une plus forte flexibilité attendue. L'idée d'un tel échange irrigue l'ensemble du monde du travail, alors même que les salariés ne bénéficient pas des mêmes capacités à organiser leur temps de travail. La flexibilité du temps de travail se retrouve ainsi légitimée *pour tous les salariés*, indépendamment de la réalité de leur autonomie. Le sociologue Paul Bouffartigue distingue utilement deux « *normes flexibles* ». Les salariés soumis à une « *norme flexible autonome* », principalement des cadres et professions intellectuelles⁹⁷, maîtrisent plus ou moins les variations de leur temps de travail, qu'ils organisent en fonction de leurs autres temps sociaux et en synchronisation avec leurs proches⁹⁸. À l'inverse, ceux soumis à une « *norme flexible hétéronome* » subissent la flexibilité tout en restant soumis à un contrôle temporel externe

⁹⁵ W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, 2016, pp. 262-264.

⁹⁶ M. BEQUE, A. KINGSADA, A. MAUROUX, Autonomie dans le travail, *Synthèses stat* n°26, avril 2019, p. 76 : en 2016, plus de 80% de l'ensemble des salariés déclarent pouvoir organiser leur travail de la façon qui leur convient le mieux (source enquêtes conditions de travail DARES-Drees-DGAFP-Insee).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁸ L. LESNARD, T. DE SAINT POL, Organisation du travail dans la semaine des individus et des couples actifs : le poids des déterminants économiques et sociaux, Economie et statistiques, 2008, p. 53.

important. Ceux-là⁹⁹ perdraient alors les « *qualités de la norme fordiste* » – régularité, prévisibilité, synchronisation – sans contrepartie¹⁰⁰. Ainsi, la vigilance s'impose vis-à-vis de la position qui tendrait à se baser sur la seule « *norme flexible autonome* », pour penser l'ensemble du droit du travail. Faisant fi des grandes disparités entre les travailleurs vis-à-vis de l'autonomie dans l'organisation de leur temps de travail, ce mouvement risque de léser doublement les salariés qui sont privés de cette autonomie¹⁰¹.

27. Il apparaît également une dynamique de responsabilisation des travailleurs. Celle-ci se révèle, notamment, par l'essor du « *lean management* »¹⁰², « *avatar* »¹⁰³ du toyotisme¹⁰⁴. Le travailleur, qui doit être flexible et disponible, se trouve soumis entre autres à l'urgence, l'instantanéité ou encore l'immédiateté¹⁰⁵. Alors que le *lean* prétend prendre en considération la personne du travailleur, l'implication et l'investissement directs et personnels exigés¹⁰⁶ ne

⁹⁹ Les professions concernées se retrouvent notamment dans les activités de service de masse (P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *op. cit.*, p. 87, et p. 121 et s).

¹⁰⁰ J. THOEMMES, *Vers la fin du temps de travail*, PUF, 2000, p. 51 ; M. LALLEMENT, *Le travail sous tensions*, 2^{ème} éd., Sciences Humaines Éditions, 2018, p. 57.

¹⁰¹ Ces évolutions accentueraient les « *disparités entre les salariés en renforçant l'intégration des plus intégrés, qui ont gagné en autonomie et maîtrise de leur temps, et en excluant au contraire ceux qui étaient moins bien intégrés et subissaient de nouvelles contraintes liées à la flexibilité* » (J. PÉLISSE, À la recherche du temps gagné. Les trente-cinq heures entre perceptions, régulations et intégrations professionnelles, *Travail et Emploi* 2002, n° 90, p. 7). V. aussi : GR-PACT, pour un autre droit du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 422. V. aussi E. DOCKÈS, Le pouvoir dans les rapports du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620 ; M. GRÉVY, Où en est le temps de travail, *Dr. ouvrier* 2009, p. 192.

¹⁰² Le terme, qui renvoie à l'idée d'amaigrissement, a été créé en 1990 par James P. Womack qui a ensuite fondé et présidé le Lean Enterprise Institute (Rapport Terra Nova, *La Fabrique de l'industrie*, Anact-Aract ; E. BOURDU, M.-M. PERETIE, M. RICHER, *La qualité de vie au travail : un levier de compétitivité*, Presses des Mines, 2016, p. 119).

¹⁰³ F. MEYER, C. SACHS-DURAND, Compte-rendu d'une table ronde sur les risques psychosociaux, *RDT* 2012, p. 633.

¹⁰⁴ Voir par exemple T. BERTRAND, A. STIMEC, Santé au travail. Voyage en pays de lean management, *Revue française de gestion* 2011, p. 12.

¹⁰⁵ N. AUBERT, *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, Flammarion, 2003 ; H. ROSA, *Aliénation et accélération*, La Découverte, 2012, p. 25 : l'accélération est définie comme « *l'augmentation du nombre d'épisodes d'action ou d'expérience par unité de temps* ».

¹⁰⁶ C. LECOCQ, *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport fait à la demande du Premier ministre, 2018, p. 119 ; F. MEYER, C. SACHS-DURAND, *op. cit.*, 2012, p. 633.

se traduisent pas forcément par plus de liberté ni même de l'autonomie dans l'organisation de son travail¹⁰⁷. Ils les réduisent même par l'intériorisation des objectifs et de la discipline¹⁰⁸ et par la compression des temps dits non-productifs¹⁰⁹. Ainsi, la logique de la responsabilisation peut mener à des « *soumissions volontaires* »¹¹⁰ et à l'intensification du pouvoir subi par les salariés¹¹¹.

28. L'autonomisation et la responsabilisation des salariés interrogent le décompte du temps de travail à plus d'un titre. La reconnaissance de l'autonomie peut modifier l'objet du décompte du temps de travail, comme avec le forfait jours. On peut plus largement se demander si le décompte et l'autonomie sont compatibles, dès lors que le premier serait susceptible d'entraver la seconde. Par ailleurs, la responsabilisation du salarié interroge sur la nature même du contrat de travail, à savoir si le salarié soumis à des « objectifs » est encore soumis à un temps de travail. À la *surveillance individuelle*, s'ajouterait une « *société de contrôle d'engagement* »¹¹², dans laquelle il n'est pas certain que le décompte du temps de travail soit le bienvenu.

¹⁰⁷ Classé parmi d'autres formes d'organisation du travail (E. LORENZ, A. VALEYRE, « Modèles européens d'organisation du travail », dans *Conditions de travail : les enseignements de vingt ans d'enquête*, J. BUE, T. COUTROT, I. PUECH (dir.), Octorès, 2004, p. 126-137), le « *lean* » se distingue des réelles « *organisations apprenantes* » par l'autonomie et l'autocontrôle dont il est privé ; tout au plus pourrait-on parler d'« *autonomie contrôlée* » (T. COUTROT, *L'entreprise néolibérale, nouvelle utopie capitaliste ?* La Découverte, 1998).

¹⁰⁸ T. COUTROT, Réformes du travail : la centralité des enjeux de santé, *Dr. soc.* 2018, p. 271 ; G. BOUVILLE, C. SCHMIDT, Les effets de la lean production sur la satisfaction et la santé au travail dans le contexte français : Application d'une méthode de recherche mixte, XXVème Congrès de l'AGRH, 2014, p. 27.

¹⁰⁹ P. SARNIN, Santé des salariés : une urgence lourde de conséquences, *Juris associations* 2012, p. 26 ; INRS, Lean Management, Dossier 2018 ; J. FREYSSINET, *Le temps de travail en miettes*, Les Éditions de l'Atelier, 1997, p. 16.

¹¹⁰ F.-X. DEVETTER, F. DE CONINCK, Une transformation des temps de travail, *Temporalités* 2012.

¹¹¹ E. DOCKÈS, Le pouvoir dans les rapports du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620.

¹¹² P. ZARIFIAN, *op. cit.* 2004, p. 57. V. aussi du même auteur, Travail, modulation et puissance d'action, *L'Homme et la Société* 2004/2, n° 152, p. 201. Philippe Zarifian se réfère à « *la société de contrôle* » qu'avait dépeinte Gilles Deleuze en 1990 (voir G. DELEUZE, Post-scriptum sur les sociétés de contrôle, *L'autre journal* mai 1990, n° 1).

C- LA CRISE DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL ?

29. À lire certains professionnels du droit, le décompte du temps de travail aurait fait son temps. Concernant les cadres et les salariés intellectuels, un premier discours véhicule depuis longtemps l'idée qu'« *un cadre ne compte pas son temps* »¹¹³. Un autre discours plus général se développe et présente le décompte comme lié exclusivement à « *la civilisation de l'usine* »¹¹⁴. Depuis des dizaines d'années, se diffuse également l'idée que le temps ne serait plus « *un étalon général du travail* »¹¹⁵. Plusieurs questions émanent de ces discours, et interrogent l'utilité du décompte du temps de travail (1). Face à ces doutes et ces remises en cause, il s'agit de poser une hypothèse inverse, celle d'une utilité permanente du décompte du temps de travail (2).

1- Interrogations autour de l'utilité du décompte du temps de travail

30. De l'interrogation autour de l'utilité du décompte découlent plusieurs questions. Le décompte du temps de travail est-il toujours possible en pratique ? Est-il souhaitable ? Est-il nécessaire ? Est-il pertinent ? Est-il suffisant ?

31. Le décompte du temps de travail est-il possible ? Cette question provient de l'idée selon laquelle le temps de travail ne serait plus toujours contrôlable, notamment par l'effet des technologies modernes de l'information et de la communication. Des salariés pouvant travailler de partout et tout le temps, et l'éclatement de l'unité de lieux, de temps et d'action entraveraient la possibilité même d'un contrôle du temps de travail. Pourtant, les enquêtes conditions de travail, menées par la DARES depuis des décennies, établissent une augmentation globale du contrôle du temps de travail. La part du salariat soumise à un « *contrôle hiérarchique permanent* » a presque doublé depuis 1984, jusqu'à atteindre près d'un tiers en 2016¹¹⁶. Ces enquêtes intègrent par ailleurs depuis 2005 un nouveau type de

¹¹³ J.-E. RAY, Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979 ; M. LALLEMENT, *Le travail sous tensions*, Sciences Humaines Éditions, 2010, p. 118 : les cadres ont longtemps refusé de décompter leur temps de travail « *au nom de l'image de salarié responsable et autonome qu'ils ont durablement cultivée* ».

¹¹⁴ P. ROZEC, Le contentieux de la durée du travail : de la preuve des heures au suivi de la charge de travail, *Cah. soc.* 2011, n° 263.

¹¹⁵ G. GÉLINEAU-LARRIVET, Le temps et le droit du travail, *Dr. soc.* 2000, p. 238.

¹¹⁶ 17,4% en 1984 (M. BEQUE et alii, Contraintes physiques et intensité au travail, op. cit. p. 154) ;

contrôle du temps de travail : « *le contrôle ou suivi informatisé* ». En dix ans, ce contrôle augmente également. Soulignons que toutes les catégories de salariés sont concernées par ces deux évolutions¹¹⁷. Dans le détail, les contrôles du temps par « *l'horloge pointeuse* » et par la signature des temps ou le remplissage de fiches, c'est-à-dire le contrôle automatique et celui manuel, augmentent. Le contrôle par l'encadrement baisse en revanche, mais celui effectué par d'autres personnes comme les collègues apparaît¹¹⁸. De plus, contrairement aux idées reçues, c'est pour les cadres et les professions intermédiaires supérieures que le contrôle par la pointeuse augmente le plus¹¹⁹ – notons cependant que, dans le même temps, le nombre de salariés classés « cadre » a doublé, ce qui est dû en partie à l'ouverture du statut¹²⁰. Il ressort de ces enquêtes que le contrôle du temps de travail est largement pratiqué, rendant manifestement possible le décompte du temps de travail.

32. S'il est possible, le décompte est-il pour autant souhaitable ? Du côté des travailleurs, les aspirations peuvent apparaître ambivalentes. L'aliénation liée à la badgeuse est évidemment à prendre en compte. Pourtant, certains cadres, parmi les moins qualifiés, ont pu émettre le désir d'un retour à la pointeuse dans un objectif de protection¹²¹. Face à l'idée d'un effacement de la frontière entre vie privée et vie professionnelle, les cadres sont nombreux à défendre la séparation de leurs temps¹²². La perte du décompte peut engendrer une libération pour le

N. AMSELLEM, *Le travail et ses dehors. Porosité des temps, pluralité des vies*, L'Harmattan, 2013, p. 161. Contrairement à ce que des représentants d'entreprise pouvaient prétendre sur la disparition de la badgeuse (Voir par exemple J.-C. SCHIEBERRA, *Temps de travail et qualité de vie au travail, Dr. soc.* 2015, p. 121).

¹¹⁷ Pour le contrôle hiérarchique permanent, de 1984 à 2016 : la part des cadres qui y sont soumis passe de 7,6 à 17,9% ; celle des professions intermédiaires de 13,5 à 29,1% ; celle des employés de 18,3 à 30,6% et celle des ouvriers de 21 à 42,8%.

¹¹⁸ À partir de 2005 dans les enquêtes conditions de travail de la DARES.

¹¹⁹ En 1984 : 5,3% des cadres ont leurs horaires contrôlés par l'horloge pointeuse, contre 10,1% en 2016 (E. ALGAVA, L. VINCK, *L'organisation du travail, Synthèse Stat 2015*, n°12, p. 122).

Evolution confirmée sur l'année 2016 où les mêmes augmentations se constatent (M. BEQUE et alii, *Organisation du temps de travail, Synthèse Stat 2019*, n° 25, p. 114).

¹²⁰ P. LOKIEC, *Le temps comme unité de mesure, Dr. ouvrier* 2009, p. 418 : l'auteur parle d'une « *explosion de la catégorie "cadres"* ».

¹²¹ J. THOEMMES, p. 85 : cite une enquête IPSOS de 1996 : chez Sinus 70% des salariés déclaraient vouloir le retour au décompte, et donc au paiement, classique des heures supplémentaires.

¹²² J. THOEMMES, M. ESCARBOUDEL, *Les cadres : un groupe social en recomposition à la lumière des temps sociaux, Informations sociales* 2009/3, n° 153, p. 68.

salarié si elle lui offre plus de maîtrise sur son temps de travail et permet d'accorder davantage de sens au travail effectué. Mieux vaudrait en effet chercher à « réaliser » un travail que subir l'horloge. Mais si la subordination demeure identique, alors la perte du décompte aurait plutôt tendance à engendrer une oppression supplémentaire des salariés, entièrement soumis à l'employeur.

Du côté de l'employeur, le décompte du temps de travail contraint, en ce qu'il implique pour lui la rémunération du temps travaillé et le force au respect du droit du temps de travail. Mais il le protège également, en permettant d'établir justement qu'il a respecté ces différentes obligations. L'ambivalence est ainsi également présente.

33. Plus fondamentalement, le décompte est-il nécessaire ? Le décompte du temps de travail remplit une série de *fonctions*. Il permet notamment de déterminer la rémunération, de vérifier le respect des durées maximales de travail et minimales de repos et le respect du SMIC. Il participe également de l'encadrement de la subordination. Au-delà de la question de l'utilité du décompte du temps de travail, ces fonctions perdurent à devoir être *assurées*. Le droit du travail n'a en effet pas changé, pour l'instant, quant aux exigences qu'il pose concernant le respect des durées maximales, des temps de repos minimum et l'exception que doit constituer le temps de travail, pour lequel le salarié doit être rémunéré. Se demander si le décompte est nécessaire, c'est vérifier si ces fonctions peuvent être remplies sans lui.

34. Le décompte est-il encore pertinent ? Il s'agit ici de se demander si le temps constitue encore l'engagement du salarié. L'idée est celle d'un travail qui n'a plus rien à voir avec celui de l'usine d'antan et qui se compose de « tâches » à réaliser plutôt que d'un temps à travailler. Avant même les années 2000, le rapport *Au-delà de l'emploi* prévenait de l'attirance croissante vers « la logique d'obligation de résultat »¹²³. Présentée comme une modernisation du droit du travail, la logique a pourtant des accents du louage d'ouvrage du XIX^{ème} siècle, auquel s'ajouterait désormais la subordination. Soucieux de cette tendance, certains s'interrogent alors sur ce qui cause le salaire, autrement dit ce que « vendrait » désormais le salarié.

35. Enfin, le décompte est-il suffisant pour assurer ses fonctions d'encadrement et de mesure du travail ? Ici il ne s'agit pas de promouvoir un modèle où le temps ne serait plus un moyen

¹²³ A. SUPLOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999), préface 2016, p. XLIII.

de mesure du travail mais de se demander s'il peut être le seul. En partant du constat d'immixtions du travail en dehors du temps de travail et des porosités des frontières, il s'agit de se demander si le temps permet toujours de limiter le pouvoir de l'employeur, ou si celui-ci transcende parfois le temps de travail¹²⁴. Il s'agit également de penser les dimensions du travail que le temps n'arrive pas à saisir telle que l'intensité.

2- Hypothèse du décompte du temps de travail comme condition au contrat de travail

36. En réponse aux interrogations autour de l'utilité du décompte du temps de travail, nous suggérons au contraire que le décompte du temps de travail demeure absolument essentiel au droit du travail.

La question de l'importance du décompte du temps de travail est étroitement liée à celle du rôle et de la place du temps de travail. Dans un sens négatif d'abord, ces interrogations relatives au décompte du temps de travail découlent principalement de la remise en cause du temps comme outil de mesure et de limitation du travail. Au contraire, en affirmant que le temps continue à pouvoir et à devoir remplir de telles fonctions, l'intérêt et l'importance du décompte du temps de travail se révèlent. En effet, qu'il s'agisse de mesurer ou de limiter le travail, le temps ne peut remplir ces fonctions qu'à condition d'être décompté. Autrement dit, c'est le décompte du temps de travail qui permet au temps de remplir ses fonctions de mesure et de limitation du travail.

37. L'intérêt du décompte du temps de travail se dévoile à l'aune de la fonction, générique, du temps comme unité de conversion. Le temps constitue en effet une unité de conversion objective et universelle, qu'il s'agisse de déterminer l'engagement du salarié, de déterminer et quantifier le salaire, de protéger par un salaire minimum horaire, ou encore de garantir la protection de la santé et des temps de liberté.

38. Or, ces fonctions de mesure et de limitation du travail sont intrinsèquement liées à la nature du contrat de travail, défini et caractérisé par la subordination du salarié à l'employeur. S'interroger sur l'importance du décompte du temps de travail consistera à questionner le

¹²⁴ J.-F. PAULIN, Les temps soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340 : l'auteur se demande « *si le pouvoir de l'employeur (...) ne transcende pas le temps du travail* ».

rapport qu'il entretient avec l'existence, la formation et la construction du contrat de travail tel que caractérisé par la subordination.

39. Pour déterminer si le décompte du temps de travail est une condition au contrat de travail, on examinera dans une première partie dans quelle mesure le décompte du temps de travail s'avère utile au regard du droit du travail. Il s'agira d'affirmer la nécessité de procéder à un décompte du temps de travail, qui découle d'une multitude d'énoncés au service desquels le décompte du temps de travail intervient (Partie 1).

Pour apprécier si le droit positif est à la hauteur de cette nécessité, on évaluera dans une seconde partie l'obligation de décompter le temps de travail. Il s'agira de se demander comment cette obligation est appréhendée, abordée et imposée par le droit du travail (Partie 2).

PARTIE 1 : LA NÉCESSITÉ D'UN DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

40. La nécessité d'un décompte du temps de travail se révèle à plusieurs titres. Ceux-là sont tous liés aux rôles du temps de travail lui-même, que le décompte permet d'assurer.

41. Le temps de travail doit être décompté en raison du rôle qu'il occupe dans la relation contractuelle entre salarié et employeur. S'il est communément admis que le temps de travail fait partie de l'échange contractuel, il nous faut non seulement le vérifier mais le préciser, afin de pouvoir en déduire les implications quant à la nécessité de décompter le temps de travail. Autrement dit, en recherchant à définir avec rigueur la place occupée par le temps dans le contrat de travail, il s'agira de déterminer la fonction attribuée au décompte.

Le temps et le besoin de le décompter doivent être appréhendés tant du côté des obligations du salarié que celles de l'employeur. En effet, dès lors que le temps de travail appartient de près ou de loin à l'obligation du salarié, il entretient un lien avec celle de l'employeur, le contrat de travail étant synallagmatique. Plus concrètement, temps et salaire sont reliés d'une façon ou d'une autre, qu'il s'agira d'analyser, notamment au vu des évolutions décelées ou annoncées du rapport contractuel et de la nature de la rémunération.

Temps et salaire entretiennent également un lien quant à la quantification du salaire. Décompter le temps de travail n'est pas ici un impératif pour déterminer les obligations contractuelles, mais une nécessité pour fixer le montant de la rémunération. Néanmoins, la forme de la rémunération est variable, et le salaire au temps cohabite parfois avec un salaire à la tâche. Il s'agira de voir dans quelle mesure le salaire au temps occupe une place centrale, en précisant celle du salaire horaire qui appelle à un décompte exacte.

Ainsi, le temps doit d'une part être décompté en tant que *temps de prestation*, afin de savoir ce qui est dû par le salarié, et ce à quoi le salarié a droit en contrepartie. Le décompte du temps de travail est mis au service du suivi de l'exécution du contrat de travail (Titre 1).

42. Le temps doit également être décompté pour vérifier et garantir l'encadrement du travail par le temps, qui s'avère être une nécessité absolue. L'encadrement du travail par le temps offre, en négatif, un temps de repos, que le décompte doit permettre de protéger.

En plus de rendre visible le temps de travail et de participer ainsi à son encadrement, le décompte du temps de travail doit répondre aux besoins de s'assurer du respect des limites

temporelles fixées par le droit positif, tant les durées maximales que la durée légale. Celles-ci connaissent cependant plusieurs dérogations, dont il s'agira de voir si elles bousculent le régime des limites temporelles du travail.

Mais le temps s'avère, de plus en plus, insuffisant à encadrer toutes les dimensions du travail. Alors que cette réalité est régulièrement avancée pour remettre en cause la pertinence du temps à encadrer le travail, il conviendra au contraire d'affirmer cette pertinence et nécessité, tout en admettant le besoin d'autres outils pour encadrer d'autres dimensions du travail.

La limitation du travail par le temps, du moins sa limitation précise et exacte par le décompte des heures de travail, est en revanche profondément remise en cause par le dispositif de forfait jours. Cette remise en cause doit être évaluée et analysée sous deux angles. Le premier consiste à apprécier le champ d'application du dispositif, afin de mesurer l'étendue de l'exception qu'il instaure. Le deuxième revient à étudier la persistance du temps horaire comme limitation du travail par le temps. Le droit positif, sous pression européenne, maintient en effet une préoccupation horaire de l'encadrement du travail, même en forfait jours, témoignant plus largement de la fonction essentielle du temps.

Ainsi, le temps de travail doit d'autre part être décompté en tant que *temps de sujétion* du salarié, afin de s'assurer de la réalité du temps de travail et de pouvoir limiter le travail par le temps. Le décompte du temps de travail est alors au service de la limitation du travail par le temps (Titre 2).

TITRE 1 : LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL NÉCESSAIRE AU SUIVI DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

43. La nécessité d'un décompte du temps de travail se révèle notamment par la place centrale qu'occupe le temps de travail dans l'économie du contrat de travail. Alors qu'on peut être tenté de vite affirmer que le contrat de travail organise l'échange d'un temps contre un salaire, il faut pouvoir le vérifier, très sérieusement, afin d'en déduire les implications vis-à-vis du décompte du temps de travail.

44. Il s'agit d'abord de caractériser l'obligation du salarié, en examinant son lien avec le temps de travail. En effet, il s'avère que c'est en cherchant à caractériser et à classer l'obligation du salarié qu'on parvient à la définir. Dans cette démarche, l'obligation du salarié se révèle particulièrement par ce qu'elle n'est pas et ce qu'elle ne peut pas être. Une fois caractérisée, il s'agira de voir dans quelle mesure l'obligation, ainsi que son objet, peut et doit être déterminée, au sens contractuel du terme, et ce que cela signifie pour le décompte du temps de travail.

Le contrat de travail étant synallagmatique, les obligations de chacune des parties sont en principe liées. Si l'obligation du salarié se trouve être l'exécution du temps de travail, elle est censée justifier l'exécution de l'obligation de l'employeur de versement du salaire. Il conviendra ici d'établir précisément la relation causale entre exécution du temps de travail et versement du salaire, et de se demander si cette relation perdure malgré la multiplication de rémunérations indépendantes du temps travaillé.

Dès lors que l'exécution du temps de travail se présente comme l'obligation du salarié, le décompte du temps de travail s'avère nécessaire pour déterminer les obligations et prestations contractuelles respectives (Chapitre 1).

45. Le temps de travail occupe ensuite une place centrale dans l'économie du contrat de travail en ce qu'il peut constituer la base du salaire. On évaluera la place qu'occupe le temps dans la quantification du salaire, sachant qu'il est concurrencé par la tâche et le rendement. On interrogera les intérêts et les implications du fait d'avoir une base temps.

Lorsque le temps constitue la base du salaire, se pose également la question de l'unité de mesure, entre les minutes, les heures, les jours, et pourquoi pas les secondes ou les années.

L'heure se révèle une unité souvent préférée, en permettant une fine, voire une exacte, corrélation entre le salaire et le temps travaillé. Elle permet plus spécifiquement l'application de la réglementation du salaire horaire minimum.

Décompter le temps de travail s'avère ici obligatoire pour quantifier le salaire lorsque celui-ci est fonction du temps de travail, ce qui va se révéler adéquat à plus d'un titre (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL POUR DÉTERMINER LES PRESTATIONS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

46. L'affirmation selon laquelle le salarié s'engage à effectuer un temps de travail peut sembler aller de soi. Loin d'être naturelle, elle est le fruit d'une construction historique et juridique ayant permis de contractualiser le travail subordonné. Elle signifie que l'exécution d'un temps de travail constitue l'engagement du salarié, et suffit à prétendre à l'exécution de celui de l'employeur de versement du salaire.

Depuis plusieurs années, cette affirmation se retrouve souvent bousculée par l'idée que l'obligation du salarié se rapprocherait davantage d'une « obligation de résultat » à mesure que des salariés gagneraient en autonomie ou, plus généralement, que le rapport salarial muterait. La conséquence serait ainsi qu'effectuer un temps de travail donné ne suffirait plus au salarié pour remplir son obligation.

L'enjeu de l'identification de l'obligation du salarié et de son objet, sa prestation, est essentiel pour apprécier l'obligation d'un décompte du temps de travail. En effet, si l'exécution du temps de travail constitue effectivement l'obligation du salarié, cela va impliquer de devoir déterminer et quantifier le temps de travail afin de contrôler et de suffire à garantir l'exécution du salarié de son obligation. Or c'est précisément le décompte du temps de travail qui peut en rendre compte. Il s'agira de vérifier et justifier quel est l'objet de l'obligation du salarié, afin d'établir s'il s'agit bien ou non du temps de travail, et ce qu'en sont les implications (Section 1).

47. Au vu de la nature synallagmatique du contrat de travail, si l'obligation du salarié est bien l'exécution du temps de travail, alors déterminer le temps travaillé, toujours grâce au décompte, doit permettre, en contrepartie, de déterminer l'obligation de l'employeur de versement du salaire. Ici, l'affirmation se retrouve compliquée par une économie du contrat de travail et de la rémunération en évolution. Il s'agira de démêler dans quelle mesure est maintenue la relation entre exécution du temps de travail et versement du salaire, le décompte du temps de travail répondant alors à l'objectif de déterminer le versement du salaire (Section 2).

SECTION 1 : L'EXÉCUTION DU TEMPS DE TRAVAIL, OBLIGATION DU SALARIÉ

48. Pour chercher à définir l'obligation du salarié, et du rapport qu'elle entretient avec le temps de travail, il faut d'abord la caractériser. Dans cette démarche, il s'agit notamment de la distinguer clairement d'autres obligations, parfois confondues. Cela permet alors d'identifier clairement l'obligation du salarié (I). Il s'agit ensuite de voir dans quelle mesure l'objet de cette obligation, la prestation, doit et peut être déterminée (II).

I- LA CARACTÉRISATION DE L'OBLIGATION DU SALARIÉ : L'EXÉCUTION DU TEMPS DE TRAVAIL

49. Il nous faut revenir d'abord sur ce à quoi s'engage concrètement le salarié (A), puis sur comment cela se traduit du côté du droit des obligations (B).

A- L'ENGAGEMENT DU SALARIÉ : UN « TRAVAIL-ACTIVITÉ »

50. Pour cerner la nature de l'engagement du salarié, un retour historique sur les types de louage auxquels les différents travailleurs ont été rattachés est éclairant (1), avant de chercher à la caractériser plus précisément, notamment en la distinguant de celle du travail indépendant (2).

1- Du louage d'ouvrage au louage de service

51. Suite à la Révolution française et la sortie officielle de la féodalité, il a fallu repenser les relations de travail et la nature de l'engagement de la plupart des travailleurs, qui vont constituer le salariat. D'abord rattachés au louage d'ouvrage (a), ces travailleurs se retrouvent liés ensuite, près d'un siècle plus tard, par un louage de service (b), modifiant profondément la logique de la relation entre employeur et salariés.

a- Le rattachement initial au louage d'ouvrage : faire quelque chose pour autrui

52. Au moment de l'édiction du droit civil moderne à la fin du XVIII^{ème} siècle, deux courants s'opposent sur la façon de concevoir et de régir les relations de travail. Dans la lignée du droit féodal, un premier courant préconise une logique de vassalité, c'est-à-dire l'échange d'une

protection contre une fidélité. Puisant plus volontiers sa légitimité dans le droit romain, un second courant défend l'idée d'un *louage* comme échange volontaire d'un travail contre un salaire. Mieux adapté au nouvel ordre libéral, ce courant l'emporte¹²⁵.

53. Le législateur napoléonien prévoit deux types de louage : le louage de choses et le louage d'ouvrage. D'après l'article 1709 du code civil, « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». D'après l'article 1710 du même code, « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». C'est dans le louage d'ouvrage que s'inscrivent les différentes relations de travail. En effet, l'article 1711 du code civil distingue, au sein du louage d'ouvrage, le « loyer », louage de service¹²⁶, et les devis, marchés ou prix faits, caractérisés lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage est fait. Les travailleurs liés par un louage de services sont les *domestiques et journaliers*, au contraire des *ouvriers* rattachés, initialement, au louage d'ouvrage classique. Ces derniers s'engageaient à *réaliser un résultat*, à partir du matériel fourni par le donneur d'ouvrage.

54. L'opposition entre domestiques et ouvriers fait écho au droit romain, qui opposait le *locatio operarum* et le *locatio operis*¹²⁷. Alors que le *locatio operarum* consiste à devoir exécuter des ordres, le *locatio operis* renvoie à l'engagement à un résultat. Mais le passage de la notion de la Rome antique à la France du XIX^{ème} siècle a produit une inversion entre la personne du locateur et celle du locataire. En effet, le louage d'ouvrage romain est « *l'opération par laquelle le maître d'un projet en confie la réalisation à un ouvrier* », faisant

¹²⁵ G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », dans *Archives de philosophie du droit*, t. XII, 1968, p. 59.

¹²⁶ Le louage de service fait partie des louages d'ouvrage : V. not. : G.-H. CAMERLYNCK, *Droit du travail*, t. 1 *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd., Dalloz 1982, p. 10 et s. *Contra* POTHIER qui prétendait que le louage de services se rattachait au louage de choses.

¹²⁷ G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », dans *ArC. de philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 59 : les travailleurs libres étaient liés par le louage d'ouvrage, à l'inverse des esclaves pour qui on parlait de louage de choses. V. aussi H. CAPITANT, P. CUCHE, *Cours de législation industrielle*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1921, p. 149 ; G.-H. CAMERLYNCK, *op. cit.* ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 37 ; T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 37.

du maître d'ouvrage le locateur et de l'ouvrier le locataire. Le projet de code civil reproduisait cette orientation, en définissant le louage comme « *le contrat par lequel l'une des parties donne quelque chose à faire à l'autre, moyennant un prix convenu* »¹²⁸. Le louage d'ouvrage moderne a finalement visé le fait de *s'engager à faire quelque chose pour l'autre*. L'ouvrier devient locateur et le maître locataire, et le louage ne porte plus sur une entreprise à réaliser mais sur le travail de l'ouvrier¹²⁹.

b- Le rattachement au louage de service : être au service d'autrui

55. Initialement rattachés au louage d'ouvrage du code civil, les ouvriers rejoignent finalement le louage de service avec l'élaboration du code du travail au début du XX^{ème} siècle¹³⁰. Ce rattachement se fait au moyen de la notion juridique de « contrat de travail ». Le droit du travail opère ici un revirement fondamental quant à la conception de l'engagement de l'ouvrier. Celui-ci devient engagé *au service* d'une autre personne. Le donneur d'ouvrage se mue en donneur d'ordres. On assiste en fait à la reconnaissance et la généralisation du concept de *subordination*, qui s'est immédiatement paré d'évidence¹³¹, en cherchant d'abord à rattacher les ouvriers dans le louage de service¹³².

56. À contre-courant de cette vision, l'historien Alain Cottureau conçoit cette étape comme un véritable « *coup de force dogmatique* », régressif pour les travailleurs¹³³. Pour cet auteur, nul doute que le simple louage d'ouvrage offrait aux ouvriers le pouvoir de négocier

¹²⁸ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq, 1836, p. 217.

¹²⁹ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 22.

¹³⁰ V. not. G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1995, p. 80 : idée que la subordination n'est pas un legs de la Révolution française, qui cherchait plutôt à fonder une « *démocratie de petits travailleurs indépendants* ».

¹³¹ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 49.

¹³² Sans mobiliser directement la notion de subordination, la défense du rattachement des ouvriers au louage de service en est précurseur. Voir : M. SAUZET, *Le livret obligatoire de l'ouvrier*, Paris, Pichon, 1890, § 5, n° 17. Voir également ; E. D. GLASSON, « Le Code civil et la question ouvrière », dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 1^{er} semestre, t. 25, p. 843. V. aussi E. BOULARD, *Du louage de services en droit romain et en droit français*, thèse 1886, Paris, Imprimerie Moquet, 1888.

¹³³ A. COTTEREAU, Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail, *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 57^e année, N. 6, 2002, p. 1521.

l'organisation du travail, avec la liberté qui s'en suivait¹³⁴. Précisons néanmoins que la liberté d'organisation de l'ouvrier émanait d'un monde du travail où des ouvriers de métier étaient recrutés en véritables spécialistes de leur travail, par un patron ignorant du travail réel¹³⁵. Par ailleurs, il faut également souligner le recours massif à l'époque à la pratique du marchandage¹³⁶, appelé aussi tâcheronnat, par lequel les ouvriers de métier recrutaient à leur tour d'autres travailleurs amenés à travailler sous leurs ordres¹³⁷. La pratique du marchandage créait une liberté bien faible pour les travailleurs en bout de chaîne¹³⁸ et empêche une idéalisation de cette période.

Il reste que le regard novateur d'Alain Cottereau a l'immense mérite de désessentialiser la subordination dans le travail ouvrier et de souligner que l'avènement du « contrat de travail » n'a pas eu comme unique visée et effet de protéger le travailleur du risque lié à son activité. Il a également contribué à la dépossession de son travail¹³⁹.

¹³⁴ R. T. TROLONG, *Le droit civil expliqué, t. 3, De l'échange et du louage*, Paris, C. Hingray, n° 843, p. 75.

¹³⁵ Ce savoir, perçu comme une source de pouvoir, sera d'ailleurs le point de départ des réflexions de Taylor autour de la réorganisation complète du travail (D. LINHART, *L'insoutenable subordination des salariés*, Erès, 2021).

¹³⁶ B. MOTTEZ, *Systèmes de salaire et politiques patronale. Essai sur l'évolution des pratiques et des idéologiques patronales*, CNRS, 1966, p. 30 : le marchandage était extrêmement répandu au XIX^e siècle.

¹³⁷ On trouve une définition de cette pratique dans une note de l'Office du travail de la fin du XIX^e siècle (*Note de l'Office du travail sur le marchandage*, Paris, Imprimerie nationale, 1898, p. 45) selon laquelle « le marchandeur (appelé parfois tâcheron) est un sous-entrepreneur de main-d'œuvre qui, avec les matières premières et le gros outillage fournis par le patron, fait exécuter des travaux à lui confiés, soit dans l'atelier ou le chantier du patron, soit à son domicile propre avec l'aide d'ouvriers embauchés et payés par lui à la journée ou aux pièces sans l'intervention du patron ».

¹³⁸ Sur le marchandage notamment : C. DIDRY, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, coll. « Travail et Salariat », La Dispute, 2016, spéc. p. 47 : le marchandage y est défini comme l'exploitation des ouvriers par d'autres ouvriers. Le marchandage participe au discrédit porté sur le louage d'ouvrage (à l'inverse d'Alain Cottereau qui en sous-estime la portée).

¹³⁹ A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », dans *Le Droit capitaliste du travail*, F. COLLIN, R. DHOQUOIS, P.-H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, G. LYON-CAEN, A. ROUDIL, coll. « Critique du droit », Presses Universitaires de Grenoble, 1980, p. 180 et s. Pour une synthèse : C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail*, *Dr. soc.* 2016, p. 439.

2- « Travail-activité » du salarié opposé au « travail-résultat »

57. Identifier et caractériser l'engagement du travailleur salarié implique de le distinguer clairement de l'engagement du travailleur indépendant. La problématique de caractérisation de l'engagement du travailleur salarié se confronte à la polysémie du mot « travail », renvoyant à la fois à « *l'effort lié à l'activité* » et au « *résultat de cet effort* »¹⁴⁰. Le droit romain permet, ici encore, d'interroger nos catégories. Comme on l'a vu, la distinction entre travail du domestique et travail de l'ouvrier, louage de service et louage d'ouvrage, faisait écho au *locatio operarum* et *locatio operis faciendi*¹⁴¹. Aujourd'hui, le travail donne lieu à deux types de contrat, le contrat de travail et le contrat d'entreprise, qu'une autre distinction du droit romain semble mieux traduire¹⁴². Il s'agit de celle opposant la location d'*opere* (a) et la location d'*opera* (b), mise en lumière par le juriste italien Lodovico Barassi¹⁴³.

a- Le « travail-activité », l'engagement d'effectuer une quantité de travail donnée

58. La location d'*opere* est définie par Lodovico Barassi comme celle ayant « *pour objet une quantité de travail déterminée, d'énergie productive, d'attitude physique ou intellectuelle. Mais le résultat en vue duquel l'une des parties place son énergie sous la direction de l'autre n'est pas essentiel à la confection juridique du rapport* »¹⁴⁴. Dans la location d'*opere*, l'activité se suffit à elle-même. C'est elle qui constitue l'objet de l'engagement. Alors que selon le juriste italien le résultat « *n'est pas essentiel à la confection juridique du rapport* », il semble, plus radicalement, qu'il y est indifférent. C'est le travail en tant qu'activité, c'est-à-

¹⁴⁰ T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 6.

¹⁴¹ Voir H. CAPITANT, P. CUCHE, *Cours de législation industrielle* ; G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », dans *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 59.

¹⁴² Ceux qui voient dans la distinction entre *locatio operarum* et *locatio operis* la distinction contrat de travail et contrat d'entreprise : X. LAGARDE, « Prix et salaire », dans *Le contrat au début du XXIème siècle : études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 527 ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 37.

¹⁴³ L. BARASSI, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria Milano, 1901, p. 5 (transcrit dans la thèse de Thomas Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 25).

¹⁴⁴ *Ibid.*

dire comme moment de l'exécution du travail, qui constitue l'engagement. On choisit de désigner cet engagement par le « travail-activité ».

59. Le « travail-activité » correspond à l'engagement du salarié. En effet, celui-ci ne s'engage pas à parvenir à un résultat fixé mais à fournir une activité donnée, un moment d'exécution du travail circonscrit. Au cours de cette activité, le travailleur est subordonné, ce qui permet à l'employeur de maîtriser l'exécution du travail. Bien qu'en pratique les ordres et directives reçus de l'employeur visent à atteindre un résultat, cela ne participe pas pour autant à la prestation du salarié. Parvenir au résultat concerne le donneur d'ordres et non le salarié.

b- Le « travail-résultat », l'engagement d'effectuer la quantité de travail nécessaire à un résultat

60. Engagement à une quantité de travail nécessaire à un résultat, le « travail-résultat » correspond au travail indépendant (i). Dans le cas particulier du travail à domicile, il se retrouve cependant assimilé à un travail salarié (ii).

i- *Le « travail-résultat » : un travail indépendant*

61. Selon Lodovico Barassi, la location d'*opera* « n'a pas pour objet une quantité de travail en soi, mais la quantité nécessaire à l'obtention d'un résultat déterminé : l'un promet et garantit donc à l'autre que le résultat sera obtenu par une prestation de travail appropriée »¹⁴⁵. Afin d'éviter la confusion induite par l'expression de « prestation de travail » au vu de son sens en droit civil français de prestation comme objet de l'obligation¹⁴⁶, il apparaît préférable de parler d'*activité* pour désigner le travail comme processus permettant de parvenir à un résultat.

Dans la location d'*opera*, l'engagement du travailleur est d'effectuer la quantité de travail nécessaire pour parvenir à un résultat fixé. L'engagement ne se limite ainsi pas complètement au « résultat fixé ». Le rapport juridique n'est pas aveugle à l'activité qui va permettre d'atteindre le résultat, même si c'est ce résultat qui se trouve seul fixé et que vise le travailleur. On choisit de désigner cet engagement par le « travail-résultat »¹⁴⁷. Cela a pour

¹⁴⁵ L. BARASSI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁶ Voir *infra*.

¹⁴⁷ Nous reprenons ici les termes utilisés par Lodovico Barassi et retranscrits par Monsieur Thomas Pasquier.

mérite de ne pas gommer l'idée de travail derrière le contrat d'entreprise, à l'instar de la notion de la notion de *travail* indépendant contrairement à celle du contrat d'entreprise. Ceci étant dit, le contrat porte sur le résultat à atteindre et non sur l'activité elle-même ce qui, en principe¹⁴⁸, libère le travailleur de toute subordination.

ii- *Le travail à domicile : un « travail-résultat » assimilé au salariat*

62. Le travail à domicile est une catégorie à part en droit du travail, en témoigne sa place dans la partie 7 du code du travail. Le travailleur à domicile y est défini comme celui qui « exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié directement, soit par un intermédiaire », qui « travaille soit seul, soit avec son conjoint, son partenaire civil de solidarité, concubin ou avec un auxiliaire »¹⁴⁹. Le terme de « domicile » s'entend plus largement qu'au sens de l'article 102 du code civil¹⁵⁰ – « lieu où il a son principal établissement ». Il s'agit de tout lieu choisi par le travailleur en dehors d'une structure gérée par le donneur d'ouvrage et, surtout, en dehors de son contrôle. C'est l'exécution du « travail confié » qui constitue l'engagement du travailleur – soulevons au passage que cette définition reprend le sens du louage d'ouvrage où c'est le travailleur qui se trouve locataire et le donneur d'ouvrage logiquement locateur.

Le législateur indique une série d'éléments qu'« il n'y a pas lieu de rechercher » pour qualifier le travailleur à domicile, parmi lesquels notamment l'existence d'un lien de subordination¹⁵¹. La jurisprudence qui rappelle cette indifférence est abondante¹⁵². Peu

¹⁴⁸ L'opposition traditionnelle entre subordination et engagement à un travail-résultat est parfois brouillée. Voir de manière symptomatique, l'article L. 1242-2, 6° du code du travail qui prévoit le « recrutement d'ingénieurs et de cadres (...) en vue de la réalisation d'un objet défini », comme cas d'utilisation du contrat de travail à durée déterminée.

¹⁴⁹ C. trav. art. L. 7412-1. L'auxiliaire est entendu comme une forme de sous-traitance.

¹⁵⁰ Dans ce sens : P. BURNEL, *Travail à domicile. Télétravail*, Éd. Liaisons, 2011. *Contra* B. GAURIAU, Le suivi du télétravail, *JCP S* 2020, 3017.

¹⁵¹ À la condition toutefois que le travailleur ne soit pas immatriculé ni inscrit à un registre ce qui le ferait présumer indépendant : C. trav. art. L. 7412-1 : « Il n'y a pas lieu de rechercher : a) S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 8221-6 », c'est-à-dire de l'immatriculation ou de l'inscription aux différents registres existant des activités libérales (registres : du commerce et des sociétés, national des entreprises, des agents commerciaux). Cette « réserve » a été ajoutée par la loi Madelin n° 94-126 du 11 février 1994 dite loi Madelin qui instaure la présomption d'indépendance, supprimée par la loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000, dite loi Aubry II, et rétablie par

important également le fait de travailler sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage, l'appartenance du local de travail et du matériel employé, de se procurer soi-même ou non les fournitures accessoires et le nombre d'heures accomplies.

63. Ainsi qualifiés, ces travailleurs bénéficient du statut de « travailleurs à domicile » qui implique l'application du droit du travail, n'en déplaisent aux parties qui auraient souhaité s'y soustraire¹⁵³. En effet, l'article L. 7411-1 du code du travail, qui ouvre le livre IV de la partie 7 relatif aux travailleurs à domicile, dispose que les dispositions du présent code leur sont applicables¹⁵⁴, ce qui s'est imposé progressivement sur quasiment trente ans¹⁵⁵ jusqu'à une loi

la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.

¹⁵² Des arrêts de la Cour de cassation se réfèrent très tôt à la disposition légale : Soc. 10 janv. 1968, *Bull.* n° 961 ; 10 déc. 1969, *Bull.* n° 575 ; 6 oct. 1972, n° 70-10.712, *Bull.* n° 546 ; 24 mai 1972, n° 71-10.700, *Bull.* n° 380 ; 23 juin 1976, n° 75-11.456, *Bull.* n° 391 ; 9 nov. 1976, n° 75-12.815, *Bull.* n° 568 ; 16 juin 1977, n° 76-10.447, *Bull.* n° 407 ; 23 nov. 1978, n° 77-11.805, *Bull.* n° 797 ; 6 mai 1981, n° 80-10.855, *Bull.* n° 378.

Plus spécifiquement, la Cour de cassation affirme, depuis 1983, l'indifférence de l'existence du lien de subordination posée aussi par la jurisprudence : Soc. 14 déc. 1983, n° 82-15.519, *Bull.* n° 620 ; 19 juill. 1988 n° 85-42.847, *Bull.* n° 478 ; 23 nov. 1988, n° 86-12.100, *Bull.* n° 620 ; 20 juin 1990, n° 87-16.607, inédit ; 13 nov. 1997, 96-13.711, inédit ; 18 mars 2003, n° 01-21.453, inédit ; 29 oct. 2003, n° 01-45.570, inédit.

¹⁵³ Par un arrêt remarqué du 9 juillet 1988, la Cour de cassation précise que « *la seule volonté des parties [est] impuissante à soustraire [le travailleur] au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* » (Soc. 19 juill. 1988 n° 85-42.847, *Bull.* n° 478). À l'instar du contrat de travail, la qualification s'impose aux parties et au juge à qui il incombe de donner au contrat son exacte qualification (Ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-15.290, *Bull.* n° 3 ; Soc. 17 avr. 1991, n° 88-40.121, *Bull.* n° 200 ; 28 avr. 2011, n° 10-15.573, inédit ; 9 mai 2001, n° 98-46.158, *Bull.* n° 155. V. aussi Soc. 19 déc. 2000, *Bull.* n° 437, note A. JEAMMAUD, *Dr. soc.* 2001, p. 227, note A. DE SENGA, *Dr. ouvrier* 2001, p. 241).

¹⁵⁴ L'article L. 7413-1 du code du travail explicite ensuite la responsabilité du donneur d'ouvrage de l'application de l'ensemble des dispositions légales (avant la recodification de 2017, l'article L. 721-1 alinéa 2 du code du travail visait la responsabilité de l'application des dispositions législatives et réglementaires – abrogé par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007). L'article L. 7413-2 du code du travail se contente d'ajouter que les dispositions conventionnelles sont applicables aux travailleurs à domicile, sauf stipulations contraires (C.trav. art. L. 7413-2 ; application par la Cour de cassation, voir Soc. 2 mai 2006, n° 04-46.418, *Bull.* n° 157 ; 8 oct. 1987, n° 84-45.92, *Bull.* n° 548).

¹⁵⁵ Alors qu'ils accèdent à plusieurs mécanismes de protection sociale dans les années 1930 (Bénéfice des assurances sociales – Décret-loi du 30 octobre 1935 portant modification du régime des assurances sociales applicable aux assurés de l'agriculture, établi par la loi du 4 avril 1928), comme une première prise en compte de la dépendance économique dans laquelle ils sont placés ; bénéfice de l'indemnisation des accidents du travail (Loi n° 46-2426 du 30 oct. 1946), un décret de 1954 leur fait bénéficier des dispositions de droit commun de la

de 1957¹⁵⁶. Cette assimilation au salariat résulte d'un refus à les considérer comme des travailleurs indépendants¹⁵⁷. Si la dépendance économique dans laquelle est placé le travailleur joue certainement¹⁵⁸, la reconnaissance pleine et entière d'une indépendance est également compliquée du fait que le donneur d'ouvrage fixe les procédés d'exécution – à l'inverse du contrat d'entreprise où les procédés d'exécution sont libres – et les délais, préétablit la rémunération et fournit le plus souvent la matière première et le matériel.

64. On est toutefois en droit de se demander ce qui empêche que les travailleurs à domicile soient, plus qu'assimilés, qualifiés de salariés. En présence d'une prestation et une rémunération, c'est classiquement l'existence de la subordination qui est recherchée. Pour certains, l'éloignement physique et, surtout, l'absence de contrôle de gestion du temps par l'employeur rendent impossible la subordination¹⁵⁹. D'autres à l'inverse admettent que l'exercice de la subordination ne nécessite pas une surveillance immédiate et habituelle par l'employeur¹⁶⁰. Il demeure que le travailleur à domicile s'écarte de la subordination en ce qu'il

durée du travail (Décret n° 54-1266 du 24 déc. 1954 tendant à compléter et modifier les dispositions des articles 33 et suivants du livre Ier du code du travail et de la loi du 1^{er} août 1941, modifiée par la loi du 28 juin 1943, concernant la législation relative aux salaires des travailleurs à domicile).

¹⁵⁶ Loi n° 57-834 du 26 juill. 1957.

¹⁵⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^{ème} éd., Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932, n° 1898 et s. Il distingue clairement travailleur au temps/contrat de travail et travailleur à la tâche/contrat d'entreprise.

¹⁵⁸ Sur l'application des assurances sociales : C. DIDRY, Du louage d'ouvrage au contrat de travail, une autre histoire du droit du travail, *Dr. ouvrier* 2019, p. 545 ; puis Convention de l'OIT n° 177 sur le travail à domicile de 1996, article 1 : travailleur à domicile au sens de la convention, « à moins que cette personne ne dispose du degré d'autonomie et d'indépendance économique nécessaire pour être considérée comme travailleur indépendant en vertu de la législation nationale ou de décisions de justice ».

¹⁵⁹ T. LAHALLE, *JCP S* 2007, 1571 (note sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, Publié) : le fait de ne pas travailler sous le regard constat de l'employeur fait que le pouvoir de l'employeur de donner des ordres et directive et d'en contrôler l'exécution « est, pratiquement, sans commune mesure avec le lien qui unit traditionnellement un employeur à son salarié ».

¹⁶⁰ C. REY, Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des NTIC, *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2001, n° 13, pp. 173-193 ; I. LAURENT-MERLE, Le travail à domicile en Europe : mythe et réalité, *JCP S* 2005, 1396 ; P. CHAUMETTE, « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Éd. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 70. A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 408 : le travailleur à domicile doit se conformer aux

ne reçoit pas de directive *en cours* d'exécution, et le contrôle par le donneur d'ouvrage ne se matérialise que sur le travail fini. Ceci étant dit, il est regrettable que la subordination soit présentée comme un élément qu' « *il n'y a[il] pas lieu de rechercher* » pour qualifier un travailleur à domicile, c'est-à-dire qu'elle soit un élément *indifférent*. En effet, si la subordination est présente, elle doit entraîner la qualification pleine et entière de salarié. Notons toutefois que cette disposition propre aux travailleurs à domicile a été créée en 1957, avant la consécration législative du lien de subordination juridique comme qualification du contrat de travail en 1994¹⁶¹. Ainsi, la subordination doit être comprise comme un élément *négatif* de la définition du travail à domicile¹⁶² ; si le travailleur est subordonné, il doit être qualifié pleinement de salarié.

65. Nous avons vu que l'engagement du salarié consiste en l'exécution d'une quantité de travail déterminée, mise au service d'autrui, indépendante de l'obtention d'un résultat productif préétabli. Il s'agit maintenant d'essayer de traduire cet engagement dans les termes du droit des obligations.

B- L'OBLIGATION DU SALARIÉ SAISIE À TRAVERS SON OBJET : LE TEMPS DE TRAVAIL

66. Pour chercher à définir l'obligation du salarié, il va s'agir notamment de se demander quel est son objet. En droit des contrats, « l'objet » renvoie à trois éléments¹⁶³ : le contrat, l'obligation et la prestation. L'objet du contrat peut se traduire par « *l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser* »¹⁶⁴. Nous nous accordons avec ceux, nombreux, qui

directives de « son employeur », et sans être à la disposition de l'employeur, du moins physiquement, il n'est pas libre de vaquer à des occupations personnelles.

¹⁶¹ J. PÉLISSIER, A. TROLONG, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz 2008, p. 7.

¹⁶² R. JAMBU-MERLIN, Les travailleurs intellectuels à domicile, *Dr. soc.* 1981, p. 56 : éléments négatifs dans la définition, contrairement aux éléments positifs qui sont d'être rémunéré forfaitairement et de travailler plus ou moins seul ; il dit ensuite qu'il s'agit d'éléments *indifférents*.

¹⁶³ En signifiant à chaque fois « ce sur quoi porte l'élément ». *Contra* la présentation selon laquelle l'objet renverrait à « *trois sens* » différents (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cour de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014, p. 47).

¹⁶⁴ H.L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, 9^{ème} éd., Montchrétien, 1998, p. 232 ;

considèrent qu'il ne relève pas d'un grand intérêt¹⁶⁵. Le contenu du contrat regroupe une matière plus intéressante¹⁶⁶ : les obligations. L'objet de l'obligation est « ce à quoi s'engage la personne », ce que le code civil désigne depuis 2016 par le terme de *prestation*¹⁶⁷. Entre objet du contrat et objet de l'obligation, les premiers rédacteurs du code civil ont créé de la confusion faute d'avoir bien su les distinguer¹⁶⁸. La réforme du droit des obligations de 2016 simplifie les choses en abandonnant la notion d' « *objet du contrat* »¹⁶⁹ au bénéfice de celle du

idem Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 397 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, 2005, p. 22.

¹⁶⁵ Dans ce sens voir par exemple : J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 656 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 89 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, t. XCI, coll. « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 1969, p. 24.

Spécifiquement en droit du travail : M. FABRE-MAGNAN, Le contrat de travail défini par son objet, dans *Le travail en perspectives*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 101.

Pour y trouver un intérêt malgré tout, voir : A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, éd. 2005.

¹⁶⁶ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 397. Il s'agit bien du contenu du contrat, et non pas de son objet (*contra* X. HENRY, *Les techniques des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992, p. 48 et s).

¹⁶⁷ Voir aujourd'hui l'article 1163 du code civil. V. aussi, avant la reprise du terme par le législateur : H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 5.

¹⁶⁸ En témoigne d'abord l'ancien titre « *de l'objet et de la matière des contrats* », qui traitait en fait principalement de l'objet des obligations. De son côté, l'ancien article 1126 du code civil dispose que « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* », alors qu'il est plus probablement question de l'obligation et de son objet. Il reprenait en substance, l'ancien article 1101 du code civil qui disposait en disposition liminaire que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire* ».

Contre l'idée d'une confusion maladroite : J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, 1969, p. 23 : défend que l'article 1126 désignerait effectivement l'objet du contrat, là où l'article 1101 désignerait l'objet des obligations, considérant alors que le contrat et les obligations ont chacun comme objet le fait de s'obliger à donner, faire ou ne pas faire quelque chose.

¹⁶⁹ Pour un regret de cet abandon : Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 387.

« contenu du contrat ». L'objet de la prestation a lui aussi un objet qui est « la chose engagée par la personne ». Procéder à l'identification de l'objet de l'obligation et de l'objet de la prestation du salarié revient à disséquer le contrat de travail et à mettre la lumière sur la place qu'y occupe le temps (2). Cette place a à voir avec celle qu'occupe, et celle que ne peut pas occuper, la force de travail qui semble engagée, d'une manière ou d'une autre, dans le rapport salarial (1).

1- L'insaisissable force de travail à la racine du rapport salarial

67. L'engagement du salarié consistant à fournir une activité donnée fait profondément écho à ce qu'on choisit de nommer la *force de travail*, que des auteurs préfèrent nommer force productive¹⁷⁰ ou capacité de travail¹⁷¹. La force de travail consiste en la capacité à travailler. Une fois dépensée, elle peut désigner aussi les efforts mis dans l'exécution du travail. Elle est la force mise pour réaliser un travail, la force derrière un travail. On se demande dans un premier temps si elle peut constituer elle-même la prestation du salarié (a). Dans la négative, on se demande ensuite si elle peut en revanche constituer l'objet de cette prestation (b), qu'il restera alors à définir.

a- La force de travail indétachable de la personne du travailleur : une prestation interdite

68. Dans la théorie marxiste, la force de travail est, en elle-même, la marchandise¹⁷² que doivent vendre les travailleurs¹⁷³. L'affirmation est centrale en ce qu'elle fonde l'analyse de l'exploitation et de la création de la plus-value, définie par la différence entre la valeur du produit du travail et la valeur de la force de travail que le salaire se limite à rémunérer. C'est avec un angle économique et une perspective critique que Marx aborde la force de travail comme marchandise vendue par le travailleur. Il s'agit moins de dire que le travailleur

¹⁷⁰ De son côté : F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats de travail, Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2001, p. 163 ; P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 235.

¹⁷¹ A. ROUAST, « Quelques réflexions sur l'originalité sociologique du contrat de travail », dans *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Brière, 1967, p. 663 ; A. JOHANSSON, *op. cit.*, 2006, p. 2.

¹⁷² Certains parlent d'une forme imaginaire de marchandise (H. H. TRAN, Marx et le concept de la force de travail, *ContreTemps* n°21, 2014).

¹⁷³ K. MARX, *Le Capital. Livre I*, 4^{ème} éd. all., [Les éditions sociales, 1^{ère} éd. 1983], 2016, p. 519 ; *Salaire, prix et profit*, Éd. Science Marxiste, 2009, p. 95.

« engage », au sens juridique, sa force de travail auprès d'un employeur que d'affirmer qu'est seule rémunérée la valeur de cette force¹⁷⁴.

69. L'extrapolation de l'analyse, qui verrait dans la force de travail l'engagement du salarié, rencontre des obstacles juridiques rédhibitoires. Ces obstacles sont liés au principe d'indisponibilité du corps humain, consacré parmi les principes cardinaux du code civil¹⁷⁵ et des droits fondamentaux¹⁷⁶. De prime abord, la force de travail semble intrinsèque à la personne physique du travailleur. Leur dissociation est-elle toutefois envisageable ? Si Jean Rivero répond positivement¹⁷⁷, il semble au contraire que derrière la force de travail du salarié ce soit la personne du salarié tout entière, c'est-à-dire son corps et sa réflexivité, qui est directement mobilisée¹⁷⁸. Georges Ripert déclare en ce sens que « *le travail c'est l'homme même dans son corps et son esprit, et il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé* »¹⁷⁹. Monsieur Thierry Revet, qui y a consacré sa thèse¹⁸⁰, conçoit lui aussi que la force de travail est indissociable de la personne¹⁸¹ tout en acceptant qu'elle puisse être *engagée* en tant que telle par le salarié. Contrairement à l'évocation économique de l'analyse marxiste par les juristes, à l'instar de Monsieur Antoine Jeammaud qui affirme que le contrat de travail est une « *opération capitaliste d'achat de la force de travail* »¹⁸², Monsieur Thierry Revet la

¹⁷⁴ La valeur de la force de travail équivaut à « *la valeur des moyens de subsistance nécessaires pour produire, développer, conserver et perpétuer la force de travail* » (K. MARX, *Salaires, prix et profit*, Éd. Science Marxiste, 2009, p. 97).

¹⁷⁵ C. civ. art. 16-1, 3 : « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

¹⁷⁶ Convention de Genève du 25 sept. 1926 ; CEDH, art. 4 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 5.

¹⁷⁷ J. RIVERO, Les libertés publiques dans l'entreprise, *Dr. soc.* 1982, p. 253 : « *par le contrat de travail, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne* ».

¹⁷⁸ Sur l'indissociabilité de la personne et de sa force de travail : T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 15.

¹⁷⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 109, p. 276. *Contra* J. SAVATIER, La liberté dans le travail, *Dr. soc.* 1990, p. 49.

¹⁸⁰ T. REVET, L'objet du contrat de travail, *Dr. soc.* 1992, p. 859 (pour une synthèse) ; *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁸² A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », dans *Le Droit capitaliste du travail*, coll. « Critique du droit », PUG, 1980, p. 158.

déplace sur le plan juridique de l'objet de l'engagement du salarié. Or une telle thèse juridique doit être réfutée, non car elle dévoilerait une vérité trop violente au regard d'un droit naturel ou moralement intolérable, mais parce qu'elle entre en contradiction irréductible avec le principe d'indisponibilité du corps humain, consacré fondamentalement par plusieurs sources *supra* légales. La prestation du salarié ne peut être sa force de travail, en ce que celle-ci n'est pas détachable de la personne du travailleur.

b- La force de travail objet de la prestation du salarié

70. La force de travail se présente comme incontestablement impliquée dans le « travail-activité » du salarié tout en ne pouvant pas faire l'objet d'une contractualisation en vertu du principe d'indisponibilité du corps humain. Autrement dit, la force de travail est un élément de la relation de travail sans pour autant être directement saisie. Ni objet du contrat ni objet de l'obligation¹⁸³, elle doit être alors, à la racine du rapport contractuel, *l'objet de la prestation* du salarié¹⁸⁴.

71. Objet de la prestation, la force de travail est renvoyée à la terminologie de l'ancien article 1126 du code civil selon lequel « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». L'objet de la prestation y étant décrit comme une « *chose* »¹⁸⁵, la force de travail peut-elle être concernée sans risquer de réifier cette force humaine ? L'inquiétude se dissipe dès lors qu'on conçoit la terminologie de « *chose* » soit comme un raté des rédacteurs du code civil¹⁸⁶, soit comme une maladroite

¹⁸³ Monsieur Thierry Revet présente tout à tour la force de travail, comme objet du contrat de travail (T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 253. Cette position est parfois reprise comme la thèse défendue par Thierry Revet, voir L. de MONTVALON, *La charge de travail*, LGDJ, 2021, p. 6 ; dans le même sens : H. CAPITANT, P. CUCHE, *Cours de législation industrielle*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1921, p. 146 : l'objet du contrat est « *la force de travail de l'ouvrier qu'il met d'une façon continue au service du patron* ») et comme objet de l'obligation (T. REVET, *ibid*, p. 254). Cela apporte non seulement de la confusion mais, loin de résoudre la contradiction énoncée, choisit de nier l'interdiction juridique que la force de travail soit directement objet d'un contrat.

¹⁸⁴ E. DOCKÈS, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140.

¹⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, Le contrat de travail défini par son objet, dans *Le travail en perspectives*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 101.

¹⁸⁶ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 231.

commodité de langage¹⁸⁷. Derrière ce terme générique de « chose », on décèle en fait deux types d'objet de prestation : une chose et un service¹⁸⁸. Pour Madame Muriel Fabre-Magnan, les obligations pourraient même se distinguer à partir de ces deux types d'objets¹⁸⁹. La force de travail, comme objet de la prestation, consisterait en un service ou, mieux encore, en *une action*¹⁹⁰.

72. Mais de quelle prestation la force de travail peut-elle être l'objet ? Et quelle est l'obligation organisant toute cette contractualisation ? Résumant la problématique autour de la force de travail dans le rapport salarial, Monsieur Emmanuel Dockès affirme que si l'employeur « ne peut se saisir de la force de travail, le salarié peut la mettre à son service ce qui est tout à fait différent »¹⁹¹. Il annonce alors l'obligation du salarié, qui serait une forme de mise au service, qu'il s'agit maintenant d'approcher en détail.

¹⁸⁷ Jacques Ghestin y voit une « ellipse commode » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 569). D'après Anne-Sophie Lucas-Puget, les rédacteurs du code civil auraient d'ailleurs envisagé la formule « la chose qu'on donne et le fait qu'on fait ou ne fait pas » mais que ce sont des raisons stylistiques qui les ont poussés à adopter finalement le terme commun de « chose » (A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, éd. 2005, p. 50).

¹⁸⁸ F. ZENATI-CASTAINF, REVET, *Cours de droit civil. Obligation, Régime*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2013, n° 8 ; A. SERIAUX, *Contrats civils*, coll. « Droits fondamentaux », PUF, 2001, p. 14 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, t. XCI, coll. « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 1969.

Pour une opposition entre chose et action plutôt que chose et service : G. PIGNARRE, À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, *RTD civ.* 2001, p. 41.

¹⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p. 85.

Pour une critique voir : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 32 : selon lui, ce qui prime d'abord pour identifier une obligation c'est son objet. Il prend l'exemple du contrat de dépôt qui a pour objet une prestation de service ayant pour objet la chose remise : c'est d'abord une prestation de service qui caractériserait le contrat de dépôt.

¹⁹⁰ G. PIGNARRE, *op. cit.*, 2001, p. 41. Cela évite notamment toute confusion avec le « service » objet de l'obligation.

¹⁹¹ E. DOCKÈS, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140.

2- L'obligation de mise à disposition de la force de travail permise par le temps de travail

73. On cherche dans un premier temps à quelle catégorie reconnue par le droit civil peut être rattachée l'obligation du salarié (a), avant de prétendre la définir (b). À l'opposé de la démarche attendue, qui consisterait à définir d'abord l'obligation puis à le classer en connaissance de cause, procéder dans ce sens se révèle plus efficace. En effet, les blocages que rencontre la catégorisation éclairent sur les particularités de l'obligation du salarié.

a- Une obligation de mise à disposition

74. Définir l'obligation du salarié, en cherchant à la caractériser, se heurte au triptyque civiliste des obligations de donner, faire ou ne pas faire, dans lequel elle ne trouve aucune place possible (i). Il faut se référer à une autre obligation, en provenance du droit romain et actualisée par plusieurs auteurs, l'obligation de *praestere* (ii).

i- *Les inadéquates obligations de faire et de donner*

75. Dans la recherche de catégorisation de l'obligation du salarié, on se réfère à la classification opérée par le code civil de 1804. L'ancien article 1126 du code civil disposait que « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». Cette classification a été supprimée du code civil avec la réforme du droit des obligations de 2016¹⁹². Plusieurs auteurs défendent cependant que cette suppression formelle ne s'est pas soldée par la disparition réelle de la classification, dont l'intérêt perdure¹⁹³. Trois objets d'obligation s'identifient donc : donner, faire et ne pas faire.

¹⁹² « L'avant-projet Catala » avait proposé de conserver la classification des objets de l'obligation (Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au Ministre de la Justice, 22 Sept. 2005, p. 23 et s.).

¹⁹³ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 392 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17^{ème} éd., coll. « Université », Sirey, 2022.

C'est moins vrai pour « *l'obligation de donner* », du fait de la consécration d'un effet translatif automatique (C. civ. art. 1196).

Le trinôme peut cependant être réduit à deux obligations, dès lors qu'on considère que celles de *facere* et de *non facere* se confondent¹⁹⁴.

76. Lors de l'élaboration du code civil s'est manifesté le refus de ramener le travail à une obligation de donner ou de faire¹⁹⁵. L'impossibilité de rattacher le travail à l'obligation de donner est assez évidente, dès lors qu'elle impliquerait un transfert de propriété inacceptable de la force de travail. L'obligation de faire est, quant à elle, inapte à désigner la prestation du salarié, à défaut de rendre compte de la subordination inhérente au rapport salarial¹⁹⁶ ; elle traduit en revanche l'obligation de l'entrepreneur lié par un contrat d'entreprise. Quant à l'hypothèse du bail, elle induit un véritable transfert et, appliquée à la force de travail, une appropriation du corps d'autrui impossible¹⁹⁷.

ii- *L'accommodante obligation de praestere*

77. L'insuffisance de la classification reconnue en 1804 amène à étendre la recherche de catégorisation. Celle-ci nous conduit à l'obligation de *praestere*. Définie par le dictionnaire latin *Le Gaffiot* comme « *mettre à disposition, procurer, fournir* », l'obligation de *praestere* consisterait en une *mise à disposition* d'une chose¹⁹⁸ ou, mieux, une *mise à disposition*

¹⁹⁴ Sur la dualité faire-donner, voir J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. Coignard éd., Paris 1689, L. 1, T. I, section 1, IV. V. aussi sur cette position : J. CARBONNIER, *Les obligations, Droit civil*, t. IV, 20^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 1996, p. 34.

¹⁹⁵ P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 201. V. aussi A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, p. 58.

¹⁹⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », dans *Le travail en perspectives*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 101 : « *l'obligation de faire ne suffit pas à rendre compte de toute l'emprise de l'employeur* ».

Contra J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, t. XCI, coll. « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 1969, p. 85 : il classe dans les contrats non translatifs définis par une obligation principale de faire ou ne pas faire, le fait d'exécuter un travail et le fait d'accomplir un service, c'est-à-dire respectivement le contrat d'entreprise et le contrat de travail.

¹⁹⁷ E. DOCKÈS, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140

Pour la défense de la possibilité d'un bail sans dépossession de la force de travail, voir M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁸ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 1998, p. 101.

*temporaire de l'usage d'une chose*¹⁹⁹. Celle-ci existait pleinement en droit romain, en témoigne la transcription des propos du juriste Paul dans le Digeste²⁰⁰ : « *la substance des obligations [consiste] à astreindre une autre personne envers nous soit à transférer la propriété, soit à faire, soit à fournir quelque chose* »²⁰¹. Mais les obligations de *dare, facere* et *praestere* présentes dans le Digeste ont été, étonnement²⁰², traduites par Pothier par les obligations de donner, faire et ne pas faire, traductions reprises par le code civil. Comme le repère Monsieur Jérôme Huet²⁰³, une trace de l'obligation de *praestere* figure à l'ancien article 1127 du code civil selon lequel « *le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat* », s'ajoutant au triptyque précédent. Cette disposition a elle aussi été supprimée par le législateur de 2016. À contrecourant, l'avant-projet de réforme du droit des obligations de 2005, dit « avant-projet Catala », du nom du président de la commission chargée de son élaboration, proposait de reconnaître une forme d'obligation de *praestere* à travers la notion d'« *obligation de donner à usage* »²⁰⁴ – le terme de « donner » amoindrissant cependant l'alternative représentée par la catégorie²⁰⁵.

¹⁹⁹ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 392.

²⁰⁰ Recueil de textes de juristes romains élaboré par l'empereur Justinien au VI^{ème} siècle.

²⁰¹ D.44, 7, 3 (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1992, p. 18 ; et M. FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p. 85).

²⁰² J. HUET, Des distinctions entre les obligations, *Revue des contrats* janv. 2006, p. 89.

²⁰³ J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », dans *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, 2001, p. 429.

²⁰⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au Ministre de la Justice, 22 Sept. 2005, art. 1121 : « *Le contrat a pour objet une chose dont une partie s'engage à céder la propriété ou à concéder l'usage, ou qu'elle s'oblige à faire ou à ne pas faire. La détention de la chose peut être également transférée sans qu'en soit concédé l'usage, notamment à titre de dépôt ou de garantie* » ; article 1146 dudit avant-projet : « *L'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage ; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt* ».

²⁰⁵ De l'avis que l'obligation de *praestere* se rattache à l'obligation de donner : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 30.

78. Dans la recherche de la catégorisation de l'obligation du salarié, des autrices prônent la réactualisation de l'obligation de *praestere*²⁰⁶. En droit du travail²⁰⁷, l'obligation de *praestere* a été mobilisée pour tenter de caractériser l'obligation du salarié mais également celle de l'employeur. Madame Geneviève Pignarre suggère ainsi que l'obligation de *praestere* puisse désigner l'obligation de l'employeur de fournir un travail, traduite alors par l'obligation de mise à disposition d'un travail. Catégoriser le contrat de travail par l'obligation de *praestere* de l'employeur a pour effet d'inverser la personne du *locateur* et *locataire*, renouant avec le traitement romain du louage d'ouvrage²⁰⁸. Du côté de l'obligation du salarié, mobiliser l'obligation de *prastere*, comme le fait Madame Muriel Fabre-Magnan²⁰⁹, permet de surpasser la simple obligation de faire, sans pour autant entraîner de transfert de propriété²¹⁰, même temporaire²¹¹. On approche très certainement ainsi de ce qu'est l'obligation du salarié.

b- La mise à disposition de la capacité de la force de travail par le temps de travail

79. L'obligation du salarié consisterait donc en une mise à disposition d'un travail, plus précisément, de la mise à disposition de la capacité de la force de travail (i). Or une telle mise à disposition se trouve permise par le temps subordonné, le temps de travail (ii).

²⁰⁶ En droit du travail, deux articles ont particulièrement défendu l'obligation de *praestere* comme une catégorie à laquelle rattacher le contrat de travail : M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », dans *Le travail en perspectives*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 101 ; G. PIGNARRE, À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, *RTD civ.* 2001, p. 41. Pour un retour au trinôme *dare, praestere, fare* V aussi J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », dans *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, 2001, p. 429.

²⁰⁷ L'obligation de *praestere* a été également mobilisée dans des cas éloignés du contrat de travail, par exemple pour décrire l'obligation de livrer une chose au créancier sans transfert de propriété, avant la concrétisation d'une vente (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1992, p. 24).

²⁰⁸ V. Paragraphe 54.

²⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 1998, p. 101.

²¹⁰ *Ibid.*

Contra A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, éd. 2005, p. 52.

²¹¹ *Contra* A. SERIAUX, *Contrats civils*, coll. « Droits fondamentaux », PUF, 2001, p. 20 : « *praestere* signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de la restituer à son maître ».

i- *La mise à disposition de la force de travail du salarié : un pouvoir d'« activer » la force de travail*

80. L'obligation du salarié se présenterait comme « la mise à disposition de la force de travail ». Cette formulation peut laisser entendre une exigence de production, c'est-à-dire une force de travail en mouvement. Cependant, la mise à disposition de la force de travail du salarié ne saurait se confondre avec la mise en œuvre, effective et productive, de la force de travail. En effet, la mise à disposition de la force de travail consiste plus amplement en *la possibilité* conférée à l'employeur de mettre en œuvre cette force de travail au service de l'entreprise²¹². Autrement dit, il s'agit du pouvoir d'« activer » la force de travail du salarié. Est mise à disposition de l'employeur la *capacité de la force de travail du salarié*.

81. On retrouve finalement ici la question de la détermination du temps de travail effectif, sujet de la thèse de Madame Anja Johansson, dans laquelle elle distingue la logique productiviste de la logique du travail au temps. Dans la logique au temps, le contrat de travail est décrit par Madame Anja Johansson comme le fait pour une personne de « *mettre sa capacité de travail d'une façon continue à la disposition d'une autre moyennant une rémunération* »²¹³. Elle énonce, plus précisément encore, qu'il est le contrat par lequel « *le salarié met sa force de travail à la disposition de son employeur pendant un certain temps et se tient prêt à exécuter le travail qui lui sera procuré* »²¹⁴. Cette formulation exprime très justement la logique du travail au temps, qui n'exige pas forcément qu'un travail soit exécuté mais seulement que le salarié soit prêt à l'exécuter. Il s'agit en fait simplement du critère de la disponibilité dans la détermination du temps de travail effectif. C'est cette logique du temps qui est consacrée par le droit positif²¹⁵, l'article L. 3121-1 du code du travail définissant la durée du travail effectif comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de*

²¹² Voir T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 344 : le salaire n'est pas la seule contrepartie d'une disponibilité effective, du fait que la mise en œuvre de la force de travail incombe à l'employeur.

²¹³ A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 2.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 273.

²¹⁵ Malgré quelques marques de la logique productiviste, comme les équivalences et l'exclusion d'un grand nombre de temps contraints (habillage, restauration, trajet) du temps de travail effectif.

l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

ii- *Le temps de travail, l'outil de la mise à disposition de la force de travail*

82. La définition du contrat de travail comme le fait de se tenir à disposition pendant un certain temps et se tenir prêt à exécuter le travail qui lui sera procuré²¹⁶ nous mène à ce qu'est la subordination : devoir obéir aux directives de l'employeur, sous son contrôle et avec le risque d'être sanctionné. Alors qu'elle a pu être présentée comme l'outil qui permettait de séparer la personne de sa force de travail²¹⁷, comme un « *instrument d'objectivation de la force de travail* »²¹⁸, la subordination permet surtout d'utiliser la force de travail d'autrui²¹⁹, sans pour autant s'en « *saisir* », pour reprendre les termes de Monsieur Emmanuel Dockès²²⁰. Pour ce dernier, l'objet de l'obligation serait en fait simplement « *le travail subordonné* »²²¹. Mais le travail subordonné se doit d'être encadré temporellement, sans quoi l'inégalité entre les deux parties au contrat de travail se retrouve sans limites, ce qui ne saurait être toléré²²². En relevant le rôle du temps dans la subordination, Monsieur Alain Supiot déclare ainsi que l'obligation du salarié « *n'a pour objet ni un produit ni un service déterminés, mais un temps*

²¹⁶ A. JOHANSSON, *op. cit.*, 2006, p. 273.

²¹⁷ A. SUPIOT, *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que-sais-je », PUF, 2019, p. 66 : « *pour que le travail puisse être l'objet d'un contrat, et donc d'un marché, il faut en effet le traiter fictivement comme une chose séparable du travailleur. [...] La subordination du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance* » ; T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 127.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Pour une autre analyse du contrat de travail : M.-L. MORIN, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », dans *Le travail en perspectives*, A. SUPIOT (dir.), coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 125 : l'auteur suggère que le contrat qui porte sur « *l'usage de la force de travail* » n'implique pas nécessairement de caractère subordonné du travail. Elle considère que la distinction, déterminante selon elle, entre le contrat qui porte sur l'usage de la force de travail et celui qui porte sur un produit ou un service à réaliser, autrement dit celle entre louage de service et louage d'ouvrage, n'épouse pas celle entre contrat de travail et contrat d'entreprise.

²²⁰ E. DOCKÈS, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140.

²²¹ *Ibid.* ; F. GAUDU, F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2018, p. 144 : l'obligation essentielle du salarié est « *la soumission au pouvoir de direction* ».

²²² V. Paragraphe 281 et s.

pendant lequel il s'engage à travailler sous la subordination de l'employeur »²²³. Pour Georges Ripert également, « *l'obligation qui pèse sur le salarié est bien d'accomplir un certain nombre d'heures de travail* »²²⁴. En fin de compte, il semble qu'on puisse valablement considérer que l'obligation du salarié est l'exécution du temps de travail, le temps de travail étant donc sa prestation. L'obligation du salarié peut être désignée, plus légèrement, par le « temps travaillé ».

83. Si l'objet de l'obligation est bien, après ces raisonnements, le temps de travail, il nous faut cependant consentir à une certaine nuance. Celle-ci est motivée par le fait que le salarié s'engage certes à l'exécution d'un temps de travail, temps subordonné mais pas pour exécuter « n'importe quel travail ». Il a à effectuer une certaine activité concrète et précisée contractuellement, associée à sa qualification, que désigne finalement sa fonction contractuelle. Il s'agit ici moins de remettre en cause l'identification de l'obligation du salarié d'exécuter un temps de travail subordonné, que de rappeler une limite à la subordination qui ne saurait s'entendre comme ordonnant au salarié « n'importe quelles directives ».

II- LA DÉTERMINATION CONTRACTUELLE : LE BESOIN DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

84. Il s'agit dans un premier temps de se demander si l'obligation du salarié peut être et doit être déterminée (A), avant de se pencher sur l'exigence de déterminabilité de la prestation du salarié elle-même, imposée par le droit civil (B). Ces deux interrogations doivent permettre d'apprécier le besoin de procéder à un décompte du temps de travail, d'une part afin de conclure ou non à l'exécution par le salarié de son obligation, et d'autre part de répondre à l'exigence de déterminabilité de la prestation du temps de travail.

²²³ A. SUPIOT, *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que-sais-je », PUF, 2019, p. 106.

²²⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 276.

A- LE TEMPS DE TRAVAIL, OBJET D'UNE OBLIGATION DE RÉSULTAT À DÉTERMINER

85. L'opposition entre « travail-résultat » et « travail-activité » a été parfois assimilée à celle entre obligation de résultat et obligation de moyens²²⁵. Plus récemment, plusieurs discours décrivent par ailleurs une évolution de l'obligation du salarié vers une obligation de résultat, laissant alors entendre que cela ne serait pas le cas en principe. Or, cela n'a rien d'évident. Une fois bien comprise la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens (1), il convient de l'appliquer au contrat de travail dans le but de caractériser celui-ci (2).

1- La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens

86. Comprendre la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens implique d'abord de chercher à caractériser plus précisément chacune d'elle et de se demander à quelle prestation elles renvoient (a). Dans un second temps, on se demandera ce que cette distinction implique (b).

a- Obligations de résultat et de moyens : deux intensités d'une même prestation

87. La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens a été introduite par René Demogue au début du XX^{ème} siècle²²⁶. Elle est décrite ensuite comme une réelle *summa divisio*, c'est-à-dire apte à contenir l'ensemble des obligations²²⁷. Là où l'obligation de résultat engage la partie à remplir un résultat, l'obligation de moyens impose seulement de fournir son possible pour y parvenir. Sans en modifier la substance, Henri Mazeaud a préféré parler d'obligation générale de prudence et de diligence, expression reprise par une série d'auteurs²²⁸, qu'il oppose à la notion d'« obligation déterminée » pour désigner l'obligation

²²⁵ V. note de bas de page 249.

²²⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n° 1237 ; t. VI, n° 599. V. aussi, par exemple : P. JOURDAIN, Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? *JCP G* 2016, 909.

²²⁷ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 5.

²²⁸ A. TUNC, La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence, *JCP* 1945, 449 ; J. BÉLLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de*

de résultat visée par Demogue²²⁹. Engagement à atteindre un résultat et engagement à tout faire pour y parvenir, obligation de moyens et obligation de résultat se rapportent toutes les deux au résultat à atteindre. Elles ne se distinguent qu'au regard de *l'intensité de l'obligation*²³⁰.

Circonspect quant à cette distinction, André Tunc considère que toute prestation ne peut être qu'une obligation de moyens, en suggérant que toute prestation se limite forcément à une certaine diligence du débiteur – à l'exception de l'obligation de donner –, à défaut pour l'homme d'être tout puissant²³¹. Admettant toutefois que les parties contractent parfois *en vue* d'un résultat, il conclut que le « *droit prend parti pour cette "réalité psychologique" qui ne correspond pas à la "réalité concrète"* »²³² – la réalité concrète consistant en l'impossibilité de s'engager pleinement à un résultat, la réalité psychologique renvoyant à l'engagement prévu et crédible d'y parvenir coûte que coûte. La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens retrouve son sens.

88. L'avant-projet de réforme du droit des obligations de 2005, dit « avant-projet Catala »²³³, a envisagé de consacrer légalement la distinction. Selon l'avant-projet, « *l'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé* » et elle est « *dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence* »²³⁴. À défaut d'avoir emporté une adhésion unanime, la

résultat, LGDJ, 2001, p. 15 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 18^{ème} éd., coll. « Université », Sirey, 2022, p. 63.

²²⁹ H. MAZEAUD, Essai de classification des obligations, *Rev. trim. De droit civil* 1936, p. 1.

²³⁰ J. HUET, Des distinctions entre les obligations, *Revue des contrats* janv. 2006, p. 89 ; J. BÉLLISSENT, *op. cit.*, 2001, p. 15.

²³¹ A. TUNC, La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence, *JCP* 1945, 449 (article reproduit dans H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 18).

²³² *Ibid.*

²³³ Du nom du président de la commission chargée de son élaboration.

²³⁴ P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, 22 sept. 2005, art. 1149.

distinction n'est conservée ni par « l'avant-projet Terré » ni par l'ordonnance du 10 février 2016, sans pour autant qu'il soit permis de la considérer abandonnée d'un point de vue théorique²³⁵.

89. Au visa de l'article 1147 du code civil, la Cour de cassation casse, pour violation de la loi, des décisions de cour d'appel qui ignorent la distinction entre obligations de résultat et de moyens vis-à-vis de la responsabilité pour inexécution²³⁶. De source doctrinale, la distinction se retrouve ainsi mobilisée devant et par les tribunaux, dont les juges se chargent notamment de préciser les critères²³⁷. Sont pris en compte la volonté des parties dans la qualification des prestations²³⁸, l'absence ou la présence d'aléa²³⁹ ainsi que l'implication passive ou active du débiteur²⁴⁰.

b- La différence d'appréciation de l'inexécution entre obligations de résultat et de moyens

90. L'intérêt de la distinction réside principalement dans la responsabilité contractuelle et la charge de la preuve²⁴¹. Selon l'ancien article 1147 du code civil, actuel 1231-1, le débiteur est

²³⁵ Dans ce sens-là : P. JOURDAIN, Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? *JCP G* 2016, 909.

²³⁶ Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1975, n° 74-12.999, *Bull.* n° 336 ; 4 avril 1978, n° 77-10.364, *Bull.* n° 142 ; 15 avril 1980, n° 79-10.610, *Bull.* n° 115.

²³⁷ Par exemple : Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1963, *Bull.* n° 13 ; 2 mars 1964, *Bull.* n° 121 ; Com. 13 mai 1964, *Bull.* n° 247 ; 28 juin 1989, n° 86-19.318, *Bull.* n° 177 ; 28 fév. 1984, n° 82-15.958, *Bull.* n° 77. Pour des jurisprudences plus récentes : Com. 26 mai 2010, n° 09-66.344, *Bull.* n° 101 ; Civ. 2^{ème}, 3 mars 2022, n° 21-13.892, P.

²³⁸ Lorsque l'identification de la teneur de l'obligation résulte de la volonté claire des parties, la tâche du juge est bien sûr facilitée (voir par exemple Com. 13 mai 1964, *Bull.* n° 247).

²³⁹ La Cour de cassation l'affirme : par exemple pour le médecin (Civ 1^{ère}, 28 juin 1989, n° 86-19.318, *Bull.* n° 177 ; 25 fév. 1997, n° 95-11.205, *Bull.* n° 72), pour l'entrepreneur de spectacles (29 nov. 1989, n° 87-13.684, P). Est également concernée la situation où le résultat nécessite l'intervention d'un tiers.

H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 14.

²⁴⁰ Exemple : Civ. 1, 25 janv. 2017, Publié.

²⁴¹ J. BÉLISSANT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001, p. 20 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, p. 13 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17^{ème} éd., coll. « Université », Sirey, 2022, p. 39.

responsable du seul fait de l'inexécution de son obligation²⁴². Pour conclure à l'inexécution d'une obligation de résultat, il suffit de constater que le résultat n'a pas été atteint. Pour conclure à l'inexécution d'une obligation de moyens, il faut se livrer à un examen et une appréciation du comportement du débiteur. Les juges évaluent s'il y a eu suffisamment de diligence²⁴³ ou de vigilance²⁴⁴ et, négativement, s'il n'y a pas eu de négligence²⁴⁵. Le comportement est apprécié *in abstracto*, en comparaison à l'attitude « raisonnable » qu'on serait en droit d'attendre, indépendamment de la personne et des particularités du débiteur. Le standard du « raisonnable » figure d'ailleurs à l'article 1197 du code civil, anciennement 1137, qui prévoit sans la nommer une forme d'obligation de moyens en disposant que les contrats comportant une obligation de conserver une chose « *soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'une personne raisonnable* »²⁴⁶.

91. C'est au nom de la réalité judiciaire de la responsabilité contractuelle que Paul Esmein, certainement l'auteur le plus virulent contre la distinction entre obligations de résultat et de moyens, la résume à une « *approximation grossière* »²⁴⁷. Selon lui, la recherche de la responsabilité contractuelle implique toujours de prouver qu'une des parties a commis un acte déterminé qu'elle avait l'obligation de ne pas faire ou, à l'inverse, qu'elle a omis de faire un acte déterminé qu'elle avait l'obligation de faire²⁴⁸. Selon cette critique, une prestation est

²⁴² Obligation de veiller à la conservation de la chose, *soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables*. Avant 2014 : *soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille*.

²⁴³ Com. 13 mai 1964, *Bull.* n° 247 ; Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1970, n° 69-13.385, *Bull.* n° 283 (arrêt précis où les juges considèrent que le médecin n'avait pas apporté les « soins attentifs et conformes aux données acquises de la science »).

²⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 9 fév. 1994, n° 91-17.202, *Bull.* n° 61.

²⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 2 mars 1964, *Bull.* n° 121 ; 4 nov. 1982, n° 81-13.415, *Bull.* n° 318 ; 28 fév. 1984, n° 82-15.958, *Bull.* n° 77.

²⁴⁶ L'article 1137 du code civil a d'abord fait référence aux « *soins d'un bon père de famille* », puis en 2014 aux « *soins raisonnables* », avant de consacrer la formulation actuelle en 2016.

²⁴⁷ P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », dans *Études offertes à Georges RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950, p. 105. V. aussi J. BÉLLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001, p. 20 : l'auteur considère que la distinction proposée par Demogue masque la variété juridique des obligations – ce qui semble toutefois être le lot commun de toute *summa divisio*, voire son objet que de proposer une classification sur quelques caractéristiques au détriment de toutes les autres.

²⁴⁸ P. ESMEIN, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », dans *Études de droit civil. À la*

toujours construite d'obligations déterminées. Elle ne nous semble pas suffire pour refuser toute pertinence à la distinction entre obligation de résultats et obligation de moyens. En effet, même si on admet qu'il faut toujours prouver l'exécution d'un acte déterminé, la distinction oppose le cas de l'obligation de résultat où cet acte déterminé correspond à la prestation elle-même, au cas de l'obligation de moyens, qui correspondra aux actes utiles et considérés comme diligents pour parvenir à la prestation objet de l'obligation.

2- L'exécution du temps de travail : une obligation de résultat

92. Appliquer la catégorisation entre obligation de résultat et obligations de moyens à l'obligation du salarié permet de préciser cette dernière, et de mieux la distinguer encore de celle du travailleur indépendant (a). Cela permet ensuite et surtout de vérifier si l'obligation du salarié, c'est-à-dire l'exécution d'un temps de travail, est une obligation déterminée (b).

a- L'exécution du temps de travail : une obligation à part entière

93. Certains auteurs superposent le diptyque de l'obligation de moyens et l'obligation de résultat à celui du travail-activité et travail-résultat²⁴⁹. Cela transparaît notamment dans l'analyse de l'évolution de la prestation du salarié, des auteurs parlant d'une transition vers une « obligation de résultats »²⁵⁰ là où ils entendent assurément parler en fait d'un « travail-résultat » qui viendrait supplanter le « travail-activité »²⁵¹. Une telle confusion revient à admettre que dans les deux cas, du « travail-activité » et du « travail-résultat », le travailleur s'engage au résultat final, seule variant l'intensité de son engagement. Or c'est se méprendre sur ce qu'est le travail salarié. L'obligation du salarié consiste en effet en l'exécution d'un travail subordonné pendant un certain temps²⁵². Cela ne consiste pas à faire tout son possible dans un temps donné pour parvenir à un résultat.

mémoire de Henri CAPITANT, Librairie Dalloz, 1940, p. 238.

²⁴⁹ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 30 ; P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 236.

²⁵⁰ V. not. le rapport « Au-delà de l'emploi » prévenant de l'attraction croissante vers « la logique d'obligation de résultat » (A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999), préface de 2016 p. XLIII).

²⁵¹ C. RADÉ, NTIC et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26.

²⁵² V. Paragraphe 82.

94. De plus, insinuer l'existence d'une seule différence de degré entre le « travail-activité » et le « travail-résultat » néglige une différence fondamentale entre les deux engagements : l'existence ou non de la subordination lors de l'exécution du travail. Ce critère sépare résolument les deux obligations l'une de l'autre²⁵³. L'obligation du salarié n'est pas de même nature que celle du travailleur indépendant, engagé à un « travail-résultat » et lié par un contrat d'entreprise²⁵⁴.

b- L'exécution du temps de travail : une obligation déterminée

95. L'obligation du salarié ne correspond pas à l'obligation de moyens du travailleur indépendant engagé à un résultat. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une obligation « indéterminée », caractéristique que prêtent des auteurs aux obligations de moyens²⁵⁵. L'obligation du salarié correspond à une obligation de résultat, c'est une obligation déterminée. Exécuter un temps de travail donné constitue *en soi* l'obligation du salarié. Le résultat promis par le salarié, c'est l'exécution du temps de travail.

Ainsi, l'inexécution de son obligation par le salarié ne peut résulter que du fait de ne pas avoir fourni ce temps. À l'inverse, il suffit que ce temps ait été effectué pour pouvoir conclure à l'exécution de l'obligation du salarié.

96. Pour déterminer cette obligation, et tel que l'exige le droit des obligations, la prestation se doit, elle-même, d'être déterminée ou déterminable.

B- LE TEMPS DE TRAVAIL, PRESTATION À DÉTERMINER

97. Une fois identifiée l'obligation du salarié d'exécuter un temps de travail, qui doit être déterminée, la prestation du salarié est elle-même soumise à l'obligation de déterminabilité propre au droit des contrats, qui impose alors de déterminer ou de rendre déterminable le

²⁵³ Bien souligné par le juriste (L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, Riv. Dir. Com., 1954, I, cité dans T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 34).

²⁵⁴ A. COTTEREAU, *op. cit.*, p. 48.

²⁵⁵ V. Paragraphe 87.

temps de travail (1). Face à une difficile prédétermination du temps de travail de certains salariés, le forfait jours vient modifier l'unité de détermination du temps (2).

1- Obligation de déterminabilité de la prestation du salarié : pour une détermination exacte du temps de travail

98. Selon l'article 1163 alinéa 2 du code civil, la prestation doit être « *déterminée ou déterminable* ». Selon l'alinéa suivant, la déterminabilité signifie que la prestation peut « *être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Regroupant plusieurs dispositions du code civil antérieur à 2016²⁵⁶, l'article 1163 du code civil reprend ici en substance l'ancien article 1129 du même code qui exigeait que « *l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* » et dont l'alinéa 2 disposait que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Les notions d'espèce et de quotité renvoient à l'hypothèse de la prestation en tant que chose de « genre », opposée au « corps certain » qui peut et doit être déterminé dès la conclusion du contrat. Une chose de genre peut se définir comme « *une chose fongible qui se vend au poids, au compte ou à la mesure, objet de série interchangeable* »²⁵⁷. Chose de genre, la prestation doit alors être déterminée quant à son espèce et au moins déterminable quant à sa quantité. L'exigence d'une quantité déterminable a été explicitée par la jurisprudence comme le fait que les indications qui permettront de déterminer la prestation au moment de son exécution figurent dans le contrat dès sa conclusion²⁵⁸. Ainsi, le droit des obligations pose une condition de déterminabilité, immédiate ou future. Cette obligation traduit l'exigence essentielle que les contractants

²⁵⁶ Les articles 1128 à 1130 du code du travail, à l'ancienne section « *de l'objet et de la matière des contrats* ».

²⁵⁷ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 411.

²⁵⁸ Requête 2 juin 1856 ; Com. 11 juin 1981, n° 80-10.483, *Bull.* n° 268 ; 10 mars 1987, n° 85-14.121 Voir : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cour de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014, p. 54 : la quantité des choses des genre peut être déterminée plus tard, pourvu qu'au moment de la naissance de l'obligation, « *le procédé de cette détermination différée soit arrêté et qu'il entre dans le champ contractuel à titre de prescription contraignante* » ; J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, coll. « Connaissances du droit », Dalloz, 2017, p. 91 : il faut que « *le contrat (...) permette à lui seul – c'est-à-dire par ses seules énonciations – de savoir exactement ce que le créancier peut exiger du débiteur contractuel* ».

sachent à quoi ils s'engagent et ce pour quoi ils s'engagent. L'obligation de déterminabilité empêche tout arbitraire des parties et représente ainsi une sécurité indispensable aux cocontractants²⁵⁹. Si le contenu de l'activité semble indéterminable par principe (a), cela ne préjuge en rien de la déterminabilité, exigée, de la prestation du salarié qui est le temps de travail (b).

a- Une impossible déterminabilité du contenu de l'activité elle-même

99. Tout un courant doctrinal s'accorde sur le fait que la subordination empêcherait par nature de déterminer l'obligation du salarié. Monsieur Alain Supiot déclare ainsi dans son *Critique du droit du travail* que « le lien de subordination est tout d'abord incompatible avec l'exigence d'une détermination précise de l'obligation du salarié »²⁶⁰. Il s'inscrit dans les pas de Paul Durand et Robert Joussaud qui considèrent dans leur *Traité de droit du travail* que « le contrat de travail se borne en effet à mettre le salarié à la disposition de l'employeur : l'obligation du salarié comporte en général une large indétermination »²⁶¹. D'autres auteurs estiment que le pouvoir de direction « est une faculté de créer ou de préciser unilatéralement les obligations dont le salarié est le débiteur »²⁶².

Si le propos se limite à souligner que le contrat de travail empêche toute déterminabilité des obligations au sens, commun du terme, de directives alors il emporte évidemment l'adhésion. En effet, l'originalité du contrat de travail²⁶³, par lequel le salarié se soumet par avance aux ordres que l'employeur lui adressera, consacre une part d'indétermination quant aux directives qui devront être suivies. Il s'agit même là de l'essence de la subordination car, si ces directives étaient déterminées par le contrat, il n'y aurait plus de place pour le pouvoir.

²⁵⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 191, et 587. V. aussi J. MESTRE, *RTD civ.* 1995, p. 620) ; J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, coll. « Connaissances du droit », Dalloz, 2017, p. 91 ; idem J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17^{ème} éd., Sirey, 2002.

²⁶⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, coll. « Quadrige », PUF, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], 2015, p. 120.

²⁶¹ P. DURAND, R. JOUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t.1, Dalloz, 1947, p. 430.

²⁶² D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 800.

²⁶³ Voir A. SUPIOT, *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que-sais-je », PUF, 2019, p. 106 : « l'originalité du contrat tient à la nature particulière de l'obligation du salarié : elle n'a pour objet ni un produit ni un service déterminés, mais un temps pendant lequel il s'engage à travailler sous la subordination de l'employeur ».

Que la subordination empêche de déterminer ce que le salarié devra effectuer précisément et concrètement²⁶⁴ est incontestable.

100. Mais le propos n'a pas la même envergure dès lors qu'il prétend que la subordination empêcherait la déterminabilité de la prestation au sens de l'article 1163 du code civil, ancien article 1129²⁶⁵. Cette indéterminabilité ferait office d'exception du contrat de travail au regard du droit commun des obligations. Face à elle, plusieurs solutions se présenteraient parmi lesquelles l'interprétation de la volonté des parties ou la reconnaissance d'une « prérogative contractuelle » accordée ici à l'employeur qui jouerait sur les modalités d'exécution du contrat²⁶⁶. Or, c'est se méprendre sur ce qu'est la prestation du salarié au sens de l'objet de son obligation. La prestation contractuelle n'est pas le contenu de l'activité. La prestation contractuelle du salarié c'est le temps subordonné, et c'est alors à lui d'être déterminé ou déterminable.

b- La déterminabilité exigée et possible du temps de travail et l'exactitude visée par l'unité horaire

101. Devoir déterminer la prestation du salarié c'est devoir déterminer le temps subordonné²⁶⁷. Le temps de travail peut être considéré comme une chose de genre, déterminable par unité de mesure – minute, heure, jour, année.

Œuvrer pour la déterminabilité du temps de travail doit mener à chercher à déterminer le temps de travail le plus précisément possible, c'est-à-dire à exprimer le temps de travail avec le plus d'*exactitude*. Du côté du temps à *travailler*, un contrat de travail pourra préciser, par

²⁶⁴ Les « obligations concrètes » du salarié sont indéterminées (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, p. 120).

²⁶⁵ Voir O. GARNIER, « La théorie néo-classique face au contrat de travail : de la "main-invisible" à la poignée de main invisible », dans *Le travail. Marché, règles, conventions*, Economica, 1986 p. 315 : le contrat de travail est « incomplet, en ce sens qu'il ne spécifie pas explicitement les prestations à échanger » ; G. DUCHANGE, Les racines juridiques du droit du temps de travail, *RDT* 2019, p. 468.

²⁶⁶ Sur ce point voir : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 200 et s. Il se réfère notamment à R. DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *RTD civ.* 1907, p. 245

²⁶⁷ E. DOCKÈS, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140 ; P. LOKIEC, Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

exemple, qu'un salarié est soumis à une durée hebdomadaire de travail de « 37h30 », cette demi-heure pouvant être répartie sur l'ensemble des jours de la semaine. Du côté du temps travaillé, si le décompte du temps ne va généralement pas jusqu'à retenir les secondes écoulées, l'exactitude visée justifie pleinement de devoir décompter les minutes travaillées. À noter que le décompte en minutes est finalement prévu derrière le décompte en heures, les minutes décomptées s'exprimant en part d'heure – au-delà du quart et de la demi-heure, 5 minutes représentent par exemple 1/12^{ème} d'heure.

102. Sa quantité doit donc être déterminable, à partir d'éléments du contrat et non de la volonté d'une des parties. En ce qu'elle protège de l'arbitraire des parties, cette exigence de déterminabilité semble d'ailleurs d'autant plus primordiale qu'elle concerne la prestation du salarié. On ne saurait en effet admettre que l'employeur ait lui-même la main sur la détermination du temps d'exercice de son pouvoir de direction²⁶⁸. Ainsi, le temps de travail doit être déterminé par le contrat de travail, ou du moins déterminable dans sa quantité à partir du contrat de travail.

103. Dans le cadre du contrat de travail, se demander si un élément est déterminé ou déterminable, et échappe à l'arbitraire d'une des parties, revient à se demander s'il est *contractuel*. En vertu du principe de l'intangibilité du contrat²⁶⁹, un élément contractuel ne peut être modifié que si les deux parties au contrat de travail sont d'accord. Dans le cadre du contrat de travail, cela nous renvoie à la distinction jurisprudentielle entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail²⁷⁰.

Volume du temps de travail, la durée du travail figure dans la jurisprudence de la Cour de cassation comme un élément contractuel *par principe*²⁷¹, et fait partie du « socle contractuel » identifié par Philippe Waquet²⁷². Ceci étant dit, les arrêts rendus ne suffisent pas à affirmer

²⁶⁸ E. DOCKÈS, *op. cit.* 1997, p. 140 ; S. FROSSARD, Les objets soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1680.

²⁶⁹ C. civ. art. 1193.

²⁷⁰ Sur la chronologie de la jurisprudence : Arrêt Raquin du 8 octobre 1987 (Soc. 8 oct. 1987, *Bull.* n° 541, Y. SAINT-JOURS, *D.* 1988, p. 57, J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1998, p. 135, *Grands arrêts*, n° 49), puis les arrêts *Le Berre* du 10 juill. 1996 (Soc. 10 juill. 1996, *Bull.* n° 278, *Grands arrêts*, n° 50).

²⁷¹ Soc. 20 oct. 1998, n° 96-43.718, *Bull.* n° 103, note P. WAQUET, *Dr. soc.* 1998, p. 1045, obs. I. DESBARATS, *D.* 1999, p. 174. V. aussi Soc. 22 fév. 2000, n° 97-44.339, Publié.

²⁷² P. WAQUET, La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, *RJS* 12/1996,

que la Cour de cassation en fait un élément contractuel *par nature*. En effet, lorsqu'elle reconnaît la durée du travail comme un élément du contrat, la Cour de cassation précise qu'il s'agit de durée « *telle que mentionnée au contrat de travail* »²⁷³ et la qualification jurisprudentielle de la durée du travail comme « élément du contrat de travail » s'explique également par son lien étroit avec la rémunération. Néanmoins, l'exigence de la déterminabilité du temps subordonné milite assurément pour une interprétation dans le sens d'une contractualité par nature de la durée du travail. Le régime des heures supplémentaires va cependant à l'encontre du principe de la contractualité de la durée du travail. Élément du pouvoir de l'employeur²⁷⁴, elles lui permettent d'augmenter la durée du travail²⁷⁵ au gré de l'activité, sans que le salarié ne puisse les refuser²⁷⁶ au titre de son contrat de travail.

Répartition du temps de travail, les horaires ne sont pas contractuels et appartiennent en principe au pouvoir de direction de l'employeur²⁷⁷, sauf régime spécifique du temps partiel²⁷⁸ et une liste d'exceptions objectives²⁷⁹. La limite existante au pouvoir de direction de

p. 793.

²⁷³ Soc. 20 oct. 1998 « *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* ».

²⁷⁴ Soc. 20 mars 1961, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1961, p. 424 ; 9 mars 1999, n° 96-43.718, *Bull.* n° 103.

²⁷⁵ S. FROSSARD, Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail, *Dr. soc.* 2006, p. 999.

²⁷⁶ Deux situations où le salarié peut refuser les heures supplémentaires : hors du contingent (dans ce sens voir F. GAUDU, *Droit du travail*, 5^{ème} éd, coll. « Cours », Dalloz, 2013, p. 153) et recours systématique (Soc. 16 mai 1991, n° 89-44.485, décision confirmée récemment par un arrêt rendu le 8 sept. 2021, n° 19-16.908). De plus, il faut que les heures supplémentaires soient demandées. Et il faut que ça soit « *en raison des nécessités de l'entreprise* » (Soc. 10 oct. 2012, n° 11-10.455, *Bull.* n° 258, note A. FABRE, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1560).

²⁷⁷ Par exemple : Soc. 22 fév. 2000, n° 97-44.339, *Bull.* n° 67 (pour un changement de répartition dans la journée) ; 14 déc. 2016, n° 15-21.363, inédit (répartition du temps quotidien conséquent) ; 16 mai 2000, n° 97-45.256, inédit (répartition entre les jours de la semaine).

²⁷⁸ C. trav. art. L. 3123-6 : le contrat de travail du salarié doit mentionner notamment « *la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois* » et « *les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification* ». La jurisprudence est foisonnante, voir par exemple : Soc. 26 janv. 2005, n° 02-46.146, *Bull.* n° 27).

²⁷⁹ Liste établie au fil de la jurisprudence : changements d'horaire fixe à horaire variable (Soc. 14 nov. 2000, n° 98-43.218 *Bull.* n° 365) et inversement (Soc. 10 mai 1999, n° 96-45.652, *Bull.* n° 208) ; horaire de jour à horaire de nuit (Soc. 19 fév. 1997, n° 98-41.207, inédit) ; horaire continu à horaire discontinu (Soc. 18 déc. 2000, n° 98-42.885, *Bull.* n° 423) et inversement (Soc. 6 juill. 2004, n° 02-44.331, inédit) ; ceux qui privent du repos dominical (Soc. 2 mars 2011, n° 09-43.223, Publié).

changement d'horaires se trouve sur le terrain de l'atteinte aux droits fondamentaux au repos et à une vie personnelle²⁸⁰, c'est-à-dire une limite dérogatoire et subjective²⁸¹ et qui ne se donne à voir qu'au moment de la mise en œuvre du changement. Aucune exigence d'encadrement ni de motivation n'a à figurer dans le contrat de travail. Dès lors qu'on considère que les horaires sont une composante du temps subordonné, c'est-à-dire de la prestation du salarié, l'absence d'encadrement contractuel pose problème²⁸².

104. Le décompte du temps de travail permet de contrôler la réalité par rapport au temps de travail déterminé contractuellement. Mais, face à cette part d'indétermination du temps de travail, particulièrement par l'effet des heures supplémentaires, le décompte représente également un outil pour rendre déterminable le temps de travail.

2- Forfait jours et détermination du temps de travail en jours

105. La convention de forfait en jours – qu'on nommera par la suite « forfait jours » – est un dispositif légal par lequel la durée du travail est forfaitisée en jours sur l'année. Par la loi du 19 janvier 2000 qui parachève la réduction de la durée légale à 35 heures par semaine, le législateur choisit de légaliser la pratique du « forfait tous horaires », à laquelle avaient recours certaines grandes entreprises vis-à-vis des cadres²⁸³, en toute illégalité ce que ne manquaient pas de condamner les tribunaux²⁸⁴. Ce dispositif a à voir directement avec la question de la déterminabilité du temps de travail. En effet, c'est à partir de l'état de la *prédétermination de la durée horaire* du temps de travail (a), que le dispositif semble se

²⁸⁰ Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702 *Bull.* n° 246, note A. FABRE, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518, note E. DOCKÈS, *Dr. soc.* 2012, p. 147, note P. LOKIEC, *D.* 2012, p. 67.

²⁸¹ Formule alambiquée de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 2011 dans lequel elle considère 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 relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». Contre l'interprétation selon laquelle l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié viendrait requalifier le changement en modification du contrat de travail : P. LOKIEC, *ibid.*, p. 67 ; E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 147.

²⁸² *Ibid.* ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieux de travail, *Dr. soc.* 2002, p. 1064 ; V. aussi : M. MORAND, Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions, *JCP E* 2003, p. 704.

²⁸³ J. BARTHÉLÉMY, Le soi-disant forfait tous horaires, *JCP E* n° 14, 1999, p. 610.

²⁸⁴ Soc. 27 mai 1992, n° 89-40.257, inédit ; 19 janv. 1999, n° 96-45.628 *Bull.* n° 29 ; 26 janv. 2005, n° 02-44.341, inédit.

justifier, et apporter comme réponse une détermination du temps de travail sur une base journalière (b).

a- La difficile prédétermination de la durée horaire du temps de travail

106. Le dispositif de forfait jours introduit une dérogation à la quasi-totalité du droit de la durée du travail²⁸⁵. Il doit être strictement justifié par une différence de situation entre les salariés en forfait jours et les autres, différence qui doit être en lien avec la dérogation instituée. Créé par la loi du 19 janvier 2000, l'article L. 212-15-3 III du code du travail dispose que « *la convention ou l'accord définit les catégories de salariés concernés pour lesquels la durée du travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps* » (nous soulignons). Cette condition liée à la prédétermination de la durée du travail figure également dans le droit de l'Union européenne, auquel déroge largement le forfait jours. L'article 17 de la directive européenne sur l'aménagement du temps de travail de 2003²⁸⁶, qui reprend en substance la directive du 23 novembre 1993²⁸⁷, n'autorise les États membres à déroger aux repos minimum et durées maximales de travail qu'elle fixe que « *lorsque la durée du travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être prédéterminée par les travailleurs eux-mêmes* ». Dans les deux cas, la durée du travail doit ne pas pouvoir être prédéterminée par l'employeur.

Selon un rapport de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, la prédétermination du temps de travail des cadres, seuls visés à l'époque par le dispositif du forfait jours, se définit comme le fait qu' « *au commencement de la semaine, les horaires sont globalement connus et se caleront, sauf imprévus, sur ceux des autres salariés non-cadres* »²⁸⁸. La prédétermination de la durée du travail renvoie ici directement à une durée en *heures*.

²⁸⁵ Voir l'article L. 3121-62 du code du travail qui exclut les salariés en forfait jours des dispositions relatives aux durées maximales de travail et à la durée légale.

²⁸⁶ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

²⁸⁷ Directive 93/104/Conseil d'État.

²⁸⁸ Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif

107. La loi précise que cette impossible prédétermination de la durée du travail doit dépendre de l'activité exercée par le salarié – la nature de ses fonctions, les responsabilités exercées et l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps. Elle doit être structurelle.

Alors que la disposition légale vise une durée du travail qui « *ne peut être prédéterminée* », c'est-à-dire la présente comme une impossibilité, il s'agit plus vraisemblablement d'une *très grande difficulté* à pouvoir prédéterminer la durée du travail. En effet, il est toujours possible de prédéterminer des tâches prescrites quitte à ce que leur exécution s'en éloigne et exige des redressements. Il revient d'ailleurs normalement à l'employeur de prédire le temps pour une tâche, cette problématique le concernant normalement exclusivement, et « *si ce nombre a été mal évalué, il lui revient d'en supporter les conséquences* »²⁸⁹, au moyen d'heures supplémentaires et d'une réorganisation de ses services. Il paraît donc plus juste de parler d'une difficile prédétermination de la durée horaire du temps de travail, assumée par le droit du travail.

108. Ainsi, le dispositif du forfait jours est justifié originellement par la difficulté à prédéterminer la durée horaire du temps de travail. Cette difficulté était le critère pour recourir au forfait jours. Mais la loi a été très vite modifiée. En effet, l'impossible prédétermination de la durée du travail est supprimée par la loi du 17 janvier 2003, avant d'être réintroduite par la loi du 2 août 2005 dans la définition des salariés non-cadres que la loi intègre dans le champ d'application du forfait jours. Les salariés non-cadres visés sont ceux « *dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* »²⁹⁰.

aux salariés, au temps de travail et au développement de l'emploi, 2002, n° 231, p. 79 [en ligne].

²⁸⁹ P. LOKIEC, Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418. En guise d'illustration, l'auteur renvoie à un arrêt de 1999 dans lequel la Cour de cassation considère que n'est pas fautif le salarié qui n'a pas pu effectuer la quantité de travail escomptée dans le respect de ses horaires (Soc. 16 nov. 1999, n° 97-432.85, inédit).

²⁹⁰ C. trav. anc. art. L. 212-15-3 III alinéa 3 modifié par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

Aujourd'hui c'est l'article L. 3121-58 du code du travail qui dispose que « *peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L. 3121-64 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2° Les salariés dont la durée du travail ne peut être*

La condition de l'impossible prédétermination de la durée du travail a-t-elle disparu pour les cadres ? On ne saurait admettre que les conditions de recours au forfait jours diffèrent entre catégories du personnel, placées pourtant dans la même situation vis-à-vis du dispositif du forfait jours. Alors que pour l'une des catégories de salariés une condition est indiquée, le silence pour l'autre doit signifier que cette condition est *implicite*. Ici, alors que pour les non-cadres la loi s'astreint à préciser l'exigence d'une impossible prédétermination de la durée du travail²⁹¹, il devrait être défendu que cette impossible prédétermination est une composante par nature de l'autonomie reconnue aux cadres en forfait jours. D'ailleurs, si l'autonomie est la capacité à se fixer soi-même sa norme, l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps empêche l'employeur de prédéterminer la durée du travail des salariés ; on est ici moins face à une impossible prédétermination de la durée du travail dans l'absolu qu'à une impossible prédétermination de celle-ci par l'employeur. L'interprétation selon laquelle la trop grande difficulté à prédéterminer la durée horaire du temps de travail demeure un critère au forfait jours est néanmoins très incertaine. Elle est plutôt une façon de concevoir ce que doit rester la justification juridique du forfait jours²⁹².

En revanche, que cette difficile prédétermination demeure ou non une justification au forfait jours, l'absence de prédétermination de la durée horaire du temps de travail est assurément une caractéristique du forfait jours.

prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ».

²⁹¹ Les deux critères étaient déjà mentionnés de façon cumulative par la loi « Aubry II » de 2000 pour les salariés itinérants non-cadres susceptibles de conclure une convention de forfait en heures sur l'année (salariés itinérants non-cadres « dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées », selon l'ancien article L. 212-15-3 II, alinéa 2 du code du travail). La loi « Fillon » de 2003 les avait rendus alternatifs, insistant sur la possibilité d'une autonomie sans impossible prédétermination du temps de travail.

²⁹² Dans ce sens, Jacques Barthélémy : « le fait d'avoir supprimé ce critère [l'impossible prédétermination de la durée du travail] pour les cadres dans le texte ne signifie pas qu'il ne continue pas à être déterminant, d'autant que les catégories concernées sont définies par l'accord collectif » (J. BARTHÉLÉMY, H. ROSE, L'arrêt Blue green en débat, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327).

- b- Le nombre de journées de travail, la prestation du salarié en forfait jours à déterminer

109. En principe, une fois identifiée la prestation contractuelle, celle-ci doit alors être déterminée ou déterminable. Dans le cas du forfait jours, la dynamique semble comme inversée. C'est l'état de la détermination du temps de travail qui dicte ce que sera la prestation du salarié. Face à une difficile prédétermination de la durée horaire du temps de travail, on choisit de soumettre le salarié à l'exécution d'un nombre de jours de travail. Soulignons que l'état de la *détermination* du temps horaire du temps de travail n'implique pas nécessairement une *indéterminabilité* de celui-ci. Autrement dit, la difficile prédétermination de la durée horaire n'empêche pas en elle-même que soit déterminée, par le décompte, la durée horaire travaillée²⁹³. Refuser d'imposer la détermination d'une durée horaire est pourtant ce que semble avoir retenu le législateur.

110. Si la détermination horaire de la durée du travail est écartée du cadre du forfait jours, la détermination de la durée n'en est pas absente pour autant. La prestation est bel et bien déterminée²⁹⁴. Seulement, elle l'est en jours. En effet, d'après l'article L. 3121-64 du code du travail, l'accord collectif qui prévoit la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours sur l'année doit notamment déterminer le nombre de jours compris dans le forfait. Cette clause conventionnelle n'exonère pas de stipuler dans le contrat de travail le nombre de jours dans l'année auxquels s'engage le salarié.

Ainsi, alors que certains perçoivent dans le forfait jours le fait que « *le dessaisissement du temps cesse d'être l'objet premier de l'obligation du salarié qui d'obligation de moyen se mue en obligation de résultat* »²⁹⁵, on est au contraire en droit de défendre que la prestation du salarié reste *temporelle*. En d'autres termes, le travail par le salarié du nombre de jours convenu suffit à considérer sa prestation exécutée. Cependant, il est vrai que, passant de la détermination horaire, et même à la minute, à une détermination journalière, la détermination de la prestation perd en *exactitude*. Plus encore, là où le salarié soumis à une durée horaire, jusqu'à la minute, s'engage à effectuer une durée précise et *réelle* de temps de travail effectif,

²⁹³ V. Paragraphe 495.

²⁹⁴ *Contra* G. DUCHANGE, Les racines juridiques du droit du temps de travail, *RDT* 2019, p. 468.

²⁹⁵ P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. « Bibliothèque de droit social », LGDJ, 2005, p. 244 ; A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 950.

le salarié en forfait jours s'engage en fait davantage à une journée alternant temps de travail effectif et autres temps, distinction que la référence journalière permet d'ignorer. On pourrait dire également que le forfait jours se caractérise finalement non pas seulement par un « forfait en jours » dus par le salarié, que par le caractère « forfaitaire » de la journée elle-même.

SECTION 2 : LE VERSEMENT DU SALAIRE, CONTREPARTIE DU TEMPS TRAVAILLÉ

111. Décompter le temps de travail en tant que prestation du salarié ne vise pas seulement à s'assurer de l'exécution de l'obligation du salarié d'exécuter le temps de travail, qu'on choisit de désigner par « le temps travaillé ». Il en va également de la question du versement du salaire, avec lequel l'exécution du temps de travail, le temps travaillé, entretient un lien incontestable²⁹⁶. Le salaire est qualifié parfois de « *notion fonctionnelle* »²⁹⁷, c'est-à-dire variant en fonction de la règle à laquelle il se rattache. Les développements suivants se placent dans un cadre résolument contractuel, au détriment d'autres perceptions sociales²⁹⁸ ou civilistes²⁹⁹.

Dans un tel cadre, exécution du temps de travail et versement du salaire entretiennent une relation *causale*, propre au droit commun des contrats (I), que semblent mettre à mal plusieurs dispositifs (II). Par l'étude de l'état de la relation entre versement du salaire et temps travaillé, nous cherchons à déterminer dans quelle mesure le versement du salaire appelle la connaissance du temps travaillé, établie par le décompte.

²⁹⁶ A. SUPIOT, *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que-sais-je », PUF, 2019, p. 32 ; du même auteur : *Critique du droit du travail*, préc., p. 56 ; B. GÉNIAUT, Le contrat de travail et la réalité, *RDT* 2013, p. 90 ; J.-J. DUPEYROUX, « Quelques questions », dans *Liberté, égalité, fraternité ... et droit du travail*, 1990, p. 10.

²⁹⁷ P.-H. ANTONMATTEI, La qualification de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 571. V. aussi J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, p. 284.

²⁹⁸ Dans ce sens-là voir l'article : Y. SAINT JOURS, « Du salaire au revenu salarial », dans *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989.

²⁹⁹ Sur ce point voir évidemment les articles interposés de Gérard Lyon-Caen et Gérard Couturier : G. LYON-CAEN, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, *RTD civ.* 1974, p. 229 (pour l'auteur, l'élaboration d'un droit du travail autonome requiert l'abandon de plusieurs termes parmi lesquels « obligations réciproques » et « synallagmatisme ») ; G. COUTURIER, Les techniques civilistes et le droit du travail, *D.* 1975, p. 151.

I- LA RELATION CAUSALE ENTRE TEMPS TRAVAILLÉ ET VERSEMENT DU SALAIRE

112. Pour établir de façon limpide la relation qui unit le versement du salaire et le temps travaillé (B), il nous faut saisir clairement la logique de la « cause » entre les obligations des parties au contrat de travail (A).

A- LA LOGIQUE CAUSALE ENTRE LES OBLIGATIONS DU SALARIÉ ET DE L'EMPLOYEUR

113. Réfléchir à la logique causale entre les obligations des parties au contrat de travail revient à préciser la question de savoir *pour quoi* s'engagent les parties, ce qu'il nous faut d'abord justifier (1). Ensuite, il s'agit bien sûr de chercher à y répondre, dans le cas d'un contrat tel que le contrat de travail (2).

1- Pour quoi l'engagement : une contrepartie

114. La notion de « cause » a été consacrée par le législateur de 1804 parmi les conditions essentielles à la validité d'une convention³⁰⁰. Elle est supprimée du code civil lors de la réforme du droit des contrats de 2016³⁰¹, à rebours de « l'avant-projet Catala » qui en proposait une présentation pourtant très éclaircie³⁰². Il semble néanmoins que la notion perdure, que demeure « *la chose sans le mot* »³⁰³ ou à travers d'autres. En effet, de nouveaux termes ont été introduits³⁰⁴ et portent vraisemblablement les anciennes fonctions assurées par la cause. La théorie de la cause, revisitée par la réforme de 2016, nous paraît toujours

³⁰⁰ C. civil anc. art. 1108, et anc. art. 1131 à 1133 regroupés dans une section qui porte son nom : « *De la cause* ».

³⁰¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁰² Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au Garde des Sceaux, 22 sept. 2005, dit aussi Avant-projet Catala du nom du président de la commission chargée de son élaboration : articles 1125 à 1125-4 du code civil sur la cause des obligations qui doit exister ; et articles 1126 et 1126-1 du code civil sur la cause du contrat qui doit être licite.

³⁰³ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 454. V. aussi F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^{ème} éd., coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2018, p. 741.

³⁰⁴ « *But* » (C. civ. art. 1162) et « *contrepartie* » (C. civ. art. 1169).

d'actualité. Se pencher sur la cause nécessite dans un premier temps d'en distinguer les différentes notions, pour en extraire clairement celle qui nous intéresse (a), avant de voir ce que cette cause, une fois identifiée, implique (b).

a- Le pour quoi : la cause de l'obligation

115. Le terme de « cause » abrite des notions différentes qu'il appartient de bien identifier et distinguer. Précisons d'emblée qu'il s'agit ici de présenter ces notions dans leurs acceptions qui nous convainquent, et non de faire état des oppositions doctrinales à leur sujet.

La première distinction à opérer est entre la cause efficiente et la cause finale, pour désigner les expressions utilisées notamment par Jacques Ghestin³⁰⁵. La cause efficiente, plus fidèle à l'idée de causalité au sens commun d'un phénomène qui en engendre un autre³⁰⁶, représente le fait générateur de l'obligation³⁰⁷. Elle n'intéresse pas le droit des obligations. Celle qui concerne le droit des obligations est la cause finale, qu'on pourrait définir comme le but poursuivi par celui qui s'engage³⁰⁸. Cette cause finale se scinde en deux – c'est la seconde distinction – : cause du contrat et cause de l'obligation³⁰⁹.

116. La *cause du contrat* renvoie aux *mobiles* de chaque contractant, c'est-à-dire ce qu'il recherche à travers le contrat, répondant à la question de *pourquoi* chaque contractant s'est engagé. Elle s'apprécie de façon subjective, au regard des motivations propres à chacun, qui varient d'une personne à l'autre. Selon l'ancien article 1108 du code civil, et le rappel formulé à l'ancien article 1131 du même code, la cause du contrat doit être licite. De son côté, la « cause de l'obligation » répond à la question de *pour quoi* chacun des contractants exécute

³⁰⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 741.

³⁰⁶ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 447.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 741.

³⁰⁹ Sur cette distinction entre cause du contrat et cause de l'obligation H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 262 : la cause de l'obligation est la « *la raison pour laquelle le contractant assume son obligation* », qui ne doit pas être confondue avec la cause du contrat qui peut se définir comme « *la raison, le ou les motifs, qui ont déterminé chacun des contractants à conclure le contrat* ».

son obligation³¹⁰. Elle s'apprécie de façon objective³¹¹, c'est-à-dire qu'elle est identique pour un même type de contrat, indépendamment de la personne des contractants³¹² ; sans signifier pour autant qu'elle est extérieure aux parties. Cette cause doit exister, comme en dispose l'ancien article 1131 du code civil³¹³.

b- L'engagement pour « quelque chose » : la contrepartie

117. Le terme de « cause » a été très vite critiqué, notamment par Marcel Planiol. Il lui est reproché de désigner « l'effet », dont la cause est censée être pourtant « l'antécédent ». Henri Capitant regrettait d'ailleurs que l'usage ait retenu le terme de « cause » au détriment de celui de « but », évitant ce problème lexical³¹⁴ – tout en acceptant, contrairement à Planiol, que le terme de « cause » l'ait emporté. Se sont ajoutées bien plus tard l'invocation de

³¹⁰ Pour une présentation très claire des différentes notions : Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, p. 447.

³¹¹ M.-A. PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961, p. 235. La conception objective a été défendue par Jean Domat, face à des juristes qui lui préféraient une approche subjectiviste, notamment Charles Dumoulin (voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cour de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014, p 72). Pour ces auteurs, la subjectivisation de la cause implique de rechercher, au-delà du but abstrait, les raisons qui poussent chacun à contracter, dès lors que ces raisons ont été contractualisées et sont donc connues de l'autre partie.

L'arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1996 *Point club Vidéo* a procédé à une « subjectivation » de la cause de l'obligation, créant une confusion dommageable à la théorie de la cause de l'obligation malgré l'absence de portée jurisprudentielle de l'arrêt.

Par ailleurs, même si elle s'apprécie de façon objective, la cause de l'obligation est de nature subjective dans le sens qu'elle se place du point de vue du sujet, de chacun des contractants (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 741 ; *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 105).

Pour la défense d'une cause de l'obligation de nature objective, qui la conçoit de façon purement économique : P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1917.

³¹² Voir G.RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, 1957, n° 288.

³¹³ Voir les premiers mots de l'article : « l'obligation sans cause (...) ne peut avoir aucun effet ».

³¹⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations. Contrats*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, réédition La Mémoire du Droit, 2012, p. 21.

l'inintelligibilité de la notion et la recherche d'une harmonisation européenne³¹⁵. Tout cela a conduit le législateur de 2016 à en abandonner le terme. Mais la notion a résisté.

118. Depuis la réforme de 2016, cause du contrat et cause de l'obligation sont dissimulées derrière deux termes distincts. La cause du contrat se traduit désormais par le « but », à l'article 1162 du code civil qui exige que le but du contrat soit licite³¹⁶. La cause de l'obligation figure quant à elle derrière le terme de « contrepartie » – déjà utilisée par des auteurs³¹⁷ et par les juges³¹⁸ –, l'article 1169 du code civil disposant qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » – reprenant ici l'exigence d'une cause à la fois réelle et sérieuse³¹⁹.

2- La contrepartie : « la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation promise en retour »

119. Maintenant identifié que le salarié s'engage *pour* une contrepartie, il s'agit de mieux caractériser cette dernière dans le cas d'un contrat comme le contrat de travail, synallagmatique (a) et commutatif (b).

a- Le contrat de travail synallagmatique : la réciprocité assurée des obligations

120. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, c'est-à-dire dans lequel « *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »³²⁰. Or, d'après les *Lois civiles* de Jean Domat, le principe serait alors que l'obligation de chacun ait pour cause

³¹⁵ V. not. X. LAGARDE, Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007, p. 740.

³¹⁶ L'article 1162 du code civil dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

³¹⁷ V. not. : G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 5.

³¹⁸ Soc. 11 janv. 1962, *Bull.* n° 51 : « *en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail et que, par voie de conséquence, aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli* ».

³¹⁹ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 448.

³²⁰ C. trav. art. 1106.

l'obligation de l'autre³²¹. Messieurs les professeurs Zenati-Castaing et Revet le rappellent clairement : dans un contrat synallagmatique, « *les obligations que les parties se doivent respectivement sont réciproques parce qu'au moins les obligations essentielles ou principales respectives se servent mutuellement de cause ; ce qu'une partie s'oblige à fournir à l'autre à ce titre constitue la cause de ce que l'autre s'oblige à lui fournir au même titre* »³²². Dans le contrat synallagmatique, cause et objet des obligations sont donc associés. Si la notion de contrepartie suffit à témoigner du lien d'échange³²³ entre les deux obligations, celle de cause permet mieux de souligner « *l'interdépendance qui existe, au moment de leur formation, entre les obligations réciproques* »³²⁴. Avec la cause, il apparaît plus clairement que l'exécution par une partie de son obligation est *justifiée* par l'exécution par l'autre partie de la sienne.

121. L'idée d'une réciprocité entre les causes des obligations des parties est critiquée. L'argument se veut purement logique : censés être concomitants, les engagements des parties ne pourraient pas se servir l'un et l'autre de cause. Dans leurs *Leçons de droit civil*, Henri, Léon et Jean Mazeaud le relèvent tout en affirmant qu'« *il n'en reste pas moins vrai que l'obligation de l'une des parties a pour cause la considération de l'engagement pris par l'autre* »³²⁵. Cette reformulation, qui se place dans la projection faite par chaque contractant de l'exécution de l'obligation de l'autre, permet de dissiper la critique chronologique. Henri Capitant va encore plus loin. En ouverture de son ouvrage consacré à la cause, il considère lui aussi que « *toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation* »³²⁶.

³²¹ Voir Jean Domat qui réintroduit la notion de cause (même si celle existante dans le droit romain n'avait pas la même substance, il s'agissait en fait de la cause efficiente c'est-à-dire le fait générateur de l'obligation), selon qui « *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre 2, *Le droit public*, Paris, 1689, 1ère partie, titre I, section 1, p. 237) ; V. not. H. CAPITANT, *De la cause des obligations. Contrats*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, réédition La Mémoire du Droit, 2012, p. 163 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 745).

³²² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cour de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014, p. 80.

³²³ *Ibid.*, p. 78.

³²⁴ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 268.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations. Contrats*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, préc., p. 17.

Mais l'auteur développe ensuite que les obligations réciproques ne sont alors qu'un premier stade pour préparer le résultat définitif qui est l'exécution des prestations promises et considère ainsi que, « *dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour* ». C'est certainement dans cette dernière formulation qu'on trouve la définition la plus convaincante de la cause de l'obligation.

b- Le contrat de travail commutatif : une équivalence relative entre obligations

122. Les obligations entre les parties au contrat de travail sont réciproques. Sont-elles, ou doivent-elles être, équivalentes ? Cela renvoie au fait que, en plus d'être synallagmatique, le contrat de travail est aussi commutatif. Opposé au contrat aléatoire où la ou les parties ne connaissent pas le gain associé à leurs engagements, le contrat commutatif est défini par l'article 1108 du code civil comme celui par lequel « *chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ». À la réciprocité des obligations des parties au contrat de travail s'ajouterait l'idée d'*équivalence*. Si au sens strict l'équivalence implique une égalité de valeur entre deux objets, elle s'assimile pour Pothier à l'idée d'*équité*³²⁷, et se rapproche pour d'autres de l'idée d'*équilibre*³²⁸ ou, plus précisément, elle en est un des critères possibles³²⁹.

123. L'exigence d'une équivalence des obligations réciproques puise son fondement dans l'idée de « justice contractuelle ». En postulant que la « justice » dicte le Droit³³⁰, il reste à déterminer à quelle justice le droit positif prétend en matière contractuelle. C'est

³²⁷ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité de l'usure*, p. 413, n° 55 (cité par L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 13).

³²⁸ V. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, et spéc. p. 200 et s.

³²⁹ *Ibid.* (parmi les critères concevables de l'équilibre, l'auteur distingue : la réciprocité, la commutativité, l'équivalence et la proportionnalité).

³³⁰ Saint Thomas d'Aquin est retenu comme l'initiateur du passage du sens du juste comme ce qui est conforme au droit à l'idée que le droit est ce qui est juste (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988, p. 194). V. par exemple E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912, p. 388 : « *en matière de contrat, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté [il est question du principe de l'autonomie de la volonté] n'est qu'un moyen en vue du juste ; elle ne repose que sur une présomption de justice* ».

classiquement à Aristote qu'il est fait référence et à sa distinction entre justice distributive et justice corrective³³¹. La première aspire à une égalité géométrique, acceptant de créer des déséquilibres ou de ne pas y remédier, en se caractérisant par un principe de proportionnalité³³². La seconde en revanche vise une égalité arithmétique, maintenant ou restaurant absolument un équilibre³³³, en se caractérisant quant à elle par un principe d'équivalence³³⁴. C'est dans une telle justice corrective que s'inscrit la justice contractuelle. Après Aristote, l'idée d'une justice par une forme d'égalité par la compensation, à chaque fois que l'équilibre est menacé par un nouveau droit de créance, est véhiculée par la doctrine de Saint Thomas d'Aquin³³⁵, avant d'être consacrée par les économistes à partir du XVIII^{ème} siècle³³⁶. Ainsi, obligations du salarié et de l'employeur sont censées être relativement équivalentes, du moins leur rapport intéresse-t-il la justice contractuelle et le droit des obligations.

124. L'exigence d'équivalence est à relativiser en droit positif. Selon l'article 1108 du code civil, il est bien précisé que l'avantage doit être *regardé* comme l'équivalent de celui reçu. En d'autres termes il s'agit d'une équivalence subjective, au regard des aspirations et des exigences de chaque partie. Aucun « calcul » formulé par une personne tierce ne saurait venir exprimer une équivalence abstraite et générale³³⁷. Plus encore, l'article 1168 dispose expressément que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». L'équivalence n'est donc pas en principe une condition de validité.

³³¹ V. not. : J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987, p. 13.

³³² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Livre V*, 2^{ème} éd. [1970], Éd. Gauthier et Jolif, 2002, p. 131 et 132.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ V. ARISTOTE, *Sommes théologiques*, éd. du Cerf, 1996, p. 408.

³³⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. 1 Le contrat, 4^{ème} éd. [1994], 2013, p. 208 ; pour un article défaitiste sur le rôle de l'économiste sur cette question : E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e*, LGDJ, 2001, p. 153.

³³⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014, p. 84.

B- LE SALAIRE VERSÉ POUR LE TEMPS TRAVAILLÉ

125. La logique causale établie, il s'agit maintenant de voir comment elle s'incarne dans le contrat de travail. Une fois identifiée l'obligation de l'employeur, il nous faudra vérifier dans quelle mesure elle est reconnue par le droit du travail comme contrepartie à celle du salarié (1). Identifiée comme le temps travaillé, le versement du salaire serait donc censé en être la contrepartie, ce que nous cherons à assurer (2).

1- Le salaire, contrepartie de l'obligation du salarié d'exécuter le temps de travail

126. L'obligation de l'employeur, censée être liée étroitement à celle du salarié, doit être maintenant identifiée (a), afin de vérifier ensuite la prise en compte dans le droit positif de la relation réciproque, de contrepartie, entretenue avec celle du salarié (b).

a- Le versement du salaire, obligation de l'employeur

127. L'employeur est tenu à deux obligations principales : verser le salaire en échange de la prestation du salarié³³⁸, et fournir à celui-ci du travail à effectuer. Le travail à fournir au salarié s'entend ici au sens d'une activité concrète à accomplir, que l'employeur doit attribuer au salarié³³⁹. Cette activité concrète ne constitue pas la prestation du salarié, qui est le temps subordonné³⁴⁰. Ainsi, la fourniture du travail par l'employeur ne saurait s'entendre comme un préalable à la prestation du salarié. Elle n'en demeure pas moins une obligation de l'employeur au cours de l'exécution du contrat de travail³⁴¹.

³³⁸ V. par exemple : F. GAUDU, F. BERGERON, *Droit du travail*, 9^{ème} éd., coll. « Cours Dalloz », Dalloz, 2022, p. 171 et s. ; D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 1283.

³³⁹ Par exemple : Soc. 20 janv. 1999, n° 96-45.424, inédit ; 14 janv. 2004, C. RADÉ, *Dr. soc.* 2004, p. 306 ; 8 mars 2012, n° 10-30.195, inédit. L'absence de fourniture de travail est susceptible de justifier la prise d'acte par le salarié : Soc. 31 oct. 2006, n° 05-41.773, inédit ; 7 mars 2012, n° 10-12.722, inédit.

Voir par exemple : G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 2^e éd., 1982, mise à jour 1988 par M.-A. MOREAU-BOURLÈS, Dalloz, n° 201 ; G. DUCHANGE, F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2022, §622.

³⁴⁰ V. Paragraphe 82.

³⁴¹ L'obligation vaut *a fortiori* lorsque la prestation du salarié dépend directement de cette « fourniture de travail », comme dans le travail à domicile (M. PIERCHON, *Le travail au domicile*, *Juris. soc. Lamy* 2002,

128. L'obligation de l'employeur de verser le salaire se dévoile particulièrement à travers son manquement et le traitement juridique dont il fait l'objet. Cela se donne notamment à voir dans la justification de la prise d'acte, rupture dont le salarié est à l'origine mais qui est imputable à l'employeur. Initiatrice de ce mode de rupture³⁴², la Cour de cassation a dû déterminer ce qui pouvait justifier une prise d'acte, entraînant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le non-paiement des salaires a pu immédiatement constituer un fait « *suffisamment grave* »³⁴³ pour justifier la prise d'acte³⁴⁴. Il n'a toutefois pas intégré la catégorie des manquements justifiant la prise d'acte par nature³⁴⁵, distinguée³⁴⁶ un temps par la Cour de cassation de celle des manquements continuant à justifier la prise d'acte par leur

n° 95). L'état du droit positif sur cette question n'est pas entièrement satisfaisant car, si le donneur d'ouvrage ne peut cesser inopinément la fourniture de travail (Soc. 26 nov. 1959, *Bull.* n° 1188 ; 30 juin 1993, n° 90-41.540, inédit ; 21 juin 1994, n° 93-40.143, inédit) ni modifier sans justification la quantité de travail fourni (Soc. 10 oct. 2001, n° 99-45.420, Publié ; 4 fév. 1998, 95-41.448, inédit ; 5 avril 2006, 03-45.888, *Bull.* n° 137 ; 28 sept. 2011, n° 09-41.496, inédit ; 9 juin 2015, n° 13-27.558, inédit), il n'y a pas d'obligation pour lui de maintenir automatiquement un volume de travail constant (Soc. 18 avril 1980, n° 77-40.642, *Bull.* n° 322 ; 26 sept. 2007 n° 06-41.495, T. LAHALLE, *JCP S* 2008, 1078. Sauf clause spécifique (Soc. 31 janv. 1996, n° 92-41.390, P. LABEAUME, *LPA* 1996, n° 103, p. 11). Voir A. FABRE, Obligations contractuelles et pouvoir de direction de l'employeur en matière de travail à domicile, *D.* 2002, p. 764 : il y a une « *prise en compte de l'ampleur du changement* ».

³⁴² Soc. 25 juin 2003, n° 02-41.113, *Bull.* n° 11, n° 03-45.018, *Bull.* n° 11 : seulement sur les effets qui varient selon que la prise d'acte est justifiée ou non, sans préciser ce qui pouvait la justifier.

³⁴³ Soc. 19 janv. 2005, n° 03-45.018, *Bull.* n° 12, *D.* 2005, p. 386. La Cour de cassation semblait par là même transposer au domaine de la prise d'acte une condition qui se trouvait déjà mise en avant en matière de résiliation judiciaire (Soc. 25 nov. 1998, n° 97-42.427, inédit).

³⁴⁴ Voir par exemple Soc. 6 juill. 2004, n° 02-42.642, inédit.

³⁴⁵ Sur le non-paiement des salaires : Soc. 9 juin 2010, n° 09-40.553, inédit : « *la cour d'appel qui a souverainement apprécié la gravité du manquement du non-paiement des salaires, a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision* ». Pour le non-paiement des heures supplémentaires : Soc. 9 fév. 2011, n° 09-40.402, inédit ; 16 mars 2011, n° 08-42.218, inédit.

Pour un exemple de jurisprudence reconnaissant un manquement justifiant par nature la prise d'acte : Soc. 22 sept. 2011, n° 10-13.568, inédit.

³⁴⁵ Soc. 18 mars 2015, n° 13-28.331, inédit.

³⁴⁶ Après avoir été plus confuse : Soc. 30 mars 2010, n° 08-44.236, *Bull.* n° 80, *D.* 2010, p. 1026. Pour un exemple d'application ; Soc. 15 mai 2013, n° 12-16.018, inédit.

gravité puis abandonnée en 2014³⁴⁷. Devant désormais toujours être démontrée, la gravité du manquement peut résulter du non-paiement des salaires dès lors que celui-ci dure plusieurs mois³⁴⁸, se répète dans le temps³⁴⁹ ou, pour les heures supplémentaires, que le nombre d'heures concernées est conséquent³⁵⁰.

129. Témoignant également de l'obligation de l'employeur de verser les salaires, le droit d'être indemnisé pour les heures perdues par suite d'une grève aux torts de l'employeur qui a manqué à ses obligations contractuelles³⁵¹ concerne le manquement au paiement des salaires³⁵².

Ces deux traitements juridiques du manquement à l'obligation de payer les salaires nous indiquent clairement que le paiement des salaires constitue une obligation essentielle de l'employeur.

b- Le versement du salaire, contrepartie de « la prestation de travail »

130. Par la logique causale du droit des obligations applicable au contrat de travail, « l'obligation de l'employeur a sa cause dans l'accomplissement du travail »³⁵³. Issue du *Traité de droit du travail* de Paul Durand et André Vitu, la formule figure également en tête de l'ouvrage phare de Gérard Lyon-Caen sur le salaire³⁵⁴ – qui prévient toutefois que cette première conception n'en est pas pour autant unique.

La réciprocité entre les obligations se donne particulièrement à voir à travers le mécanisme de l'exception d'inexécution, selon lequel si une partie n'exécute pas sa prestation l'autre n'a pas à exécuter la sienne. Dans un arrêt rendu le 14 décembre 1960, la chambre sociale de la Cour de cassation indique clairement « *qu'en raison du caractère*

³⁴⁷ Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634, *Bull.* n° 658 ; n° 12-35.040, *Bull.* n° 87 ; n° 13-11.187, inédit.

³⁴⁸ Soc. 18 mars 2015, n° 13-28.331, inédit.

³⁴⁹ Soc. 30 mai 2018, n° 16-28.127, inédit.

³⁵⁰ Soc. 14 mai 2014, n° 13-10.913, inédit.

³⁵¹ V. Paragraphe 139.

³⁵² Soc. 27 nov. 1990, n° 88-45.790, n° 88-45.801, *Bull.* n° 590, *D.* 1990, p. 298.

³⁵³ P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 599.

³⁵⁴ G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 5
V. aussi G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 512.

synallagmatique du contrat de travail tout salaire est la contrepartie du travail, et que, par voie de conséquence, aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli »³⁵⁵. Dans un arrêt rendu deux ans plus tard, la Chambre sociale réitère sa solution³⁵⁶. Cette solution est constante par la suite³⁵⁷. Le lien entre exception d'inexécution et relation de contrepartie entre obligations est souligné par la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que c'est parce que le salaire est la contrepartie de la prestation de travail que « *par voie de conséquence* » aucun salaire n'est dû à défaut de prestation de travail³⁵⁸.

131. La Cour de cassation retient plusieurs formulations pour désigner la contrepartie du salaire : le travail, la prestation de travail et la relation de travail. Beaucoup trop vague, la définition du salaire comme contrepartie du « travail » est utilisée dans des arrêts qui ne portent pas directement sur cette question³⁵⁹ ; il s'agirait plus d'un raccourci de langage de la Cour de cassation que d'une prétendue caractérisation. Celle de « relation de travail » a été utilisée dans un arrêt du 20 février 2013³⁶⁰ et laisse une part trop grande à une interprétation extensive du salaire comme se rapportant à toutes les sommes versées à *l'occasion* du travail, brouillant la spécificité de ce qu'est le salaire. Le salaire comme contrepartie de la « prestation de travail »³⁶¹ est la formulation la plus utilisée. Elle a le mérite de présenter justement le versement du salaire comme contrepartie de l'obligation du salarié. Cependant, elle ne se risque pas à *caractériser cette obligation*. On ne saurait s'en contenter.

³⁵⁵ Soc. 14 déc. 1960, *Bull.* n° 1182.

³⁵⁶ Soc. 11 janv. 1962, *Bull.* n° 51.

³⁵⁷ V. Soc. 4 mars 1970, n° 68-40.524, *Bull.* n° 158 ; 17 nov. 1977, n° 76-40.966, *Bull.* n° 712 ; 14 nov. 1989, n° 86-44.934, inédit ; 14 mai 1998, n° 96-41.783, inédit ; 20 fév. 2013, n° 11-21.521, inédit.

³⁵⁸ Soc. 4 mars 1970, n° 68-40.524, *Bull.* n° 158.

³⁵⁹ Utilisée d'abord pleinement dans l'arrêt fondateur de 1960 (Soc. 4 déc. 1960), puis sous forme d'incise notamment dans : Soc. 20 oct. 1998, n° 95-44.290, *Bull.* n° 435, note F. JAULT-SESEKE, M. MOREAU, *D.* 1999, p. 525, note P. LANGLOIS, *Dr. soc.* 1999, p. 125 ; 26 février 2002, n° 00-41.486, inédit.

³⁶⁰ Soc. 20 fév. 2013, n° 11-21.521, inédit.

³⁶¹ Depuis Soc. 11 janv. 1962 et terme le plus utilisé ensuite (exemple : Soc. 4 mars 1970, n° 68-40.524, *Bull.* n° 158 ; 17 nov. 1977, n° 76-40.966, *Bull.* n° 712 ; 14 nov. 1989, n° 86-44.934, inédit ; 14 mai 1998, n° 96-41.783, inédit.

2- Le versement du salaire, contrepartie du temps travaillé

132. La définition du salaire *vis-à-vis* du temps de travail ne figure nulle part avec clarté. Néanmoins, on doit pouvoir conclure, de l'ensemble de ce qui a été dit, que le versement du salaire constitue la contrepartie du temps travaillé (a). Le temps de travail étant défini comme temps de mise à disposition, le versement du salaire se justifie même sans travail concret (b).

a- La contrepartie du temps travaillé

133. Ayant identifié l'obligation du salarié comme le temps travaillé, le versement du salaire en serait la contrepartie³⁶². Autrement dit, le temps serait donc travaillé *pour le versement du salaire*.

La Cour de cassation manque de précision dans sa caractérisation du salaire comme contrepartie de la « *prestation de travail* » du salarié. En effet, polysémique, le terme « prestation » signifie à la fois l'objet de l'obligation et l'exécution d'un travail, dans son sens courant. C'est le temps subordonné qui constitue *la prestation contractuelle* du salarié. Sa *prestation concrète* est composée de la réalisation des ordres et directives de l'employeur pendant ce temps de travail. Elle choisit une formulation intéressante dans un arrêt du 10 octobre 1979³⁶³ pour définir le salaire : « *toute rémunération d'un travailleur en état de subordination* »³⁶⁴. Équivoque, elle peut signifier seulement que le salaire est toute rémunération versée à un salarié – « travailleur en état de subordination » –, mais elle peut, plus utilement, traduire que le salaire est toute rémunération versée au travailleur lorsqu'il est en état de subordination. Or, cet état est ce qui définit le temps de travail.

³⁶² Dans ce sens-là, la thèse de Monsieur Thomas Pasquier : « *par définition, le salaire est la contrepartie d'une disponibilité temporelle* » (T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 278).

³⁶³ Soc. 10 oct. 1979, n° 78-41.086, *Bull.* n° 704 (la définition donnée a été peu remarquée, du fait certainement que l'apport de l'arrêt se situait ailleurs. L'arrêt venait affirmer l'indifférence dans la qualification de salaire de l'appellation choisie par les parties pour désigner la rémunération).

³⁶⁴ Notons toutefois qu'il s'agit de valider la Cour d'appel qui a retenu cette définition-ci, arrêt de rejet qui accorde moins de force évidente à la solution que s'il s'était agi d'un arrêt de cassation.

b- La contrepartie due en l'absence de travail concret

134. Pour se convaincre que la contrepartie du versement du salaire est bien l'exécution du temps subordonné, le traitement juridique de la situation du salarié se tenant à disposition de l'employeur sans exécuter concrètement de travail est éclairante. Dans ce cas-là, la Cour de cassation considère que le salaire doit être versé³⁶⁵, en cohérence avec la définition du temps de travail effectif comme temps à disposition³⁶⁶. Bien au contraire d'une exception où le salaire serait versé en l'absence de prestation du salarié³⁶⁷, cette jurisprudence permet de caractériser plus précisément la relation de contrepartie entre versement du salaire et exécution du temps de travail. Plus largement, le régime de l'astreinte témoigne de cette relation³⁶⁸, dès lors que les juges refusent de qualifier d'astreinte un temps à disposition immédiate et permanente de l'employeur³⁶⁹, et dans tous les cas sur son lieu de travail³⁷⁰, qualifié alors de temps de travail effectif et justifiant le versement du salaire afférent, même en l'absence de travail concret.

³⁶⁵ Voir Soc. 28 fév. 1962, *Bull.* n° 231, note G. LYON-CAEN, *D.* 1962 (un artiste de cinéma s'était tenu à disposition de la société de production, dont le film n'avait finalement pas été tourné. La Cour de cassation considère très clairement qu'il « *devait recevoir les salaires convenus en contrepartie* »). V. aussi Soc. 7 mai 2008, n° 06-45.580, inédit (le salarié était présent sur le site et se tenait à disposition).

³⁶⁶ A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006.

³⁶⁷ Interprétation à laquelle semble pourtant se livrer : G. PIGNARRE, L.-F. PIGNARRE, Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail, *RDT* 2011, p. 647.

³⁶⁸ C. trav. art. L. 3121-9.

³⁶⁹ Le critère pour en juger semble se dégager de la possibilité ou non de vaquer librement à ses occupations personnelles – dont l'impossibilité est une caractéristique du temps de travail (parmi la jurisprudence abondante, voir par exemple : Soc. 4 mai 1999, n° 96-43.037, *Bull.* n° 187 ; 9 mars 1999, n° 96-45.590, *Bull.* n° 104 ; 2 avr. 2003, n° 01-40.032, *Bull.* n° 131 ; 8 juin 2011, n° 09-70.324, *Bull.* n° 153 ; 28 mai 2014, n° 10-10.339, inédit.

³⁷⁰ Jurisprudence constante reprise par la loi du 8 août 2016, voir par exemple : Soc. 28 oct. 1997, n° 94-42.954, *Bull.* n° 340 ; 7 avr. 1998, n° 95-44.343, *Bull.* n° 20 ; 6 fév. 2001, n° 98-44.875, *Bull.* n° 42 ; 28 mai 2014, n° 10-10.339, inédit.

II- LA MISE À MAL DE LA RELATION CAUSALE : LE BESOIN DE CIRCONSCRIRE LA NOTION DE SALAIRE

135. Ainsi établie, la relation causale entre versement du salaire et exécution du temps de travail serait toutefois brouillée par plusieurs éléments de rémunération détachés du temps de travail. La rémunération n'est pas justifiée par la seule exécution du temps de travail (A). Cependant, l'exécution du temps de travail doit toujours justifier le versement du salaire, et il reste à voir comment conserver l'idée d'une causalité au sens civiliste du terme entre les deux obligations des parties au contrat de travail (B).

A- LA RÉMUNÉRATION AU-DELÀ DU TEMPS DE TRAVAIL

136. Au vu de la multiplication de rémunérations versées indépendamment de l'exécution d'un temps de travail (1), l'échange salarial de l'exécution d'un temps de travail contre le versement d'un salaire peut sembler être remis en cause, appelant à se demander quel échange viendrait s'y substituer (2).

1- Une part de rémunération sans temps travaillé

137. L'examen de la relation entre versement du salaire et exécution du temps de travail se doit d'aborder l'existence et l'accroissement de rémunérations versées sans être causées par l'exécution du temps de travail, en demeurant liées, de façon négative, au temps de travail (a), en en étant complètement décorréliées (b). Celles-ci perturbent la conception du versement du salaire comme contrepartie du temps travaillé.

a- Des rémunérations liées au temps de non-travail : l'indemnisation d'un temps

138. Plusieurs rémunérations ne viennent pas en contrepartie d'un temps travaillé mais mobilisent la notion du temps de travail. Sont ainsi rémunérés des temps qui auraient dû être travaillés, en venant sanctionner l'employeur qui en est responsable (i), et des temps qui se retrouvent assimilés à du temps de travail effectif (ii).

i- *Des rémunérations de temps qui auraient dû être travaillés : un « paiement-sanction »*

139. Certaines rémunérations conservent un lien avec le temps de travail comme temps qui aurait dû être travaillé. Deux exemples suffisent à en comprendre la logique. Le première est celui de l'employeur qui a manqué à son obligation de fournir du travail, exonérant le salarié de son obligation de se tenir à disposition³⁷¹. Ce manquement peut survenir au cours de la relation de travail³⁷² ou par le fait d'une rupture anticipée ou injustifiée d'un contrat à durée déterminée³⁷³ ou d'une nullité du licenciement³⁷⁴. Le second exemple est celui de la grève déclenchée par les salariés du fait d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations. Les journées de grève doivent alors être payées³⁷⁵. Dans les deux cas, l'invocation par l'employeur de l'absence de travail fourni par le salarié, afin de ne pas verser les salaires, est vaine³⁷⁶. Il ne s'agit pas tant d'une exception dans laquelle des salaires sont

³⁷¹ Quand le salarié a dû se tenir à disposition, il s'agit d'un temps de travail qui justifie en toute logique le versement du salaire (voir plus haut).

³⁷² Soc. 20 oct. 1976, n° 75-40.546, *Bull.* n° 499 (situation de « lock-out ») ; 26 oct. 1977, *Bull.* n° 561 ; 19 déc. 2018, n° 16-20.522, inédit.

³⁷³ C. trav. art. L. 1243-4.

³⁷⁴ C. trav. art. L. 1235-3-1 : pour certains salariés, l'employeur doit verser le salaire « *qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité* ». Sont concernés les salariés protégés et les salariées dont l'employeur n'a pas respecté les dispositions de protection face à la grossesse et la maternité (voir par exemple Soc. 16 juill. 1987, n° 84-45.052, *Bull.* n° 523).

³⁷⁵ Pour les premiers arrêts qui consacrent un tel droit : Soc. 12 mars 1959, *Bull.* n° 378 ; 14 mars 1979, *Bull.* n° 232, J. PÉLISSIER, *D.* 1979, p. 434. La Cour de cassation est venue préciser et restreindre sa jurisprudence dans un arrêt rendu le 20 février 1991 dans lequel elle énonce clairement que : « *ce n'est que dans le cas où les salariés se sont trouvés dans une situation contraignante telle qu'ils ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, que celui-ci peut être condamné à payer aux grévistes une indemnité compensant la perte de leurs salaires* » (Soc. 20 fév. 1991, n° 89-41.148, *Bull.* n° 80, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1991, p. 322, note P. WAQUET, *Dr. soc.* 1991, p. 315 ; depuis, voir par exemple : Soc. 29 mai 1996, n° 94-41.948, *Bull.* n° 214 ; 5 janv. 2005, n° 03-40.075, inédit ; 9 mai 2012, n° 10-27.115, inédit).

³⁷⁶ Voir par exemple : Soc. 3 mars 1996, *Bull.* n° 712 (CDD de 18 mois) ; 5 nov. 2003, n° 01-44.460, inédit (contrat d'apprentissage). V. aussi Soc. 3 juill. 1990, n° 87-40.838, *Bull.* n° 339 (le salarié avait dû se rendre, sur convocation, à un entretien avec l'inspecteur du travail dans le cadre d'une procédure de demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé).

versés sans travail accompli³⁷⁷, les sommes versées ayant ici un caractère indemnitaire³⁷⁸, mais davantage, comme le propose Madame Geneviève Pignarre, d'un « *paiement-sanction* »³⁷⁹ à l'encontre de l'employeur. Ces sommes entretiennent par ailleurs un lien direct avec le temps de travail, car elles sont versées pour le temps qui aurait dû être travaillé.

ii- *Des rémunérations des temps assimilés à un temps de travail effectif*

140. D'autres rémunérations conservent un lien avec le temps de travail, en venant rémunérer un temps *assimilé* à du temps de travail effectif. Nous nous limiterons ici à évoquer deux grandes catégories, qui suivent chacune des logiques différentes : les congés payés, qui donnent lieu à des revenus de remplacement³⁸⁰ – on pourrait parler aussi de substituts de salaire et indemnités réparatrices³⁸¹ – et les heures de délégation. Ici aussi il s'agit plus d'indemniser que de rémunérer. D'une façon différente, ces sommes ne sont pas entièrement décorrélatées du temps de travail. En effet, bien qu'elles ne constituent pas la contrepartie du temps travaillé, ces rémunérations-indemnités conservent un lien « négatif » avec *le travail* dont elles viennent pallier l'absence – absence fondée, respectivement, sur le droit effectif des travailleurs à participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués³⁸².

b- *Des rémunérations liées au résultat*

141. D'autres types de rémunération viennent bien davantage remettre en cause³⁸³ la logique causale du salaire et du temps de travail. Il s'agit des techniques de participation des salariés

³⁷⁷ Comme le considère pourtant la Cour de cassation dans les arrêts précités (note précédente).

³⁷⁸ Ce qui n'empêche pas qu'elles puissent suivre le régime social et fiscal des salaires, afin que l'entier préjudice soit réparé, sur la rémunération nette mais également les cotisations sociales.

³⁷⁹ G. PIGNARRE, L.-F. PIGNARRE, *RDT* 2011, p. 647 (note sous Soc. 28 sept. 2011, n° 10-10.381, inédit).

³⁸⁰ Définis par l'URSAFF comme « *destinés à compenser la perte de rémunération pendant une période d'inactivité partielle ou totale : maladie, maternité, invalidité, préretraite, retraite, réduction temporaire d'activité...* ».

Expression qu'on trouve dans le code du travail relativement à l'indemnisation des travailleurs privés d'emploi.

³⁸¹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *Salaire : définition et formes*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2021, §474-520.

³⁸² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

³⁸³ P. LOKIEC, La déconnection du temps de travail et de la rémunération, *Dr. ouvrier* 2012, p. 207.

aux résultats ou aux bénéfices de l'entreprise, l'intéressement et la participation³⁸⁴. Par rémunérations liées au résultat, on entend le résultat du travail produit par les salariés ; là où, au sens strict, la participation est liée aux bénéfices de l'entreprise³⁸⁵ et l'intéressement aux résultats ou aux performances de l'entreprise³⁸⁶. Si ces rémunérations sont versées aux salariés en raison de leur contribution à l'activité de l'entreprise, elles s'éloignent en revanche de la notion de « travail accompli ». S'ajoutent des primes qui rémunèrent le salarié au-delà de la réalisation d'un temps de travail³⁸⁷. L'Accord National Interprofessionnel (ANI) sur le partage de la valeur du 10 février 2023³⁸⁸, transposé par le législateur³⁸⁹, vise par ailleurs à faciliter et développer les dispositifs de partage de valeur³⁹⁰. De façon radicale, le sociologue Philippe Zarifian estime que désormais la rémunération « *correspond au prix de la mise à disposition d'un micro-capital individualisé, prix lui-même indexé sur un résultat futur de valorisation que ce micro-capital s'engage (et s'efforcera) à atteindre* »³⁹¹.

142. Une des questions à se poser est de savoir si ces formes de rémunération visent à *s'étendre* sur le salaire au sens strict, et donc potentiellement le remplacer³⁹², ou seulement à *cohabiter* avec³⁹³, c'est-à-dire s'y ajouter. Autrement dit, ces rémunérations fonctionnent-elles ou non en « vases communicants » avec les salaires ? Alors que ces rémunérations n'ont en

³⁸⁴ C. trav. art. L. 331-1 à L. 3347-1. Pour un aperçu de l'instauration progressive des dispositifs de participation, d'intéressement et d'épargne, V. not. : M. MORVAN, Le nouveau droit de la rémunération, *Dr. soc.* 2008, p. 643 ; R. VATINET, Développement de la participation, *JCP S* 2007, 1001.

³⁸⁵ C. trav. art. L. 3322-1.

³⁸⁶ C. trav. art. L. 3312-1.

³⁸⁷ Au premier rang desquelles, aujourd'hui, la Prime de Partage de la Valeur dite « PPV » (LOI n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, art. 1).

³⁸⁸ Conclu entre le Medef, la CPME, l'U2P et la CFDT, FO, la CFE-CGC et la CFTC.

³⁸⁹ Loi n° 2023-1107 du 29 nov. 2023 portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise, *JORF* n° 0277 du 30 nov.2023.

³⁹⁰ Notamment pour les entreprises de moins de 50 salariés.

³⁹¹ P. ZARIFIAN, Contrôle des engagements et productivité sociale, *Multitudes* 2004/3, n° 17, p. 57.

³⁹² J. BARTHÉLÉMY, Le professionnel parasubordonné, *JCP E* 1996, n° 47, p. 606 : « *la contrepartie de la rémunération sera de moins en moins le temps consacré à une machine, mais l'intelligence à réaliser une tâche* ».

³⁹³ Dans le sens d'une seule cohabitation : P. BAILLY, G. PIGNARRE, M. BLATMAN, M. VÉRICEL, *Conditions de travail*, coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2020, p. 415.

théorie absolument pas le même objet, et devraient en toute logique se développer en parallèle l'une de l'autre, il semble que le développement des rémunérations liées au résultat, telles l'intéressement, la participation et l'épargne salariale, se fasse au détriment du salaire³⁹⁴.

2- Un changement de l'échange salarial ?

143. Parmi les rémunérations non liées directement au temps travaillé, les rémunérations du résultat interrogent l'état de l'échange salarial d'un temps de travail contre un salaire. Elles semblent à première vue extérieures à la logique du salariat (a), ce qui incite alors à se demander si elles en bousculent la nature (b).

a- La rémunération du résultat : une logique en théorie externe au salariat

144. Avec la rémunération *du* résultat, c'est, comme le nom l'indique, le résultat du travail du salarié qui est rémunéré. Dans la même logique synallagmatique selon laquelle le versement du salaire est la contrepartie du temps travaillé, cette rémunération devrait alors s'entendre comme la contrepartie du résultat produit. En d'autres termes, une telle rémunération est la contrepartie du « travail-résultat », au sens d'une quantité de travail produit, qui peut s'exprimer sous forme de valeur produite et pas nécessairement au sens strict d'un travail rendu. Or, ce « travail-résultat » correspond normalement à la prestation du travailleur indépendant lié par un contrat d'entreprise³⁹⁵. Ce qui *cause* le versement de la rémunération est la remise du travail, à défaut de laquelle le travailleur n'est pas en droit de la percevoir. Bien que bénéficiant de l'application d'une partie du droit du travail, les travailleurs à domicile sont concernés par cette logique. En effet, leur rémunération leur est versée *pour* et à l'occasion de la remise du fruit du travail. En l'absence d'ouvrage rendu, ils ne sont pas rémunérés, ni même indemnisés, du temps passé pourtant à travailler.

145. Par principe, les salariés ne peuvent se voir privés de leur salaire du fait de l'absence de la remise d'un travail ou d'un résultat produit. Le salaire leur est versé pour le temps travaillé, c'est-à-dire pour le « travail-activité », indépendamment du fait que le « travail-résultat », prescrit ou attendu par l'employeur, ait été réalisé. Certes, la productivité et le contenu du

³⁹⁴ S. BERNARD, *Le nouvel esprit du salariat. Rémunérations, autonomie, inégalités*, PUF, 2020, p. 67. V. aussi T. GRUMBACH, La contre-réforme libérale et le droit du travail (II), *Les Temps Modernes*, 2010, p. 261.

³⁹⁵ V. Paragraphe 61 et s.

travail du salarié ne seront pas forcément neutres dans la fixation de la rémunération, c'est-à-dire dans sa quantification. Mais la *justification* du versement du salaire en est indépendante.

b- Une résurgence de la théorie de l'institution

146. À rebours de la conception du salariat comme échange d'un temps de travail contre un salaire, Gérard Couturier considère l'échange salarial comme l'engagement de l'employeur « à procurer un certain niveau de ressources au salarié qui accepte de se placer vis-à-vis de lui dans une relation de subordination »³⁹⁶. En élargissant la notion de rémunération, il tente au passage de redéfinir *la prestation du salarié*. Celle-ci se présenterait comme le fait de se placer dans « une relation de subordination » et non plus seulement d'être *un temps donné* sous cette subordination patronale.

Cette conception du rapport salarial se donne à voir aussi, plus subtilement, sous la plume de Gérard Lyon-Caen dès le début des années 1980. Après avoir exposé l'opposition maintenue longtemps entre l'ouvrier payé à l'heure ou au rendement et l'employé payé sous forme d'un traitement mensuel, l'auteur avance que s'opposeraient désormais « *le salaire ajusté à la quantité de travail fournie* », mesurée en heure ou au rendement, et « *le salaire forfaitaire pour un mois, qui correspond à la fonction occupée dans l'entreprise* »³⁹⁷. Si ces deux oppositions successives peuvent sembler à première vue assez proches, elles diffèrent cependant grandement dans la nature des éléments opposés. Dans le premier cas, Gérard Lyon-Caen oppose des méthodes et bases de fixation du salaire, le salaire fixé à l'heure ou au rendement. Dans le second, il est question de *ce à quoi correspondent* les obligations des parties, c'est-à-dire leurs prestations. Gérard Lyon-Caen conclut que « *le salaire n'est plus le strict prix du travail, mais la rémunération attachée à l'emploi* »³⁹⁸.

Allant plus loin dans l'analyse de l'évolution du travail, Monsieur Alain Supiot considèrerait quant à lui, il y a plus de vingt ans, qu'avec les nouvelles théories du mode de management « *il ne s'agit plus pour le salarié de donner une part mesurée de son temps et d'obéir mécaniquement en contrepartie d'un salaire, il s'agit de donner "le meilleur de soi-*

³⁹⁶ G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 511-512 ; De quoi le salaire est-il la contrepartie ? *Dr. soc.* 2011, p. 10.

³⁹⁷ G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 181.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 5 ; D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 35^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 1233.

même »). Alain Supiot part du constat d'une évolution des *injonctions* faites au salarié et l'extrapole en une évolution dans la prestation contractuelle du salarié.

147. Cette actualisation de l'échange entre employeur et salarié proposée par ces auteurs se conçoit différemment selon l'approche adoptée.

Dans une approche civiliste, l'idée d'une causalité entre prestations doit être conservée. Les prestations, en revanche, changeraient et il faudrait alors les réidentifier. S'échangeraient un salaire et un emploi. Mais, contrairement au temps subordonné, le concept d'emploi ne permet pas de circonscrire le pouvoir par la subordination, condition à la contractualité de la mise à disposition de la force de travail³⁹⁹. Cette approche risquerait alors de déboucher sur une contractualité de la personne, pourtant interdite⁴⁰⁰.

L'autre façon de concevoir l'actualisation de l'échange entre les parties aboutit à une forme de résurgence de la théorie de l'institution⁴⁰¹. Le contrat s'efface au profit d'une appartenance commune au groupement de l'entreprise⁴⁰². Le salaire prendrait une teinte institutionnelle⁴⁰³. Le salarié accepterait de se soumettre, *en tant que personne*, à l'autorité de l'employeur en échange d'une rémunération suffisante. La prestation du salarié muterait symétriquement, passant d'une nature contractuelle à une nature institutionnelle⁴⁰⁴.

³⁹⁹ V. Paragraphe 82 et s.

⁴⁰⁰ V. Paragraphe 69.

⁴⁰¹ Dans ce sens-là F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, G. DUCHANGE, *Droit du travail*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2022, p. 731 : « *l'approche institutionnelle [du salaire] : la participation financière des salariés* ».

⁴⁰² C. GIRAUDET, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Université Paris Nanterre, 2014 : plus particulièrement, dans la première partie de la thèse consacrée à une confrontation théorique du droit du travail et de l'institution voir le chapitre II sur la théorie de l'entreprise de Paul Durand (pp. 117-164) et les deux articles centraux de l'auteur sur la question : P. DURAND, Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail, *JCP* 1944, I. 387 ; « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, 1947, t. 3, Dalloz, 1948, p. 45 et s. V. aussi : A. SUPIOT, « Chapitre préliminaire : entre contrat et statut », dans *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, pp. 13 à 44.

⁴⁰³ J. MILHAU, La connaissance des salaires, *Dr. soc.* 1965, p. 35.

⁴⁰⁴ Voir A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, p. 18 : sur la théorie institutionnelle qui « *saisit donc la relation de travail comme une situation d'appartenance personnelle à une communauté, et place ainsi cette relation dans l'orbite du statut des personnes. Par opposition à l'analyse contractuelle, qui privilégie le rapport des hommes aux choses pour rendre possible l'échange d'un*

148. Concevoir ainsi l'existence et la pratique de telles rémunérations revient à en faire une interprétation trop extensive. Les analyser comme du salaire force en effet à reconsidérer l'échange salarial. Or, il paraît non seulement plus précis mais également plus souhaitable conceptuellement de distinguer ces sommes du salaire *stricto sensu*.

B- LE TEMPS TRAVAILLÉ TOUJOURS RÉMUNÉRÉ PAR LE SALAIRE

149. L'existence et la pratique de rémunérations versées indépendamment de l'exécution du temps de travail, temps travaillé, forcent à réfléchir à la façon de nommer les sommes versées en contrepartie du temps travaillé (1), et nous amènent finalement à nous demander dans quelle mesure cette relation de contrepartie entre versement du salaire et temps travaillé est remise en cause (2).

1- Rémunération ou salaire : un enjeu terminologique pour désigner les sommes versées en contrepartie du temps travaillé

150. Le salaire se présente comme une notion relative⁴⁰⁵, chaque règle en dépendant étant « conçue en fonction de sa propre définition du salaire ou de la rémunération »⁴⁰⁶.

Au sens large, le salaire comprend toutes les sommes versées à l'occasion du travail⁴⁰⁷. C'est d'ailleurs la définition qu'en retient le droit de la sécurité sociale⁴⁰⁸. Il y a alors besoin d'un autre terme pour définir les sommes versées exclusivement en contrepartie du travail. On peut choisir de parler de « salaire de base »⁴⁰⁹ – qui porte toutefois le risque d'une confusion avec une autre distinction entre salaire fixe et rémunération variable. L'expression de salaire-

travail ainsi objectivé contre du salaire, cette culture germaniste [institutionnelle] restituée au rapport entre les personnes la place première qui était la sienne dans l'analyse juridique préindustrielle de la relation de travail ».

⁴⁰⁵ G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 501.

⁴⁰⁶ G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 236.

⁴⁰⁷ G. TROLONG, « Le salaire », *Droit du travail* t. 2, Paris, Dalloz, 1981, p. 6 : « ne consiste pas seulement dans les sommes versées en contrepartie du travail, mais aussi dans celles versées à l'occasion du travail ».

⁴⁰⁸ Pour l'assiette de calcul de la contribution à la CSG (C. séc. soc. art. L. 136-1-1) et la cotisation au régime général (C. séc. soc. art. L. 242-1).

⁴⁰⁹ G. TCHAPDA BELLO, *Le principe d'un salaire minimum garanti*, thèse, Paris I, 1999, p. 126.

contrepartie du travail, ou même salaire-contrepartie du temps travaillé, a l'avantage d'être univoque mais ne peut prétendre à un usage courant.

Au sens strict, le salaire est la contrepartie du travail effectué⁴¹⁰. Lorsque le salaire désigne ainsi les sommes versées en contrepartie du travail, l'ensemble des sommes versées, plus largement, à l'occasion du travail peut utilement être regroupé sous l'appellation de « rémunération ». Cette distinction apparaît comme l'option la plus claire⁴¹¹. Elle est utilisée par l'article L. 3221-3 du code du travail relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes qui dispose que « *constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés [...] par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* » (nous soulignons). Plusieurs auteurs préconisent de réserver la notion de salaire à la seule contrepartie de « *la prestation de travail juridiquement subordonné* »⁴¹². Cela permet en effet que le versement du salaire conserve sa pleine nature de contrepartie du temps travaillé, mettant ainsi en exergue la relation entre salaire et temps de travail.

151. Cependant, la problématique de la terminologie est susceptible de rejoindre celle du régime associé à une notion. Qualifier des sommes de « salaire » entraîne notamment un régime social et fiscal spécifique et sert également à vérifier le respect du salaire minimum et déterminer le salaire de référence, élément de calcul d'un grand nombre d'indemnités. Dans le choix des termes utilisés pour désigner les sommes versées au salarié, l'utile distinction opérée entre salaire et rémunération ne saurait suffire pleinement à en justifier l'usage. Ceci étant dit, les juges n'étant pas tenus par les termes utilisés dans la qualification du salaire⁴¹³, les conséquences annexes qu'entraîneraient ces choix terminologiques sont réduites.

⁴¹⁰ P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 599.

⁴¹¹ C'est le propos de la thèse de Monsieur Diane Hennebelle. Pour une application de cette distinction voir par exemple : M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *Salaire : définition et formes*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2021 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, G. DUCHANGE, *Droit du travail*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2022, p. 716.

⁴¹² F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 698 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., coll. « Thémis droit », PUF, 2019, p. 346.

⁴¹³ Soc. 10 oct. 1979, n° 78-41.086, *Bull.* n° 704 : dès lors que la rémunération arbore les caractéristiques du salaire, elle doit en revêtir la qualification « *quelle que soit l'appellation employée pour la désigner* ». *Contra* : Soc. 17 nov. 1977, n° 76-40.966, *Bull.* n° 626 la Cour de cassation accordait une importance au mot utilisé pour désigner la rémunération perçue, s'arrêtant sur la dénomination contractuelle « salary ».

2- Une dilution entre prestation de travail et rémunération : le principe intact de la rémunération du temps travaillé

152. D'abord affaire de terminologie, les appellations varient pour désigner salaire au sens strict ou au sens large. Le schéma est toutefois identique. Il s'agit d'un schéma *d'englobement*. Si on retient le sens strict du salaire, la rémunération est un ensemble de sommes qui englobe notamment le salaire entendu comme contrepartie du temps travaillé. Si on retient son sens large, le salaire correspond lui-même à cet ensemble, et les sommes rémunérant le temps de travail s'y trouvent englobées. Dans les deux cas, le temps de travaillé est rémunéré par le versement du salaire.

De la multiplication et de la généralisation de revenus qui ne rémunèrent pas le travail à proprement parler mais l'appartenance à l'entreprise, Monsieur Alain Supiot parle d'« *une distance* » installée⁴¹⁴ entre le travail et le salaire. Or, il ne s'agit pas tant d'une distance mais, plutôt, d'une *dilution*. Que le travailleur puisse être rémunéré également pour d'autres choses que sa prestation de travail *stricto sensu* n'enlève rien au principe fondamental selon lequel le temps est travaillé pour le salaire, et qu'ainsi tout le temps de travail doit être rémunéré. C'est bien cela qui nous importe ici.

153. L'impression de « *distance* », trompeuse, entre salaire et prestation du travail est nourrie également par la base du salaire plus ou moins liée directement au temps de travail. Dans sa thèse relative à la rémunération du travail salarié, Monsieur Walter Gauthier considère clairement que « *le salaire est toujours la contrepartie du travail, mais son montant s'en décorrèle* »⁴¹⁵. Ces deux aspects doivent être bien distingués, c'est-à-dire que la question du montant du salaire ne saurait interférer sur la problématique de la relation de contrepartie entre salaire et temps de travail. Cette question de la relation entre montant du salaire et temps doit faire l'objet d'une analyse séparée, ce à quoi nous nous livrons dans le chapitre suivant.

⁴¹⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, p. 260 : « *les revenus du travailleurs ne sont plus la contrepartie exacte et directe de son travail [...]. Le lien synallagmatique établi entre travail et salarié n'a cessé de se relâcher, pour faire place à des mécanismes assurant une continuité du revenu aux aléas de la vie professionnelle* ».

⁴¹⁵ W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié*, thèse Université de Bordeaux, 2016, p. 34.

CONCLUSION DE CHAPITRE

154. Depuis qu'il a été rattaché au louage de services au début du XX^{ème} siècle, le contrat de travail correspond au « travail-activité », qui correspond au moment d'exécution du travail, contrairement au « travail-résultat », qui en est le produit. La force de travail intervient assurément dans cet engagement à un travail-activité mais ne saurait constituer l'objet de l'obligation du salarié, en vertu du principe d'indisponibilité du corps humain. L'obligation de *praestere* permet de dépasser la contradiction apparente : le salarié s'engage à une mise à disposition de la capacité de sa force de travail. Celle-ci est l'objet de la prestation du salarié. Et c'est cette prestation qui forme l'objet de l'obligation. Ce passage de l'un à l'autre, ce qui autorise une telle mise à disposition et qui permet à l'employeur d'utiliser la force de travail sans s'en saisir, c'est la subordination. Or, celle-ci ne peut valablement être permanente. C'est donc à un travail subordonné pendant un certain temps, que s'engage le salarié. En ce sens, il est possible d'affirmer que l'obligation du salarié est l'exécution d'un temps de travail. Sa prestation, qui forme l'objet de son obligation est le temps de travail lui-même. Exécuter un temps de travail c'est réaliser l'objet de l'obligation du salarié, le résultat promis. Le décompte du temps de travail mesure alors l'exécution de l'obligation du salarié.

À l'aune de cette caractérisation de l'objet de l'obligation du contrat de travail, l'idée d'une évolution de la relation de travail, défendue par certains, d'une « obligation de moyen » vers une « obligation de résultat » apparaît peu convaincante. Une fois compris que le temps de travail est l'objet de l'obligation du salarié, cette obligation apparaît comme n'ayant jamais été une « obligation de moyens ». La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen oppose, d'une part, les obligations qui engagent à réaliser un objet (le résultat) et, d'autre part, les obligations qui engagent à effectuer les actes utiles et diligents (les moyens) pour parvenir à ce même objet. Mais l'objet auquel le salarié s'engage consiste à exécuter un temps de travail. Il n'est pas tel ou tel produit ou service, ni même de tout mettre en œuvre pour parvenir à ce produit ou service. Lorsque le salarié a exécuté un temps de travail, il a réalisé l'objet auquel il s'était engagé et, en ce sens : le résultat, le seul résultat auquel il était engagé est atteint. En ce sens, il serait logique de dire que le salarié est traditionnellement lié à une obligation de résultat, celle de fournir un temps de travail. Et dire que le contrat de travail évolue vers une obligation de résultat n'a plus de sens.

L'idée maladroitement exprimée derrière cette prétendue évolution est plutôt l'idée d'un changement d'objet progressif de l'obligation du salarié. Cet objet cesserait progressivement d'être le temps de travail. Il s'agirait de plus en plus d'autre chose, d'un produit ou d'un

service, comme dans un contrat d'entreprise, voire comme dans un contrat de vente. Mais il y a là une autre méprise. Une telle évolution ne serait pas une évolution du contrat de travail, mais plutôt la disparition progressive du contrat de travail et de la subordination au travail. Rien ne permet d'étayer une telle évolution. Certains gains d'indépendance sont bien perceptibles, ici ou là. Mais de nouveaux moyens de contrôle et de subordination se développent simultanément. Le salariat évolue, il ne disparaît pas.

Il faut aussi rappeler qu'il y a plus qu'une différence de degré entre contrat de travail et contrat d'entreprise. Les obligations caractéristiques de ces deux contrats n'ont pas du temps de travail le même objet. Cela vient d'une caractéristique fondamentale de l'obligation du travailleur : l'existence de la subordination lors de l'exécution du travail. Ce critère sépare résolument les deux obligations l'une de l'autre. L'obligation du salarié n'est pas celle du travailleur indépendant. C'est pour et par cela que le salarié offre du temps de travail, autrement dit du temps subordonné. Alors que l'entrepreneur fournit un bien ou un service.

155. Le temps de travail, objet de l'obligation du salarié, est une chose de genre qui doit être déterminée quant à son espèce et au moins déterminable quant à sa quantité. Contre l'idée de la subordination qui empêcherait par nature de déterminer l'objet de l'obligation du salarié, il a fallu distinguer la prestation concrète du salarié de sa prestation contractuelle. Au cours de l'exécution du contrat de travail, les directives que le salarié devra suivre sont pour partie indéterminées et indéterminables. C'est l'essence même de la subordination. Celle-ci empêche de déterminer ce que le salarié devra effectuer concrètement. Mais, la prestation contractuelle du salarié est le temps de travail. Et lui doit être déterminé ou déterminable. La subordination non seulement n'empêche pas cette détermination, mais elle l'exige particulièrement.

Cette détermination se doit d'être exacte, ce qui amène à vouloir exprimer le temps de travail dans la plus petite unité possible, ce qu'assure la minute, cachée derrière l'unité horaire. Le forfait jours représente une exception, partant justement de l'idée d'une difficile détermination horaire du temps de travail pour les salariés concernés. Le nombre de journées de travail correspond alors à la prestation du salarié en forfait jours, ce qui permet de maintenir remplie l'obligation de déterminabilité de la prestation. Le décompte du temps de travail permet de déterminer la réalité du temps de travail fourni par rapport à celui déterminé contractuellement. Du fait d'une part d'indétermination du temps de travail réel, particulièrement par l'effet des heures supplémentaires, le décompte représente alors le moyen pour quantifier et déterminer le temps de travail.

Le décompte du temps de travail sert également à établir l'obligation principale de l'employeur, à savoir celle de verser un salaire.

156. Si elle a formellement disparu en 2016, la notion de cause de l'obligation demeure significative, exprimant le « pour quoi » de l'obligation. Si on peut aussi parler de contrepartie, la cause permet toujours de souligner l'interdépendance entre les deux obligations, et la relation de justification entre elles. Le versement du salaire est dû en contrepartie de l'exécution du temps de travail, peu importe l'existence d'un travail concret. Le temps de travail est la contrepartie, le « pour quoi », la cause du salaire.

L'existence de rémunérations indépendantes du temps de travail semble à première vue fragiliser cette relation entre salaire et temps. Sont notamment concernées les rémunérations du résultat du travail produit par les salariés, la participation et l'intéressement, et les primes de partage de la valeur qui se développent. Plus qu'une transformation du salaire et qu'une mutation de l'obligation du salarié, il apparaît rigoureusement que le salaire, directement contrepartie du temps travaillé, compose avec d'autres sommes versées au salarié. Il constitue ainsi une partie de la rémunération. Le temps travaillé reste la cause, partielle mais présente tout de même, du versement d'une partie du salaire. Le lien entre exécution du temps de travail et rémunération persiste. Même dilué, ce lien suffit à nécessiter la détermination et le décompte du temps de travail.

CHAPITRE 2 : LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL POUR QUANTIFIER LE SALAIRE

157. Dans le premier chapitre, il a pu être affirmé que l'exécution du temps de travail, le temps travaillé, justifie le versement du salaire ; on parle de cause du salaire, c'est-à-dire *ce pour quoi* le salaire est versé. Mais cela n'implique pas nécessairement que le temps de travail quantifie le salaire ; on parle ici de base du salaire, c'est-à-dire *ce sur quoi* le salaire est quantifié. Poursuivant la recherche de la justification du décompte du temps de travail, il s'agit ici d'établir la place du temps de travail dans la quantification du salaire.

S'interroger sur la quantification du salaire et la place qu'y occupe le temps de travail, c'est d'abord se demander dans quelle mesure ce dernier participe de la base du salaire, comment le temps de travail figure dans le calcul du salaire (Section 1). Une fois cette place établie, il convient de déterminer l'unité temporelle retenue ou privilégiée dans ce calcul visant à quantifier le salaire (Section 2).

SECTION 1 : BASE DU SALAIRE, LA PRÉFÉRENCE POUR LE TEMPS DE TRAVAIL

158. En tant que créance forfaitaire, le salaire repose sur une base qui dicte en très grande partie son montant. Dans l'exigence du salaire de constituer une créance forfaitaire et face au choix laissé entre temps et tâche, le temps de travail s'avère d'abord l'option prépondérante (I). En ayant à l'esprit la recherche par le droit du travail d'une protection du salarié, il convient ensuite d'analyser dans quelle mesure la « base temps » du salaire protège le salarié du risque de l'activité, là où la quantification du salaire sur la base des tâches ou du rendement l'y expose (II). Ces deux considérations, de la prépondérance et de la protection, amène à préférer le temps de travail pour quantifier le salaire.

I- LA BASE TEMPS, UNE OPTION PRÉPONDÉRANTE

159. Avant d'approcher l'option entre temps et tâche dans la quantification du salaire (B), il convient de poser l'existence d'une base dans la quantification du salaire, c'est-à-dire d'en affirmer le caractère forfaitaire et d'en étudier les implications (A).

A- LE SALAIRE, CRÉANCE FORFAITAIRE : L'EXISTENCE D'UNE BASE

160. Dans son ouvrage sur le salaire, Gérard Lyon-Caen souligne la dualité de la nature de la créance qu'est le salaire : alimentaire et forfaitaire⁴¹⁶. Alimentaire, le salaire vise à assurer au salarié de quoi vivre, ce qui dicte plusieurs règles notamment la mensualisation⁴¹⁷. Forfaitaire, elle est calculée à partir d'une base de calcul. Cela permet de rendre le salaire prévisible (1), exigence juridique, et impose d'écarter certains éléments de la formule de calcul (2).

1- L'exigence d'un salaire prévisible

161. Du fait que son versement correspond à la prestation de l'employeur⁴¹⁸, le salaire doit normalement être déterminé ou déterminable. Malgré l'évidence dont se pare cette affirmation, la jurisprudence révèle un état du droit plus compliqué que ce qu'il devrait être (a). Cette exigence de déterminabilité confirmée, il convient de voir ce qu'elle implique sur le calcul du salaire (b).

a- Le fondement : détermination ou déterminabilité de la prestation de l'employeur de versement du salaire

162. Soumis aux règles de droit commun⁴¹⁹, le contrat de travail doit respecter le droit des obligations. À l'instar de la prestation du salarié, la prestation de l'employeur doit être déterminée ou déterminable en vertu de l'article 1163 alinéa 2 du code civil⁴²⁰. L'employeur doit savoir à quoi il s'engage, et le travailleur doit savoir à quoi s'attendre. Le droit civil des obligations fait de la détermination des prestations, ou, à défaut, de la déterminabilité, une condition de validité du contrat.

⁴¹⁶ G. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 3 ; Les travailleurs et les risques économiques, chr. XI, *Recueil Dalloz Sirey* 1974, p. 10. V. aussi J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, coll. « Thémis Droit privé », PUF, 13^{ème} éd., 1993, p. 595.

⁴¹⁷ V. Paragraphe 221 et s.

⁴¹⁸ V. Paragraphe 127.

⁴¹⁹ C. trav. art. L. 1221-1.

⁴²⁰ C. civ. anc. art. 1129.

L'employeur s'oblige à verser un salaire en contrepartie du temps travaillé. Le salaire constituant une prestation monétaire, la question de la détermination renvoie à celle de la détermination du prix.

163. Le fait que l'article 1591 du code civil spécifie que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » a alimenté une remise en cause *a contrario* de l'exigence de la détermination du prix en dehors de la vente, par une jurisprudence mouvante⁴²¹. Elle est facilement écartée pour les contrats de prestation de service, pour lesquels le prix peut être fixé ultérieurement à la conclusion du contrat⁴²². C'est donc relativement aux contrats-cadres⁴²³ – dits aussi contrats de distribution –, marqués au moment de leur conclusion par une imprévision quant à la situation future, que la jurisprudence s'est structurée. La Chambre commerciale de la Cour de cassation opte pour une jurisprudence assez sévère⁴²⁴, critiquée⁴²⁵, et menant à une application de l'exigence générale de

⁴²¹ Très clair : H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, 152-155, p. 71. V. aussi M. JÉOL, Le contenu juridique des décisions du 1^{er} déc. 1995, *RTD com.* 1997, p. 1.

⁴²² Selon Jacques Ghestin, c'est parce que le prix peut être fixé par le juge en cas de désaccord, là où pour la vente y a eu un refus sûrement dû à la tradition refusant l'immixtion du juge dans la vente (J. GHESTIN, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, *D.* 1993, p. 251). Dans le même sens : N. MOLFESSIS, Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA* 2000, n° 90, p. 41 (l'auteur renvoie à la jurisprudence constante selon laquelle le juge peut fixer le prix dans un contrat d'entreprise, par exemple : Civ. 3^{ème} 24 janv. 1978, *Bull.* n° 49 ; Civ. 1^{ère} 15 juin 1973, *Bull.* n° 202).

⁴²³ A. BRUNET, A. GHOZI, La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, p. 1 ; L. VOGEL, Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, *D.* 1995, p. 155 ; D. FERRIER, La détermination du prix : les apports au droit commun des obligation, *RTD com.* 1997, p. 49.

⁴²⁴ Nullité pour indétermination du prix même lorsque le contrat-cadre faisait référence au « *tarif en vigueur* », au motif que la fixation dudit tarif ne dépendra pas de la volonté des deux parties : Com. 27 avril 1971, n° 70-10.752 et 753, *Bull.* n° 108 ; 5 nov. 1971, n° 70-11.593, *Bull.* n° 263. Critique de cette jurisprudence, V. not. : M.-A. FRISON ROCHE, Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences, *LPA* 8 déc. 1993, n° 147, p. 14.

⁴²⁵ Sur les arguments de la doctrine et leur intégration dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voir les conclusions de Michel Jéol, premier avocat général de la Cour, aux arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 (concl. *D.* 1996, p. 13).

La Chambre commerciale a maladroitemment tenté de limiter la nullité vis-à-vis des contrats-cadres en distinguant obligation de faire et obligation de donner, seule la seconde se voyant appliquer l'obligation de détermination du

déterminabilité de la prestation au prix⁴²⁶, là où sa 1^{ère} Chambre civile en fait une appréciation plus souple⁴²⁷. Cette divergence mène à quatre arrêts rendus en Assemblée plénière en 1995⁴²⁸ par lesquels elle considère, au-delà des seuls contrats-cadres⁴²⁹, que « *l'article 1129 du code civil [n'est] pas applicable à la détermination du prix* ». Ainsi, le cas particulier des contrats-cadres a mené à un resserrement général du champ d'application de l'exigence de déterminabilité de la prestation dont le prix a été exclu par principe⁴³⁰. De façon moins absolue, la Cour de cassation reformule sa solution dans un arrêt de 2004 où elle considère que « *l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière* »⁴³¹.

164. La réforme du droit des obligations en 2016 est venue rebattre ces cartes⁴³². En effet, suite à l'article 1163 du code civil qui regroupe les conditions de validité liées au contenu du contrat, les articles 1164 et 1165 du même code prévoient respectivement une exception pour les contrats-cadres et pour les contrats de prestation de service – à entendre au sens strict,

prix : Com. 9 nov. 1987, n° 86-13.984, *Bull.* n° 237. Solution réitérée dans un arrêt de de 1991 en limitant l'exigence de la détermination du prix à l'obligation de donner : Com. 22 janv. 1991, concl. M. JÉOL, *D.* 1991, p. 175, obs. D. TALAN, *D.* 1992, p. 67. Sont notamment très critiques de cette distinction : H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, 152-155, p. 71 ; L. AYNÈS, Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? *D.* 1993, p. 25.

⁴²⁶ Com. 11 oct. 1978, *D.* 1979, p. 137 (son visa substitue alors l'article 1591 du code civil par l'article 1129 du code civil).

⁴²⁷ Deux arrêts *Alcatel* le 29 novembre 1994 dans lesquels elle considère que la référence au tarif suffit à considérer que le prix est déterminable : Civ. 1^{ère} 29 nov. 1994, *Bull.* n° 348, J. GHESTIN, *JCP* 1995, 12371, L. AYNÈS, *D.* 1995, 122, B. BOULOC, *RTD com.* 1995, p. 464. La Cour de cassation reprend en fait une très ancienne solution (Réq. 5 fév. 1934, *Gaz. Pal.* 1934).

⁴²⁸ Ass. plén. 1 déc. 1995, n° 91-15.999, 91-15.758, 91-19.653, *Bull.* n° 7, note L. AYNÈS, *D.* 1996, p. 13, concl. M. JÉOL, *D.* 1996, p. 13, obs. A. BRUNET, A. GHOZI, *D.* 1998, p. 1, note J. MESTRE, *RTD civ.* 1996, p. 153.

⁴²⁹ Pour lesquels, les arrêts admettent que la référence au tarif en vigueur suffit ou autorisent que soient ultérieurement conclus des contrats par lesquels les parties pourront échanger leur volonté.

⁴³⁰ N. MOLFESSIS, Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA* 2000, n° 90, p. 41.

⁴³¹ Civ. 1^{ère} 12 mai 2004, n° 03-13.847, inédit.

⁴³² Voir F. LABARTHE, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, *JCP G* 2016, 642.

puisque'il s'agit d'une exception⁴³³. Ces précisions rendent obsolètes les montages jurisprudentiels visant à exonérer absolument les contrats-cadres de la condition de détermination de la prestation et réactualisent la question de l'appliquer en principe au prix.

Si quelques auteurs persistent à refuser de l'envisager⁴³⁴, l'application au prix de la condition de détermination de la prestation est pourtant pleinement justifiée⁴³⁵. D'une part, le fondement de cette exigence, qui vise à garantir une connaissance des parties quant à la teneur de leurs engagements, vaut pour le prix. D'autre part, et cela même avant 2016, le législateur n'a pas exclu le prix de la condition de détermination de la prestation⁴³⁶. Ainsi, malgré un consensus qui tarde, le prix doit être concerné par principe par l'exigence de détermination de la prestation. Le salaire, prix de la prestation du salarié, est donc concerné par cette obligation générale.

165. Au-delà de cette obligation générale, le travail salarié correspond à un des cas particuliers où la détermination du prix s'affirme spécifiquement comme une condition de validité⁴³⁷. De nature contractuelle incontestée⁴³⁸, le salaire doit être déterminé au moment de la conclusion du contrat et ne saurait être modifié unilatéralement.

⁴³³ J.-S. BORGHETTI, Fixation et révision du prix, *RDC* 2018, p. 25 ; G. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, *D.* 2016, p. 1659.

⁴³⁴ J. MOURY, Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil, *D.* 2017, p. 1209 : il se fonde notamment sur l'alinéa 2 de l'article 1171 du code civil qui mentionne la prestation et le prix, comme deux éléments distincts ; J.-S. BORGHETTI, Fixation et révision du prix, *RDC* 2018, p. 25 : rejette l'argument de Jacques Moury, mais soutient en revanche que le législateur a entendu exclure le prix de l'article 1163, se référant au rapport au président de la république accompagnant l'ordonnance de 2016 d'après lequel la disposition nouvelle reprend les « principes actuels du code civil » et de « droit positif ».

⁴³⁵ Dans ce sens : J. GHESTIN, Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, *D.* 1993, p. 251.

⁴³⁶ La précision de l'article 1591 du code civil sur la détermination du prix dans un contrat de vente se situe dans une section spécifique à l'acquisition de la propriété, ne pouvant valablement s'interpréter *a contrario* mais bien plus comme un rappel de la règle générale.

⁴³⁷ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, 152-155, p. 71. V. aussi M. JÉOL, *D.* 1996, p. 13 (concl. sous Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, précité).

⁴³⁸ P. WAQUET, Le renouveau du contrat de travail, *RJS* 5/1999, p. 383. Plusieurs décisions de la Cour de cassation en 1998 viennent sceller le principe : Soc. 28 janv. 1998, n° 95-40.275, *Bull.* n° 40 ; 3 mars 1998, n° 95-43.274, *Bull.* n° 109, note G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1998, p. 529 ; 20 oct. 1998, n° 95-44.280,

b- La mise en œuvre : des bases fixées et connues à l'avance

166. Selon une jurisprudence constante, est forfaitaire la rémunération « *dont les bases sont fixées et connues à l'avance* ». Par deux arrêts rendus le même jour, le 22 janvier 1981, la Cour de cassation insiste sur ces deux aspects. Dans le premier arrêt, la Chambre sociale juge qu'une rémunération « à la ligne » n'est pas en elle-même forfaitaire, encore faut-il montrer qu'elle se calcule d'après un tarif de base fixé et connu à l'avance⁴³⁹, critère nécessaire. Dans le second arrêt, elle juge qu'être basé sur un tarif fixé à l'avance permet en soi de déclarer forfaitaire la rémunération⁴⁴⁰, ce qui rend le critère suffisant. Dans un arrêt, publié, la Cour s'attache au fait que la rémunération est calculée à partir d'un prix unitaire « non modifiable », fixé à l'avance⁴⁴¹. Bien plus tard, elle se fonde sur le fait que la rémunération est calculée « *selon des taux fixes connus à l'avance et dépendant d'éléments strictement quantitatifs* »⁴⁴². Dans un arrêt rendu en 2013, la Cour de cassation souligne encore que la rémunération forfaitaire doit présenter « *un caractère suffisamment déterminable* »⁴⁴³.

167. Le salaire a toujours un caractère forfaitaire, fondé sur une base « *fixée à l'avance et ne dépend[ant] pas d'un autre élément mobile que le nombre d'heures, de semaines, de mois ou de pièces fabriquées* »⁴⁴⁴. Sur ce point, le projet de loi sur le contrat de travail au début du XX^{ème} siècle est révélateur en ce qu'il dispose que la rémunération dans le cadre du contrat de travail est un salaire « *calculé soit à raison de la durée de son [du salarié] travail, soit à proportion de la quantité ou de la qualité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute base arrêtée entre l'employeur et l'employé* »⁴⁴⁵.

Bull. n° 435. Pour Monsieur Gérard Couturier, la rémunération relève de la *nature* du contrat, voir même de son essence (*Ibid.*).

⁴³⁹ Soc. 22 janv. 1981, n° 77-12.854, *Bull.* n° 62.

⁴⁴⁰ Soc. 22 janv. 1981, n° 80-10.493, *Bull.* n° 60.

⁴⁴¹ Soc. 23 juin 1982, n° 81-13.369, *Bull.* n° 412.

⁴⁴² Soc. 10 avril 2013, n° 12-11.676, inédit.

⁴⁴³ Soc. 23 janv. 2013, n° 11-23.002, inédit.

⁴⁴⁴ R. JAMBU-MERLIN, Les travailleurs intellectuels à domicile, *Dr. soc.* 1981, p. 56.

⁴⁴⁵ Loi du 2 juill. 1906, art. 1^{er} (Le projet de loi du Gouvernement et le projet de la Société d'études législatives, *Bull. de la Société d'études législatives*, 1906, p. 507 et s. (à noter que l'article premier reprend la formulation proposée par la Société d'études).

2- Les éléments aléatoires de la réalité du travail écartés : une gestion du risque

168. Le caractère forfaitaire du salaire implique qu'un ensemble d'éléments n'entrent pas en compte dans le calcul du salaire. De façon originale, le contentieux du travail à domicile permet particulièrement de comprendre le caractère *forfaitaire* d'une rémunération. Élément de qualification du travailleur à domicile⁴⁴⁶, la « *rémunération forfaitaire* » est un enjeu central car déterminant de la reconnaissance du statut⁴⁴⁷. Elle a donc dû faire l'objet d'une caractérisation précautionneuse par les juges, dont l'étude amène à saisir la raison de cette forfaitisation (a), essentielle au salariat (b).

a- Une protection face au risque par le salaire forfaitaire

169. Dès lors qu'une rémunération forfaitaire est calculée à partir d'éléments fixes et connus à l'avance, cela implique de le rendre indépendant d'éléments aléatoires⁴⁴⁸. En d'autres termes,

Lors de la codification des lois ouvrières de 1910, la Commission du travail de la chambre des députés propose à nouveau de définir de la sorte le contrat de travail dans un article 1779 nouveau du code civil (C. RADÉ, Des critères du contrat de travail, *Dr. soc.* 2013, p. 202).

⁴⁴⁶ C. trav. art. L. 7412-1, 1°.

⁴⁴⁷ Une multitude d'arrêts se fonde sur l'existence d'une rémunération forfaitaire, contestée par le pourvoi, pour conclure au statut de travailleur à domicile : Soc. 25 nov. 1970, n° 69-12.747, *Bull.* n° 660 ; 9 nov. 1971, n° 70-11.629, *Bull.* n° 650 ; 28 juin 1973, n° 72-10.154, *Bull.* n° 429 ; 23 juin 1976, n° 75-11.456, *Bull.* n° 391, p. 322 ; 27 oct. 1976, n° 75-12.288, *Bull.* n° 533 ; 5 mai 1977, n° 76-10.186, *Bull.* n° 301 ; 16 juill. 1977, n° 76-10.447, *Bull.* n° 407 ; 11 oct. 1979, n° 78-12.261, *Bull.* n° 721 ; 5 mai 1982, n° 81-12.055, inédit ; 23 juin 1982, n° 81-13.369, *Bull.* n° 412 ; 9 mars 1983, n° 30-13.107, *Bull.* n° 135 ; 23 nov. 1988, n° 86-13.100, *Bull.* n° 620 ; 21 déc. 1988, n° 86-11.835, inédit ; 22 mars 1989, n° 86-13.334, inédit ; 16 janv. 1997, n° 9512.444, inédit ; 13 nov. 1997, 96-13.711, inédit ; 18 mars 2003, n° 01-21.453, inédit ; 10 avril 2013, n° 12-11.676, inédit.

Plus encore, la Cour de cassation impose aux juges du fond d'établir l'existence d'une rémunération forfaitaire pour pouvoir conclure au statut du travailleur à domicile (Soc. 6 mai 1981, n° 80-10.855, *Bull.* n° 378). Plusieurs de ces décisions concernent l'affiliation au régime général de la sécurité sociale, et rappellent les enjeux croisés et partagés entre droit du travail et droit de la sécurité sociale.

⁴⁴⁸ P. CHAUMETTE, « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Éd. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 72 : La rémunération forfaitaire peut se définir comme « *un prix de façon, connu à l'avance, ne dépendant pas des circonstances postérieures à l'exécution du travail* ».

toute la réalité du travail n'est pas prise en compte dans la fixation du salaire. Un arrêt du 3 février 1982 relatif au travail à domicile livre une explication sur la finalité d'une telle rémunération forfaitaire. En l'espèce, un dessinateur réalise un projet de couverture pour un ouvrage et sera rémunéré 1000F si le projet est choisi, et seulement 300F en cas de refus ou de non-utilisation. Identifiant ici une rémunération non forfaitaire, la Cour de cassation précise que n'est pas travailleur à domicile celui qui exerce son activité « *à ses risques et périls* »⁴⁴⁹. Au-delà du cas d'une rémunération variant en fonction de l'issue individuelle du travail réalisé par le salarié, la rémunération forfaitaire est censée être indépendante de la réussite ou non de l'activité économique⁴⁵⁰. Dans son traité sur le droit du travail, Paul Durand déclare très clairement que « *la créance du salaire est indépendante de la prospérité de l'entreprise, le contrat de travail est en effet dépourvu du caractère aléatoire ; il ne fait pas supporter au travailleur le risque de l'exploitation* »⁴⁵¹.

170. Mais le mécanisme ne protège que d'une partie du « risque » lié à l'exploitation. En plus du risque de l'activité pris dans sa dimension physique relatif à la sécurité et à la santé du salarié, le risque dans sa dimension économique existe pour le salarié, à travers la possibilité de licenciement pour motif économique. Au sens strict, il n'y a pas cependant de risque sur le montant du salaire, la possibilité de licenciement impliquant un risque sur l'emploi, sur l'existence du contrat de travail – entraînant certes la suppression du salaire par voie de conséquence.

171. Alors qu'il y a quelques années on aurait pu affirmer que le montant du salaire était protégé contractuellement des aléas de l'activité de l'entreprise, les accords dits de performance collective⁴⁵² empêchent désormais une telle affirmation – c'était déjà le cas, dans une moindre mesure, des accords de maintien de l'emploi⁴⁵³ puis de ceux de préservation et

⁴⁴⁹ Soc. 3 fév. 1982, n° 80-16.982, *Bull.* n° 60.

⁴⁵⁰ Monsieur Thomas Pasquier parle lui d'indépendance vis-à-vis des « *résultats de l'entreprise* » (*L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 279).

⁴⁵¹ P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 601.

⁴⁵² C. trav. art. L. 2254-2.

⁴⁵³ Créés par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 (Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 17), ce sont les premiers accords à permettre que soient modifiés la rémunération, la durée du travail et l'emplacement géographique et professionnel sans l'accord du salarié, c'est-à-dire que son refus constitue en lui-même une cause de licenciement. Les clauses du contrat de travail contraire à l'accord sont suspendues au cours de son

de développement dans l'emploi⁴⁵⁴. Devant « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* », condition très large, un tel accord est autorisé à modifier la rémunération⁴⁵⁵, pourtant prévue contractuellement. Autrement dit, des éléments liés à l'état de l'entreprise et à l'activité peuvent venir altérer le montant de la rémunération perçue. La réduction ou la modification de la forme de la rémunération ne saurait cependant avoir pour effet d'en modifier la formule forfaitaire. Ce mécanisme n'en altère pas moins la protection du salarié contre les fluctuations de l'entreprise sur la fixation de son salaire.

b- Le salaire forfaitaire, caractéristique du salariat et non-critère

172. La rémunération forfaitaire est un élément qui permet de *rattacher* le travailleur à domicile au salariat, plutôt que de l'en distinguer⁴⁵⁶. Une rémunération non-forfaitaire l'identifierait à un indépendant⁴⁵⁷.

Est-ce à dire qu'il s'agit d'un *critère* du salariat ? Une réponse positive signifierait que le défaut de rémunération forfaitaire empêche la qualification de contrat de travail⁴⁵⁸. Ici nous

application.

⁴⁵⁴ Créés par la loi du 8 août 2016 (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 22), ils s'ajoutent aux accords de maintien de l'emploi. Ils organisent quant à eux une substitution des clauses contractuelles par les clauses conventionnelles (F. DUMONT, L. POINSOT, Les accords de préservation ou de développement de l'emploi, *Dr. ouvrier* 2017, p. 88). Pour une étude empirique approfondie sur les accords de performance collective : H. CAVAT, *Le droit des réorganisations*, LGDJ, 2023.

⁴⁵⁵ La rémunération s'entend ici de celle visée dans le cadre des dispositions relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (selon l'article L. 2254-2 du code du travail qui renvoie à l'article L. 3221-3 en question) : « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

⁴⁵⁶ T. PASQUIER, Sens et limites de la qualification de contrat de travail, *RDT* 2017, p. 95 ; L. PÉCAULT-RIVOLIER, Travail à domicile, télétravail : une réponse adaptée à la question de la conciliation vie professionnelle/vie familiale ? *AJ Famille* 2013, p. 212.

⁴⁵⁷ Soc. 3 fév. 1982, n° 80-16.982, *Bull.* n° 60. Voir R. JAMBU-MERLIN, Les travailleurs intellectuels à domicile, *Dr. soc.* 1981, p. 56.

⁴⁵⁸ *Contra* D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, L'Harmattan, 2014, p. 179 : considérant d'abord que le salaire est une créance « *faussement forfaitaire* », l'auteur semble en fait plus nuancer que réfuter l'aspect forfaitaire du salaire, en soulevant l'existence d'éléments aléatoires pour le salarié tel que découlant de la

devons souligner de suite la particularité du travailleur à domicile qui se distingue du salarié en tant qu'il n'est pas subordonné⁴⁵⁹. C'est dans ce cadre strict que la rémunération forfaitaire fait office de critère de rattachement au salariat. Qu'en est-il dans le cadre du salariat ?

S'interroger sur le rôle de la forfaitisation dans la qualification du contrat de travail s'inscrit dans la controverse plus large de la protection face au risque dans la relation salariale. Celle-ci peut se résumer ainsi : la protection face au risque économique en général, dont la forfaitisation de la rémunération est une de ses manifestations essentielles, est-elle un critère ou une caractéristique du salariat ? Autrement dit, est-elle une cause ou une conséquence de la qualification du contrat de travail ?

173. Les défenseurs de la thèse de la protection face au risque de l'activité comme critère de qualification du contrat de travail considèrent que c'est parce que le salarié ne supporte pas le risque de l'activité qu'il se retrouve soumis à la subordination patronale⁴⁶⁰. Cette vision fait de la subordination une conséquence du contrat de travail.

Pour mieux saisir la problématique posée ici, il nous faut revenir sur la distinction entre *état de subordination* et *lien de subordination*. Celle-ci est énoncée par Monsieur Antoine Jammaud⁴⁶¹, suite à l'arrêt *Labanne* de 2000 selon lequel la qualification du contrat ne

technique de l'indexation du SMIC sur l'inflation. Mais cela ne nous paraît pas suffisamment central pour remettre en cause l'aspect bel et bien forfaitaire, général, du salaire.

⁴⁵⁹ Dès lors qu'un travailleur « à domicile » serait subordonné, il devrait entrer pleinement dans le salariat sans besoin de mobilisation d'un statut spécial (contrairement à ce que pourrait malencontreusement laisser suggérer la lecture de l'article L. 7412-1 qui dispose notamment qu'« *il n'y a pas lieu de rechercher (...) s'il existe entre [le travailleur à domicile] et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique* »).

⁴⁶⁰ Sur ce sujet, et cette position, voir : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 235 et s.

⁴⁶¹ La référence à « l'état de subordination » pour qualifier le contrat de travail est retenue dans le célèbre arrêt *Labanne* (Soc. 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Bull.* 2000 V N° 437 p. 337) : A. JEAMMAUD, L'avenir sauvegardé de la qualification du contrat de travail – A propos de l'arrêt *Labanne*, *Dr. soc.* 2001, p. 227 ; Le pouvoir patronal visé par le droit du travail, *Sem. soc. Lamy* supp. n° 1340, 2008 ; E. DOCKÈS, Notion de contrat de travail, *Dr. soc.* 2011, p. 546 (pour l'auteur l'état de subordination fait seulement référence à un pouvoir de fait, là où Antoine Jammaud y voit des « *données mélangées de fait et de droit* »). Sur la distinction entre pouvoir de fait et pouvoir de droit : E. DOCKÈS, Le pouvoir dans les rapports de travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620. Pour un aperçu général de la question : D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 263 et s. V. aussi l'utilisation de l'expression « état de subordination » dans : G. LYON-CAEN, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, *RTD civ.* 1974, p. 229 (reproduit dans *Dr. soc.* 2019,

dépend que « *des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »⁴⁶². Il s'agit en fait de distinguer la subordination de fait⁴⁶³, critère de qualification du contrat de travail, et la subordination de droit, « *lien juridique* » mis en avant par l'arrêt Bardou de 1931, que consacre la qualification de contrat de travail. Or, pour certains, il semble bien que cela soit l'état de subordination lui-même qui est, non pas le critère de la relation de travail, mais la *conséquence*, conçue comme nécessaire contrepartie accordée à un employeur qui porte sur ses épaules le risque de l'activité⁴⁶⁴. Une position plus radicale se retrouve chez René Savatier qui essentialise les positions respectives d'employeur et de salarié en considérant que « *dans ceux qui travaillent il y a des forts et des faibles, des dépendants et des indépendants. (...) Certains sont en posture de supporter leurs risques, d'autres non* »⁴⁶⁵.

174. Dans cette logique, c'est la répartition des risques qui occupe donc le rôle de critère, en lieu et place de l'état de subordination⁴⁶⁶. Amendant quelque peu le propos, Monsieur Thomas Pasquier admet quant à lui que l'état de subordination est le critère du salariat mais persiste à mobiliser la répartition des risques ici pour définir cette subordination⁴⁶⁷. L'auteur se place dans l'hypothèse du travailleur indépendant *cherchant à usurper* la qualité de salarié et

p. 524) ; J.-P. CHAUCHARD, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », dans *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), coll. « Cahier Travail et Emploi, La Documentation française, 2003, p. 25.

⁴⁶² Soc. 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Bull.* n° 437.

⁴⁶³ Connue très classiquement à travers le triptyque du pouvoir de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner le manquement (Arrêt Société Générale Soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull.* n° 386).

⁴⁶⁴ F. GAUDU, L'application du droit du travail à des travailleurs non-salariés, *Revue juridique d'Ile-de-France*, n° 39-40 1996, p. 163. 1365.

⁴⁶⁵ R. SAVATIER, Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie, *D. H.* 1934, p. 37.

⁴⁶⁶ F. MEYER, C. SACHS-DURAND, « L'évolution du rapport salarial », dans *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à Hélène Sinay*, N. ALIPRANTIS, F. KESSLER (éd.), Peter Lang, 1994, p. 376 ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 25 et p. 77 et s. Thomas PASQUIER se réfère longuement à un auteur italien qui aborde au début du XX^{ème} siècle cette question de la répartition du risque et de son lien avec le contrat de travail (L. BARASSI, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria Milano, 1901, p. 698) ; même si la source est italienne, elle se transpose aisément au contrat de travail français et représente un point de vue très enrichissant.

⁴⁶⁷ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 77.

considère que supporter le risque des pertes et profits de son activité doit l'empêcher de bénéficier de l'application du droit du travail. Mais l'outil de la répartition des risques pour démasquer les « faux salariés » apparaît à la fois inutile et dangereux. Il est inutile car rechercher l'existence ou non de la subordination doit se limiter, logiquement, à rechercher si le salarié est *subordonné*, c'est-à-dire soumis aux ordres et directives de l'employeur qui en contrôle l'exécution et en sanctionne le manquement⁴⁶⁸. Il est dangereux car un travailleur effectivement subordonné pourrait se retrouver exclu du salariat dès lors que sa rémunération lui ferait porter les risques des pertes et profits. Retenir la forfaitisation du salaire comme critère du contrat de travail reviendrait ici à léser deux fois celui qui serait non seulement subordonné *et* privé de la protection face au risque de l'activité ; cela pourrait d'ailleurs inciter l'employeur à faire supporter les risques de l'activité au salarié afin de se soustraire au droit du travail et à la qualité d'employeur de droit⁴⁶⁹. Cette solution n'est pas tenable au regard de la finalité du droit de travail.

175. L'enjeu prend une autre allure quand on se place, à l'inverse, du côté de la lutte contre les « pseudo travailleurs indépendants »⁴⁷⁰. La protection face au risque comme conséquence du contrat de travail, à laquelle participe fortement la forfaitisation du salaire, est défendue notamment⁴⁷¹ par Monsieur Emmanuel Dockès. Il rappelle à juste titre que ne pas avoir à supporter le risque de l'activité est une règle protectrice, en réaction à la situation déséquilibrée entre employeur et salarié. Selon l'auteur, « *l'interdiction de faire supporter les risques de l'entreprise aux salariés doit se comprendre comme un effet de l'application du droit du travail, (...), sa violation ne doit pas servir d'indice en faveur de son inapplicabilité* ». Il en conclut logiquement que la « *répartition des risques* » est « *un indice à*

⁴⁶⁸ Voir l'arrêt fondateur Soc13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull.* no 386 ; puis dans le même sens Soc. 20 avr. 2000, n° 98-18.060 à n° 98-18.063, inédits ; plus récemment voir Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, Publié ; 4 mars 2020, n° 19-13316, Publié.

⁴⁶⁹ T. AUBERT-MONTPEYSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, CNRS, 1988, p. 8.

⁴⁷⁰ Voir A. ARSEGUEL, P. ISOUX, Des limites à la dérive de la notion de service organisé, *Dr. soc.* 1992, p. 297 ; C. LEBORGNE-INGELAERE, L. DRAI, « Les critères du contrat de travail », dans *Les arrêts fondamentaux en droit du travail. Relations individuelles*, B. BOSSU (dir.), Artois Presses Université, 2007, p. 91.

⁴⁷¹ V. aussi par exemple J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., PUF, 1966 p. 76 ; T. REVET, *La force de travail*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Litec, 1992, p. 318.

exclure » dans la démarche de qualification du contrat de travail⁴⁷². C'est résolument dans cette approche que nous nous situons.

Ainsi, sans pouvoir être un critère du salariat, la nature forfaitaire n'est qu'une caractéristique du statut de salarié.

B- LE CHOIX DE LA BASE ENTRE TEMPS ET TÂCHE

176. Maintenant affirmée la nature forfaitaire du salaire, et analysée la fonction qu'occupe cet aspect dans le salariat, il nous faut établir la place qu'occupe le temps dans cette quantification forfaitaire du salaire. Pour y répondre, nous questionnons d'abord la place qu'occupe le temps dans les différents types de salaire (1), puis la place occupée respectivement par ces différents salaires (2).

1- La présence du temps dans les différents types de salaire

177. On distingue généralement le salaire au temps et le salaire au rendement⁴⁷³. Derrière ce dernier terme, se cachent en fait le salaire au rendement et le salaire à la tâche qui correspondent à deux types de salaires différents, dans lesquels la variable temps n'occupe pas nécessairement la même place (a). Quant au « salaire au temps », si la dénomination laisse entendre que le temps y occupe incontestablement une place, il reste à en voir l'étendue (b).

a- Le salaire au rendement et le salaire à la tâche : deux rapports au temps distincts

178. Certains salariés sont rémunérés, en tout ou partie, par un salaire au rendement ou un salaire à la tâche. Pour eux, cause et base du salaire diffèrent. En effet, si leur salaire est versé, comme pour l'ensemble des salariés, *pour* le temps de travail subordonné, il est quantifié *en fonction* des tâches effectuées.

179. Le « salaire au rendement » n'est pas défini légalement. D'après l'accord interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, il s'agit d'une

⁴⁷² E. DOCKÈS, Notion de contrat de travail, *Dr. soc.* 2011, p. 546.

⁴⁷³ G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 504 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, p. 700 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 1239.

« rémunération fonction d'une mesure du travail effectué par un travailleur ou une équipe, mesure définie selon des normes préalablement établies par l'entreprise »⁴⁷⁴ ; définition que reprennent des conventions collectives de branches⁴⁷⁵. Du côté de la jurisprudence, quelques arrêts s'y réfèrent expressément, se limitant à traiter des modalités de calcul du salaire au rendement⁴⁷⁶.

La définition donnée par l'accord de 1975 n'est pas satisfaisante. Elle se limite à décrire un salaire à la tâche, c'est-à-dire seulement en fonction de la quantité produite, là où pourtant le *rendement* implique toujours un *rapport*. Dans le cas du salaire, ce sont les résultats du travail fourni qui sont rapportés à un temps donné. Dans sa rédaction d'origine, la convention collective des industries chimiques définissait le salaire au rendement comme « un mode de rémunération dans lequel la rémunération varie en fonction de la quantité de production réalisée par un individu ou une équipe dans un temps donné, selon une formule déterminée et répondant aux normes de qualité exigées »⁴⁷⁷. L'unité temporelle figurait ici, justement.

Le salaire au rendement peut être fonction du nombre d'ouvrages rendus dans un temps donné. Mais il peut aussi être conditionné à la réalisation d'un certain nombre prédéterminé d'ouvrages en un temps donné – on pourrait parler ici d'une forme « d'effet de seuil ». Telle somme sera versée si telle quantité de travail, dans un temps donné, est fournie. Ce type de salaire au rendement correspond le plus souvent aux primes d'objectifs.

180. Le salaire à la tâche rémunère le salarié en fonction du nombre de « tâches » qu'il effectue, ventes, pièces réalisées, etc. Dans le calcul du salaire à la tâche *stricto sensu*, la référence temporelle est en théorie absente. L'exemple-type du salarié payé « à la tâche » est le commercial, rémunéré en grande partie à la commission. Le commercial considère d'ailleurs qu'il lui revient de « faire son salaire »⁴⁷⁸.

Néanmoins, les salariés payés à la tâche conservent certainement à l'esprit la notion du temps. En effet, quand bien même la variable temps ne figurerait pas dans la formule

⁴⁷⁴ ANI du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, art. 16.

⁴⁷⁵ CCN Tuiles et briques du 17 février 1982 ; CCN Industries chimiques et connexes du 30 déc. 1952.

⁴⁷⁶ Soc. 27 avril 1964, *Bull.* n° 343 ; les autres arrêts : Soc. 6 nov. 1975, n° 74-40.501, *Bull.* n° 517 ; 21 janv. 1976, n° 74-40.609, *Publié* ; 26 oct. 1986, n° 75-40.193, *Publié* ; Soc. 22 juin 1993, n° 90-40.922, *Publié*.

⁴⁷⁷ Convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952. Étendue par arrêté du 13 novembre 1956 JONC 12 décembre 1956.

⁴⁷⁸ S. BERNARD, *Le nouvel esprit du salariat. Rémunérations, autonomie, inégalités*, PUF, 2020, p. 164.

comptable de la rémunération, ils recherchent forcément une certaine forme de productivité, c'est-à-dire à produire plus dans un même temps donné. Même tacite, il s'agit toujours d'une forme de travail au rendement⁴⁷⁹, qui implique un rapport, celui des résultats fournis sur une durée. Autrement dit, la variable temps n'est jamais complètement absente de l'équation, pour le salarié comme pour l'employeur.

b- Le salaire au temps : une place exclusive du temps

181. Avec le salaire au temps, le salarié est non seulement rémunéré *du* temps de travail mais également *au* temps de travail. Ici cause et base du salaire se confondent. Un salaire qu'on pourrait dire « de base » – à ne pas confondre avec le salaire de base au sens de rémunération primaire du travail – est associé à une unité temporelle donnée. Selon l'unité, on parlera de salaire horaire, journalier, etc. Le choix de l'unité temporelle est un des enjeux majeurs dans le cadre du salaire au temps, influant sur le risque portée par le salarié⁴⁸⁰. Ce « salaire de base » est ensuite multiplié par le nombre d'unités temporelles travaillées, opération dont découle le salaire à verser au salarié *pour et en fonction* de son temps de travail.

Proportionnel au temps travaillé, le salaire au temps ne prend pas en compte d'autres éléments. On pourrait dire que le montant du salaire est déterminé de façon strictement linéaire au temps. C'est là sa différence avec le salaire au rendement, et *a fortiori* avec celui à la tâche. Dit encore autrement, le salaire au temps est calculé sur une base unique, le temps, sans prise en compte de la quantité produite.

2- La préférence pour le temps parmi les différents salaires

182. Le choix entre salaires au rendement ou à la tâche et salaires au temps est en théorie entier, laissé à l'appréciation de l'employeur. Si le salaire au temps représente dans les faits le principe, il faut en chercher les possibles causes (a). Quant à la place laissée au salaire au rendement, il s'agira de voir dans quelle dynamique elle interagit avec le salaire au temps (b).

⁴⁷⁹ Dans ce sens J. MILHAU, La connaissance des salaires, *Dr. soc.* 1965, p. 35.

⁴⁸⁰ V. *infra*.

a- Le salaire au temps privilégié

183. Le salaire au temps est le salaire proportionnel au temps. Primant de fait dans le cadre du salariat, on peut être tenté d'en faire une caractéristique du salariat. Planiol considérait ainsi au début du XX^{ème} siècle que le contrat de travail et le contrat d'entreprise se distinguaient par leur base du salaire⁴⁸¹. L'intuition selon laquelle la base du salaire opérerait une distinction entre travailleurs résonne éventuellement avec le XIX^{ème} siècle où les travailleurs plus autonomes étaient rémunérés au rendement⁴⁸², là où les ouvriers étaient rémunérés à l'heure. Pourtant, le salaire au temps n'est non seulement pas un critère du contrat de travail – qui demeure la subordination –, mais il n'apparaît pas non plus comme une caractéristique juridique du contrat de travail⁴⁸³.

184. Sans être caractéristique du contrat de travail, le salaire au temps est cependant privilégié dans le cadre du salariat. Parmi les raisons qui l'expliquent, un grand nombre de règles en droit du travail fait intervenir l'unité temporelle, parmi lesquelles les durées maximales de travail et minimales de repos, la durée légale⁴⁸⁴ et le respect d'une rémunération au moins égale au SMIC⁴⁸⁵.

De plus, le temps apparaît comme un instrument de mesure objectif du travail. En étant à la base du salaire, il empêche l'arbitraire de l'employeur susceptible de s'exercer dans le salaire à la tâche à travers l'appréciation de la bonne réalisation ou non de la tâche⁴⁸⁶.

La rémunération au temps semble par ailleurs plus évidente dans le salariat du fait que le travailleur y est rémunéré *pour* le temps de travail⁴⁸⁷. Accorder cause et base du salaire peut

⁴⁸¹ Sur ce point : T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 66 et s. (il se réfère à M. PLANIOL, Classification synthétique des contrats, *Rev. Critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 473 ; *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 5^{ème} éd., F. Pichon, 1900, p. 567 et p. 592).

⁴⁸² G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t. 2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 181 ; P. BAILLY, G. PIGNARRE, M. BLATMAN, M. VÉRICEL, *Conditions de travail*, coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2020, p. 431.

⁴⁸³ Contrairement à la rémunération forfaitaire : v. Paragraphe 172 et s.

⁴⁸⁴ V. *supra*.

⁴⁸⁵ V. *supra*.

⁴⁸⁶ Dans ce sens-là : P. LOKIEC, Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

⁴⁸⁷ V. not. J. MILHAU, La connaissance des salaires, *Dr. soc.* 1965, p. 35.

sembler aller de soi, bien que cela n'ait rien d'obligatoire. D'ailleurs, si rien ne l'impose dans le cadre du salariat, où la cause du salaire est le « travail-activité », il en va de même dans le cadre du travailleur à domicile, où la cause du salaire est le « travail-résultat ». La rémunération du travailleur à domicile *peut* être quantifiée par le temps⁴⁸⁸, comme en témoigne une affaire jugée par la Cour de cassation en 1979 dans laquelle le travailleur à domicile est valablement rémunéré en fonction du nombre d'heures travaillées⁴⁸⁹. Cette possibilité offerte dans la fixation de la rémunération illustre le fait qu'il est possible d'être à la fois payé *pour* le « travail-résultat » et *en fonction* du temps travaillé.

b- L'existence du salaire au rendement : supplément ou substitution ?

185. Le salaire au rendement a vu sa part réduite dans la rémunération des salariés. Originellement associé au XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles⁴⁹⁰, il a ensuite subi un recul certain au bénéfice du travail au temps. Cette évolution transparaît par exemple dans un accord signé en 1976 dans la branche des industries chimiques, dans laquelle le salaire au rendement était pratiqué couramment⁴⁹¹. Selon cet accord, « *les changements de la technologie, les nouvelles méthodes d'organisation du travail, les modifications intervenues dans les capacités et les aspirations des hommes ont conduit à réduire sensiblement depuis un certain nombre d'années le champ d'application du salaire au rendement* ». Moins que les raisons avancées, ce qui nous intéresse ici est le constat d'une décreue du salaire au rendement. Les organisations signataires en conviennent de « *limiter l'importance des éléments de la rémunération liés au rendement ou à les supprimer* » ; cela se traduit de façon normative par la limitation du salaire au rendement à « *30 p. 100 du salaire minimum correspondant au coefficient de l'intéressé* »⁴⁹².

⁴⁸⁸ Contra B. FOURNIER, H. GUYOT, Le télétravail, *JCP S* 2011, 1072 : ils distinguent le télétravailleur du travailleur à domicile qui, lui, « *perçoit une rémunération forfaitaire proportionnelle à la tâche réalisée* ». Ils livrent ici une distinction erronée car la rémunération proportionnelle à la tâche n'est pas inéluctable.

⁴⁸⁹ Voir Soc. 11 oct. 1979 n° 78-12.261, inédit.

⁴⁹⁰ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 700.

⁴⁹¹ Voir l'article 29 de l'accord du 26 mars 1976 : « *C'est ainsi que, notamment dans les industries chimiques, des primes et compléments de rémunération collectifs sont venus se substituer au salaire individuel au rendement* ».

⁴⁹² Accord du 26 mars 1976 sur l'amélioration des conditions de travail, CCN Industries chimiques et connexes du 30 déc. 1952, art. 29.

186. Le salaire au rendement n'a cependant pas disparu du paysage salarial. Il se pratique à la marge, pour certaines activités et en complément de salaire.

Parmi les organisations de travail spécifiquement concernées, on retrouve le traditionnel travail à domicile, sujet d'une multitude d'arrêts de la Cour de cassation témoignant de la variété des « pièces » pouvant constituer la base de la rémunération : le nombre de mots traduits⁴⁹³, de pages⁴⁹⁴, de copies corrigées⁴⁹⁵ ou encore de planches dessinées⁴⁹⁶. Les professions commerciales impliquent également le plus souvent une rémunération au rendement, dans l'objectif de stimuler les ventes. Les Voyageurs Représentants Placiers (VRP) et autres commerciaux peuvent être rémunérés à la commission, dont le montant se trouvera proportionnel aux ventes ou au chiffre d'affaires.

Au-delà de ces professions se développe plus généralement l'existence d'une part variable dans la rémunération, notamment à travers des primes d'objectifs. Présentées comme un *supplément* au salaire au temps⁴⁹⁷, des enquêtes de terrain témoignent pourtant d'une vraie porosité entre le niveau du salaire au temps et celui des primes d'objectifs, les managers percevant souvent les deux comme une « rémunération globale » à verser au salarié⁴⁹⁸. Plus encore, ces formes de rémunération traduisent une nouvelle évaluation du salarié. Il est ainsi moins évalué sur le contenu de son travail que sur son résultat, ou sur sa performance⁴⁹⁹. Cela influe sur le type de décompte attendu : du décompte du temps on passerait à un décompte en valeur⁵⁰⁰.

II- LA BASE TEMPS, UNE OPTION PROTECTRICE

⁴⁹³ Soc. 3 juin 1981 n° 80-10.084, inédit ; 2 mars 1989 n° 86-13.334, inédit.

⁴⁹⁴ Soc. 21 déc. 1988, n° 86-11.835, inédit.

⁴⁹⁵ Soc. 14 déc. 1983, n° 82-15.519, inédit ; 16 mai 1991, n° 89-10.381, inédit ; 26 sept. 2007, n° 06-41.495, inédit.

⁴⁹⁶ Soc. 5 mai 1982, n° 81-12.055, inédit.

⁴⁹⁷ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 700.

⁴⁹⁸ S. BERNARD, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁹⁹ A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. soc.* 2000, p. 31.

⁵⁰⁰ S. TOURNAUX, Reconfigurer les temps de vie du salarié, *Dr. soc.* 2022, p. 5.

187. Si le caractère forfaitaire du salaire est en soi protecteur pour le salarié, écartant un ensemble d'éléments aléatoires dans la formule de calcul du salaire, le salarié est plus ou moins protégé selon la *base* retenue. Cette protection vise le risque de la durée d'exécution du travail, porté par le salarié dans le cas du salaire à la tâche ou au rendement (A), et relativement neutralisé pour lui dans le cas du salaire au temps (B). La perspective protectrice, spécifique du droit du travail, guiderait alors vers une préférence de la base temps.

A- LE SALAIRE À LA TÂCHE OU AU RENDEMENT : L'EXPOSITION DU SALARIÉ AU RISQUE DE LA DURÉE D'EXÉCUTION DU TRAVAIL

188. Par le salaire à la tâche ou au rendement, le salarié porte, de façon inévitable, un risque relatif à la durée d'exécution du travail (1). Toujours dans la distinction substantielle à maintenir entre base et cause, ce risque ne se manifeste pas vis-à-vis de la prestation du salarié contrairement à ce qui peut être parfois suggéré (2).

1- Le risque inévitable pour le salarié sur le montant du salaire

189. Quantifier le salaire sur la base de la tâche ou du rendement consiste à en faire dépendre le montant de ce qui est réalisé dans un temps donné, ce qui revient à faire porter sur le salarié le risque de cette durée (a). Si la rémunération qui dépend d'objectifs à atteindre fait l'objet d'un encadrement, celui-ci n'est pas à même de supprimer ce risque (b).

a- Le risque relatif à la durée d'exécution du travail

190. Dans le travail à la tâche, la durée d'exécution du travail n'est pas prise en compte pour déterminer le montant du salaire. Cette durée peut évidemment varier selon les capacités du travailleur mais également selon les caractéristiques, multiples, de chacune des « tâches » à réaliser. Par exemple, un travailleur payé à la copie corrigée⁵⁰¹ recevra la même somme unitaire, indépendamment du fait que la copie fasse 8 ou 2 pages, soit bonne ou mauvaise etc., tous ces éléments induisant pourtant un temps variable de correction. Ainsi, rémunéré à la tâche, le travailleur qui met plus de temps que prévu – ou qu'espéré – n'en est pas davantage

⁵⁰¹ Soc. 14 déc. 1983, n° 82-15.519, inédit ; 16 mai 1991, n° 89-10.381, inédit ; 26 sept. 2007, n° 06-41.495, inédit.

rémunéré. À l'inverse, s'il met moins de temps, son salaire n'en est pas pour autant diminué. Selon Planiol, le travail à la tâche comporte pour le travailleur une « *chance de gain ou risque de perte, selon qu'il mettra plus ou moins de temps à accomplir l'ouvrage* »⁵⁰².

191. Avec le travail au rendement, le salaire est relié à la quantité de travail réalisée dans un temps donné. Le rapport entre rémunération et réalisation d'objectifs peut être proportionnel – la rémunération évoluant de façon linéaire au fil du travail réalisé – ou fonctionner par seuil – une somme étant versée lorsqu'un objectif a été dépassé. En pratique, le salaire au rendement se donne principalement à voir avec les primes de résultats, qui viennent en complément du salaire fixe. Le travailleur dépend de sa productivité de façon encore plus évidente en ce que celle-ci détermine, voire conditionne, le niveau du salaire versé.

192. Qu'on se situe dans le cadre du travail à la tâche *stricto sensu* ou du travail au rendement, le risque porté par le travail correspond au risque de la durée d'exécution du travail. Ce risque se situe au niveau de la différence entre le temps réellement travaillé et le temps de référence – on pourrait dire aussi « temps standard ». Selon que cette différence est positive ou négative, le travailleur aura un mauvais ou un bon salaire au rendement, c'est-à-dire le salaire pour une tâche donnée rapporté à la durée d'exécution. Le travail à la tâche opère un transfert du risque de la durée d'exécution de l'employeur au salarié et, par-là, un transfert de discipline de l'employeur au salarié, incité à s'auto-motiver à travailler efficacement⁵⁰³.

Ce transfert de risque a notamment comme effets de responsabiliser le salarié vis-à-vis du rythme de l'activité et de le pousser à intensifier son travail. Le philosophe André Gorz a d'ailleurs soulevé que dans les situations où les ouvriers, passés d'un salaire au temps à un salaire au rendement, se sont contentés de chercher à maintenir ce qu'ils gagnaient auparavant, les patrons ont cherché à diminuer les niveaux de salaire afin de contraindre coûte que coûte les salariés à intensifier effectivement leur travail⁵⁰⁴.

⁵⁰² M. PLANIOL, Classification synthétique des contrats, *Rev. Critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 473.

⁵⁰³ K. MARX, *Le Capital. Livre I*, [4^{ème} éd. all., 1890, Les éditions sociales, 1^{ère} éd. 1983], 2016, p. 536.

⁵⁰⁴ A. GORZ, *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, [Éd. Galilée, 1988], réédité aux éditions Gallimard, 2004, p. 41 et s.

- b- Un encadrement de la fixation des objectifs impuissant à supprimer le risque porté par le salarié

193. Le salaire au rendement ou à la tâche se donne à voir aujourd'hui principalement au travers des objectifs à atteindre, sur lesquels se fonde la part variable du salaire. Alors que les objectifs devaient auparavant être définis entre employeur et salarié, par accord collectif ou individuel⁵⁰⁵, ils peuvent, depuis un arrêt du 22 mai 2001, être définis unilatéralement par l'employeur⁵⁰⁶, intégrant ainsi la sphère de son pouvoir de direction. En guise d'encadrement minimal, ces objectifs doivent être fixés et communiqués aux salariés afin qu'ils puissent vérifier le calcul de leurs rémunérations⁵⁰⁷.

194. La variation des objectifs fait en revanche l'objet d'un encadrement visant à limiter le pouvoir de l'employeur. En l'absence de critères prévus à l'occasion d'une révision⁵⁰⁸, les solutions jurisprudentielles s'avèrent protectrices du salarié. Lorsque les objectifs sont censés être fixés par accord et qu'ils ne l'ont pas été, il revient au juge de déterminer le salaire, en se fondant généralement sur les critères des années précédentes⁵⁰⁹, ou en se référant aux critères d'une autre prime – quand bien même ceux-ci s'avèreraient plus favorables pour le salarié⁵¹⁰. *« Lorsque la rémunération variable dépend d'objectifs définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, à défaut de fixation desdits d'objectifs, la rémunération variable doit être payée intégralement »*, comme le considère très clairement

⁵⁰⁵ Voir par exemple : Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.028, *Bull.* n° 143.

⁵⁰⁶ Soc. 22 mai 2001, n° 99-41.838, inédit, note D. BOISNARD, *Juris. soc. Lamy* 2001, n° 92 ; dans le même sens voir par exemple Soc. 2 mars 2001, n° 08-44.977, inédit ; 17 déc. 2003, n° 01-44.851, inédit.

⁵⁰⁷ Soc. 18 juin 2008, n° 07-41.910, *Bull.* n° 134, obs. F. DEBY, *Dr. ouvrier* 2008, p. 533, note H. KOBINA GABA.

⁵⁰⁸ Quand des critères sont prévus dans le contrat de travail, il revient au juge de les faire appliquer (voir par exemple Soc. 18 janv. 2012, n° 10-19.569, inédit).

⁵⁰⁹ Soc. 22 mai 1995, n° 91-41.584, *Bull.* n° 161 ; 20 oct. 1998, n° 96-40.908, *Bull.* n° 436 ; 10 nov. 1998, n° 96-44.063, inédit ; 26 oct. 1999, n° 98-41.521, *Bull.* n° 405, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2000, p. 214 ; 22 fév. 2000, n° 97-43.465, *Bull.* n° 70, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2000, p. 438 ; 13 juill. 2004, n° 02-14.140, *Bull.* n° 208 ; 7 juin 2006, n° 04-46.722, inédit ; 10 déc. 2008, n° 07-42.766, inédit.

⁵¹⁰ Soc. 4 juin 2009, n° 07-43.198, *Bull.* n° 145, note G. PIGNARRE, *RDT* 2009, p. 524 (selon qui il s'agit peut-être d'une manière d'inciter l'employeur à bien prévoir les critères de révision d'une prime de rendement).

la Cour de cassation dans un arrêt récent rendu le 7 juin 2023⁵¹¹ ; solution qui ressort également de précédents arrêts⁵¹², aucun n'étant étrangement publié.

Surtout, l'employeur ne peut s'octroyer le droit discrétionnaire de modifier les objectifs. Dans un article sur *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Philippe Waquet appréhende les clauses de variation dans cette perspective fondamentale du pouvoir de l'employeur⁵¹³. Selon lui, les clauses qui autorisent l'employeur à réviser les objectifs, selon une régularité fixe ou en fonction de la situation du marché⁵¹⁴, sont nulles car potestatives⁵¹⁵. Sont en revanche valides celles qui prévoient que la survenance d'un évènement précis entraîne une révision prédéfinie des objectifs et celles qui prévoient les circonstances d'ouverture de révision et les limites à respecter par l'employeur. Il se dégage en réalité de la jurisprudence que la détermination de l'évolution des critères doit avoir un caractère objectif et indépendant de la volonté de l'employeur⁵¹⁶. La Cour de cassation considère que cela « *ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié* »⁵¹⁷. Ce propos doit être modéré. Si le pouvoir de l'employeur est en effet limité, le montant du salaire n'est pas moins dépendant d'évènements extérieurs à sa prestation de travail, intégrant des éléments de l'activité économique dont il n'est pourtant pas censé supporter l'aléa. En d'autres termes, cela n'est pas parce que l'aléa est prédéfini que sa survenance ne constitue pas un risque pour le salarié dont il doit supporter la conséquence.

⁵¹¹ Soc. 7 juin 2023, n° 21-23.232, obs. H. NASOM-TISSADIER, *Juris. soc. Lamy* 2023, n° 568.

⁵¹² V. Soc. 24 oct. 2012, n° 11-23.843, inédit.

⁵¹³ P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, *Dr. soc.* 2000, p. 1051.

⁵¹⁴ La jurisprudence n'est pas assez stable sur ce point, condamnant tantôt une clause de modification unilatérale des objectifs fixés car dépendant de la survenance d'évènements formulée de façon trop vague (Soc. 18 avril 2000, n° 97-43.743, *Bull.* n° 138), validant tantôt une clause qui réservait la faculté à l'employeur d'ajuster la partie variable de la rémunération selon l'évolution du marché et des produits de la marque (Soc. 30 mai 2000, n° 98-44.016, n° 87-45.068, *Bull.* n° 206).

⁵¹⁵ Dans ce sens-là aussi : C. RADÉ, *Dr. soc.* 2000, p. 438 (obs. sous Soc. 22 fév. 2000, n° 97-43.465, *Bull.* n° 70).

⁵¹⁶ Soc. 7 nov. 2001, n° 99-43.450, inédit ; 2 juill. 2002, n° 00-13.111, *Bull.* n° 229, , obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2002, p. 998 ; 29 juin 2011, n° 09-65.710, *Bull.* n° 173.

⁵¹⁷ Par exemple Soc. 20 avril 2005, n° 03-43.696, inédit.

2- Un risque limité sur le contrat de travail : l'intacte obligation du salarié d'exécuter un temps de travail

195. L'influence de la quantité de travail produite sur le montant du salaire soutient et nourrit l'idée d'une obligation du salarié en mutation, d'un « travail-activité » à un « travail-résultat », impression pourtant trompeuse qu'il s'agit de déconstruire (a). En cohérence avec la prestation du salarié qui demeure le temps de travail, l'insuffisance de résultats ne peut suffire à justifier un licenciement (b).

a- L'impression trompeuse d'une prestation modifiée

196. Le salaire à la tâche ou au rendement implique un intérêt direct pour le travailleur à être *productif*, au-delà du seul respect de l'obligation d'exécuter un temps de travail. Mais, plus qu'un intérêt, y aurait-il là une exigence, une nouvelle obligation à laquelle serait soumis le salarié ? Autrement dit, le mode de rémunération peut-il avoir pour effet de transfigurer la prestation du salarié ? Certains répondent positivement en considérant que l'existence de ces formes de rémunération *au résultat* débouche en fait sur une forme d'obligation « *de résultat* »⁵¹⁸. Notons ici que l'obligation de résultat s'entend chez ces auteurs au sens du « travail-résultat »⁵¹⁹. En effet, nous rappelons ici que le « travail-activité » auquel est soumis le salarié constitue bel et bien une obligation de résultat. Ainsi, ces propos actuels annoncent en fait la survenance d'un « travail-résultat » au sein du salariat et décrivent alors une *mutation* de l'obligation du salarié.

197. Pourtant, la base du salaire n'influe pas en elle-même sur l'objet de l'obligation du salarié. L'indexation de la rémunération sur les résultats ne joue en principe que sur la quantification du salaire, c'est-à-dire sur sa base. Comme l'indiquaient déjà Henri Capitant et

⁵¹⁸ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 283 ; G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1988 p. 415 (note sous Soc. 28 avril 1988, *JCP E*, 198). V. aussi le constat formulé par le rapport dirigé par Alain Supiot d'une obligation de résultat qui gagnerait du terrain (A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999), Préface de 1999, p. LV) ; C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26.

⁵¹⁹ Sur la définition retenue du « travail-résultat » : v. Paragraphe 61 et s.

Paul Cuche, « *le mode de détermination du salaire ne modifie pas la nature du contrat* »⁵²⁰. Le temps subordonné reste ce à *quoi* le salarié s'engage et ce *pour quoi* il est rémunéré⁵²¹. Cette affirmation se justifie principalement par le fait que le salaire à la tâche, aux objectifs, ne suspend ni ne supprime la subordination à l'employeur. Autrement dit, le « *rapport juridique* » qu'institue le contrat de travail transcende les modalités de rémunération.

De plus, admettre que la subordination s'exerce *et* que la prestation du salarié est un « travail-résultat », ce serait remettre en cause tout l'édifice contractuel qui a permis justement de consacrer juridiquement la subordination patronale.

Ceci étant dit, il est évident que si l'obligation juridique du salarié est strictement indépendante des résultats fournis, le mode de rémunération au rendement induit une réelle incitation faite au salarié de travailler effectivement « pour les résultats », et peut avoir pour effet de brouiller en pratique l'obligation qui lui est faite.

b- L'insuffisance de résultats, une cause non autonome de licenciement

198. Dans l'idée d'un « travail-résultat » comme prestation du salarié, c'est la « production » d'un ouvrage fini, manuel ou intellectuel, qui engage l'employeur. Ainsi, si la prestation du salarié devenait le « travail-résultat », s'y soustraire justifierait la rupture du contrat pour inexécution d'une partie de ses obligations. Ne pas atteindre les résultats serait alors une cause autonome du licenciement.

199. Pendant un temps, l'insuffisance de résultats a pu constituer à elle seule une cause de licenciement, même lorsqu'elle n'était due qu'aux circonstances économiques⁵²², faisant entièrement reposer le risque économique sur le salarié. Ce dernier ne pouvait s'en dégager que lorsque l'insuffisance reposait essentiellement sur la faute de l'employeur – ce qui constituait une maigre limite⁵²³.

⁵²⁰ H. CAPITANT, P. CUCHE, *op. cit.*, p. 144.

⁵²¹ Dans ce sens-là : A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 366.

⁵²² Soc. 21 mai 1970, n° 69-40.085, *Bull.* n° 339 ; 4 janv. 1978, n° 76-40.998, *Bull.* n° 4 ; 18 mars 1986, n° 83-52.191, *Bull.* n° 90.

⁵²³ Soc. 21 mai 1970, n° 69-40.085, *Bull.* n° 339 ; 24 fév. 1988, n° 85-43.654, inédit ; 20 oct. 1991, n° 88-44.005, inédit ; 19 janv. 1994, n° 89-40.766, inédit ; 23 fév. 2000, n° 98-40.482, inédit ; 24 mai 2000, n° 98-41.614, inédit.

La première limitation de ce mouvement par la Cour de cassation a été de refuser toute clause de pré-constitution d'un motif de licenciement pour insuffisance de résultats⁵²⁴, en affirmant dans un arrêt du 3 février 1999 que « *l'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse* »⁵²⁵. Ainsi, même si l'insuffisance de résultats pouvait visiblement être encore une cause de rupture, son existence et son sérieux devaient désormais être contrôlés par les juges du fond. Le mois suivant, dans son arrêt *Evrard* du 30 mars 1999, la Cour inaugure réellement sa jurisprudence actuelle en imposant aux juges de vérifier que les objectifs fixés soient « *raisonnables et compatibles avec le marché* »⁵²⁶ et affirmant pour la première fois que « *l'insuffisance de résultats ne peut en soi constituer une cause de licenciement* »⁵²⁷. Il convenait alors de déterminer dans quelle mesure l'insuffisance de résultat pouvait mener à un licenciement.

Dès 2000, la Cour de cassation a exigé des juges du fond de rechercher si les objectifs fixés sont réalistes et n'ont pas été atteints par la faute du salarié, *fussent-ils définis au contrat*⁵²⁸. Elle élargit sa jurisprudence dans un arrêt du 11 juillet 2001, inédit⁵²⁹, dont la solution sera reprise et publiée dans un arrêt du 12 février 2002⁵³⁰ : pour justifier un licenciement, l'insuffisance de résultats doit procéder d'une insuffisance professionnelle – qui se fonde sur une appréciation qualitative du travail du salarié là où l'insuffisance de résultats

⁵²⁴ « *Aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement* » (on parle de clause résolutoire), l'explication résidant dans le fait « *qu'il appartient au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de la loi, si les faits invoqués par l'employeur peuvent caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement* » (Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, *Bull.* n° 367 ; 5 juin 2002, n° 00-42.037, inédit ; 2 mars 2005, n° 02-46.534, inédit).

⁵²⁵ Soc. 3 fév. 1999, n° 97-40.606, inédit.

⁵²⁶ Notons qu'un arrêt en 1992 pouvait déjà apparaître comme une première pierre à l'édifice en faisant référence à l'aspect réaliste : « *que bien que réalisable l'objectif fixé par l'employeur n'avait pas été atteint* » (Soc. 16 janv. 1992, n° 90-42.556, inédit).

⁵²⁷ Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.028, *Bull.* n° 143.

⁵²⁸ Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, *Bull.* n° 367, note P. WAQUET, *Dr. soc.* 2001, p. 99 ; 19 juin 2001, n° 99-42.035, inédit ; 10 juill. 2001, n° 99-43.021, inédit ; 6 mai 2002, n° 00-41.992, inédit ; 5 juin 2002, n° 00-42.037, inédit ; 16 fév. 2012, n° 10-19.163, inédit.

⁵²⁹ Soc. 11 juill. 2001, n° 99-42.927, inédit.

⁵³⁰ Soc. 12 fév. 2002, n° 99-42.878, *Bull.* n° 65.

s'en limite à une appréciation quantitative – ou bien d'une faute imputable au salarié⁵³¹. Cette jurisprudence donne lieu à un abondant contentieux, insistant toujours sur l'importance de vérifier le caractère réaliste des objectifs⁵³². Il revient à l'employeur qui licencie pour insuffisance de résultats de justifier que les objectifs fixés étaient réalisables et que le salarié était en faute de ne pas les avoir atteints⁵³³. Un arrêt rendu en 2021 vient, clairement⁵³⁴, généraliser le rôle probatoire que doit jouer l'employeur. Appliquant simplement l'article 1353 du code civil dont le premier alinéa dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* », la Cour de cassation considère que c'est sur l'employeur que pèse la charge de la preuve du caractère réaliste des objectifs⁵³⁵.

Les laissant à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation exige cependant que ces derniers caractérisent l'insuffisance professionnelle ou la faute du salarié⁵³⁶. Si la Cour de cassation prend soin souvent de relever, dans la majorité de ses arrêts,

⁵³¹ V. par exemple depuis l'arrêt du 12 février 2002 : Soc. 23 janv. 2002, n° 99-44.154, inédit; 14 fév. 2004, n° 99-40.113, inédit ; 19 oct. 2007, n° 99-44.154, inédit.

⁵³² Arrêts de cassation pour manque de base légale d'une décision de juges du fond qui n'ont pas recherché *si les objectifs étaient réalistes et si le salarié était en faute de ne pas les avoir atteints* (Soc. 12 juin 2002, n° 00-41.699, inédit ; 23 mai 2007, n° 06-40.964, inédit ; 23 mars 2011, n° 09-43.294, inédit ; 15 fév. 2012, n° 09-72.283, inédit ; 9 oct. 2019, n° 18-12.429, inédit ; 24 juin 2020, n° 18-19.723, inédit), parfois sur violation de la loi au visa de l'article L. 122-14-3 sur le pouvoir des juges du fond d'apprécier le caractère réel et sérieux d'un licenciement (Soc. 13 mars 2001, n° 99-41.812, *Bull.* n° 86 ; 27 mars 2001, n° 99-40.057, inédit ; 30 avril 2002, n° 99-43.810, inédit ; 6 mai 2002, n° 00-41.992, inédit ; 5 juin 2002, n° 00-42.037, inédit ; 17 déc. 2003, n° 01-44.851, inédit ; 2 mars 2005, n° 02-46.534, inédit), et arrêts de rejet au nom du pouvoir souverain des juges du fond de décider du caractère réaliste des objectifs et de l'imputation au salarié de leur non-réalisation (Soc. 13 janv. 2004, n° 01-45.931, n° 01-45.932, *Bull.* n° 3 ; 22 fév. 2006, n° 04-41.567, inédit ; 14 juill. 2007, n° 06-42.907, inédit ; 3 oct. 2007, n° 06-42.121, inédit ; 19 oct. 2007, n° 05-45.980, inédit ; 9 avril 2008, n° 07-40.407, inédit ; 20 oct. 2010, n° 09-65.175, inédit ; 27 mars 2013, n° 12-12.991, inédit ; 29 janv. 2014, n° 12-21.516, inédit ; 31 janv. 2018, n° 16-22.287, inédit) ou à l'inverse de leur caractère irréaliste (Soc. 12 juill. 2007, n° 06-40.248, inédit ; 22 sept. 2016, n° 15-13.135, inédit ; 16 mai 2018, n° 16-25.689, inédit ; 7 mars 2018, n° 16-21.588, inédit).

⁵³³ Soc. 6 fév. 2008, n° 06-45.557, inédit ; 6 nov. 2008, n° 07-43.363, inédit.

⁵³⁴ Un arrêt déjà approchait cette solution : Soc. 24 oct. 2012, n° 11-23.843, inédit.

⁵³⁵ Soc. 15 déc. 2021, n° 19-20.978, Publié, note G. PIGNARRE, *RDT* 2022, p. 173.

⁵³⁶ Soc. 22 janv. 2003, n° 01-40.713, inédit ; 25 juin 2014, n° 13-14.580, inédit (cassations pour manque de base légale). Un arrêt rendu le 31 janvier 2018 pêche sur ce point, la Cour de cassation se limitant à considérer que la cour d'appel avait acté que la non-réalisation des objectifs était imputable à « l'insuffisance professionnelle »,

les éléments ayant conduit la cour d'appel à conclure à la responsabilité du salarié, elle mobilise néanmoins des termes vagues et généraux, tels que la « *carence* » ou le « *manque de travail* »⁵³⁷. En revanche, la Cour de cassation propose une solution bienvenue quant au rôle joué par la conjoncture économique, qui, lorsqu'elle est mauvaise et explique ainsi que les objectifs n'ont pas été atteints, exonère le salarié de toute responsabilité⁵³⁸.

200. Cette jurisprudence réduit à bon droit le risque du salarié lié à l'activité économique. Cependant, son fondement n'est pas satisfaisant et contourne la question essentielle de l'identification de l'obligation du salarié. En effet, alors que la Cour de cassation se fonde sur le pouvoir du juge du fond dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse⁵³⁹, il aurait été plus fort, car plus fondamental, de se fonder sur le fait que le salarié n'est pas soumis à une telle obligation qui impose de remplir des « résultats ».

B- LE SALAIRE AU TEMPS ET LA RELATIVE NEUTRALISATION DU RISQUE DE LA DURÉE D'EXÉCUTION DU TRAVAIL POUR LE SALARIÉ

201. Lorsque le salarié est rémunéré au temps, c'est-à-dire par un « salaire au temps », le principe est que le salarié est rémunéré indépendamment de ce qu'il produit dans un temps

sans que celle-ci n'apparaisse nullement caractérisée (Soc. 31 janv. 2018, n° 16-22.287, inédit).

⁵³⁷ Soc. 14 fév. 2001, n° 99-40.113, inédit ; 13 mars 2001, n° 99-41.812, *Bull.* n° 86. V. aussi : l'existence d'une activité insuffisante (Soc. 18 janv. 2006, n° 04-42.782, inédit), le manque de travail et d'implication (24 sept. 2015, n° 14-15.656, inédit), des négligences (Soc. 26 oct. 1999, n° 97-43.613, inédit) le, manque de prospection par le salarié de clients (Soc. 25 janv. 2011, n° 09-65.448, inédit). La Cour de cassation relève par ailleurs plus d'une fois l'existence d'alertes émises par l'employeur, le prenant donc visiblement en considération dans l'appréciation de l'attitude du salarié (Soc. 21 mai 1986, inédit ; 24 sept. 2015, n° 14-15.656, inédit ; 31 janv. 2018). Pour un arrêt où la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle : Soc. 28 nov. 2000, n° 98-43.765, inédit.

⁵³⁸ Cette position se déduisait de l'arrêt du 30 mars 1999 qui exigeait que les objectifs soient « *raisonnables et compatibles avec le marché* » (Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.028, *Bull.* n° 143. V. aussi Soc. 20 oct. 2010, n° 09-65.175, inédit ; 18 janv. 2012, n° 10-19.569, inédit). À partir de l'arrêt du 3 février de la même année la jurisprudence de la Cour de cassation se met à refuser le licenciement du salarié dès lors que les « *objectifs étaient très difficiles à atteindre compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre du salarié* » (Soc. 3 fév. 1999, inédit ; 19 avril 2000, n° 98-40.124, inédit ; 4 avril 2000, n° 99-41.651, inédit ; 24 mai 2000, n° 98-41.614, inédit).

⁵³⁹ Arrêts pour violation de la loi en majorité, mais aussi quelques arrêts pour manque de base légale (par ex : Soc. 19 juin 2001, n° 99-42.035, inédit ; 10 juill. 2001, n° 99-43.021, inédit).

donné, c'est-à-dire indépendamment du rendement (1). Ceci étant dit, l'employeur a tout intérêt à conserver un lien entre salaire et quantité de travail produite. Ce lien est plus ou moins facile à établir selon le type d'activité et d'organisation du travail et de la production, matérielle comme intellectuelle (2).

1- Le montant du salaire au temps indépendant du rendement

202. Le salaire au temps est proportionnel au temps travaillé, c'est-à-dire au temps passé sous la subordination juridique de l'employeur. Le salarié est donc protégé des conséquences d'un mauvais rendement sur le montant du salaire. En d'autres termes, le salaire est indépendant de la quantité de travail produite ce qui protège le salarié des risques liés à l'aléa de l'activité⁵⁴⁰. L'employeur se voit priver de la possibilité de « *répercuter les aléas de l'activité sur la rétribution du salarié* »⁵⁴¹. Dans le travail au temps, le risque du rendement est supporté par l'employeur qui doit verser le même montant au salarié indépendamment de ce qui aura été produit, c'est-à-dire quand bien même la production escomptée n'a pas été réalisée. Alors que le caractère forfaitaire protégeait déjà dans une certaine mesure le travailleur du risque de l'activité, le salaire au temps augmente la sécurité apportée au salarié quant au niveau de son salaire.

Cette neutralisation du risque du rendement pour le salarié signifie également que le salarié ne supporte pas le risque lié à la durée d'exécution du travail. Étant rémunéré au temps, si le salarié a besoin de plus de temps pour effectuer une tâche, il en sera rémunéré d'autant. Bien sûr, à l'inverse, si le salarié a « plus produit » dans un temps donné, il n'en sera pas davantage rémunéré.

203. Avec le salaire au temps, l'employeur qui prévoit que soit réalisée telle quantité de travail dans une journée, une semaine ou un mois doit déterminer à l'avance, lors de la conclusion du

⁵⁴⁰ J. MILHAU, La connaissance des salaires, *Dr. soc.* 1965, p. 35 ; P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, p. 604 ; ils renvoient à AUBRY, RAU, t. V, §372-7°, note 124. L'avocat Jacques Barthélémy va jusqu'à déclarer que « *la règle de proportionnalité du salaire au temps de travail effectif est de celles qui concrétisent la vocation protectrice du droit du travail* » (J. BARTHÉLÉMY, Les relations du salaire et du temps travaillé, *Dr. soc.* 1997, p. 581).

⁵⁴¹ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 277.

contrat, le temps de travail nécessaire à l'accomplissement de cette quantité⁵⁴². Si ce temps évalué n'est pas suffisant, le salarié ne peut pas être sanctionné du fait de ne pas avoir accompli le travail escompté⁵⁴³. Si l'employeur souhaite alors accorder le temps à cette production, le contrat de travail doit être modifié c'est-à-dire que l'accord du salarié est nécessaire.

2- L'ambition de conserver un lien entre salaire et quantité de travail produite

204. Alors que le salaire au temps ne prend formellement pas en compte la quantité de travail produite, il semble que l'employeur cherche toujours, dans son intérêt, à lier plus ou moins le salaire au temps à une quantité de travail produite (a). Avec un rendement à l'heure plus compliqué à prévoir dans un monde du travail en évolution, les entreprises chercheraient à changer les mécanismes de salaire, soit par un retour au salaire à la tâche soit, quand c'est possible, par une adaptation de l'unité du salaire au temps à une unité dans laquelle le rendement demeure prévisible (b).

a- Le travail fourni derrière le salaire au temps

205. Dans le salaire au temps, c'est le temps de travail qui est rémunéré, c'est-à-dire le « travail-activité ». Son montant est indépendant de la quantité de travail produite, entendu comme le « travail-résultat ». Alors que l'employeur poursuit logiquement des exigences de production – qu'il s'agisse de production d'ordre matériel ou intellectuel –, le risque pour lui est celui d'une faible quantité de travail produite dans un temps donné. Autrement dit, le risque est que la production d'une quantité de travail prenne plus de temps qu'escompté. Il porte ainsi le risque du rendement.

206. Les employeurs ne fixent cependant pas les salaires au temps hors de toute préoccupation de productivité, en témoignent les calculs de productivité entourant les transformations de salaires à la tâche en salaires au temps. Edward P. Thomson relate par exemple qu'un tel passage au milieu du XVIII^{ème} siècle a poussé les gros propriétaires terriens à calculer la production moyenne d'une « journée de travail » afin de déterminer le salaire à verser aux

⁵⁴² P. LOKIEC, Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

⁵⁴³ Soc. 16 nov. 1999, n° 97-43.285, inédit.

travailleurs par journée⁵⁴⁴. C'est également ce qui ressort du « système Bédoux », du nom de son concepteur Charles Bédoux et créé en 1927 aux États-Unis⁵⁴⁵. Le point Bédoux correspond à la quantité de travail qui peut être fournie en une heure. Se présentant comme particulièrement innovant, voire protecteur, par sa recherche d'une mesure de *l'effort* du travail⁵⁴⁶, ce système cherche en fait à intensifier le travail des ouvriers et à faire dépendre leur salaire de ce qu'ils produisent⁵⁴⁷. Il fut pour cela critiqué et à l'origine de luttes ouvrières⁵⁴⁸.

207. À l'évidence, le salaire au temps ne s'avère pas complètement déconnecté de la quantité produite. Le risque de la durée d'exécution du travail est déjà réduit par la précision et la fiabilité avec laquelle l'employeur peut prévoir la production horaire. Une fois établis des temps standards, ou temps moyens, pour réaliser telle ou telle production, le risque restant se situe dans l'écart entre ces temps et le temps qui sera réellement nécessaire à un travailleur donné pour réaliser la production visée.

208. L'idée selon laquelle le salaire au temps s'accorde en fait à une quantité de travail produite fait écho à l'analyse selon laquelle salaire aux pièces et salaire au temps expriment tous les deux finalement la valeur de la force de travail⁵⁴⁹. Le salaire au temps ne viendrait pas rémunérer une heure ou une journée de travail *abstraite* mais rémunérer toujours le travail produit ou fourni par le salarié dans cette unité de temps.

Cette idée transparaît très clairement du mécanisme général de fixation des salaires tel qu'identifié par Henri Capitant et Paul Cuhe dans leur *Cours de législation industrielle*. Partant du principe d'un salaire proportionnel au temps, ils relèvent que l'employeur prend toujours en compte dans la fixation du salaire « *la capacité, la force de productivité du salarié* » et en concluent audacieusement que « *le salaire est en vérité proportionnel au*

⁵⁴⁴ E. P. THOMSON, *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, [The New Press, 1993], La Fabrique, 2004.

⁵⁴⁵ A. PROBST, Les grèves de mai-juin 1936 revisitées, *Le Mouvement social* 2002.3, n° 200, p. 35.

⁵⁴⁶ P. LALOUX, *Le système Bédoux de calcul des salaires*, Éd. Hommes et techniques, 1950, p. 13.

⁵⁴⁷ A. MOUTET, *Les logiques de l'entreprise. La rationalisation dans l'industrie française de l'entre-deux-guerres*, coll. « Civilisations et Sociétés », Éditions de l'EHESS, 1997, p. 175.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 81 ; X. VIGNA, *Histoire des ouvriers en France au XXème siècle*, coll. « Pour l'histoire », Perrin, 2012, p. 116.

⁵⁴⁹ K. MARX, *Le Capital. Livre I*, [4^{ème} éd. all., 1890, Les éditions sociales, 1^{ère} éd. 1983], 2016, p. 53.

travail fourni »⁵⁵⁰. Alors que le travail au temps est censé faire porter le risque de la durée de l'exécution du travail sur l'employeur, ce risque se trouve fortement réduit dès lors que l'employeur est *capable de prédire le travail fourni en un temps donné, autrement dit de prédire le rendement*.

Ainsi, le risque s'évalue au regard de cette capacité à prédire le rendement du salarié dans un temps donné et à la fiabilité de cette prédiction.

b- La complexité de la capacité de prédire un rendement

209. Cherchant à limiter leur risque d'un écart trop grand entre salaire et travail productif, il est entendu que les employeurs cherchent à faire correspondre au mieux le salaire au temps avec une quantité de travail produite dans un temps donné. Autrement dit, il s'agit pour eux de prédire le rendement. Or, la capacité à prédire le rendement s'évalue à l'aune de la précision des calculs des temps standards mais également de leur fiabilité, c'est-à-dire de la vraisemblance et de la probabilité que ces temps standards se vérifient en pratique.

210. Défendant l'existence d'une telle correspondance, les propos d'Henri Capitant et de Paul Cuche⁵⁵¹ datent cependant du premier quart du XX^{ème} siècle, où l'industrie et la rationalisation du travail occupent encore une place très majoritaire⁵⁵² et où la pratique de tâches chronométriques facilite la mesure de « la force de productivité du salarié ». Le salaire au temps représentait alors un risque très réduit pour l'employeur⁵⁵³.

Aujourd'hui, les mutations du travail rendent moins fiable la prévision de la quantité de travail réalisée dans un temps donné. La réticence actuelle et grandissante de la mesure du

⁵⁵⁰ H. CAPITANT, P. CUCHE, *Cours de législation industrielle*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1921, p. 151 ; dans le même sens : D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 37.

⁵⁵¹ Voir note 208.

⁵⁵² Les professeurs n'énumèrent d'ailleurs, dans leur définition des personnes liées par un contrat de travail (p. 143), que l'« *employé, ouvrier, domestique* », définissant le premier comme travailleur « des bureaux » et le second comme un travailleur industriel. Le cadre n'y a encore aucune place marquée.

⁵⁵³ *Contra* A. BEAUCOURT, *Le contrat de travail*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 162 : pour l'auteur, le salaire doit autant que possible s'accorder à la quantité de travail produite, exigence à laquelle le temps ne répond pas assez selon lui.

travail par le temps⁵⁵⁴ puise ici certainement sa réelle justification. Le travail à la tâche s'avérerait alors le moyen pour l'employeur de s'assurer du lien entre salaire et quantité de travail fourni.

211. Par ailleurs, le forfait jours reflète également l'idée d'un affaiblissement de la pertinence du temps pour mesurer le travail fourni⁵⁵⁵. En élargissant l'unité temporelle de la base du salaire, le forfait jours rend beaucoup moins étroite la corrélation entre salaire et temps de travail, si bien que malgré une base formelle temporelle, sa logique se rapproche davantage d'un travail à la tâche.

Un tel relâchement entre temps de travail et quantité de travail produite est parfois présentée comme la justification originaire du forfait jours⁵⁵⁶ ou du moins comme un élément à prendre en compte⁵⁵⁷. Le fondement juridique du forfait jours ne se situe pourtant pas là, mais au niveau de l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps qui empêche de prédéterminer la durée du travail⁵⁵⁸. Il n'y est pas question du travail spécifique du salarié en forfait jours qui nécessiterait une évaluation particulière. L'évaluation du travail sur une base journalière est tout au plus une conséquence du forfait jours, mais en aucun cas une justification. Le discours doctrinal mobilise ainsi des éléments absents de la justification juridique du forfait jours. Se révèle alors une arrière-pensée justificatrice du forfait jours : la mission du salarié ne s'évaluerait⁵⁵⁹ pas, *au sens d'estimer la valeur*, au regard du temps de travail⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ Voir par exemple en 2015, le DRH de l'entreprise Solvay et professeur à *Science Po Paris* qui déclarait que « *la dématérialisation du travail, qu'illustre bien le recul du travail industriel, rend aussi difficilement mesurable le travail donc le temps associé* » (J.-C. SCIBERRAS, *Temps de travail et qualité de vie au travail, Dr. soc.* 2015, p. 121) ; également, le Forum des droits sur l'Internet en 2004 qui déclare que « *le télétravail permettrait aussi de faire évoluer la culture managériale de l'entreprise en modifiant la mesure de l'activité du salarié. [...] Le temps de travail devient un indicateur moins pertinent pour mesurer la contribution du salarié* » (Forum des droits sur l'internet, *Le télétravail en France*, 2004, p. 18.

⁵⁵⁵ P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. « Bibliothèque de droit social, LGDJ, 2005, p. 363.

⁵⁵⁶ S. NOUREDINE, *Durée du travail des cadres autonomes et forfait-jours : le contrôle prétorien se renforce*, *Cah. soc.* 2013, n° 248, p. 3.

⁵⁵⁷ F. FAVENNEC-HÉRY, *Défense et illustration du forfait-jours*, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494.

⁵⁵⁸ V. Paragraphe 387 et s.

⁵⁵⁹ J. BARTHÉLÉMY, *Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur*, *Cahiers du DRH* 2007,

Cette position révèle certainement une prise en considération d'une difficile prévision de certaines missions⁵⁶¹. Dans le cas du forfait jours, c'est le type d'activité concernée qui rendrait compliquée la prédiction d'une production dans un temps donné. En effet, la capacité à prédire le rendement du salarié est d'autant plus difficile que l'unité temporelle dans laquelle on veut le mesurer est petite. Il est plus délicat à l'échelle de l'heure de prédire, *abstraitement*, la quantité de travail produite par un salarié, qu'à une échelle supérieure comme la journée ou la semaine où on peut davantage calculer en moyenne cette quantité, en prenant notamment en compte l'existence de moments improductifs au sens de l'employeur. Entrent très certainement en compte ce que Monsieur Jens Thoemmes nomme les « *activités-écran* », telles la gestion des courriels et la multiplicité de réunions d'équipe, vécues par les salariés et identifiées par l'employeur comme des « *pertes de temps* »⁵⁶². Dans une approche productiviste du temps de travail effectif, l'existence inévitable de temps quotidiens dits « improductifs » du salarié cadre en forfait jours⁵⁶³ pourrait expliquer la préférence pour l'unité journalière pour la base du salaire.

C'est très certainement par ce prisme que la promotion de ces modes de rémunération doit être comprise, c'est-à-dire comme une protection de l'employeur, et non comme un réel manque de pertinence du temps à encadrer, limiter et mesurer le travail subordonné du salarié.

SECTION 2 : UNITÉ DE LA « BASE TEMPS », L'HEURE OU LE PRINCIPE D'UNE PRÉFÉRENCE POUR LE TEMPS DES HORLOGES

212. Si le salaire se quantifie en priorité sur une « base temps », il convient maintenant d'en préciser l'unité temporelle. Poursuivant la visée protectrice du salarié face à l'activité et au rendement, et l'objectif que le salaire vienne concrètement rémunérer le temps travaillé, le salaire au temps est en principe un salaire horaire (I).

n° 138.

⁵⁶⁰ P.-Y. VERKINDT, Forfaits annuels en jours et évaluation, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1544.

⁵⁶¹ V. Paragraphe 208.

⁵⁶² J. THOEMMES, La mesure des temps des cadres : une solution pour sortir des difficultés professionnelles ? *Temporalités* 2012 [<http://temporalites.revues.org/2266>].

⁵⁶³ V. les articles de Jean-Emmanuel Ray. Dans une autre approche : G. LYON-CAEN, Considérations intempestives sur le temps, *Dr. soc.* 2000, p. 236.

De façon plus spécifique, l'heure s'invite et s'impose dans la quantification du salaire dans le cadre de la réglementation du salaire minimum interprofessionnel de croissance, qui par sa construction et son universalité, exige une expression horaire du temps travaillé (II).

Le besoin de décompter le temps de travail se précise ici en un besoin de décompter les heures travaillées. Soulignons, ici et pour la suite, que derrière les « heures » interviennent encore plus précisément les « minutes ». Fonctionnant comme une *part d'heures*, celles-ci doivent être décomptées à ce titre. Elles correspondent à des heures complètes et partielles, rémunérées à la hauteur de ces différentes proportions.

I- L'UNITÉ HORAIRE DU SALAIRE AU TEMPS : LA RECHERCHE D'UNE « EXACTE CORRÉLATION » ENTRE SALAIRE ET TEMPS TRAVAILLÉ

213. Dans le cadre du salaire au temps, le salaire horaire se révèle à la fois au travers de la rémunération des heures travaillées (A), mais également, en négatif, par les répercussions des absences sur le salaire, avec une unité horaire omniprésente (B).

A- LA BASE HORAIRE DU SALAIRE : LA RÉMUNÉRATION DES HEURES TRAVAILLÉES

214. La base horaire du salaire se présente comme le principe par l'effet d'un faisceau d'indices, relatifs à l'ensemble de la réglementation de la durée du travail. À noter que, derrière l'heure, ce sont en fait les minutes qui sont décomptées, exprimées en fraction d'heure. Le temps d'horloge traduit ainsi le temps exact travaillé (1). Alors que les mécanismes de lissage mensuel du salaire peuvent donner l'impression d'une déconnexion entre salaire et heures travaillées, il s'agit plutôt d'un décalage dans le temps de cette relation, laissant intact le principe du salaire horaire (2).

1- Le principe de la base horaire détecté : les indices par l'ensemble de la réglementation de la durée du travail

215. Dans le salaire au temps, le salaire horaire prévaut incontestablement, tout en n'étant jamais présenté expressément comme tel. Guidé par des raisons notamment pratiques (a), le principe du salaire horaire se révèle par ailleurs au vu de l'existence d'une *dérogation*, le forfait jours (b).

a- Salaire horaire et salaire au temps : des raisons pratiques à leur prévalence

216. Le salaire au temps est « *traditionnellement* »⁵⁶⁴ un salaire horaire. Le salarié se trouve rémunéré pour *chaque* heure travaillée. Le salarié étant rémunéré pour la durée du travail effectif, il s'agirait logiquement d'apprécier l'unité de temps la plus précise afin de rémunérer l'intégralité du temps travaillé. Selon Gérard Lyon-Caen, « *le choix de l'heure comme unité de mesure du salaire permet d'instituer une exacte corrélation entre le salaire dû et la quantité de travail prestée* »⁵⁶⁵.

217. Les raisons qui poussent à privilégier le salaire horaire correspondent à celles qui justifient la priorité donnée au salaire au temps⁵⁶⁶, parmi lesquelles l'application d'un grand nombre de règles de droit de la durée du travail et du SMIC basées sur l'heure.

218. Le salaire à l'heure renvoie également à l'idée, développée plus généralement pour le salaire au temps, du risque de la durée d'exécution du travail. Plus l'unité est petite, plus le salarié se trouve protégé de ce risque.

b- La dérogation du forfait jours : un témoin juridique du principe de la base horaire

219. Le régime des conventions de forfait en jours constitue actuellement l'unique dérogation au principe du salaire horaire. Le forfait jours permet à l'employeur de rémunérer le salarié sur la base des jours travaillés. Avec le forfait jours, c'est l'unité temporelle à la base du salaire qui change.

De la teneur de cette dérogation, on peut apprécier la force du principe auquel elle déroge. En effet, la fonction principielle de la base horaire du salaire est d'autant plus assurée que les conditions à sa dérogation sont restrictives. Or le recours au forfait jours n'a eu de cesse de s'étendre⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 504.

⁵⁶⁵ G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 182.

⁵⁶⁶ V. Paragraphe 184.

⁵⁶⁷ V. Paragraphe 386 et s.

2- Lissage du salaire et moyenne des heures travaillées : le principe du temps « exact » rémunéré intact

220. Plusieurs dispositifs organisent un lissage du salaire versé tous les mois, en procédant à une moyenne des heures travaillées sur une période supérieure au mois. La mensualisation, dispositif limité formellement à la problématique du paiement, est motivée par la volonté de neutraliser l'effet du nombre de jours dans le mois sur le montant du salaire (a). Plus conséquent, l'aménagement du temps de travail prévoit la possibilité d'un lissage de la rémunération, afin ici de neutraliser l'effet des périodes hautes et basses, dans lesquelles le nombre d'heures travaillées réellement diffère par définition (b). Guidés par des raisons différentes, ces dispositifs fonctionnent toutefois de façon similaire. Dans les deux cas, le salaire mensuel ne correspond pas nécessairement au nombre d'heures réellement travaillées. Néanmoins, le salaire reste horaire.

a- La mensualisation, pour neutraliser l'effet du nombre de jours dans le mois

221. Généralisé⁵⁶⁸ à la quasi-totalité des salariés⁵⁶⁹ dans les années 1970⁵⁷⁰, le mécanisme de la « mensualisation » est codifié aujourd'hui aux articles L. 3242-1 à L. 3242-4 du code du travail. L'alinéa 1 de l'article L. 3242-1 dispose que « *la rémunération des salariés est mensuelle et indépendante, pour un horaire de travail effectif déterminé, du nombre de jours travaillés dans le mois* ». Il en précise la finalité en ajoutant que « *le paiement mensuel neutralise les conséquences de la répartition inégale des jours entre les douze mois de l'année* ».

Concédonns de suite que la mensualisation ne se limite pas tout à fait à une simple modalité de « *paiement du salaire* » – titre sous lequel elle figure dans le code du travail – mais transfigure dans une certaine mesure la relation de travail en inscrivant sur le long terme le salarié dans l'entreprise. Elle opère en effet une moyenne du temps de travail sur l'année. En pratique, elle distend *pour un mois donné*, le lien entre la durée du travail réellement effectuée

⁵⁶⁸ Les salaires des employés et cadres étaient le plus souvent déjà mensualisés (G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t. 2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 181).

⁵⁶⁹ C. trav. art. L. 3242-1 dernier alinéa : « *Ne s'appliquent pas aux salariés travaillant à domicile, aux salariés saisonniers, aux salariés intermittents et aux salariés temporaires* ».

⁵⁷⁰ ANI 10 déc. 1977, étendu par la loi du 19 janvier 1978, n° 78-49.

et le salaire versé en contrepartie. Néanmoins, elle se limite bien juridiquement à une modalité de paiement. Il s'agit d'une modalité comptable de lissage de la rémunération, afin que le salarié ne subisse pas une variabilité de sa rémunération en fonction du « *nombre de jours travaillés dans le mois* »⁵⁷¹.

222. Avec la mensualisation, le salaire reste établi en référence à « *un horaire de travail effectif déterminé* » – selon les termes-mêmes de la loi. La base horaire du salaire apparaît très clairement dans la formule de la mensualisation qui consiste à multiplier la durée horaire hebdomadaire par le nombre de semaines dans l'année et de diviser le résultat par ses 12 mois. Autrement dit, il s'agit d'une moyenne *des heures annuelles* rapportées à l'échelle du mois. Ainsi, la mensualisation ne remet pas en cause la base horaire du salaire⁵⁷². C'est toujours le temps de travail « exact » qui doit être et est rémunéré. Au-delà même de cette affirmation, soulignons que les heures travaillées réellement dans le mois sont à établir pour les salariés mensualisés afin d'appliquer un ensemble de règles, au premier rang desquelles le respect du SMIC horaire⁵⁷³.

b- L'aménagement du temps de travail, pour neutraliser l'effet de la période d'activité

223. Une disposition spécifique est prévue pour les salariés soumis à un « aménagement du temps de travail ». Dans cette situation, les variations d'un mois à l'autre ne dépendent plus seulement ici du nombre de jours dans le mois mais également de la période d'activité, haute ou basse, dudit mois. La loi ouvre alors la possibilité à l'accord collectif d'opter pour un système de *lissage* de la rémunération, c'est-à-dire, d'après l'article L. 3121-44 du code du travail, de « *prévoir que la rémunération mensuelle des salariés est indépendante de l'horaire*

⁵⁷¹ C. trav. art. L. 3242-1.

⁵⁷² E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^{ème} éd., coll. « Hypercours », Dalloz, 2023, p. 282. V. aussi : G. LYON-CAEN, *Le Salaire. Droit du travail*, t. 2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p.211 : à propos de la mensualisation, « *la connexité est évidente entre la date de paiement et le calcul du salaire en proportion du temps de travail* » ; du même auteur, *Les travailleurs et les risques économiques*, D. 1974, p. 58. D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 42. *Contra* A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^{ème} éd., coll. « Domat », LGDJ, 2016, p. 654 ; G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 504 ; J. BARTHÉLÉMY, *Les relations du salaire et du temps travaillé*, *Dr. soc.* 1997, p. 581.

⁵⁷³ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 504. Pour une approche pratique : J. DUMONT, M. CLIQUET, *Les salaires*, coll. « administration des entreprises », Sirey, 1979, p. 74.

réel et [de] détermine[r] alors les conditions dans lesquelles cette rémunération est calculée ». À défaut d'accord collectif, l'article D. 3121-28 du code du travail prévoit la même règle et ajoute que la rémunération est alors « *calculée sur la base de 35 heures hebdomadaires* ». Peut-être par oubli, la loi ne traite pas du cas de l'aménagement du temps de travail mis en place par accord collectif mais qui ne prévoirait pas un tel lissage ; il semble toutefois admis que la quasi-totalité de ces accords ont prévu une telle clause⁵⁷⁴. S'il est d'une bien plus grande envergure, le lissage opéré dans le cadre de l'aménagement du temps de travail reste de même nature que celui opéré dans le cadre de la mensualisation. Les heures varient d'un mois à l'autre, en fonction du nombre de jours mensuels ou d'heures réalisées selon la période d'activité, et une moyenne mensuelle est effectuée sur l'année. La différence principale entre l'aménagement du temps de travail et la mensualisation réside dans leur finalité. Celle de l'aménagement du temps de travail est d'influer sur le nombre d'heures supplémentaires comptabilisées à la fin de l'année. Autrement dit, l'aménagement du temps de travail est loin de se limiter à une modalité de paiement. Il n'empêche que le mécanisme de l'aménagement du temps de travail ne remet à aucun moment en cause la base horaire du salaire. Toutes les heures travaillées doivent *in fine* être rémunérées – la conséquence se situant ailleurs, dans la qualification d'heures supplémentaires.

224. Finalement, le lissage ne fait que *décaler* dans le temps la corrélation entre heures travaillées et salaire versé, sans la rompre.

B- LA PRISE EN COMPTE DES ABSENCES SUR LE SALAIRE : L'UNITÉ HORAIRE OMNIPRÉSENTE

225. Si le salaire est calculé sur la base du temps travaillé, et en principe sur la base des heures travaillées, qu'en est-il pour le temps non travaillé, et qui aurait dû l'être, c'est-à-dire en cas d'absence du salarié ? Cette question et les réponses apportées concernent, en négatif, la relation temps de travail et salaire. Elle se pose à la fois pour les absences rémunérées ou indemnisées – les « *salaires d'inexécution* »⁵⁷⁵ – et celles non rémunérées pour lesquelles une retenue sur salaire est faite. La réponse concernant les salariés classiquement rémunérés à l'heure est aisée. Mais, c'est sans compter sur les dispositifs d'aménagement du temps de

⁵⁷⁴ H. ROSE, *Durée et aménagement du temps de travail*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2022, §291.

⁵⁷⁵ J. SAVATIER, *Les salaires d'inexécution*, *Dr. soc.* 1984, p. 710.

travail, qui se révèlent une situation plus complexe dans le calcul de la retenue à opérer au vu de la mensualisation de la rémunération (1). Concernant en revanche les salariés rémunérés normalement au jour, le traitement d'une absence inférieure à une journée ou demi-journée donne lieu à un « retour » à l'unité horaire (2).

1- La rémunération ou retenue sur salaire : la recherche de la réalité du temps horaire non travaillé

226. Pour calculer la rémunération ou la retenue sur salaire d'un temps non travaillé, il faut d'abord déterminer le nombre d'heures non travaillées (a). Ensuite, il faut déterminer le nombre d'heures total du mois auxquelles les rapporter (b).

a- La détermination du nombre d'heures non travaillées : la primauté des heures réelles

227. Les absences peuvent être individuelles ou collectives. Les absences individuelles soulèvent moins de complications, avec un impact sur la marche normale de l'entreprise limitée⁵⁷⁶. La jurisprudence s'est davantage appesantie sur le cas des absences collectives, qui correspondent à l'interruption collective du travail par l'exercice du droit de grève⁵⁷⁷ et qui désorganisent, par principe, la production (i). Mais la question de la détermination des heures non travaillées se pose également en cas d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, c'est-à-dire de modulation par laquelle le volume horaire varie d'une période à l'autre (ii).

i- *Retenue pour fait de grève : prise en compte du temps exact de l'arrêt du travail*

228. Suspendant le contrat de travail, les absences pour fait de grève dispensent l'employeur de verser le salaire⁵⁷⁸, en vertu de la règle civiliste qui veut que l'obligation de verser le

⁵⁷⁶ Sur la question des retenues salariales pour non-travail voir : B. TEYSSIÉ, La réduction du salaire, *Dr. soc.* 1984, p. 695 (dans le dossier de Droit social de décembre 1984 consacré aux salaires). Voir pour la règle générale : Soc. 11 janv. 1962, *Bull.* n° 51.

⁵⁷⁷ L'aspect collectif pouvant s'apprécier à l'échelle de l'entreprise mais aussi à une échelle plus large dans le cas d'un appel à la grève par des organisations syndicales, permettant dans ce cas à un seul salarié d'une entreprise de faire grève.

⁵⁷⁸ Soc. 21 déc. 1977, n° 76-40.474, *Bull.* n° 726 ; 5 fév. 2002, n° 99-43.898, *Bull.* n° 89.

salaires soit la cause de l'obligation du salarié d'exécuter un temps de travail et réciproquement⁵⁷⁹. Selon cette même règle, la retenue doit se limiter strictement à la durée de l'arrêt du travail. Cette règle s'impose même en cas d'arrêt du travail très court, comme l'indiquent plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁵⁸⁰. Unité de mesure du temps la plus « exacte » en droit du temps de travail, l'arrêt du travail doit être si possible comptabilisé en heures. Une série d'arrêts du 16 mai 1989 rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation énoncent ainsi doublement que la retenue sur salaire doit correspondre « *au temps exact de la cessation du travail* » et que celle « *effectuée au-delà de cette limite constituerait une sanction pécuniaire prohibée* »⁵⁸¹ par la loi⁵⁸².

Or, régulièrement, les conséquences de la grève outrepassent la seule durée de l'arrêt collectif du travail, entraînant une désorganisation plus générale de l'entreprise. Ainsi, des employeurs ont procédé parfois à des retenues sur salaire proportionnelles non pas à la durée de l'arrêt du travail mais à la réduction de la production. De façon très claire et constante, la Cour de cassation empêche une telle pratique et juge que la retenue sur salaire ne saurait se faire « *en raison de la réduction de la production au cours de la période* » concernée par la grève des salariés mais doit être proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail⁵⁸³ ; à l'exception cependant des grèves « perlées » et « tournantes »⁵⁸⁴. Si un arrêt de 2021 contredit à première vue cette jurisprudence, en acceptant une retenue sur salaire sur le jour de grève et les deux jours suivants qui n'ont pu être travaillés du fait *indirect* de la grève, tout semble indiquer que la Cour a voulu en limiter la portée au seul secteur spécifique du transport aérien⁵⁸⁵. La vigilance reste de mise face à l'éventuelle brèche qui aurait été ouverte par

⁵⁷⁹ V. Paragraphe 120 et s.

⁵⁸⁰ V. spéc. Soc. 7 janv. 1988, n° 84-42.448, inédit, aussi Soc. 6 juin 1989, n° 86-42.251, *Bull.* n° 426 ; 10 juill. 1991, n° 89-43.147, *Bull.* n° 349.

⁵⁸¹ Soc. 16 mai 1989, n° 85-45.244, 85-45.247, 85-45.459, 85-45.465, *Bull.* n° 364, note G. BORENFREUND, *D.* 1990, p. 170.

⁵⁸² C. trav. art. L. 1331-2.

⁵⁸³ Soc. 4 fév. 1988, n° 84-43.429, *Bull.* n° 91 ; 6 juin 1989, n° 85-46.435, inédit, B. TEYSSIÉ, *JCP* 1990, 21452 ; n° 86-42.251, *Bull.* n° 426 ; 86-40.349, *Bull.* n° 426 ; 4 juill. 1989, 87-40.807, *Bull.* n° 496 ; 10 juill. 1991, n° 89-43.147, *Bull.* n° 349 ; 8 juill. 1992, n° 89-42.563, *Bull.* n° 445 (V. aussi comme arrêts inédits : Soc. 30 janv. 1991, n° 89-40.471, inédit ; 29 mai 1991, n° 88-45.058, inédit ; 26 juin 1991, n° 90-41.602, inédit ; 23 oct. 1991, n° 89-45.524, inédit).

⁵⁸⁴ Soc. 16 juill. 1964, *Dr. soc.* 1965.

⁵⁸⁵ Soc. 8 sept. 2021, n° 19-21.025, Publié, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2021, p. 1052 (le salarié perd non seulement

l'arrêt. Ajoutons très brièvement que la méthode dite « du trentième » s'applique à la fonction publique et consiste à enlever 1/30^{ème} du salaire mensuel pour chaque jour de grève, indépendamment du nombre d'heures⁵⁸⁶, sujet que nous n'aborderons pas dans le cadre du droit privé du travail⁵⁸⁷.

ii- *Aménagement du temps de travail au-delà de la semaine : prise en compte de la réalité du temps d'absence*

229. L'identification des heures concernées par l'arrêt de travail se pose plus délicatement dans le cadre d'une organisation modulée du temps de travail. Le législateur impose à l'accord collectif d'aménagement du temps de travail de prévoir « *les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences* ». En l'absence d'accord collectif, le dernier alinéa de l'article D. 3121-25 du code du travail prévoit qu'« *en cas d'absence rémunérée, le temps non travaillé n'est pas récupérable et est valorisé sur la base du temps qui aurait été travaillé si le salarié avait été présent, heures supplémentaires comprises* »⁵⁸⁸. En cas d'absence non rémunérée, une interprétation *a contrario* de la disposition réglementaire revient à considérer soit que la retenue sur salaire se fait sur la base d'un temps moyen, soit, plus strictement, que la règle édictée à l'article D. 3121-35 du code du travail n'est simplement pas impérative. Cette seconde interprétation semble plus adéquate, et s'accorde davantage à la jurisprudence existante. Dans un arrêt du 24 février 1961 concernant un salarié soumis à une organisation du temps de travail en roulement mais rémunéré sur une

le salaire de la journée de grève mais également les deux jours suivants lors desquels, du fait de l'organisation du travail en rotation, il ne pouvait pas reprendre le travail. Néanmoins, l'arrêt, en complète contradiction avec toute la jurisprudence antérieure et constante, semble avoir pris soin de limiter sa solution au cas spécifique du transport aérien (de cet avis, C. RADÉ, *ibid*). Sur la grève dans les transports, voir S. MICHEL, *Le droit de grève dans les transports*, *Dr. soc.* 2022, p. 427. Sur la proportionnalité de la retenue du salaire en cas de grève voir not. : G. LYON-CAEN, *Le Salaire*, *op. cit.*, p. 185 et s ; D. HENNEBELLE, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁸⁶ C'est ce qui existe pour la fonction publique : depuis la loi n° 61-285 du 29 juill. 1961 (C. trav. anc. art. L. 521-6), remise en cause par la loi n° 82-889 du 19 oct. 1982 avant d'être réintroduite par un avis du Conseil d'Etat du 8 sept. 1995.

⁵⁸⁷ Code général de la fonction public, art. L. 711-3 : le « *30ème indivisible n'est applicable qu'aux agents publics de l'Etat grévistes* ». Voir par exemple, Soc. 29 juin 1989, n° 88-42.591, *Bull.* n° 469 : des salariés sont payés sur la base de 30 jours par mois, et la règle du 1/30^{ème} avait été appliquée pour fait de grève, ce que casse la Cour de cassation qui exige une retenue en fonction de l'horaire mensuel.

⁵⁸⁸ C. trav. art. D. 3121-25 dernier alinéa.

base horaire, la Haute Cour juge en effet « *que les retenues devaient également être calculées selon le nombre d'heures de travail qu'il n'avait pas effectuées, compte tenu de la répartition inégale de la durée hebdomadaire du travail résultant du tableau de roulement* »⁵⁸⁹. Un arrêt plus récent de 2011, relatif à un dispositif de RTT, confirme que la retenue sur salaire doit se limiter au temps exact de la cessation de travail⁵⁹⁰. Si elle peut sembler relever du bon sens, cette solution implique toutefois qu'une même absence n'a pas le même « impact » en fonction des rythmes de l'activité.

230. En fin de compte, il reste qu'il paraît globalement plus cohérent avec la logique d'ensemble des variations de temps de travail de prendre en compte la *réalité du temps de l'absence*, dans tous les cas – que l'absence soit rémunérée ou non. Ainsi, cette prise en compte de l'absence fonctionne au regard du temps qui aurait dû être travaillé. On retrouve la prise en compte des heures réelles pour les retenues liées aux absences dans plusieurs réglementations des professions et activités régies par la septième partie du code du travail. Ainsi, la convention collective nationale des employés à domicile⁵⁹¹ retient la formule des « *heures réelles* » pour les absences, tant dans le cas des particuliers employeurs que des assistantes maternelles⁵⁹².

b- La détermination de la valeur à laquelle rapporter les heures non travaillées : un calcul insatisfaisant dans le cadre de la mensualisation

231. Une fois posé le principe selon lequel la retenue sur salaire doit correspondre à la durée exacte de l'arrêt de travail, il reste à la calculer. Cette retenue sur salaire peut être calculée de deux manières différentes.

D'un côté, on chercherait à calculer ce que « vaut » une heure dans le mois – en divisant le salaire mensuel par le nombre d'heures travaillées dans le mois – et en le multipliant par le nombre d'heures non travaillées. De l'autre, on calculerait la proportion des heures non travaillées par rapport aux heures qui auraient dû être travaillées dans le mois, en l'appliquant

⁵⁸⁹ Soc. 24 fév. 1961, *Bull.* n° 254.

⁵⁹⁰ Soc. 26 janv. 2011, n° 08-45.204, Publié.

⁵⁹¹ CCN du 15 mars 2021 Convention collective nationale des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile du 15 mars 2021 - Étendue par arrêté du 6 oct. 2021 JORF.

⁵⁹² Respectivement article 146.2 et article 107 de la CCN du 15 mars 2021.

ensuite au salaire mensuel. Or l'un et l'autre de ces calculs se heurtent à une problématique relative à la mensualisation, mécanisme par lequel le salaire versé à la fin du mois correspond à une moyenne des heures mensuelles réalisées calculée sur l'année : les heures travaillées dans le mois prises en compte doivent-elles être les heures travaillées en moyenne ou les heures travaillées réellement ?

232. Face au choix laissé par le Ministère du travail quant à la technique à adopter, la thèse de Madame Diane Hennebelle sur la notion de salaire indique que les accords collectifs ont d'abord majoritairement opté pour celle dite des « heures moyennes »⁵⁹³. Il s'agit de rapporter le nombre de jours ou d'heures non travaillés au *nombre moyen* d'heures de travail accomplies dans un mois. Mais cette technique dérange en ce qu'elle rompt avec la corrélation entre heures travaillées et salaire versé ; alors que circonscrit au paiement du salaire, le mécanisme de la mensualisation n'est censé que *décaler* cette corrélation dans le temps.

233. Suite à la généralisation de la mensualisation par l'ANI du 20 avril 1970, la jurisprudence a choisi de faire appliquer la méthode dite des « heures réelles »⁵⁹⁴. Depuis un arrêt du 11 février 1982, la Cour de cassation juge que « *si l'accord de mensualisation a pour objet de garantir au salarié une rémunération mensuelle constante, la retenue par heure d'absence d'un salarié payé au mois doit être en principe égale au quotient du salaire mensuel par le nombre d'heures de travail dans l'entreprise pour le mois considéré* »⁵⁹⁵. Autrement dit, il faut rapporter les heures non travaillées *au nombre d'heures de travail qui aurait dû être travaillées sur le mois en question*⁵⁹⁶. Mais cette technique n'apparaît pas plus satisfaisante que celle des « heures moyennes ». En effet, pour un même nombre d'heures non travaillées, la retenue différera selon le nombre d'heures qui auraient dû être travaillées dans le mois.

234. Ces techniques de calcul n'appliquent pas strictement la règle selon laquelle le travail est rémunéré *à l'heure* ; en invitant la notion de *proportion* dans le calcul de la retenue sur

⁵⁹³ D. HENNEBELLE, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁹⁴ Cour suprême d'arbitrage 27 nov. 1972, *Dr. ouvrier* 1973 p. 334. V. aussi B. TEYSSIÉ, La réduction du salaire, *Dr. soc.* 1984, p. 695.

⁵⁹⁵ Soc. 11 fév. 1982, n° 80-40.359, *Bull.* n° 90. Voir par la suite : Soc. 17 fév. 1982, inédit ; 20 janv. 1999, n° 96-45.042, inédit ; 6 janv. 2021, n° 19-12.759, inédit.

⁵⁹⁶ Voir : B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 695.

salaires, elles faussent le principe de l'exactitude entre temps travaillé et salaire versé. Chose d'autant plus étonnante, que le salaire horaire est *connu* ; le salaire moyen mensuel part précisément du salaire d'heure de travail – même s'il s'exprime souvent sous forme hebdomadaire. On voit mal pourquoi les retenues sur salaire ne s'effectueraient pas, simplement, en se référant au salaire horaire, multiplié ensuite par le nombre d'heures d'absence.

2- L'absence des salariés en forfait jours : une résurgence de l'unité horaire

235. La retenue sur salaire pour absence, individuelle ou collective, se pose de façon particulière pour les salariés qui ne sont pas rémunérés à l'heure, c'est-à-dire les salariés en forfait jours, seuls rémunérés sur une base journalière. La question du traitement de leur absence se pose dès lors que celle-ci est inférieure à une journée ou demi-journée⁵⁹⁷. Deux situations spécifiques donnent lieu à la résurgence de l'unité horaire, de façon différente mais acceptant toutes les deux une part de fiction : l'exercice de la grève et l'expression du temps non travaillé sous forme horaire (a) ainsi que la prise d'heures de délégation (b)

- a- La retenue sur salaire pour fait de grève pour une absence inférieure à une journée ou une demi-journée : le temps exprimé sous forme horaire

236. Dans un arrêt publié du 13 novembre 2008, la Cour de cassation juge « *que lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée* ». La Cour précise ensuite qu'« *en l'absence de disposition, sur ce point, de l'accord collectif, la retenue opérée résulte de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire mensuel ou annuel, d'un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale* »⁵⁹⁸. Ainsi, la retenue sur salaire ne saurait se faire sur la base d'une demi-journée ou d'une journée

⁵⁹⁷ Pour une présentation récente et très claire de ce traitement : G. FRANÇOIS, L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour, *Dr. soc.* 2022, p. 11.

⁵⁹⁸ Soc. 13 nov. 2008, n° 06-44.608, *Bull.* n° 211, obs. M. GRÉVY, *RDT* 2009 p. 117.

quand elle n'y correspond pas. De cet arrêt il semble qu'il faille comprendre que si le salarié en forfait jours fait grève sur une durée comptabilisable en demi-journée ou en journée, la retenue sur salaire pourrait alors se faire en unité journalière. Quand cela n'est pas possible, et seulement si l'accord collectif ne prévoit rien – c'est-à-dire que l'accord aurait le droit de prévoir une retenue en demi-journées ou journées –, l'unité horaire ressurgit.

237. Dans le cadre de l'arrêt de 2008, un calcul doit être opéré afin de déterminer le *salaire horaire* à prendre en compte pour la retenue. Il est censé se faire à partir du nombre de jours travaillés par le salarié en forfait jours et de la durée hebdomadaire qu'on va *supposer* être la sienne : la durée légale ou la durée du travail applicable aux cadres⁵⁹⁹ si elle est supérieure, c'est-à-dire la durée qui leur sera le plus favorable. La détermination du salaire horaire fonctionne ici par une *fiction*⁶⁰⁰, qui ne cherche pas à s'approcher de la *réalité* du temps travaillé par les salariés en forfait jours, généralement très supérieure à la durée légale et même à la durée des cadres qui ne sont pas en forfait jours. En retenant une telle durée horaire fictive, le salaire horaire fictif est supérieur à celui qui aurait été calculé en rapportant le salaire à la réalité du nombre d'heures réellement travaillées.

238. Dans un arrêt publié moins d'un an après, en 2009, la Cour de cassation insiste sur le motif de l'absence à l'origine de la retenue sur salaire, la grève. Elle y indique en effet que « *l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux ; que la retenue sur salaire doit être proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail* »⁶⁰¹. Se pose donc la question de savoir si le fait qu'il s'agisse d'une absence pour fait de grève a été *déterminant* dans la

⁵⁹⁹ Notons que, déjà dans cet arrêt, les salariés non-cadres peuvent être en forfait jours. Pour ceux-là, la solution est en théorie transposable, c'est-à-dire qu'il s'agira d'apprécier la durée des salariés de même niveau ou de même catégorie qui, sans être en forfait jours, sont donc soumis à un horaire de travail et qui peuvent servir de comparatif pertinent aux salariés non-cadres en forfait jours.

⁶⁰⁰ M. GRÉVY, *RDT* 2009 p. 117 (obs. sous Soc. 13 nov. 2008, n° 06-44.608, *Bull.* n° 211) ; ou comme « *un artifice* » (W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié*, thèse Université de Bordeaux, 2016, p. 353).

⁶⁰¹ Soc. 4 mars 2009, n° 07-45.291, *Bull.* n° 56, s'agissant d'une cessation du travail d'une heure et demie pour participer à un mouvement de grève.

Notons par ailleurs que la Cour a considéré, logiquement, que lorsqu'un accord collectif précise qu'aucune retenue sur salaire ne peut être effectuée au salarié en forfait jours pour une absence inférieure à une demi-journée de travail, cette règle s'applique en cas de grève.

solution de la Cour de cassation. Au vu de la rédaction de ces arrêts, on serait tenté de répondre par l'affirmative. Il s'agirait alors de renvoyer à l'accord collectif la prise en compte d'absence inférieure à une journée – ce que la loi aurait pu, au reste, explicitement faire, à l'instar des clauses qu'elle exige de la part d'un accord d'aménagement du temps de travail.

b- Les heures de délégation : une correspondance horaire des demi-journées

239. Lorsqu'ils sont élus du personnel ou mandatés, les salariés en forfait jours bénéficient comme les autres d'un temps de délégation pour exercer leurs fonctions. Or ce temps s'exprime en principe *en heures*, tant pour les délégués syndicaux⁶⁰² que pour les membres élus des comités sociaux et économiques⁶⁰³. La loi du 8 août 2016 est venue combler le silence de celle de 2000 sur la façon d'appréhender la prise du temps de délégation pour les salariés en forfait jours. Respectivement pour les délégués syndicaux et les élus du Comité Social et Économique (CSE) en forfait jours, les articles L. 2143-13 dernier alinéa et R. 2315-3 deuxième alinéa du code du travail disposent que, « *sauf accord collectif contraire* », « *le crédit d'heures est regroupé en demi-journées qui viennent en déduction du nombre annuel de jours travaillés fixé dans la convention individuelle du salarié* » et ajoute qu' « *une demi-journée correspond à quatre heures de mandat* ». Le temps de délégation des salariés en forfait jours doit d'une façon ou d'une autre s'exprimer en *heures*. La réglementation prévoit donc un regroupement des heures de délégation en demi-journées, « *correspond à quatre heures de mandat* ». En établissant une telle correspondance, il est procédé en fait à une évaluation forfaitaire fictive du nombre d'heures dans une demi-journée pour ces salariés en forfait jours. Peu importe que cela s'avère réel, cette correspondance permet de rendre compatible le dispositif du forfait jours et celui des heures de délégation.

240. Au-delà d'un décompte horaire, il doit être garanti une prise horaire des heures de délégation. En effet, les salariés en forfait jours doivent pouvoir exercer leur mandat comme les autres salariés, et la justification au décompte en jours du temps de travail de ces salariés en forfait jours ne se vérifie pas pour le temps de délégation. En pratique, il s'agit de défendre

⁶⁰² C. trav. art. L. 2143-13.

⁶⁰³ C. trav. art. R. 2314-1 : article supplétif sur le nombre d'heures de délégation. Voir C. trav. art. L. 2315-7 à L. 2315-13 : ces dispositions mentionnent les « *heures* ». L'article L. 2315-7 du code du travail débute cependant en parlant du « *temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions* ».

qu'au bout de 4 heures de délégation, prises éventuellement isolément, celles-ci sont considérées correspondre à une demi-journée de travail pour les salariés en forfait jours.

241. Ajoutons enfin que, si rien n'impose en principe que les heures de délégation soient prises sur le temps de travail mais seulement qu'elles soient dans tous les cas considérées de plein droit comme du temps de travail⁶⁰⁴, la réglementation pour les forfaits jours semble l'imposer indirectement en ce que le temps de délégation est soustrait au temps de travail prévu.

II- L'UNITÉ HORAIRE DU SALAIRE MINIMUM : EXPRIMER ET VÉRIFIER LE RESPECT D'UN SALAIRE MINIMUM HORAIRE

242. Les salaires en France ne peuvent être fixés en deçà d'un salaire minimum, aujourd'hui « Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance » (SMIC). Le SMIC est le résultat d'une série de dispositifs qu'on peut faire remonter aux décrets Millerand qui visaient à garantir des « *salaires normaux* »⁶⁰⁵. La garantie d'un salaire minimum à proprement parler est prévue pour la première fois en 1915 pour les travailleurs à domicile⁶⁰⁶, et ce n'est que vingt ans plus tard, à l'heure du Front populaire, qu'est concerné l'ensemble des salariés. D'abord laissée à l'entière discrétion de la négociation collective puis objet d'une homologation ministérielle, la fixation des minima de salaires est arrêtée par l'État⁶⁰⁷ au moment de la Seconde Guerre

⁶⁰⁴ C. trav. art. L. 2143-17 (pour le délégué syndical) et L. 2315-10 (pour le membre du CSE).

⁶⁰⁵ Décrets du 10 août 1989 prévoient l'insertion dans les cahiers des charges d'une clause garantissant aux salariés des « salaires normaux ».

⁶⁰⁶ L. 10 juill. 1915, qui limite le bénéfice d'un salaire minimum légal aux seules femmes de l'industrie du vêtement mais qui sera étendue en 1922 à d'autres secteurs (les décrets l'étendent : 10 août 1922 aux accessoires du vêtement, 30 juillet 1926 à la maroquinerie, 25 juillet 1935 à la vannerie et tissage de la soie) puis en 1929 aux travailleurs à domicile masculins (L. 14 déc. 1929 ; voir dessus P. CHAUMETTE, « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), *Le Acte du colloque de Nantes nov. 1990*, Éd. du CDMOT, 1993, p. 67).

(Pour une analyse contemporaine à la loi voir A. TISSIER, *L'application de la loi du 10 juillet 1915 sur le minimum de salaire dans l'industrie du vêtement*, F. Alcan, 1917). Voir C. AVRANE, *Les ouvrières à domicile en France, de la fin du XIX^{ème} siècle à la Seconde Guerre mondiale. Genèse et application de la loi de 1915 sur le salaire dans l'industrie du vêtement*, thèse d'Histoire contemporaine, Université d'Angers, 2010.

⁶⁰⁷ Loi 10 juill. 1915 (salaire minimum pour les travailleurs à domicile), loi 31 déc. 1936 (salaires minima à

mondiale et de l'économie dirigée⁶⁰⁸. Alors qu'elle rétablit la libre négociation des salaires, la loi du 11 février 1950 instaure dans le même temps un « Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti »⁶⁰⁹, le SMIG qui est indexé sur l'indice général des prix dès 1952. En réaction aux dysfonctionnements de ce salaire minimum garanti et suite aux négociations de Grenelle de 1968, le SMIC est créé par la loi du 2 janvier 1970. Salaire minimum à respecter, il fonctionne aussi parfois comme un « étalon de valeur »⁶¹⁰, en servant à établir le reste des salaires, construits dans plusieurs conventions collectives sous forme de hiérarchie professionnelle⁶¹¹.

Le temps de travail doit être décompté afin de pouvoir vérifier le respect du SMIC. Cette fonction de la durée du travail de vérification d'autres droits correspond à ce que Madame Anja Johansson a nommé la « valeur complémentaire » de la durée du travail⁶¹². Dès lors que le SMIC s'avère être un salaire minimum *horaire*, ce sont les heures travaillées qui doivent être décomptées dans cette démarche de vérification du respect du SMIC (A), toujours avec les minutes qui sont des parties d'heures et doivent à ce titre être également décomptées. Cette démarche de vérification s'applique à l'ensemble des salariés, du fait que la réglementation du SMIC a une vocation universelle (B).

A- UN SALAIRE MINIMUM HORAIRE À RESPECTER

243. La durée du travail est doublement présente dans la réglementation du respect du SMIC. Elle l'est d'abord dès lors que le SMIC exprime un salaire horaire minimum, que l'on pourrait d'ailleurs qualifier plutôt de taux horaire minimum (1). Elle l'est ensuite dès lors que ce qui va être pris en compte pour vérifier le SMIC, son « assiette », correspond aux sommes versées en raison de cette durée du travail (2).

établir par les conventions collectives), 1939 (homologation par des arrêtés ministériels des salaires fixés conventionnellement), arrêts « Parodi » de 1946-1950 puis loi du 11 fév. 1950.

⁶⁰⁸ V. not. D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, L'Harmattan, 2014, p. 45.

⁶⁰⁹ Loi du 11 fév. 1950, art. 2.

⁶¹⁰ J.-P. COURTHEOUX, *Le salaire minimum, étalon de valeur*, *Dr. soc.* 1984, p. 100.

⁶¹¹ P. DURAND, A. VITU, *op. cit.*, p. 634 ; F. GAUDU, *Le salaire et la hiérarchie des normes*, *Dr. soc.* 2011, p. 24.

⁶¹² A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 198 et s.

1- Entre salaire horaire et taux horaire

244. Le SMIC se présente comme un salaire horaire minimum, malgré l'absence d'une affirmation explicite de cette nature (a). Destiné à être multiplié par le nombre d'heures travaillées, il fonctionne en fait plutôt comme un taux horaire minimum (b).

a- Un salaire horaire minimum

245. Régi par un large ensemble d'articles du code du travail⁶¹³, le SMIC ne fait pas l'objet d'une définition légale précise. Tout au plus, le SMIC est caractérisé par sa double finalité – assurer aux travailleurs les plus pauvres la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation⁶¹⁴. Alors qu'il se présente incontestablement comme un salaire horaire, le terme d'« horaire » ou d'« heure » ne figure pas dans la réglementation légale du SMIC. Seuls deux articles réglementaires y font référence. L'article D. 3231-5 du code du travail, qui vise la situation où le salaire horaire contractuel d'un salarié devient inférieur au SMIC, exprime indirectement mais clairement l'aspect horaire du SMIC. L'article suivant le confirme à nouveau en disposant que « *le salaire horaire à prendre en considération pour l'application de l'article D. 3231-5 est celui qui correspond à une heure de travail effectif* »⁶¹⁵, ce qu'applique strictement la jurisprudence⁶¹⁶. La nature horaire du salaire minimum était déjà clairement affirmée par la jurisprudence relative au SMIG⁶¹⁷.

246. Le droit à une rémunération au moins égale au SMIC doit pouvoir se vérifier. Pour plus de facilité dans les lignes qui suivent, on désigne le respect du droit à une rémunération au moins égale au SMIC par le « respect du SMIC ». Le SMIC correspondant à un salaire minimum *pour une heure travaillée*⁶¹⁸, garantir son respect exige de déterminer le salaire

⁶¹³ C. trav. art. L. 3231-1 à L. 3232-12 et R. 3231-1 à R. 3231-17.

⁶¹⁴ C. trav. art. L. 3231-2.

⁶¹⁵ C. trav. D. 3121-6 (l'article précise ensuite ce qui est à prendre en compte dans ce salaire).

⁶¹⁶ Soc. 1^{er} fév. 1989, n° 86-15.766, *Bull.* n° 88 : « *la rémunération à comparer au salaire minimum de croissance doit être calculée sur la base du nombre d'heures de travail effectif à l'exclusion du temps nécessaire à l'habillage et au casse-croûte* ».

⁶¹⁷ Civ. sect. soc. 10 déc. 1953, *Bull.* n° 788 ; 28 avril 1956 ; 10 juin 1960 ; Crim. 16 juin 1954, *Bull. crim.* n° 223 ; Soc. 3 mai 1972. V. aussi A. JOHANSSON, *op. cit.*, 2006, p. 198.

⁶¹⁸ J. SAVATIER, Les minima de salaires, *Dr. soc.* 1957, p. 575.

effectivement versé pour une heure. En principe, s'assurer du respect du SMIC n'entraîne aucune difficulté en ce que le salarié – sauf en forfait jours – est en pratique le plus souvent payé à l'heure⁶¹⁹. En d'autres termes, le respect du SMIC se vérifie simplement au moment de la fixation du salaire horaire.

247. Normalement, la mensualisation ne modifie pas cette règle, le salaire mensuel étant le salaire horaire multiplié par le nombre d'heures travaillées dans le mois en moyenne sur l'année. Cependant, lorsqu'en pratique le salaire se trouverait fixé de prime abord à l'échelle du mois, il deviendrait nécessaire de *rapporter* ce salaire mensuel au nombre d'heures travaillées afin de vérifier le respect du SMIC. Alors qu'un arrêt de la Cour de cassation de 1996 indique, à bon droit, que le SMIC est dû indépendamment de ce que stipule le contrat de travail⁶²⁰, cela ne saurait pour autant déresponsabiliser les cocontractants et les autoriser à prévoir un salaire horaire contractuel inférieur au SMIC en comptant sur son respect *à la fin du mois*, par l'effet de l'adjonction d'autres éléments de salaire. La précision paraît d'autant plus importante que le SMIC consiste également à garantir au salarié un certain revenu – pour une heure de travail donnée – c'est-à-dire l'en assurer *a priori* ; assurance qu'une clause contraire pourrait fragiliser.

b- Un taux horaire minimum, illustré par la rémunération minimale mensuelle

248. La fonction du SMIC étant d'« *assurer aux travailleurs les plus pauvres la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation* », sa base horaire peut sembler étonnante car elle exige que soient travaillées un certain nombre d'heures dans le mois⁶²¹ pour que soit remplie cette fonction.

249. Faisant un peu taire la critique, le législateur instaure en 1972 une « *rémunération mensuelle minimale* »⁶²². Prévue à l'article L. 3232-1 du code du travail, elle est due pour

⁶¹⁹ V. Paragraphe 215 et s.

⁶²⁰ Soc. 11 avril 1996, n° 92-42.847 et n° 92-42.847, *Bull.* n° 152. Il s'agit là simplement de l'application de l'ordre public social.

⁶²¹ V. not. J. SAVATIER, *Les minima de salaires*, *Dr. soc.* 1957, p. 575 ; D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 233.

⁶²² Loi n° 72-1169 du 23 déc. 1972.

« tout salarié dont l'horaire de travail est au moins égal à la durée légale hebdomadaire »⁶²³. Son calcul est indiqué à l'article L. 3232-3 du code du travail qui dispose que « la rémunération mensuelle minimale est égale au produit du montant du salaire minimum de croissance (...) par le nombre d'heures correspondant à la durée légale hebdomadaire pour le mois considéré ».

De prime abord, cette rémunération minimale mensuelle ne revêt pas d'intérêt. En effet, elle ne s'applique qu'aux salariés « dont l'horaire de travail est au moins égal à la durée légale hebdomadaire », c'est-à-dire ceux pour qui ce salaire minimum aurait de toutes manières été dû. L'intérêt de la rémunération mensuelle réside ailleurs, dans le mécanisme prévu à l'article L. 3232-5 du code du travail. D'après cet article, lorsque « par suite d'une réduction de l'horaire de travail au-dessous de la durée légale hebdomadaire » – hors cas de suspension ou de rupture du contrat –, « un salarié a perçu au cours d'un mois, à titre de salaire et d'indemnité d'activité partielle, une somme totale inférieure à la rémunération minimale, il lui est alloué une allocation complémentaire égale à la différence entre la rémunération minimale et la somme qu'il a effectivement perçue ». Il s'agit d'un mécanisme propre à l'activité partielle. Seuls deux arrêts de Cour de cassation en traitent, chacun concernant une réduction de la durée du travail due à l'affectation du salarié sur un chantier dont l'horaire était inférieur à la durée légale⁶²⁴. Ainsi, la rémunération mensuelle minimale vise à protéger le salarié dont la durée du travail contractualisée est égale au moins à 35 heures hebdomadaires⁶²⁵ et qui se trouverait réduite pour des raisons liées à l'organisation du

⁶²³ Un arrêt *contra legem* de la chambre criminelle de la Cour de cassation est à relever (Crim 11 fév. 1986, n° 85-90.949, *Bull.* n° 55 ; voir dessus A. BOUILLOUX, *Salaire : fixation, montant*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2019, §406). L'arrêt se fonde sur la disposition selon laquelle les salariés à temps partiel bénéficient des mêmes droits que les salariés à temps plein ; mais, comme le relève Alain Bouilloux, il s'agit d'une disposition *légale*, de même rang et donc à laquelle peut déroger la disposition qui limite le champ d'application de la rémunération minimale mensuelle à ceux à temps complet. Il aurait pu en être autrement si était évoqué le principe d'égalité, quoi qu'ici il aurait pu être opposé la différence de situation dans laquelle se trouvent salariés à temps partiel et salariés à temps plein.

La rémunération mensuelle minimale de droit commun s'applique aux travailleurs à domicile pour peu que les temps d'exécution prévus par leur contrat correspondent au moins à la durée légale hebdomadaire (Soc. 30 juin 1993, n° 90-41.540, inédit ; 31 janv. 1996 n° 92-41.390, inédit).

⁶²⁴ Soc. 11 déc. 1990, n° 87-43.355, *Bull.* n° 631 ; 25 mai 1993, n° 89-45.167, *Bull.* n° 145.

⁶²⁵ On ne peut pas réduire le champ d'application aux salariés « à temps plein ». En effet, n'entre pas dans le champ d'application de la rémunération mensuelle minimale la situation des salariés à temps plein lorsque la

travail, sans faire l'objet de modification contractuelle. Une *allocation* est alors versée afin d'assurer le respect du versement de la rémunération minimale mensuelle. Prise en charge par l'employeur⁶²⁶, elle est défiscalisée et désocialisée⁶²⁷ et était, jusqu'en 2013, remboursée pour partie par l'Etat⁶²⁸. Contrairement à certaines interprétations⁶²⁹, le dispositif ne consiste pas à protéger la nature contractuelle de la durée du travail. Au-delà même de la différence entre une allocation et un salaire, le mécanisme permet seulement de garantir le versement de la somme correspondant au SMIC horaire multiplié par 35 heures, sans que ne soit assuré au salarié le versement de sa rémunération contractuellement prévue⁶³⁰.

250. Malgré un faible rôle à jouer, la rémunération minimale mensuelle nous intéresse en ce qu'elle appréhende le SMIC comme un *taux*. La loi nourrissait déjà la confusion, sûrement par maladresse, lorsqu'elle renvoyait aux décrets la fixation du « *taux du salaire minimum de croissance* » (nous soulignons)⁶³¹, là où il est question en fait du *montant* du salaire horaire. Plus encore, il semble que le SMIC assurerait *lui-même* une fonction de taux horaire minimum, particulièrement avec la généralisation de la mensualisation qui appelle à faire une moyenne mensuelle de la rémunération versée en fonction des heures travaillées sur l'année.

durée du travail fixée conventionnellement par la branche ou l'entreprise ou unilatéralement dans l'établissement est inférieure à la durée légale.

⁶²⁶ C. trav. art. L. 3232-7.

⁶²⁷ Article L. 3232-6 du code du travail qui renvoie à l'article L. 5428-1 du même code.

⁶²⁸ C. trav. art. L. 3232-8 (même si l'article R. 3232-3 du même code n'a malencontreusement pas été abrogé).

⁶²⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *Salaires : définition et formes*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2021, § 48.

⁶³⁰ Ceci dit, une réduction, même conjoncturelle, de la durée du travail devrait normalement imposer à l'employeur de maintenir la rémunération contractuelle prévue, souvent en lien direct avec la durée du travail contractuelle. Ce n'est pourtant pas l'état du droit positif qui, à l'instar de l'exécution d'heures supplémentaires (Pour une approche critique voir notamment J. MOULY, Le refus du salarié d'accomplir des heures supplémentaires, *Dr. soc.* 1994, p. 856 ; S. FROSSARD, Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail, *Dr. soc.* 2006, p. 999), semble distinguer la modification pérenne de la durée du travail (Voir pour les heures supplémentaires le fameux arrêt de la Cour de cassation selon lequel le recours systématique aux heures supplémentaires constitue une modification du contrat de travail : Soc. 16 mai 1991, n° 89-44.485) et ses variations conjoncturelles et épisodiques.

⁶³¹ C. trav. art. L. 3231-7.

2- L'assiette du SMIC : la place essentielle du salaire-contrepartie du temps travaillé

251. L'assiette du SMIC correspond aux éléments de rémunération versés au salarié qui vont être pris en compte pour vérifier le respect du SMIC. Cette vérification passe par une *comparaison*⁶³². Alors que le fait de comparer au SMIC nécessite d'exprimer la rémunération du salaire en unité horaire, se pose également la question de la nature de l'étendue de cette rémunération qui va être calculée et comparée ainsi au SMIC. Alors que cette étendue demeure assez incertaine (a), il semble en revanche certain que le salaire venant rémunérer le temps de travail en fait toujours partie (b).

a- L'étendue incertaine de l'assiette du SMIC

252. L'assiette du SMIC est énoncée à l'article D. 3231-6 du code du travail. Pour en vérifier le respect, doit être comparé au SMIC « *le salaire [...] qui correspond à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire* », ajoutant à l'alinéa suivant que « *sont exclues les sommes versées à titre de remboursement de frais, les majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi et la prime de transport* ». Les sommes à prendre en compte sont d'abord du *salaire*⁶³³. Terme au périmètre variable, il reste ensuite à déterminer le type de salaire et son lien avec le temps de travail.

Selon une formule jurisprudentielle générale, la Cour de cassation considère dans un premier temps que doivent être prises en compte « *toutes les sommes perçues en contrepartie ou à l'occasion du travail (...) pour apprécier le salaire minimum prévu par la convention collective, sauf exception expressément mentionnée par celle-ci* »⁶³⁴. Il s'agissait dans ces arrêts du salaire minimum conventionnel, mais, de par leur connexité logique, la solution est transposable au SMIC. La formule de la Cour de cassation, initialement large, est resserrée dans les années 2000 autour des « *sommes versées en contrepartie du travail* »⁶³⁵. La

⁶³² G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996, p. 520.

⁶³³ Soc. 29 avril 1975, n° 74-40.344, *Bull.* n° 223.

⁶³⁴ Soc. 18 mai 1978, n° 76-41.057, *Bull.* n° 373 ; 28 fév. 1979, n° 77-40.831, *Bull.* n° 181 ; 7 mai 1980, n° 78-40.630, *Bull.* n° 391.

⁶³⁵ Soc. 4 mars 2003, *Bull.* n° 78, note C. RADÉ, *Dr. soc.* 2003 p. 658 ; 13 juill. 2010 n° 09-42.890 à 09-42.892

jurisprudence demeure toutefois hésitante entre les deux formules, y réintégrant les sommes versées à l'occasion du travail⁶³⁶ ou se limitant à celles versées en *stricte contrepartie* du travail⁶³⁷. Malgré ces fluctuations terminologiques, il existe une tendance à l'exclusion des sommes non directement liées à l'accomplissement du travail réalisé⁶³⁸. Cette appréciation de l'assiette du SMIC entre en résonance avec celle plus ancienne, encore plus stricte, de l'Administration pour qui doivent être prises en compte les sommes versées qui se rapportent à « *la prestation élémentaire de travail* »⁶³⁹.

Dans un arrêt du 13 juillet 2010, la Cour de cassation a eu l'occasion d'explicitier sa jurisprudence, en excluant de l'assiette du SMIC les primes qui ne sont pas la contrepartie du travail « *et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas* ». L'arrêt pose une double condition à l'*exclusion* de l'assiette du SMIC. Sans pouvoir en faire une lecture *a contrario*, qui conduirait à y voir une double condition à

Bull. n° 178, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2010 p. 1112, obs. J.-P. TRICOIT, *JCP S* 2010, 1536 ; 21 mars 2012, n° 10-27.425, *Bull.* n° 105, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2012 p. 630 ; 14 nov. 2012 n° 11-14.862, *Bull.* n° 291, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2013 p. 88, note G. VACHET, *JCP S* 2012, 1222 ; 4 fév. 2015, n° *Bull.* n° 24. V. aussi Crim. 15 fév. 2011, n° 10-87.019, *Bull. crim.* n° 28.

⁶³⁶ Voir sur la prime du 13^{ème} mois, décorrélée du travail fourni : Soc. 21 déc. 1960, *Bull.* n° 1235 (prise en compte du caractère habituel et périodique de la prime par la Cour de cassation) ; 13 oct. 1971, *Bull.* n° 560 (la Cour use ici expressément de la formule « *en contrepartie ou à l'occasion du travail* »). Voir sur une prime liée au chiffre d'affaires un arrêt, publié, et en contradiction avec une série d'arrêts précédents (voir note suivante) sur la question : Soc. 8 nov. 1972, n° 71-40.627, *Bull.* n° 604 (la Cour de cassation considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision d'inclure la prime dans l'assiette du SMIC notamment au motif qu'elle était prévue dans le règlement intérieur et qu'elle était répartie proportionnellement aux salaires). Elle réutilise la formule « *en contrepartie ou à l'occasion du travail* » dans deux autres arrêts plus tardifs : Soc. 17 sept. 2003, n° 01-43.029, Publié ; 20 sept. 2005, n° 04-43.892, inédit.

⁶³⁷ Soc. 31 oct. 1963, *Bull.* n° 638 (prime de rendement dès lors qu'elle est versée en contrepartie du travail) ; 23 juin 1971, *Bull.* n° 470 (prime au prorata des ventes, à prendre en compte pour le respect du SMIC). Voir plus tard : Soc. 2 juill. 2008, n° 06-45.987, inédit ; 7 avril 2010, n° 07-45.322, inédit ; 20 janv. 2012, n° 10-21.240, inédit ; 14 nov. 2012, *Bull.* n° 291, C. RADÉ, *Dr. soc.* 2013, p. 88.

Ont été ainsi exclues de l'assiette du SMIC : une prime de transport entendue comme un remboursement de frais (Soc. 6 juill. 1966, *Bull.* n° 696) ; des primes d'intéressement proportionnelle au chiffre d'affaires, et non pas fonction de la productivité (Soc. 3 nov. 1966, *Bull.* n° 835 ; 10 janv. 1968, *Bull.* n° 17).

⁶³⁸ C. RADÉ, *Dr. soc.* 2003, p. 658 (note sous Soc. 4 mars 2003, *Bull.* n° 78).

⁶³⁹ Circ. 25 août 1950 ; 23 sept. 1950 ; n° 3/81 29 juill. 1981.

l'intégration à l'assiette du SMIC⁶⁴⁰, l'arrêt n'en est pas moins instructif. Il révèle l'importance accordée à la maîtrise par le salarié de la garantie du SMIC.

253. Dans la perspective du salaire comme « *notion fonctionnelle* »⁶⁴¹, la définition à retenir dépend de la règle qui y fait référence. Pour le SMIC, il nous faut alors interroger son objet et ce qu'il implique. Or il existe un conflit d'interprétation, à l'origine de différentes réponses quant aux sommes de « salaire » à inclure dans son assiette. Certains considèrent, comme Jean Savatier⁶⁴², que l'objet du SMIC étant d'assurer un *pouvoir d'achat*, les primes ayant pour objet le pouvoir d'achat entrent logiquement dans son assiette. Une telle interprétation procède d'un raccourci erroné. En effet, si l'objet du SMIC est d'assurer un pouvoir d'achat aux travailleurs, il reste à identifier la *source* de ce pouvoir d'achat. Si le SMIC vise bien à assurer un certain pouvoir d'achat et un certain niveau de vie aux salariés, il est un *salaire*. Penser à la notion du SMIC doit forcément intégrer cette nature. Ainsi, l'objet serait que le *salaire assure ce pouvoir d'achat et ce niveau de vie*⁶⁴³. Il ne s'agit pas seulement de garantir à la personne une vie décente mais de s'assurer que les *revenus du travail suffisent* à vivre décemment⁶⁴⁴. Alors que Jean Savatier considère que « *les minima de salaire tendent à garantir le niveau de vie de l'homme au travail, plutôt qu'à fixer le prix d'une quantité de travail, mesurée à partir du temps de travail* », il s'agirait de ne pas opposer ces deux visions mais de les relier entre elles : les minima de salaire tendent à garantir le niveau de vie de l'homme au travail en fixant le prix, dans un contexte économique et social donné, d'une quantité de travail mesurée à partir du temps de travail. Le même auteur qui soulignait l'aspect fonctionnel du salaire accordait d'ailleurs que, pour le SMIC, ce sont bien les sommes liées au travail fourni qui sont prises en compte⁶⁴⁵

Manifestement, une incertitude juridique plane sur le fait de savoir si l'assiette du SMIC

⁶⁴⁰ *Contra* C. RADÉ, *Dr. soc.* 2010, p. 1112 (obs. sous Soc. 13 juill. 2010) : l'auteur traduit positivement l'arrêt et l'interprète comme posant deux conditions à l'intégration à l'assiette du SMIC. Une telle interprétation est faite.

⁶⁴¹ P.-H. ANTONMATTÉI, La qualification de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 571.

⁶⁴² J. SAVATIER, Les minima de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 575.

⁶⁴³ V. aussi une autre interprétation, à laquelle nous n'adhérons pas, selon laquelle le SMIC consiste à fixer un *prix minimum* du travail et non pas un *minimum vital* (G. COUTURIER, De quoi le salaire est-il la contrepartie ? *Dr. soc.* 2011, p. 10).

⁶⁴⁴ Voir P.-Y. VERKINDT, Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti, *Dr. soc.* 2011, p. 18.

⁶⁴⁵ P.-H. ANTONMATTÉI, La qualification de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 571.

se limite au salaire entendu comme contrepartie du travail.

b- L'inclusion certaine de la rémunération de la durée du travail dans l'assiette du SMIC

254. Il n'est pas certain que l'assiette du SMIC se limite au salaire entendu comme contrepartie du temps travaillé. En revanche, il est certain que ce salaire-contrepartie du travail fait partie de l'assiette du SMIC. Autrement dit, se référer aux sommes versées en contrepartie du travail pour déterminer l'assiette du SMIC – et par-là en contrôler le respect – n'est pas forcément suffisant mais cela demeure absolument nécessaire.

Or, parmi le salaire-contrepartie du travail se trouvent toujours les sommes versées en contrepartie du temps travaillé – ici aussi, dans une incertitude de délimitation qui n'entrave en rien l'englobement certain de la rémunération du temps travaillé dans la rémunération du travail. Ainsi, le salaire-contrepartie du temps travail doit être évalué pour apprécier le respect du SMIC⁶⁴⁶. Cet impératif exige de déterminer, pour chaque salarié, son salaire sur une base temps, et plus précisément le salaire *horaire* qui rémunère au plus près le temps de travail des salariés.

B- L'UNIVERSALITÉ DU SALAIRE MINIMUM

255. Décrit par Jean Savatier comme « *universel* »⁶⁴⁷, le SMIC, ou salaire minimum, s'applique très largement, à l'ensemble des salariés et assimilés (1). Alors que cette

⁶⁴⁶ Soc. 21 déc. 1960, *Bull.* n° 1235 (prime de 13^{ème} mois reconnue comme salaire à prendre en compte dans l'assiette du SMIC au motif qu'elle a un caractère habituel et périodique) ; 31 oct. 1963, *Bull.* n° 638 (prime de rendement possiblement du salaire dès lors que vient en contrepartie du travail) ; 6 juill. 1966, *Bull.* n° 696 (prime de transport entendue comme un remboursement de frais donc elle n'est pas prise en compte dans l'assiette du SMIC) ; 3 nov. 1966, *Bull.* n° 835 (prime d'intéressement proportionnelle au chiffre d'affaires, et non pas fonction de la productivité, donc exclue de l'assiette du SMIC) ; 10 janv. 1968 *Bull.* n° 17 (idem, sur prime liée au chiffre d'affaires) ; 23 juin 1971, *Bull.* n° 470 (prime au prorata des ventes, à prendre en compte pour le respect du SMIC) ; 13 oct. 1971, *Bull.* n° 560 (contrepartie ou à l'occasion du travail, prime deu 13^{ème} mois est considérée comme partie de l'assiette du SMIC) ; 8 nov. 1972, n° 71-40.627, *Bull.* n° 604 (la Cour de cassation accepte ici qu'une prime liée au chiffre d'affaires fasse partie de l'assiette du SMIC, en considérant que la cour d'appel a légalement justifié sa décision notamment en relevant que la prime était prévue dans le règlement intérieur et qu'elle était répartie proportionnellement aux salaires).

⁶⁴⁷ J. SAVATIER, Les minima de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 575.

universalité a d'abord été conditionnée à l'existence d'horaires déterminés, elle devient une invocation pour déterminer les horaires (2).

1- Le principe du salaire minimum applicable à tous

256. Le champ d'application du SMIC vise à couvrir la quasi-totalité des salariés. Applicable en principe à l'ensemble des employeurs de droit privé et salariés (a), il s'applique également dans le cas, très particulier, du travail à domicile (b).

a- L'ensemble des employeurs de droit privé et les salariés concernés en principe

257. L'article L. 3231-1 du code du travail dispose que les dispositions du chapitre sur le SMIC « *sont applicables, outre aux employeurs et salariés mentionnés à l'article L. 3211-1, au personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial et au personnel de droit privé des établissements publics administratifs* ». Or cet article L. 3211-1 détermine que l'ensemble des dispositions sur le salaire s'appliquent « *aux employeurs de droit privé et à leurs salariés* ». D'après la lecture combinée de ces deux articles, l'application des dispositions relatives au SMIC s'impose très largement. L'article L. 3231-1 du code du travail témoigne de la volonté de dépasser la question du statut de l'employeur, pour se centrer sur celle du travailleur. Au regard de l'objet et de la finalité du SMIC, il aurait paru très contestable d'exclure de son champ d'application des travailleurs au motif du statut de son employeur. Cela constituerait en effet une différence de traitement injustifiée au regard de l'objet du dispositif et pourrait éventuellement conduire à des stratégies de contournement de la règle. Plusieurs arrêts viennent ainsi préciser que le champ d'application du SMIC s'étend également aux professions et activités particulières régies par la septième partie du code du travail, comme les concierges d'immeuble⁶⁴⁸ et les employés de maison⁶⁴⁹.

258. Si, dans l'applicabilité du SMIC, l'indifférence du statut de l'employeur convainc de façon assez évidente, celle de la cause et de la base du salaire peuvent interroger davantage. Il s'agit en fait de se demander si un salarié qui n'est pas rémunéré pour ou au temps de travail peut être concerné par le SMIC. Un arrêt rendu le 16 décembre 1981 apporte une réponse affirmative dès lors que la tâche pour et en fonction de laquelle est rémunéré le travailleur –

⁶⁴⁸ Soc. 23 juin 1982, *Bull.* n° 411.

⁶⁴⁹ Soc. 31 mars 1982, n° 80-40.019, *Bull.* n° 242 ; 17 mars 1993, n° 89-40.317, inédit.

en l'espèce, un bûcheron – a fait l'objet d'une conversion horaire correspondant à la durée de la tâche effectuée par un travailleur moyen⁶⁵⁰. Rendue dans un cas particulier, cette solution fait grandement écho au régime spécifique mais général du travailleur à domicile.

b- Le cas légal du travail à domicile : un salaire minimum spécifique et l'application du SMIC

259. Les travailleurs à domicile constituent une catégorie distincte du salariat *stricto sensu*, avec lesquels ils partagent cependant une partie de la réglementation. Leur droit représente un laboratoire instructif pour le droit commun du travail ; la réglementation du SMIC n'échappe pas à la règle. En effet, les travailleurs à domicile sont les premiers concernés par un salaire minimum, et ce, dès 1915, par une loi qui parachève un long mouvement de revendications et de révoltes⁶⁵¹, dont les canuts lyonnais sont emblématiques⁶⁵². D'abord limitée aux femmes et au secteur de l'industrie du vêtement, la loi est étendue à d'autres secteurs⁶⁵³ puis aux hommes en 1929⁶⁵⁴. Le principe figure aujourd'hui à l'article L. 7422-4 du code du travail selon lequel « *il est interdit au donneur d'ouvrage d'appliquer aux travaux à domicile des*

⁶⁵⁰ Soc. 16 déc. 1981, n° 79-40.206, *Bull.* n° 971.

⁶⁵¹ Les chefs d'ateliers sont les premiers à revendiquer des tarifs assurant une garantie de ressources (Voir C. WILLARD, *La France ouvrière, t. 1, Des origines à 1920*, Éd. sociales, 1993). Les révoltes ne se soldent pas immédiatement par des accords-tarifaires et ce n'est qu'en 1915 qu'est instauré un salaire minimum légal (Loi du 10 juillet 1915 de protection du travail féminin ; une proposition de loi avait été déposée par Albert de MUN dès 1909, voir dessus A. BRUN, H. GALLAND, *Droit du travail, t.1 Les rapports individuels de travail*, 2^{ème} éd., Sirey, 1978).

⁶⁵² Les révoltes des canuts s'avéreront marquantes tant par la force et l'étendue de leurs revendications et de leur mouvement que par la violence de la répression qui s'en suivit (F. RUDE, *Les révoltes des canuts (1831-1834)*, La Découverte, 2007 ; L. FROBERT, « "Vivre en travaillant ou mourir en combattant." Les révoltes des canuts (1831,1834) », dans *Histoire des mouvements sociaux en France* (dir.) M. PIGENET, D. TARTAKOWSKY, La Découverte, 2014).

⁶⁵³ Article 33 de la loi de 1922 qui autorise le gouvernement à étendre à d'autres activités professionnelles : décret 10 août 1922 accessoires du vêtement, 30 juill.1926 maroquinerie, 25 juill. 1935 vannerie tissage de la soie : par décret à d'autres secteurs.

⁶⁵⁴ L. 14 déc. 1928. Pour la parité de rémunération : P. CHAUMETTE, « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, éd. du CDMOT, Nantes, 1993, p. 67.

tarifs inférieurs aux tarifs minimaux définis à l'article L. 7422-5 ». Notons que si le législateur a choisi de parler de « tarifs » – il aurait pu aussi bien parler de « prix » –, mettant l'accent alors sur la relation *entrepreneuriale* entre le travailleur à domicile et le donneur d'ouvrage, il aurait été plus adéquat de parler de *salaire*, permettant de se placer davantage du point de vue du travailleur et de la fonction de cette rémunération minimale.

260. Contrairement à la réglementation sur le SMIC, la réglementation du salaire minimum des travailleurs à domicile ne se limite pas à un salaire horaire. En effet, les « *tarifs minimaux* » correspondent à *l'ensemble du travail effectué*. La référence horaire n'est pas pour autant absente, et demeure première dans le calcul. Selon l'article L. 7422-5 du code du travail, le salaire minimum est le produit d'un « salaire » horaire par des temps d'exécution exprimés en heures⁶⁵⁵. Ce salaire minimum s'élabore en deux étapes, d'abord la fixation d'un taux horaires, pour une heure de temps, puis la détermination des temps d'exécution nécessaires pour un ouvrage⁶⁵⁶. Concernant la fixation des *taux horaires*, la convention ou l'accord collectif est prioritaire dans la fixation de ces taux, et, en l'absence d'accord⁶⁵⁷ ou « *lorsque les salaires pratiqués en atelier sont sensiblement supérieurs aux taux horaires* » conventionnels, il revient au préfet de les fixer⁶⁵⁸. Dans ces deux cas, « *l'autorité administrative constate le salaire habituellement payé dans la région aux ouvriers de la même profession et d'habileté moyenne travaillant en atelier et exécutant les divers travaux courants de la profession* »⁶⁵⁹. Suivant la même logique, lorsque, pour une profession donnée, le travail à domicile est seul pratiqué dans la région, il revient encore au préfet de fixer le taux horaire du salaire « *d'après le salaire des ouvriers d'habileté moyenne exécutant en atelier des travaux analogues dans la région ou dans des régions similaires* ». De plus, la loi ajoute un

⁶⁵⁵ La fixation de ces temps, sujet qui s'inscrit entièrement dans la problématique du décompte horaire du temps de travail, est abordée dans la seconde partie.

⁶⁵⁶ V. *infra* pour l'étape de la détermination des temps d'exécution.

⁶⁵⁷ Comme à l'avant-garde du mouvement actuel de supplétivité qui irrigue les bouleversements de l'articulation des normes en droit du travail.

⁶⁵⁸ C. trav. art. R. 7422-7 : le préfet prend cette décision après avis conforme de la commission départementale (C. trav. art. R. 7422-1 : la commission départementale est composée de trois employeurs et de trois travailleurs à domicile) en cas d'absence d'accord collectif et après avis simple dans le cas du travail à domicile qui est seul pratiqué dans les professions dans la région.

⁶⁵⁹ C. trav. art. L. 7422-6.

mécanisme de révision des taux « *lorsque des variations de salaires se sont produites d'une manière générale dans l'industrie en cause* »⁶⁶⁰.

La négociation collective se voit accorder une liberté et une confiance, qui l'exemptent des prescriptions faites au préfet dans l'élaboration des taux horaire. Ces prescriptions y auraient pourtant toute leur place. De plus, c'est seulement en cas de différence *sensible* entre les taux horaires fixés conventionnellement et les « *salaires pratiqués en atelier* » que le préfet peut réagir, précision et condition qualitatives qui paraissent peu justifiées et entravent le but recherché par la loi.

L'enseignement essentiel demeure ce « but » qui semble poursuivi par le salaire minimum du travail à domicile. Censé s'établir au regard de ce qui se pratique dans les usines⁶⁶¹, le salaire minimum chercherait ici à assurer une forme d'égalité de traitement, bien avant que ce dernier ne gagne toutes ses lettres de noblesse dans la réglementation du droit du travail. En d'autres termes, la réglementation du salaire minimum propre au travail à domicile poursuit une logique particulière de comparaison entre travailleurs de la même profession, visant à limiter la différence de salaires *horaires* entre eux au seul prétexte qu'ils exercent leur activité pour les uns en atelier, pour les autres à domicile.

261. C'est autour du salaire minimum que s'articule le respect du SMIC pour les travailleurs à domicile. En effet, d'après l'article L. 7422-8 du code du travail, quand le taux horaire fixé par le préfet est inférieur au SMIC⁶⁶² alors il doit être complété par un texte modificatif, qui s'applique immédiatement⁶⁶³. D'après un arrêt inédit du 5 juillet 1995, doit même être écartée

⁶⁶⁰ C. trav. art. L. 7422-6, dernier alinéa. S'ajoute l'article L. 7422-7 du code du travail qui autorise le préfet à « *fixer soit spontanément, soit à la demande d'une organisation professionnelle, pour une partie ou pour l'ensemble du territoire, les taux horaires de salaires applicables à certaines professions* ».

⁶⁶¹ Le dispositif est prévu dès 1915 : les conseils chargés de fixer les prix minimum doivent se référer au « *taux du salaire quotidien habituellement payé dans la région aux ouvrières de même profession et d'habileté moyenne travailleur en atelier; à l'heure ou à la journée, et exécutant les divers travaux courants de la même profession* » (la disposition était codifiée à l'article 33E du code du travail et de la prévoyance sociale).

⁶⁶² La loi précisant que s'additionnent au taux horaire les indemnités, primes ou majorations concernées. À noter qu'il devrait s'imposer ici la logique générale d'inclusion et d'exclusion de l'assiette du SMIC, autrement dit n'être prises en compte que les sommes versées en contrepartie du travail.

⁶⁶³ Application dès la date d'entrée en vigueur du texte modifiant le salaire minimum et sans attendre la publication de la décision administrative.

l'application d'un arrêté préfectoral qui fixe un salaire minimum inférieur au SMIC⁶⁶⁴. Deux arrêts publiés de la Cour de cassation, le premier en 1990⁶⁶⁵ et le second en 2007⁶⁶⁶, viennent affirmer qu'en l'absence de fixation du salaire horaire minimum et des temps d'exécution comme le prévoit la réglementation du travail à domicile, « *le travailleur à domicile a droit à une rémunération au moins égale au SMIC pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectué* ». Est-ce à dire qu'en cas de non-respect de la réglementation propre aux travailleurs à domicile seul le respect du SMIC s'imposerait ? Si ordonner la fixation d'un tarif horaire semble compliqué, il pourrait en revanche être défendu l'application de la grille salariale applicable aux salariés de l'atelier, à défaut de quoi l'incurie conventionnelle et administrative pèserait indûment sur le travailleur.

2- De la condition d'horaires déterminés à l'impératif de déterminabilité des horaires : un renversement de logique

262. Alors que le SMIC a longtemps été censé ne s'appliquer qu'aux salariés soumis à des horaires déterminés, à défaut sinon de pouvoir être valablement vérifié (a), son universalité a justifié un renversement de logique en imposant, pour qu'il puisse être vérifié, une déterminabilité des horaires (b).

a- L'a priori d'un SMIC conditionné à l'existence d'horaires déterminés

263. Le SMIC est un salaire horaire minimum. Pour pouvoir en vérifier le respect il semble nécessaire que le salarié soit rémunéré *à l'heure*. Cependant, au regard de la généralisation de la mensualisation – qui n'est toutefois pas censée remettre en cause l'unité horaire de la base du salaire –, le SMIC occupe en pratique souvent la fonction d'un *taux horaire minimum*. La vérification du respect du SMIC implique alors que la durée du travail puisse être ramenée à un échelon horaire. Dans les deux cas, il semble nécessaire d'établir le nombre d'heures travaillées. Or la détermination des horaires peut être empêchée ou compliquée par

⁶⁶⁴ Soc. 5 juill. 1995, n° 92-40.167, inédit.

⁶⁶⁵ Soc. 25 sept. 1990, n° 87-40.493, *Bull.* n° 383.

⁶⁶⁶ Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, obs. D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007, p. 1177, obs. N. DAUXERRE, *JCP S* 2007, 255, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2007, p. 594, chron. E. DOCKÈS, F. FOUVET, C. GENIAUT, A. JEAMMAUD, *D.* 2007, p. 3033.

l'organisation du temps de travail. Plusieurs auteurs développent ainsi que l'application du SMIC est rendue *impossible* dès lors que le salarié n'est pas soumis à un horaire déterminé⁶⁶⁷. Pour Gérard Lyon-Caen, cette situation représente un « *obstacle de fait* » à l'application du SMIC⁶⁶⁸.

264. La situation typiquement concernée par la difficulté à contrôler les horaires est le travail à distance, pratiqué par les itinérants, VRP ou non, et plus récemment par les distributeurs de prospectus. Dès les années 1970, c'est-à-dire au moment de l'instauration du SMIC, la Cour de cassation rejette l'application du SMIC pour un itinérant – en l'occurrence non-VRP – au motif que le droit commun de la durée du travail ne lui était pas applicable, aucune durée du travail ne lui étant imposée et le salarié étant libre dans son organisation et travaillant en-dehors de l'établissement⁶⁶⁹. S'en est suivie dans les années 1990 une série d'arrêts similaires concernant des VRP⁶⁷⁰. Par des arrêts de cassation, l'application du SMIC se retrouve écartée au motif récurrent que le salarié en question était « *libre d'organiser son activité sans être soumis à un horaire de travail déterminé* »⁶⁷¹. Cette jurisprudence maintient cependant une possibilité pour de tels salariés de faire valoir le respect du SMIC en apportant la preuve judiciaire du nombre d'heures qu'ils ont passé à l'exécution de leur travail⁶⁷². Autrement dit, le salarié qui en principe n'est pas soumis au SMIC du fait de la liberté dans l'organisation de son travail est recevable à démontrer dans un litige le nombre d'heures travaillées et d'exiger le respect du SMIC sur cette base-ci.

265. Le versant positif de la jurisprudence est que la réglementation du SMIC s'applique dès lors que le salarié est soumis à « *un horaire déterminé* ». Cela a été jugé par exemple pour un

⁶⁶⁷ F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats de travail, Traité des contrats*, (dir.) J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 189 ; G. LYON-CAEN, *Le salaire, Droit du travail t.2*, (dir.) G.H. CAMERLYNCK, 2^{ème} éd., 1981, p. 38.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ Soc. 20 oct. 1971, n° 70-12.735, *Bull.* n° 576 .

⁶⁷⁰ Pour un récapitulatif de ces jurisprudences : B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2014, p. 589.

Précisons qu'une rémunération minimale forfaitaire pour le « temps plein » est prévue pour les VRP par l'Accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 (article 5-1).

⁶⁷¹ Soc. 10 nov. 1993, n° 89-42.513, *Bull.* n° 266 ; 16 juill. 1997, n° 94-40.780 et n° 94-40.780, inédits ; 11 mars 1998, n° 95-41.417, inédit.

⁶⁷² Soc. 24 fév. 1965, n° 64-40.313, *Bull.* n° 157.

VRP, bien que celui-ci soit payé à la commission⁶⁷³. Concernant une distributrice de prospectus, si un arrêt de 2001 admet qu'elle puisse prétendre à une rémunération au moins égale au SMIC, c'est encore à la condition de l'existence d'un horaire vérifiable⁶⁷⁴. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir véritablement recherché l'existence d'un horaire vérifiable⁶⁷⁵. Pour reconnaître l'existence d'un horaire vérifiable, la Cour de cassation se fonde sur le devoir d'exécuter sa prestation dans une plage de temps déterminée par l'employeur. Pourtant, cette plage ne correspond ni aux délais d'exécution ni ne s'assimile à « *une prédétermination du temps nécessaire à l'accomplissement de la tâche* »⁶⁷⁶. Autrement dit, elle ne présume pas de la durée réelle de la prestation. Elle permettrait, en revanche, de garantir le respect du SMIC, vérifié sur une plage horaire plus large que le temps d'exécution, pour lequel le SMIC est alors *a fortiori* respecté.

b- L'impératif d'une déterminabilité des horaires au service de l'application de la réglementation du SMIC

266. L'exigence de la détermination des horaires pour l'application du SMIC est plus ou moins⁶⁷⁷ abandonnée. Dans un arrêt du 10 novembre 2004, à propos d'un conseiller financier,

⁶⁷³ Soc. 22 mai 1996, n° 95-40.200, *Bull.* n° 195 ; 3 juill. 1996, n° 92-43.159, inédit ; 30 juin 1999, n° 96-45.873, inédit ; 14 déc. 2005, n° 04-40.038, 03.-47.223, 03-42.224, inédits.

⁶⁷⁴ Soc. 4 juill. 2001 n° 99-42.867, inédit.

⁶⁷⁵ Par ailleurs, elle reprenait également à son compte l'élément de la contractualisation du SMIC, position qu'elle réitère et consolide dans un arrêt du 14 mai 2003 (Soc. 14 mai 2003 n° 01-41.224, inédit) ; cette considération contractuelle, reprise inopinément dans un arrêt rendu le 8 mars 2007 (Soc. 8 mars 2007 n° 05-45.942, inédit), sera abandonnée (V. not. Soc. 28 juin 2005, n° 03-46.898, inédit et la solution extrêmement critiquable de la cour d'appel qui atténue complètement la force obligatoire de la clause contractuelle (la cour d'appel soutenait que l'objet de la clause contractuelle relative au SMIC était seulement d'établir un nombre d'heures par équivalence pour les besoins des déclarations aux organismes sociaux), à l'exception d'un arrêt du 8 mars 2007 (Soc. 8 mars 2007 n° 05-45.942, inédit) dans lequel, étonnement la Cour de cassation se réfère à l'obligation *contractuelle* de rémunérer l'intégralité des heures travaillées ; il ne s'agissait donc pas directement d'une obligation contractuelle relative au respect du SMI), le respect du SMIC, obligation légale, n'ayant aucunement besoin d'une reprise contractuelle pour s'appliquer.

⁶⁷⁶ B. BOUBLI, Le SMIC dans les professions à horaire prédéterminé : l'exemple des distributeurs de prospectus, *JCP S* 2005, 1346.

⁶⁷⁷ Le cas des VRP va persister comme une exception. Concernant la distribution de prospectus trois arrêts en 2005 perpétuent cependant cette solution (Soc. 14 déc. 2005, n° 04-40.038, 03.-47.223, 03-42.224, inédits) ,

la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que « *sauf les cas où la loi en dispose autrement, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au SMIC* »⁶⁷⁸. C'est au regard de la décision d'appel, cassée pour violation de la loi, que l'arrêt s'avère marquant, la Cour ayant manifestement choisi de ne pas transcrire la portée de sa décision dans son attendu. La cour d'appel choisissait de ne pas appliquer la réglementation du SMIC au motif « *qu'aucune durée de travail n'était imposée et que [le salarié] n'était pas soumis dans l'organisation du travail à un horaire déterminé* ». Là où, en 2001, la Cour de cassation reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché l'existence d'un horaire déterminable⁶⁷⁹, elle abandonne ici cet argument et se contente de la règle, simple et fondamentale, du droit à une rémunération au moins égale au SMIC pour tous les salariés « *sauf les cas où la loi en dispose autrement* ».

Déjà sujet de l'arrêt de 2001, la distribution de prospectus profession très particulière, fait l'objet d'une série d'arrêts affirmant que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué* ». Cet attendu de principe est inauguré dans un arrêt du 25 mai 2005⁶⁸⁰. En l'espèce, le contrat du salarié ne mentionnait pas le nombre d'heures utiles à la réalisation de la tâche, et certains ont pu considérer qu'il appartient aux parties de définir contractuellement un temps de travail plancher qui servira d'indicateur au respect du SMIC⁶⁸¹. Pourtant l'attendu de principe est explicite : le droit à une rémunération au moins égale au SMIC vaut *pour le nombre d'heures de travail* effectuées, ce que vient affirmer expressément un arrêt du 13 mai 2009 qui casse l'arrêt d'appel qui se fondait sur le nombre d'heures mentionné sur le bulletin de travail et non

mais ils demeurent isolés.

⁶⁷⁸ Soc. 10 nov. 2004, n° 02-41.881, *Bull.* n° 282, note B. BOUBLI, *Gaz Pal* 2005, n° 39, p. 22, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2005, p. 217. Sur ces questions V. aussi A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 26 et p. 198.

⁶⁷⁹ Voir Soc. 4 juill. 2001 n° 99-42.867, inédit.

⁶⁸⁰ Soc. 25 mai 2005 n° 03-44.301, *Bull.* n° 179, note S. DARMAISIN, *JCP S* 2005, 1033, obs. R. GOURDOL, *Dr. ouvrier* oct. 2005, p. 457, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2005, p. 924 : au regard de la solution susvisée de 2001, la cour d'appel relevait que le salarié choisissait librement ses périodes de distribution et n'était pas tenu d'exécuter sa prestation de travail dans une plage de temps déterminée par l'employeur, il n'était donc pas soumis à un horaire contrôlable et ne pouvait donc prétendre au SMIC.

⁶⁸¹ S. DARMAISIN, *op. cit.*, 1033 ; J. SAVATIER, La portée du droit au SMIC selon les modalités de rémunération, *Dr. soc.* 1985, p. 811.

pas sur « *les heures réellement effectuées par le salarié* »⁶⁸². Cette solution sur le droit au respect du SMIC devient constante⁶⁸³, et s'étend au-delà des distributeurs de prospectus⁶⁸⁴. Si l'attendu de la Cour fait directement référence au *mode de rémunération*, la solution jurisprudentielle a surtout comme portée d'admettre le droit à une rémunération au moins égale au SMIC indépendant de l'existence d'horaires déterminés, comme en témoignent à chaque fois les faits d'espèce et l'argumentation des cours d'appel.

267. Le cas des VRP semble néanmoins persister à poser question. En effet, plusieurs arrêts de la Cour de cassation reconnaissent l'application de la réglementation du SMIC pour un salarié n'étant soumis à aucun horaire déterminé, tout en précisant qu'il ne s'agit pas d'un VRP⁶⁸⁵. L'adjonction d'une telle condition est critiquable, tant d'un point de vue du pouvoir du juge à ajouter une condition à la loi que d'un point de vue substantiel, rien ne semblant justifier une différence de traitement pour le VRP sur ce point.

268. Ainsi, plutôt que d'assujettir le respect du SMIC à l'existence d'un horaire déterminé, il semble bien que cela soit finalement l'impératif de garantir le respect du SMIC qui doit inciter, coûte que coûte, à une déterminabilité des horaires. Cette position jurisprudentielle a pour mérite de garantir le respect du SMIC très largement – et évite toute incitation faite à l'employeur de ne pas fixer ni contrôler les horaires de salariés afin d'échapper au SMIC⁶⁸⁶.

⁶⁸² Soc. 13 mai 2009, n° 08-41.399, inédit.

⁶⁸³ Soc. 28 juin 2005, n° 03-46.898, inédit ; 31 janv. 2006, n° 04-41.217, inédit ; 8 mars 2007, n° 05-45.942, inédit ; 21 janv. 2009 n° 07-41.391, inédit.

⁶⁸⁴ Soc. 14 oct. 2009 n° 08-42.496, inédit (conseiller commercial) ; 7 mars 2012, n° 10-19.073, inédit (sur un joueur de rugby).

⁶⁸⁵ Soc. 28 juin 2005, n° 03-46.898, inédit ; 21 janv. 2009, n° 07-41.391, inédit.

⁶⁸⁶ T. BELLO GILBERT, *Le principe d'un salaire minimum garanti*, thèse Paris I, 1999, p. 278.

Notons cependant qu'une telle démarche de la part de l'employeur qui *viserait à échapper* à l'application de la réglementation du SMIC devrait s'assimiler à de la fraude – caractérisée par l'intention de contourner une règle –, mais serait difficilement démontrable.

CONCLUSION DE CHAPITRE

269. Le décompte du temps de travail est généralement l'élément central de la quantification du salaire. Cette rémunération au temps a profondément à voir avec la répartition du risque entre employeur et salarié. Le salaire devant être forfaitaire, basé sur des éléments connus et fixés à l'avance, le salarié est censé être protégé du risque lié à l'exécution du travail, les aléas de l'exécution en étant neutralisés.

Le salaire peut être basé sur le temps, mais aussi sur la tâche ou le rendement. Mais, même de façon tacite, le salaire à la tâche revient toujours à une forme de travail au rendement qui implique un rapport entre les résultats fournis et la durée d'exécution. Autrement dit, la variable temps n'est jamais complètement absente de l'équation, pour le salarié comme pour l'employeur. Ni critère ni caractéristique du salariat, le salaire au temps y est toutefois privilégié et le salaire au rendement se pratique à la marge, comme part variable du salaire. L'exécution du temps de travail demeure en revanche toujours l'obligation du salarié. La base du salaire n'influe pas en elle-même sur l'objet de l'obligation du salarié. Ceci étant dit, il est évident que si l'obligation juridique du salarié demeure strictement indépendante des résultats fournis, le mode de rémunération au rendement incite en pratique le salarié à travailler effectivement « pour les résultats », et peut avoir pour effet de brouiller l'obligation qui lui est faite.

Entre les deux bases possibles du salaire, c'est de la gestion du risque de la durée d'exécution du travail dont il est principalement question. Rémunéré à la tâche, le travailleur qui met plus de temps que prévu n'en est pas davantage rémunéré. Le travail à la tâche opère ainsi un transfert du risque de la durée d'exécution de l'employeur au salarié. Dans le travail au temps, le salaire est censé être strictement proportionnel au temps travaillé. Le salarié est donc protégé des conséquences d'un mauvais rendement sur le montant du salaire. Le risque du rendement est supporté par l'employeur qui doit verser le même montant au salarié indépendamment de ce qui aura été produit, c'est-à-dire quand bien même la production escomptée n'aurait pas été réalisée. Alors que le caractère forfaitaire protégeait déjà dans une certaine mesure le travailleur du risque de l'activité, le salaire au temps augmente la sécurité apportée au salarié quant au niveau de son salaire.

Le risque de la durée d'exécution du travail, risque du rendement, se voit cependant maîtrisé et réduit par la précision et la fiabilité avec laquelle l'employeur peut prévoir la production horaire. Derrière le salaire au temps se cache, quand cela est possible, une quantité produite. Une fois établis des temps moyens pour réaliser telle ou telle production, le risque

résiderait en fait dans l'écart entre ces temps et celui réellement nécessaire pour réaliser la production visée. Dans une telle perspective, le salaire au temps n'accepte pas tant de rémunérer une heure ou une journée de travail abstraite mais ambitionne toujours de rémunérer le travail produit ou fourni par le salarié dans cette unité de temps. Ainsi, alors que le travail au temps est censé faire porter le risque du rendement sur l'employeur, ce risque se trouve fortement réduit dès lors que l'employeur est capable de prédire le travail fourni en un temps donné. Le risque s'évalue alors selon la capacité à prédire le rendement du salarié et la fiabilité de cette prédiction. Or cette dernière est fragilisée par les mutations du travail. La réticence actuelle et grandissante de la mesure du travail par le temps puise ici certainement sa véritable justification. La promotion du travail à la tâche s'avère alors le moyen pour l'employeur de maintenir le lien entre salaire et quantité de travail fourni.

De façon plus commune, cela se donne aussi à voir avec le forfait jours, qui, en élargissant l'unité temporelle de la base du salaire, distend la corrélation entre salaire et temps de travail. Malgré une base formelle temporelle, sa logique se rapproche davantage d'un travail à la tâche. C'est par ce prisme que la promotion de ces modes de rémunération doit être compris.

270. Dans la base temporelle du salaire, c'est l'heure, et, derrière elle, la minute, qui cherchent à assurer une exacte corrélation entre temps de travail et salaire. Les différents dispositifs de lissage, tels que la mensualisation et l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, n'y changent rien, ne créant qu'un décalage dans le temps entre heures travaillées et salaire versé. Même pour le forfait jours, l'unité horaire ressurgit lorsqu'il s'agit de décompter le temps non travaillé comme le temps de grève ou de délégation.

L'unité horaire s'impose surtout via la réglementation du SMIC, qui correspond à un taux horaire minimum. S'il n'est pas certain que l'assiette du SMIC se limite au salaire entendu comme contrepartie du temps travaillé, ce salaire-contrepartie du travail en fait assurément partie. La vérification du respect du SMIC impose surtout de rapporter le salaire à un nombre d'heures travaillées, et rend nécessaire l'expression horaire du travail et le décompte des heures de travail. Or le champ d'application de la réglementation du SMIC, et du salaire minimum pour le travail à domicile, est extrêmement large et emporte avec lui des situations où l'expression horaire du salaire ne va pas de soi. Face à une détermination horaire du travail difficile ou compliquée par l'organisation du temps de travail, comme c'est le cas des VRP par exemple, il a pu être défendu par des auteurs, suivis un temps par des juges, l'impossibilité de l'application du SMIC. Ce n'est pas cette tendance qui l'a emporté. Le

SMIC n'est pas conditionné à l'existence d'un horaire déterminé. L'impératif de garantir le respect du SMIC implique, coûte que coûte, d'établir une expression horaire du travail.

CONCLUSION TITRE 1

271. Le décompte du temps de travail, dans sa quantification, est nécessaire pour la détermination des prestations contractuelles, à la fois du salarié et de l'employeur.

Le temps de travail correspond à la prestation du salarié, c'est-à-dire ce à quoi il s'engage. L'obligation du salarié est d'exécuter le temps de travail, ce qu'on a désigné par le temps travaillé. Alors que le contrat de travail fait manifestement intervenir la force de travail du salarié, le temps de travail représente le moyen de se saisir de la force de travail, en permettant de la mettre *un temps* à disposition de l'employeur.

Prestation du salarié, le temps de travail doit en principe être déterminé, en vertu du droit commun des obligations. Contrairement à ce que laissent entendre certains discours, qui prédisent une évolution du contrat de travail vers une « obligation de résultat », la prestation du salarié est déjà pleinement une obligation de résultats. Elle consiste en l'exécution d'un travail subordonné pendant un certain temps. Que le contenu du travail ne soit, par définition, pas déterminé ni déterminable, n'empêche pas le temps de travail d'être déterminé. C'est d'abord pour s'assurer de l'exécution par le salarié de sa prestation, qui ne peut être que le temps subordonné, que le temps de travail se doit d'être décompté.

272. Le contrat de travail étant synallagmatique, les obligations des parties sont liées entre elles. Le temps travaillé et le versement du salaire, obligation de l'employeur, sont liés par une relation causale, marquée notamment par une logique de réciprocité et d'équivalence.

Cette relation causale est fragilisée par l'existence et le développement de parts de rémunération indépendantes du temps travaillé. Cependant, plutôt qu'une distance entre le versement du salaire et le temps travaillé, on assiste davantage à une dilution, dans laquelle le temps travaillé n'est pas seul à être rémunéré, mais qui ne remet pas en cause le fait qu'il est toujours rémunéré par le salaire. C'est en tant que contrepartie du versement du salaire que le temps travaillé doit cette fois-ci être déterminé et décompté.

273. Le décompte du temps de travail permet également de quantifier le salaire, qui fait intervenir, à un moment ou un autre, la variable temps et, plus précisément, l'unité horaire.

Le salaire est de nature forfaitaire, c'est-à-dire qu'il est calculé en fonction d'une base fixée et connue à l'avance, protégeant ainsi des éléments aléatoires. La base du salaire peut être le temps comme la tâche. Non seulement la cause du salaire ne se confond pas avec sa base, mais elles n'ont pas nécessairement à s'accorder avec elle. Ainsi, si le salarié se retrouve rémunéré sur la base de la tâche ou du rendement, sa prestation n'en demeure pas moins le

temps de travail. Si temps et tâche se concurrencent en théorie dans la base du salaire, le temps est considéré comme la base de principe par le droit positif. Lorsqu'il est rémunéré à la tâche, le salarié supporte le risque de la durée d'exécution du travail. Ce n'est donc que par exception, sous conditions – notamment de respect du salaire minimal au temps – que ce mode de calcul est admis. Le salaire à la tâche ne peut faire peser l'entier risque de la durée d'exécution sur le salarié. Il ne peut que s'ajouter à son salaire de base, un peu comme pourrait l'être une prime.

La distinction entre salaire au temps et salaire à la tâche n'est pas parfaite. D'une part, derrière le salaire à la tâche, il est souvent question d'un salaire au rendement, salaire dans l'équation duquel le temps figure. D'autre part, et plus encore, il semble que la tâche, la quantité de travail produite, soit également présente derrière le salaire au temps. Il s'agit en fait pour l'employeur de chercher à prédire, avec plus ou moins d'exactitude, le rendement, c'est-à-dire la quantité de travail produite dans un temps donné. Une telle prédiction vient atténuer le risque pris par l'employeur dans la rémunération au temps. Or, les évolutions du monde du travail compliquent pour partie cette capacité à prédire le rendement, ce qui participe à expliquer le renouveau de l'idée du travail à la tâche, ou l'envie de desserrer le lien entre salaire et temps de travail, comme avec le forfait jours.

274. L'heure est l'unité de temps préférée dans le salaire. C'est ce qui se dégage d'abord de la réglementation sur la rémunération du temps travaillé, mais également du temps non travaillé, avec l'unité horaire très présente, même lorsqu'elle est en principe absente comme avec le forfait jours.

L'heure, comme unité de temps du salaire, s'impose ensuite au regard du SMIC, salaire ou plutôt taux horaire. L'heure intervient non seulement dans la fixation du SMIC, mais également pour s'assurer du respect du SMIC pour un salaire donné. Il est donc nécessaire, d'une façon ou d'une autre, de déterminer et quantifier le salaire *horaire* des salariés. Le champ d'application du SMIC est très large. Bien loin d'être limitée par l'existence d'horaires déterminés et de salaires en conséquence, la réglementation du SMIC exige et force l'expression horaire du salaire afin de pouvoir être appliquée.

TITRE 2 : LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL NÉCESSAIRE À LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS

275. La nécessité d'un décompte du temps de travail se révèle également en tant qu'outil de limitation du temps de travail, qui va notamment permettre de limiter le travail par le temps.

276. Il s'agit dans un premier temps d'établir en quoi le travail se doit d'être limité par le temps, et comment cela se matérialise. Alors que le temps ne semble pas permettre de limiter et d'encadrer toutes les dimensions du travail, il conviendra d'interroger la fonction de limitation que continue à devoir remplir le temps de travail (Chapitre 1).

277. Cette limitation du travail par le temps se retrouve fragilisée par le régime du forfait jours qui constitue une dérogation très importante aux limitations, qui s'expriment en principe en *heures*. L'ampleur de la dérogation se mesure notamment par la justification du régime du forfait jours et par la place que persiste à occuper la durée du travail, horaire, dans la limitation du travail (Chapitre 2).

278. Décompter le temps de travail s'avère nécessaire pour constater la quantité de temps travaillé afin de faire respecter les différentes limites temporelles exigées par le droit du travail.

CHAPITRE 1 : LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL POUR S'ASSURER DE LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS

279. Le temps de travail, en plus de constituer la prestation du salarié et la base classique de son salaire, remplit également une fonction de limitation du travail, organisée par toute une réglementation de la durée du travail et du repos. Le décompte du temps de travail permet à la fois de rendre visible le temps travaillé afin de procéder à sa limitation – le sociologue Jens Thoemmes parle de rendre, par le décompte, « *transparent un état des choses qui resterait dans l'ombre sans son concours* »⁶⁸⁷ – et de contrôler le respect de la réglementation de la durée du travail. C'est dans cette perspective qu'il convient dans un premier temps de mesurer la pertinence du temps de travail dans la recherche et la mise en œuvre de la limitation du travail. Le décompte du temps de travail y est nécessaire en tant qu'il quantifie justement le travail par le temps (Section 1).

280. Mais cette fonction du temps dans la limitation du travail ne suit pas un long fleuve tranquille. Un ensemble d'évolutions dans le travail participent à une remise en cause, ou au moins une mise en doute, de la capacité du temps à assurer encore une telle fonction. Il convient alors, dans un second temps, de déterminer dans quelle mesure le temps de travail s'avèrerait moins pertinent pour limiter le travail, atténuant d'autant le rôle du décompte du temps de travail dans la perspective de limitation du travail. Plus précisément, face à ces évolutions dans le travail et à la démarche hâtive de certains qui enterrent le temps comme limite du travail, il nous revient de déterminer si le temps demeure un outil de limitation du travail et, même dans l'affirmative, s'il doit composer avec d'autres notions et outils dans cette fonction (Section 2).

⁶⁸⁷ J. THOEMMES, La mesure des temps des cadres : une solution pour sortir des difficultés professionnelles ? *Temporalités* 2012 [en ligne].

SECTION 1 : LA PERTINENCE DE LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS

281. La limitation du travail par le temps doit dans un premier temps être justifiée. Il s'agit de convenir de sa nécessité, tant du point de vue de ce qui est limité, le travail, que de ce qui est préservé en négatif, le repos et les loisirs (I). Une fois cette nécessité affirmée, la limitation du travail par le temps doit trouver une *matérialité* à travers plusieurs limites, plus ou moins strictes, dont le régime s'apprécie à l'aune des différentes fonctions que ces limites prétendent assurer (II).

I- LA NÉCESSITÉ D'UNE LIMITATION PAR LE TEMPS

282. La limitation du travail par le temps ambitionne de limiter la durée du travail et de dresser des frontières temporelles, à même de garantir la qualité de chacun des temps de vie du salarié. Cette finalité générale peut être perçue de deux points de vue, n'engageant pas exactement les mêmes logiques et exigences. Du point de vue de ce que la limitation du travail par le temps cherche à *encadrer*, l'exigence est de circonscrire l'exercice du pouvoir, avec le temps de travail comme seul temps de subordination (A). Du point de vue de ce que la limitation du travail par le temps cherche à *préserver*, il s'agit de garantir la protection du temps de repos (B). Temps de travail et temps de repos, encadré pour l'un, protégé pour l'autre, se révèlent et se mesurent par le décompte du temps de travail, qui participe à la fois à les rendre visibles, tangibles, et à les rendre quantifiables.

A- L'IMPÉRATIVE CIRCONSCRIPTION DE L'EXERCICE DU POUVOIR

283. L'exercice du pouvoir de l'employeur sur le salarié est le critère déterminant du salariat. Cette réalité, de fait et de droit, est loin d'aller de soi dans l'édifice juridique moderne fondé sur le principe de l'égalité entre individus. Si le droit est venu autoriser, et légitimer, l'exercice d'un pouvoir d'un individu sur un autre, c'est à la condition que ce rapport hiérarchique soit strictement encadré, l'encadrement temporel de l'exercice du pouvoir constituant une des dimensions de la limitation du pouvoir (1). Cet encadrement temporel implique, en toute logique, qu'en dehors du temps de travail la subordination ne s'exerce absolument pas afin que le salarié retrouve sa pleine et entière liberté (2). Du fait de cette nécessité, le temps occupe un rôle essentiel de démarcation.

1- L'exigence d'un encadrement temporel du rapport hiérarchique

284. Le contrat de travail organise et justifie un rapport hiérarchique entre salarié et employeur, qui ne saurait être qu'exceptionnel au vu du principe fondamental d'égalité entre les individus (a). Ce caractère d'exception appelle un encadrement temporel (b).

a- L'exception du rapport hiérarchique entre salarié et employeur

285. Depuis la Révolution française, l'édifice juridique repose sur le principe de liberté et d'égalité en droits⁶⁸⁸, qui introduit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁸⁹ et que reprend dans une autre tournure la Constitution de la V^{ème} République⁶⁹⁰. La fin du XVIII^{ème} siècle consacre le remplacement du principe hiérarchique propre à la société féodale par un principe d'égalité⁶⁹¹. Ce principe d'égalité, comme affirmation de l'égale valeur de tous les êtres humains, s'oppose précisément à la hiérarchie⁶⁹². Or le contrat de travail, en tant qu'il est un contrat par lequel une personne détient un pouvoir sur une autre, détonne. Il vient ainsi instaurer, et légitimer, un « *rapport hiérarchique* »⁶⁹³ entre deux individus considérés pourtant comme juridiquement égaux.

⁶⁸⁸ Pour un aperçu général de ces concepts et de leur traitement par le droit : E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2005 ; F. X. TESTU, La devise de la République française : II/... Égalité..., *RTD civ.* 2020, p. 747.

⁶⁸⁹ DDHC, art. 1^{er} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

⁶⁹⁰ Constitution 1958, art. 1^{er}.

⁶⁹¹ Voir : L. DUMONT, *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, 1977
Sur la persistance des principes féodaux dans la société d'aujourd'hui : G. COURTIEU, *L'entreprise, société féodale*, Seuil, 1975, p. 14.

⁶⁹² E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2005, p. 31. Sur l'égale valeur des êtres humains comme principe essentiel voir J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre 2, *Le droit public*, Paris, 1689.

⁶⁹³ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, 3^{ème} éd. [1^{ère} éd., 1994], coll. « Quadrige », PUF, 2015, p. 114 et s.
« *Tandis que l'inégalité désigne d'une manière générale le produit d'une comparaison objective entre des situations de fait éventuellement indépendantes l'une de l'autre, la hiérarchie désigne toujours un lien de droit* ». « *Il s'agit d'une relation, et non pas seulement d'une situation, inégalitaire* ».

286. Dans la vision libérale du droit du travail, la cohabitation entre ce rapport hiérarchique et le principe d'égalité des parties est permise par *l'autonomie de la volonté individuelle* qui serait force créatrice d'obligations pour le salarié⁶⁹⁴. La volonté de contracter, de choisir en l'occurrence de se soumettre à une autorité, est présentée comme permettant de dépasser la contradiction entre la liberté reconnue au citoyen dans la société politique et la subordination du travailleur dans l'entreprise⁶⁹⁵. Sans discuter de la légitimité et de la pertinence du concept d'autonomie de la volonté individuelle pour justifier la création d'un tel rapport inégalitaire, volonté qui en droit du travail éveille toujours « *la suspicion* »⁶⁹⁶, il reste que le rapport hiérarchique à l'œuvre dans l'exécution du contrat de travail constitue bien une exception⁶⁹⁷ au principe d'égalité des individus en droit – en écho à l'exception de l'autorité parentale⁶⁹⁸. Lors de l'exécution du contrat de travail, l'employeur exerce un pouvoir sur les salariés. L'égalité est par définition suspendue. Exceptionnel, l'exercice du pouvoir d'une personne sur une autre doit être strictement limité. Dans une société démocratique, guidée notamment par le principe de l'encadrement du pouvoir⁶⁹⁹, la limitation de l'exercice du pouvoir est primordiale, au même titre que celle du pouvoir de la puissance publique⁷⁰⁰.

b- Les limites temporelles à l'exercice du pouvoir

287. La limitation de l'exercice du pouvoir a plusieurs dimensions. Si elle concerne les modalités de l'exercice du pouvoir, en encadrant juridiquement le pouvoir de l'employeur au cours de l'exécution du contrat de travail, elle porte en premier lieu sur l'exercice du pouvoir lui-même. La « *durée du travail effectif* », définie par la loi comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir* »

⁶⁹⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

⁶⁹⁵ J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, *Dr. soc.* 1990, p. 49.

⁶⁹⁶ A. LYON-CAEN, « Liberté et volonté », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 3 ; A. SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail*, *Dr. soc.* 1990, p. 487.

⁶⁹⁷ On peut aussi parler de « subordination spéciale » (A. ROUAST, « Quelques réflexions sur l'originalité sociologiques du contrat de travail », dans *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 663 et spéc. p. 668).

⁶⁹⁸ En ce sens : P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 28.

⁶⁹⁹ E. DOCKÈS, *Pouvoir patronal et démocratie*, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1680.

⁷⁰⁰ L. FAVOREU, A. DUFFY, I. FASSASSI, P. GAIA, O. Le BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX ; G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2021, p. 17.

vaquer librement à des occupations personnelles »⁷⁰¹, constitue la limitation du temps d'exécution du contrat de travail. Limiter l'exercice du pouvoir par la notion temporelle a l'avantage d'être objectif⁷⁰², à l'inverse de la « théorie de l'institution »⁷⁰³ dans laquelle les limites du pouvoir ne se trouvent que dans le respect de la finalité de l'institution et fait de la personne du salarié un sujet de l'entreprise⁷⁰⁴.

288. La limitation du temps d'exécution du contrat de travail est double. D'une part, ce temps doit pouvoir cesser à tout moment, c'est-à-dire que l'engagement du salarié ne saurait être définitif. Application du principe de droit commun des contrats selon lequel « *on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* »⁷⁰⁵, il est question ici de la *durée du contrat de travail*. D'autre part, et c'est cela qui nous intéresse, ce temps doit être délimité parmi les différents temps de vie du salarié, c'est-à-dire qu'il ne peut être permanent. Il est question ici de la durée du travail. En d'autres termes, il s'agit de borner temporellement la subordination.

2- L'exigence d'une absence totale de subordination en dehors du temps de travail

289. Limiter temporellement la subordination signifie que doit régner, en dehors du temps de travail, l'égalité entre l'employeur et le salarié, c'est-à-dire la neutralisation totale du pouvoir de l'un sur l'autre, condition pour le salarié d'exercer sa liberté (a). Ce retour à l'état *normal* emporte plusieurs implications sur la qualité à garantir au temps libre, que l'on peut regrouper sous la condition générale de maîtrise du temps (b).

⁷⁰¹ C. trav. art. L. 3121-1.

⁷⁰² J.-F. PAULIN, Les temps soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2008, N° 1340.

⁷⁰³ P. DURAND, Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail, *JCP* 1944, I, 385 et Rapport sur la notion juridique de l'entreprise, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 1947, t. 3, Dalloz, 1948, p. 45 ; P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, Tome I, Dalloz, 1947). C. GIRAUDET, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Université Paris Nanterre, 2014 [en ligne sur l'intranet de l'Université Paris Nanterre]. L'auteur inscrit Paul Durand dans la chronologie de Jean Brèthe de la Gressaye et Alfred Legal (*Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 24) qui « *affirment appliquer simplement la théorie de l'institution d'Hauriou dans les institutions privées* » (le premier chapitre de l'ouvrage vise à justifier le pouvoir disciplinaire par la théorie de l'institution).

⁷⁰⁴ G. COURTIEU, *L'entreprise, société féodale*, Seuil, 1975, p. 14.

⁷⁰⁵ C. civ. art. 1780 : « *on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ».

a- Le retour à l'égalité et l'exercice de la liberté du salarié hors temps de travail

290. Le temps de travail en tant que temps d'exercice du pouvoir de l'employeur est une exception au principe d'égalité entre les individus de notre société. Cela implique que l'exercice du pouvoir doit absolument cesser en dehors du temps de travail. En effet, si le temps de travail est *le* temps de subordination, le retour à l'égalité s'impose en dehors⁷⁰⁶. Le salarié redevient l'égal de l'employeur, sans quoi le régime du salariat basculerait dans celui du servage⁷⁰⁷. Si la vie professionnelle se définit comme « *la période de connexion au projet professionnel* »⁷⁰⁸, il faut qu'« *il existe une sphère où le salarié est libre de ses choix et où son employeur ne peut lui dicter sa conduite* »⁷⁰⁹.

291. D'égale valeur, et hors de l'exception constituée par le contrat de travail, l'employeur n'a pas le pouvoir d'agir sur l'action du salarié⁷¹⁰. On renvoie ici à la définition du pouvoir selon Max Weber comme « *probabilité qu'un agent à l'intérieur d'une relation sociale sera en situation de rendre effective sa propre volonté en dépit des résistances, quelle que soit la base sur laquelle cette probabilité se fonde* »⁷¹¹. On pourrait dire plus simplement qu'il s'agit du « *pouvoir d'imposer sa volonté sur une autre personne* »⁷¹². Dégagé de l'exécution du contrat de travail, le salarié retrouve l'exercice plein et entier de sa liberté, définie comme « *pouvoir sur soi-même* »⁷¹³.

⁷⁰⁶ J.-Y. FROUIN, La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, *Cah. soc.* 1998, n° 99 p. 123 ; E. DOCKÈS, Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre, *Dr. ouvrier* 2022, p. 293.

⁷⁰⁷ E. DOCKÈS, Le pouvoir dans les rapports du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620.

⁷⁰⁸ C. MATHIEU, Le droit à la déconnexion : une chimère ? *RDT* 2016, p. 592.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Définition du pouvoir comme « *action sur des actions* » : M. FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir », dans *Dits et Ecrits*, IV, Gallimard, 1994, p. 232.

⁷¹¹ M. WEBER, *The theory of social and economic organization*, *NY The Free Press*, 1966 (cité par P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 12).

⁷¹² *Ibid.* ; P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 28.

⁷¹³ A. LYON-CAEN, « Liberté et volonté », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 3.

b- La liberté conditionnée à la maîtrise par le salaire du temps hors travail

292. La liberté retrouvée en dehors du temps de travail a plusieurs implications. De façon évidente, elle signifie la suspension de l'obligation de se tenir à disposition de l'employeur. Mais pour être effective la liberté exige également la maîtrise de son temps. Pour cela, la personne du salarié a besoin d'en connaître les différentes limites.

Connaître son temps c'est aussi pouvoir le *prévoir* un minimum afin d'en disposer pleinement, ce qui exige une certaine prévisibilité du temps hors travail⁷¹⁴. Cet élément est mis en avant par la CJUE dans son arrêt rendu le 9 septembre 2021. Dans la lignée de son arrêt *Matzak* de 2018⁷¹⁵, elle considère, concernant un temps de pause, que « *le caractère imprévisible des interventions possibles [...] est susceptible d'avoir un effet restrictif supplémentaires quant à la possibilité pour le travailleur de gérer librement ce temps* »⁷¹⁶. L'ancien doyen de la Cour de cassation, Philippe Waquet, énonçait avec force que le temps de repos conçu comme temps de la liberté est « *le temps où l'individu peut faire ce qu'il veut : se promener, visiter un musée, lire, rencontrer des amis, militer dans une association...* »⁷¹⁷. Or la prévisibilité du temps apparaît indispensable pour pouvoir en disposer.

Ajoutons enfin, comme l'avait fait Jean Savatier, que pour user de sa liberté, il s'agit pour le salarié d'avoir un temps *suffisant*, sans quoi la personne n'a d'autre choix que de le consacrer à se nourrir et dormir⁷¹⁸.

L'ensemble de ces dimensions doit être garanti afin que l'égalité du salarié envers l'employeur et l'exercice plein et entier de sa liberté soient effectifs.

⁷¹⁴ E. DOCKÈS, Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier, *Dr. soc.* 2012, p. 147 ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieux de travail, *Dr. soc.* 2002, p. 1064. V. aussi C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, thèse Lyon II, 2004 ; pour une approche plus restreinte : M. MORAND, Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions, *JCP E* 2003, p. 704.

⁷¹⁵ CJUE 21 fév. 2018 *Matzak*, C-518/15, J.-P. LHERNOULD, *JCP S* 2018. 1097, D. GARDES, *RDT* 2018, p. 449.

⁷¹⁶ CJUE 9 sept. 2021, C-107/19, point 41.

⁷¹⁷ P. WAQUET, Le temps de repos, *Dr. soc.* 2000, p. 288.

⁷¹⁸ J. SAVATIER, La liberté dans le travail, *Dr. soc.* 1990, p. 49.

B- LA GARANTIE D'UN TEMPS DE REPOS EN NÉGATIF DU TEMPS DE TRAVAIL

293. Alors que la limitation du travail par le temps permet que l'exercice du pouvoir soit justement circonscrit, et qu'en dehors du temps de travail le salarié retrouve sa liberté, elle poursuit également l'objectif de garantir le temps de repos. Autrement dit, la limitation du travail doit intégrer, en plus de celui du temps de travail, les besoins du temps de repos. En pratique, garantir le temps de repos est censé avoir des effets similaires à la limitation du temps de travail, c'est-à-dire borner un temps de travail et assurer une liberté retrouvée en dehors. Cependant, les ressorts juridiques diffèrent et entraînent une logique et une efficacité propres. La protection du temps de repos se fonde sur deux droits fondamentaux que sont le droit au repos et le droit à une vie personnelle, garantissant chacun à leur façon cette protection (1). Alors que la conception d'un temps de repos autonome a pu être envisagée, le temps de repos se construit *in fine* vis-à-vis du temps de travail. Ainsi, caractériser et décompter l'un revient à caractériser et décompter l'autre (2).

1- Les fondements de la protection du temps de repos : droit au repos et droit à une vie personnelle

294. Dans un article qui y est consacré, l'ancien doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Philippe Waquet, aborde les différentes vocations du temps de repos⁷¹⁹. Associé initialement à l'idée du sommeil ou tout du moins de l'inaction⁷²⁰, le temps de repos acquiert un nouvel objectif à partir de 1936 et de la « civilisation des loisirs » qui semble s'annoncer. Le temps de repos n'aurait dès lors plus « *seulement pour fonction de protéger la santé de l'homme, mais aussi d'assurer son développement* »⁷²¹. Dix ans plus tard, le préambule de la Constitution de 1946 affirme que la Nation « *garantit à tous [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* »⁷²², principe auquel se réfère régulièrement le

⁷¹⁹ P. WAQUET, *op. cit.*, p. 288.

⁷²⁰ V. aussi B. ACAR, G. BELIER, « Astreintes » et temps de travail, *Dr. soc.* 1990, p. 502 : parlent d'une conception biologique du repos.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 11.

Conseil constitutionnel à partir de sa décision du 13 janvier 2000⁷²³. Sur le plan international, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 affirme elle aussi que « *toute personne a droit au repos et aux loisirs* »⁷²⁴. La prise en compte du loisir aux côtés du repos est toutefois loin d'être consacrée par le législateur et le juge de droit commun. Au contraire, de nombreux éléments indiquent que le droit du travail se centrerait sur la protection de la santé du salarié⁷²⁵.

Pour apprécier la protection accordée au temps de repos, il faut aborder les finalités que ce temps est censé poursuivre. Multidimensionnel, le temps de repos trouve à s'exprimer et à être protégé en droit du travail par le droit au repos d'une part (a), et le droit à une vie personnelle d'autre part (b), chacun bénéficiant de forces et faiblesses dans la finalité de protection du temps de repos qu'ils poursuivent.

a- Le droit au repos, un fondement du temps de repos solide mais restreint

295. Le droit au repos est étroitement associé à la protection de la santé, sans lequel il semble bien démuné. Le Conseil constitutionnel rapproche plusieurs fois les deux, énoncés chacun par le préambule de 1946⁷²⁶. La Cour de cassation les lie également, en témoigne le contentieux du forfait jours dans lequel la Cour les associe en énonçant que « *le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles* »⁷²⁷. C'est aussi et surtout le droit de

⁷²³ Cons. const. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*. Puis à de nombreuses reprises : Cons. const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* ; 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *Réforme du dialogue social* ; 28 avril 2005, n° 2005-514 DC, *Loi relative à la création du registre international français* ; 22 juill. 2005, n° 2005-521 DC, *Mesures d'urgence pour l'emploi* ; 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC, *Loi en faveur des PME* ; 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital* ; 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC.

⁷²⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 24.

⁷²⁵ F. FAVENNEC-HERY, Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT, *Dr. soc.* 2005, p. 1127 (bien que le texte porte sur les conventions de forfaits, l'analyse sur ce recentrage s'insère dans le cadre général des « *évolutions des finalités du droit de la durée du travail* ») ; M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

⁷²⁶ Cons. const. 22 juill. 2005 n° 2005-521 DC, 29 juill. 2005 2005-523.

⁷²⁷ Not. : Soc. 29 juin 2011, inédit ; 31 janv. 2012, n° 10-19.807, inédit ; 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, note G. PIGNARRE, *RDT* 2015, p. 195, note F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2015, p. 104, note P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, N° 1661, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n° 597.

l'Union européenne qui intrique la question du repos dans celle de protection de la santé. En effet, la directive européenne relative au temps de travail est fondée sur l'ancien article 118 A du traité instituant la Communauté européenne, tel que modifié par l'acte unique européen de 1986, et aujourd'hui codifié dans le Traité du fonctionnement de l'Union européenne⁷²⁸. Selon cette disposition, « *les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine* ». À la suite de la directive-cadre n° 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, la directive 2003/88/CE⁷²⁹ s'y réfère et en reprend la substance⁷³⁰.

296. Le droit à la protection de la santé⁷³¹ offre un fondement solide au droit au repos. Le droit à la protection de la santé est tout d'abord largement consacré par les textes internationaux et européens⁷³² et par la jurisprudence constitutionnelle⁷³³. Il a ensuite l'avantage d'être du ressort de la responsabilité de l'employeur, comme en dispose l'article L. 4121-1 du code du travail selon lequel « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », et d'être indisponible, c'est-à-dire que le salarié ne peut choisir de renoncer à son respect⁷³⁴.

⁷²⁸ Traité instituant la Communauté économique européenne, art. 118 A, tel que modifié par l'acte unique de 1986. Aujourd'hui c'est l'article 153 du TFUE.

⁷²⁹ L'ancienne directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail s'y réfère de la même façon.

⁷³⁰ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ; mais les principes en question viennent déjà de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

⁷³¹ J. MOREAU, Le droit à la santé, *AJDA* 1998, p. 185 : on ne peut garantir qu'un droit à la protection de la santé et non un droit à la santé.

⁷³² DUDH, art. 25-1 ; Pacte des droits sociaux et économiques et civils 1966, art. 12-1. Fondement européen : Charte sociale européenne. Fondement de l'Union européenne : renvoi à la Charte sociale européenne, et article 35 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷³³ Cons. const. 18 janv. 1978, n° 77-92 DC ; 22 juill. 1980, n° 80-117 DC ; 22 janv. 1990, n° 89-269 DC ; 8 janv. 1991, n° 90-283 DC ; 13 août 1993, n° 93-325 DC ; 27 juill. 1994, n° 94-343 ; 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC.

⁷³⁴ P. WAQUET, En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963.

297. Néanmoins, le fondement du droit à la protection de la santé a un revers. Bien qu'il prenne en compte plusieurs aspects⁷³⁵, au regard de la définition de la santé donnée par l'OMS comme l'« *état de complet bien-être physique, mental et social* »⁷³⁶, il constitue une base étroite de protection du droit au repos. À ce sujet, Monsieur Alain Supiot pointe la faiblesse du socle sur lequel repose la directive européenne « temps de travail ». Selon lui, alors qu'un système juridique cohérent attendrait des normes suprêmes qu'elles posent des principes généraux avec une vue globale de la société et s'imposent aux différentes branches de droit par nature spécifiques, le risque ici est « *un alignement sur le seul point de vue pris en considération par la directive, et les multiples autres aspects de la question du temps de travail seront ainsi purement et simplement ignorés ou évincés* »⁷³⁷. Cette restriction à la seule considération de la santé s'illustre par exemple à travers le contentieux relatif au régime des équivalences⁷³⁸, dont le volet sur l'effet sur la rémunération échappe alors à la directive européenne sur le temps de travail.

Ainsi, la protection du temps de repos par le droit au repos s'avère à la fois sécurisante en ce que le fondement du droit au repos bénéficie d'une base solide, mais ne permet pas d'en embrasser toutes les dimensions.

b- Le droit à une vie personnelle, un fondement du temps de repos large mais fragile

298. Le temps de repos se trouve protégé, en plus du droit au repos, par le droit à une vie personnelle⁷³⁹, qui vise à être respecté à la fois pendant l'exécution du travail et en dehors⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Le droit à la santé serait pour certains presque trop vague pour se voir accorder une valeur juridique (V. SAINT-JAMES, Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RD publ.* 1997, p. 460).

⁷³⁶ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946.

⁷³⁷ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947. Pour une explication purement « technique » de ce fondement : J. BARTHÉLÉMY, Temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 76 : selon l'auteur, la filiation au principe de santé et de sécurité a permis de contourner la règle de l'unanimité pour l'adoption de la directive, le blocage de la Grande-Bretagne ayant été menaçant.

⁷³⁸ Voir A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, p. 87 et s.

⁷³⁹ Droit au vocable très variable : P. WAQUET, Vie personnelle et vie professionnelle du salarié, *Cah. soc.* 1994, n° 64, p. 289 ; En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963. Entre vie privée, vie publique, vie extraprofessionnelle : A. LEPAGE, La vie privée du salarié, une notion civiliste en

Consacré au niveau international et européen⁷⁴¹, et notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit le « *droit au respect de la vie privée et familiale* », le droit à une vie personnelle a été reconnu par le Conseil d'État dans une décision *GISTI* de 1978⁷⁴² puis en 1993 par le Conseil constitutionnel⁷⁴³. La Cour de cassation s'est également approprié le principe⁷⁴⁴, notamment dans le contentieux relatif aux changements d'horaires. Depuis un arrêt du 3 novembre 2011⁷⁴⁵, la Cour de cassation 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 relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». Si la Cour de cassation avait déjà consacré la nature fondamentale du droit au respect de sa vie personnelle et familiale dans un précédent arrêt sur la clause de mobilité⁷⁴⁶, elle choisit ici, au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail, de le renforcer⁷⁴⁷.

299. Le droit à une vie personnelle a l'avantage d'intégrer la question de la qualité et de la prévisibilité du temps de repos⁷⁴⁸. Impliquant de pouvoir s'organiser⁷⁴⁹, le droit à une vie personnelle est susceptible d'être plus protecteur que le droit au repos⁷⁵⁰.

droit du travail, *Dr. soc.* 2006, p. 364 ; J. SAVATIER, La protection de la vie privée des salariés, *Dr. soc.* 1992, p. 329 ; M. DESPAX, La vie extraprofessionnelle du salarié, *JCP* 1963, I, 1776.

⁷⁴⁰ P. WAQUET, Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle, *Dr. soc.* 2010, p. 14.

⁷⁴¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 17§1 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 12 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 7 et 33 ; Charte sociale européenne, art. 26.

⁷⁴² CE, Ass. 8 déc. 1978, *GISTI, CFDT et CGT*.

⁷⁴³ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.

⁷⁴⁴ Par exemple : Soc. 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull.* n° 7.

⁷⁴⁵ Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, *Bull.* n° 246, A. FABRE, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518, E. DOCKÈS, *Dr. soc.* 2012, p. 147, P. LOKIEC, *D.* 2012, p. 67.

⁷⁴⁶ Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, Publié, obs. L. PERRIN, *D.* 2008, p. 2672, obs. G. AUZERO, *RDT* 2008, p. 731, C. RADÉ, *RDC* 2009, p. 175, obs. G. BORENFREUND, L. CAMAJI, A. FABRE, O. LECLERC, T. PASQUIER, E. PESKINE, J. PORTA, C. WOLMARK, *D.* 2009, p. 590, 427, chron. P. LOKIEC, *D.* p. 427.

Voir sur ce droit hissé au rang de droit fondamental : F. FAVENNEC-HÉRY, Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelles, *Dr. soc.* 2010, p. 23.

⁷⁴⁷ S. TOURNAUX, Changement d'horaire et droits fondamentaux du salarié, *RDT* 2012, p. 31.

⁷⁴⁸ M. GRÉVY, Où en est le temps de travail ? *Dr. ouvrier* 2009, p. 192 ; F. FAVENNEC-HÉRY, Qualité de vie au travail et temps de travail, *Dr. soc.* 2015, p. 113 ; M. MINÉ, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 111 ;

300. Le droit à une vie personnelle a toutefois l'inconvénient de se concevoir plus comme une liberté⁷⁵¹ que comme un droit indisponible, comme l'est le droit au repos⁷⁵². Il s'insère dans la problématique plus large d'une « *autoréglementation* » de l'individu devenu « *maître de l'organisation de son temps* »⁷⁵³ et du rôle joué par la volonté pour justifier des atteintes aux droits fondamentaux⁷⁵⁴.

301. Ainsi, le droit à une vie personnelle protège le temps de repos du salarié dans une dimension plus large que le droit au repos centré sur la seule protection de la santé, en souffrant toutefois d'une plus grande fragilité dans son appréciation, laissée davantage à l'initiative du salarié et évaluée de manière plus subjective.

302. Si le droit au repos a ses propres fondements, il se construit surtout par opposition au temps de travail.

2- La construction du temps de repos vis-à-vis du temps de travail

303. Le temps de repos et le temps de travail se construisent étroitement l'un vis-à-vis de l'autre. S'il a été possible de défendre, contre la lettre de la directive européenne, une seule exclusivité des deux temps, c'est une stricte binarité des temps qui s'est finalement imposée (a). Opposés, le temps de travail et le temps de repos se distingueraient aujourd'hui par le degré de contrainte imposée au salarié (b).

F. BERGERON-CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, *Dr. soc.* 2010, p.379.

⁷⁴⁹ M. MINÉ, Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne, *Dr. ouvrier* 2011, p. 40.

⁷⁵⁰ P. LOKIEC, Les transformations du droit du temps de travail. Le temps comme objet de règles, *Dr. ouvrier* 2009, p. 484.

⁷⁵¹ Cette disponibilité s'observe par exemple au travers ses possibilités de conversion du temps en argent (F. MOREL, Repos ou argent ? Un arbitrage variable dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2005, p. 625).

⁷⁵² Sur cette question V. not. : L. GRATTON, « Volonté du salarié et droits faux », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 183.

⁷⁵³ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947.

⁷⁵⁴ P. LOKIEC, Le changement d'horaires : une nouvelle approche, *D.* 2012, p. 67.

a- L'opposition binaire entre temps de repos et temps de travail

304. L'article 2, paragraphe 2, de la directive de 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, définit le temps de travail comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ». Le même article considère que « *toute période qui n'est pas du temps de travail est considérée comme temps de repos* ». Le repos apparaîtrait plus comme une résultante que comme un droit⁷⁵⁵. La Cour de justice de l'Union européenne⁷⁵⁶ et à sa suite la Cour de cassation⁷⁵⁷ reprennent l'opposition entre temps de repos et temps de travail.

305. Les premiers arrêts de la CJUE, *SIMAP*⁷⁵⁸ et *Jaeger*⁷⁵⁹, considèrent que la notion de temps de travail « *doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre* ». Si des auteurs en concluent déjà à une stricte binarité⁷⁶⁰, d'autres font valoir que l'exclusivité pourrait se limiter à signifier qu'un temps ne puisse être à la fois un temps de travail *et* un temps de repos ; en d'autres termes, ils traduisent l'exclusivité entre temps de repos et temps de travail comme « si c'est l'un, ça n'est pas l'autre » et non pas « si ça n'est pas l'un, c'est l'autre »⁷⁶¹. Alors que cette hypothèse n'était déjà pas consensuelle, la CJUE vient y mettre complètement un terme à partir de 2018⁷⁶², date à partir de laquelle elle précise à chaque occasion que l'exclusivité signifie qu'un temps est *soit un temps de travail soit un temps de repos*. Ainsi, elle renoue finalement avec la lettre de

⁷⁵⁵ B. ACAR, G. BÉLIER, « Astreintes » et temps de travail, *Dr. soc.* 1990, p. 502.

⁷⁵⁶ CJUE 3 oct. 2000 *SIMAP*, C-303/98, point 47 : « *dans le système de la directive 93/104, cette notion doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre* ». V. F. BARON, La notion de temps de travail en droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 1097.

⁷⁵⁷ Soc. 29 juin 2011, n° 10-14.743, *Bull.* n° 184, note E. JEANSEN, *JCP S* 2011, 1426, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2011, p. 511, obs. D. BOULMIER, *RDSS* 2011, p. 1164.

⁷⁵⁸ Précité, Point 47.

⁷⁵⁹ CJUE 9 sept. 2003 *Jaeger*, C-151/02, Point 48.

⁷⁶⁰ J. BARTHÉLÉMY, Temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 76 ; F. MOREL, *Dr. soc.* 2004, p. 142 ; J.-E. RAY, Temps professionnel et temps personnels, *Dr. soc.* 2004, p. 58.

⁷⁶¹ A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 556 ; F. BARON, La notion de temps de travail en droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 1097.

⁷⁶² CJUE 21 fév. 2018 *Matzak*, C-518/15.

l'article 2 de la directive européenne selon lequel la période de repos est « *toute période qui n'est pas du temps de travail* ».

306. De la disposition de la directive européenne, les juges, communautaires et français, ont donc conservé l'opposition. En revanche, ils en ont retourné la formulation. Alors qu'il ressort de la directive que « *toute période qui n'est pas du temps de travail est considérée comme temps de repos* », la jurisprudence considère quant à elle que « *la notion de temps de travail doit être appréhendée par opposition à la période de repos* ». Ainsi, le temps de repos n'est plus défini par opposition au temps de travail, mais le temps de travail par opposition au temps de repos. Comme l'a souligné Monsieur Alexandre Fabre⁷⁶³, les deux tournures diffèrent quant à leur conception du temps de repos. Alors que la première se centre sur le temps de travail, la seconde laisse une place à une définition positive du temps de repos. C'est alors à partir du temps de repos que pourrait se dévoiler la définition du temps de travail. Cela transparaît d'ailleurs de la définition française du temps de travail effectif qui se réfère au fait de « *ne pas pouvoir vaquer à des occupations personnelles* », c'est-à-dire à un attribut exclusif du temps de repos.

b- Le critère du degré de contraintes imposées au salarié pour établir la frontière entre temps de repos et temps de travail

307. La frontière entre temps de travail et temps de repos se donne à voir dans les situations d'ambiguïté des temps, que l'astreinte constitue par excellence⁷⁶⁴. Sans revenir en détail sur ce contentieux extrêmement fourni⁷⁶⁵, indiquons seulement les éléments utiles vis-à-vis de la question de la conception positive du temps de repos alimentée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette conception a été initiée par la Cour de cassation dans ses arrêts *Dinoto* du 4 mai 1999⁷⁶⁶ et *SLEC* du 10 juillet 2002⁷⁶⁷ dans lesquels elle considère que les périodes d'astreinte ne pouvaient « *être considérées comme un temps de repos, lequel suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels,*

⁷⁶³ A. FABRE, Les temps de travail : entre liberté et pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1508.

⁷⁶⁴ V. Paragraphe 366 et s.

⁷⁶⁵ V. not. A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006.

⁷⁶⁶ Soc. 4 mai 1999, n° 96-43.037, *Bull.* n° 187.

⁷⁶⁷ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-18-452, *Bull.* n° 238.

d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle ». Si la législation française de 2003 et la jurisprudence européenne la désavouèrent en considérant que le temps d'astreinte est un temps de repos, la Cour de cassation a posé toutefois ici les premiers jalons d'une définition positive du temps de repos.

308. Avec l'astreinte, le droit positif admet qu'un temps de disponibilité compte parmi le temps de repos. La frontière entre ce temps d'astreinte et le temps de travail effectif, que l'on pourrait également qualifier de frontière délicate entre le temps de repos et le temps de travail effectif, se dessine par le critère du degré de contrainte. C'est ce qui ressort clairement de la jurisprudence de la CJUE depuis son arrêt *Matzak* du 21 février 2018, suivie par plusieurs arrêts rendus en 2021⁷⁶⁸. Dans la même logique, s'agissant des périodes de garde, le temps passé encourt la qualification de temps de travail dès lors qu'il est caractérisé par des contraintes « *restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités* »⁷⁶⁹ ou, comme la Cour de justice le formule en 2021, que « *les contraintes imposées sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté pour [le travailleur] de gérer librement [...] le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts* ». Cette jurisprudence est reprise à l'identique par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 octobre 2022⁷⁷⁰. Comme le résume Monsieur Emmanuel Dockès, le temps de travail et le temps d'astreinte, tous les deux temps de disponibilité, se distinguent par le degré de contrainte, fort pour le premier et faible pour le second⁷⁷¹. D'après cette jurisprudence, ce sont notamment le délai de réponse et de réactivité laissé au salarié et la fréquence de sollicitations et d'interventions qui permettent de mesurer le niveau de contrainte. Quoiqu'il en soit, c'est bien à travers ce que doit permettre le temps de repos que se qualifie, en négatif, le temps de travail.

⁷⁶⁸CJUE 21 fév. 2018 *Matzak*, C-518/15, note J.-P. LHERNOULD, *JCP S* 2018. 1097, obs. D. GARDES, *RDT* 2018, p. 449 ; 9 mars 2021 C-344/19 ; 9 mars 2021, C-580/19 ; 9 sept. 2021, C-107/19 ; 11 nov. 2021, C-214/20, note M. VÉRICEL, *RDT* 2022, p. 250.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ Soc. 26 oct. 2022, n° 21-14.178, Publié au bulletin, note M. VÉRICEL, *RDT* 2023, p. 46.

⁷⁷¹ E. DOCKÈS, Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre, *Dr. ouvrier* 2022, p. 293. V. aussi F. BERGERON, A. MARTINON, M. MORAND, Autonomie du salarié et temps de travail, *BJT* 2022, n° 11, p. 66.

II- LA MATÉRIALITÉ DE LA LIMITATION PAR LE TEMPS

309. La nécessité d'une limitation du travail par le temps se matérialise par un ensemble de limites, quantifiées, à respecter. Selon leurs fonctions, elles n'agissent pas de la même façon. Les durées maximales de travail et minimales de repos sont des limites infranchissables, dont le décompte du temps de travail permet d'assurer le respect (A). La durée légale, avec des sous-limites, constitue un seuil dont le franchissement déclenche l'application d'un régime, celui des heures supplémentaires, franchissement que le décompte permet d'indiquer (B).

A- DES LIMITES-OBSTACLES : LES DURÉES MAXIMALES DE TRAVAIL ET MINIMALES DE REPOS

310. Les durées maximales de travail et minimales de repos représentent respectivement des plafonds et des planchers au-delà et en deçà desquels les employeurs ne doivent pas aller. Ces limitations sont plus ou moins rigides en fonction de la période de références pour les calculer et sont plus ou moins fixes en fonction des dérogations autorisées. Mais, malgré tout, elles restent cependant des interdictions (1). Apprécier la force de l'aspect d'*interdit*, et l'effectivité de ces limitations, amène à se pencher sur le traitement juridique de leur violation, qui témoigne d'une certaine mixité entre légèreté des amendes fixées et appréciation jurisprudentielle du préjudice subi par les salariés (2).

1- Limites et dérogations : le principe d'une interdiction

311. La démarche de limitation de la durée du travail revêt un aspect historique important, à l'origine des premières législations du travail au XIX^{ème} siècle. Les événements sont aujourd'hui bien connus. Les « rapports Villermé » rendus en 1840⁷⁷² alertent sur « *l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* » et son danger pour la santé de ces travailleurs. Dans un contexte de rapport de force politique et social favorable à la classe ouvrière⁷⁷³, cette expertise est un moteur à la loi du 22 mars

⁷⁷² L. R. VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie.*, t. 1, Paris, Libraires Jules Renouard et Cie, 1840.

⁷⁷³ Y. GUIN, « Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les

1841 qui inaugure la réglementation du temps de travail, dans le but de protéger la sécurité et la santé d'une main d'œuvre qu'on veut conserver⁷⁷⁴. Cette loi pionnière a un champ d'application restreint et trop précis⁷⁷⁵. À défaut de contrôle de son exécution, la loi n'a été semble-t-il appliquée nulle part⁷⁷⁶. Les événements révolutionnaires de février 1848 forcent le Gouvernement provisoire à satisfaire quelques-unes des revendications sociales⁷⁷⁷. Le décret du 2 mars 1848 fixe la durée maximale du travail à 10 heures à Paris et à 11h en province. L'optique de la limitation de la durée du travail dépasse ici la seule question de la santé, au vu du décret lui-même selon lequel « *un travail manuel trop prolongé non-seulement ruine la santé du travailleur, mais encore, en l'empêchant de cultiver son intelligence, porte atteinte à la dignité de l'homme* ». La nécessité politique passée et un gouvernement conservateur élu, une loi du 9 septembre 1848 vient abroger l'article 1^{er} dudit décret et rehausse d'une heure les durées maximales parisiennes et de province. Cette réglementation s'applique de façon très limitée⁷⁷⁸, jusqu'à devenir obsolète⁷⁷⁹. Si la réglementation sur la durée du travail s'élargit au

manufactures, usines ou ateliers », dans *Deux Siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Éd. de l'Atelier, 1998, p. 29.

⁷⁷⁴ Impératif de la reproduction de la force de travail (A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », dans *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, coll. « Critique du droit », 1980, p. 226). Prise en compte également, au regard du service militaire, du taux élevé de réformés qui conduit à s'inquiéter de l'état physique des travailleurs masculins (S. FANTONI-QUINTON, L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés, *Dr. soc.* 2010, p. 395).

⁷⁷⁵ Ne concerne que les enfants, interdisant le travail à ceux de moins de 8 ans et le travail de nuit à ceux de moins de 13 ans et limitant la durée du travail à 8 heures pour les enfants entre 8 et 12 ans et à 12 heures pour ceux entre 12 et 16 ans, et le travail de nuit ; elle se limite aux manufactures, usines, ateliers à moteur mécanique ou feu continu et dans les fabriques supérieures de plus de vingt travailleurs ; de plus, par la technique du marchandage, sont exclus les travailleurs engagés par un tâcheron (P. OURMET, *Le contrôle de la durée du travail*, thèse Faculté de droit de l'Université de Paris, A. Pedone Paris, 1910, plus précisément « Etablissements industriels pour lesquels existe une limitation légale de la durée du travail » ; C. DIDRY, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, La Dispute, coll. « Travail et Salariat », 2016, p. 93).

⁷⁷⁶ P. OURMET, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷⁷ F. JARRIGE, B. REYNAUD, La durée du travail, la norme et ses usages en 1848, *Genèses* 2011, n° 85, p. 70.

⁷⁷⁸ Hommes adultes dans les manufactures et usines, à l'exclusion des ateliers. La jurisprudence a de plus restreint le champ (P. OURMET, *op. cit.*, p. 37. V. aussi G. GRAUX, *Le contrôle de la durée du travail dans les établissements industriels*, thèse Paris, 1909, p. 79) : la cour d'appel de Paris (CA Paris 9 mars 1901, *D.* 1903, 2, 383) retient que ne sont visés par la loi que « *les établissements industriels dans lesquels l'ouvrier, placé dans une sorte de dépendance par les exigences d'une œuvre d'ensemble sans cesse commandée par l'outil ou la*

fil des années⁷⁸⁰, ce n'est qu'avec la loi du 23 avril 1919 et la « journée de 8 heures » que la législation acquiert une portée générale⁷⁸¹. La loi du 21 juin 1936 instaure les 40 heures par semaine, conçues initialement comme un maximum mais qui deviendront la durée normale – ancêtre de la durée légale – avec la loi du 25 février 1946⁷⁸². Avec la loi du 18 juin 1966, s'ajoute une durée maximale moyenne de travail, de 54 heures, puis 50 heures⁷⁸³, calculée en moyenne sur 12 semaines.

Issues d'une longue histoire, les durées maximales de travail et minimales de repos constituent toujours des limitations du travail, bien que leur force soit variable en fonction de la période de référence choisie pour les calculer (a). Bien que ces limites souffrent de multiples dérogations, ces dernières ne font que *décaler* le niveau du seuil mais n'en remettent pas en cause le caractère infranchissable (b).

machine, est impuissant, pris isolément, à se protéger contre l'abus pouvant résulter de travaux ininterrompus », jugeant en l'espèce que les cinq ouvriers avaient « toute indépendance pour débattre avec celui-ci [le patron], dans une entière liberté, la réglementation des heures de travail » ; la Cour de cassation (24 sept. 1904, Bulletin de l'Inspection du travail, Sirey, 1907, 1, 149) valide l'arrêt d'appel, obligeant les inspecteurs à rechercher à chaque fois si l'ouvrier dépend ou non de l'outillage.

⁷⁷⁹ Une circulaire du 24 juin 1851 décide que les distinctions entre usines, manufactures et ateliers doivent s'établir dans la pratique, déléguant la question aux tribunaux. Plus tard, la circulaire du 25 novembre 1885 renvoie au champ d'application de la loi du 22 mars 1841 (L. 1841, article 1^{er}), c'est-à-dire aux établissements à moteurs mécaniques ou feux continus et aux fabriques de plus de 20 ouvriers. Or ces éléments ont perdu de plus en plus de leur pertinence, les petites entreprises utilisant davantage de petits moteurs et les grosses entreprises s'en passant parfois même (P. OURMET, *op. cit.*, p. 12).

⁷⁸⁰ Durées de travail maximales de 10 heures pour les apprentis de moins de 14 ans et de 12 heures pour tous les jeunes hommes entre 14 et 16 ans (loi du 19 mai 1874) ; interdiction du travail de nuit aux enfants de moins de 16 ans et aux filles de moins de 21 ans (loi du 19 mai 1874) ; 11 heures pour les jeunes et pour ceux dans un unité de travail où des jeunes travaillent, ce qui a pour effet en pratique que la loi s'applique à tout le monde (loi du 30 mars 1900).

⁷⁸¹ Voir Y. DELBREL, La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail, *Dr. soc.* 2010, p. 224.

⁷⁸² Loi n°46-283 du 25 février 1946 *Rémunération des heures supplémentaires*.

⁷⁸³ L. 24 déc. 1971.

- a- Durées maximales de travail et minimales de repos, une force variable en fonction de la période de référence pour les apprécier

312. Durées maximales « absolues » ou « en moyenne », quotidiennes ou hebdomadaires, de jour ou de nuit, nationales ou européennes, toutes ces durées font office de « plafonds ». Enonçons-les brièvement⁷⁸⁴, l'important étant d'en connaître l'existence et le fonctionnement.

Quotidiennement, la loi fixe une durée maximale de 10 heures, réduite à 8 heures pour les travailleurs de nuit⁷⁸⁵. La directive européenne limite quant à elle seulement la durée quotidienne des travailleurs de nuit et des travailleurs entre 15 et 18 ans. À l'inverse d'une circulaire ministérielle⁷⁸⁶ et d'un arrêt rendu quelques années plus tôt⁷⁸⁷, la Cour de cassation considère dans un arrêt le 23 septembre 2009⁷⁸⁸ que la référence *quotidienne* ne saurait s'entendre au sens civil – ce qui autoriserait de dépasser 10 heures de travail pourvu que les heures se répartissent de part et d'autre de minuit – mais au sens d'une journée de travail.

Hebdomadairement, la loi fixe une durée maximale de 48 heures sur une semaine⁷⁸⁹ et une durée maximale de 44 heures en moyenne sur *une période quelconque de 12 semaines consécutives*⁷⁹⁰, réduite à 40 heures en moyenne pour les travailleurs de nuit⁷⁹¹. Du côté de l'Union européenne, la directive relative au temps de travail prévoit seulement que la « *durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures* »⁷⁹², précisant que cette durée moyenne peut s'apprécier sur une période maximale de 4 mois⁷⁹³. L'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « *tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail* », posant ici un principe

⁷⁸⁴ Pour une présentation précise de ces durées : F. MOREL, *Durée et aménagement du temps de travail*, 9^{ème} éd., coll. « Pratiques d'experts », Revue Fiduciaire, 2021.

⁷⁸⁵ C. trav. art. L.3122-6.

⁷⁸⁶ Circ. DRT n° 94-4 du 21 avril 1994, BO Trav. 1994, n° 9.

⁷⁸⁷ Comme avait été retenu dans l'arrêt Soc. 18 déc. 2001, *RJS* 3/02, n° 294.

⁷⁸⁸ Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.226, *Bull.* n° 202, note M. VÉRICEL, *RDT* 2010, p. 114, obs. J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2010, p. 114.

⁷⁸⁹ C. trav. art. L. 3121-20.

⁷⁹⁰ C. trav. art. L. 3121-22.

⁷⁹¹ C. trav. art. L. 3122-7.

⁷⁹² Directive 2003/88/ce du 4 nov. 2003, art. 6, b.

⁷⁹³ *Ibid.*, art. 16.

général du droit de l'Union européenne⁷⁹⁴. Dans un arrêt du 12 décembre 2018, la Cour de cassation est venue admettre que la durée maximale de 48 heures du droit national s'apprécie *sur la semaine civile*, acceptant qu'un travailleur ait pu travailler en l'espèce plus de 72 heures sur sept jours consécutifs. Interrogée sur la conformité à la directive européenne, la Cour de cassation ne considère pas que les Etats membres puissent restreindre le cadre de la durée maximale européenne de « *sept jours* » à la semaine civile⁷⁹⁵, mais, « *compte tenu* » de l'article L. 3121-36 du code du travail qui fixe à 44h la durée hebdomadaire maximale moyenne sur 12 semaines consécutives, elle parvient à conclure à la conformité du droit national. Le choix de la semaine civile pour calculer une durée maximale est critiquable. D'abord, rien ne l'oblige. Alors que le Code du travail se réfère à la semaine à plusieurs reprises dans le livre 1^{er} de sa troisième partie consacré à la durée du travail, entendue comme une durée et non une période, il ne la définit comme semaine civile qu'une seule fois, pour l'appréciation de la durée légale. Formellement circonscrite à la réglementation sur la durée légale, cette disposition ne saurait être comprise comme livrant une définition *générale* de la semaine. On devrait en conclure que lorsque le Code du travail dispose qu'« *au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de quarante-huit heures* », il ne s'agirait pas d'une semaine civile mais bien d'une durée de 7 jours consécutifs. Ensuite, au-delà d'une lecture textuelle, relevons la grande différence de fondement entre la durée légale et la durée maximale. La première est prise dans une optique de régulation de la durée « standard » du travail et du rythme de l'activité c'est-à-dire des considérations sociales et économiques qui autorisent la référence à la semaine civile ; la seconde est prise dans un souci de protection de la santé et de la sécurité des salariés de ne pas travailler au-delà d'un nombre d'heures sur une certaine durée, et rend absurde toute référence civile.

313. Aux durées maximales de travail s'ajoutent des durées minimales de repos, faisant quant à elles office de *planchers*. La loi prévoit tout d'abord le droit à une pause d'une durée minimum de 20 minutes toutes les 6 heures de travail⁷⁹⁶. Transposant une partie de la directive européenne, la loi Aubry de 1998 introduit dans le code du travail le repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives, à partir duquel la Cour de cassation dégage la notion

⁷⁹⁴ M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

⁷⁹⁵ Elle n'aurait pas eu besoin sinon de mobiliser d'autres dispositions.

⁷⁹⁶ C. trav. L. 3121-16.

d'amplitude maximale de 13 heures⁷⁹⁷. Au titre de la directive européenne qui mentionne « *chaque période de 24 heures* » et au vu de l'arrêt de la Cour de cassation déjà évoqué du 23 septembre 2009, les 11 heures de repos s'apprécient sur 24 heures consécutives et non pas sur une journée civile.

Hebdomadairement, la loi impose un repos d'au moins 24 heures⁷⁹⁸, en principe le dimanche⁷⁹⁹, auquel le salarié ne peut renoncer à l'instar du reste de la réglementation des durées maximales et repos minimum⁸⁰⁰. À rebours de la finalité de protection de santé et de sécurité⁸⁰¹, la semaine s'entend au sens civil, ce qu'avait retenu le ministère dès le début du XX^{ème} siècle⁸⁰² et que vient conforter une décision de la CJUE du 9 novembre 2017⁸⁰³. Les 24 heures consécutives de repos hebdomadaire se cumulent au repos quotidien donnant lieu en fait à un repos hebdomadaire de 35 heures, ce que la loi française précise expressément et ce à quoi la Cour de justice a conclu récemment⁸⁰⁴. Notons enfin que les repos minimum, quotidien et hebdomadaire, s'imposent aux employeurs des salariés en forfait jours⁸⁰⁵, alors même que la directive européenne en autorisait la dérogation⁸⁰⁶.

314. La Cour de justice de l'Union européenne a une approche intéressante et sécurisante de la réglementation de l'Union européenne sur les limitations de la durée du travail. Elle les renforce dans un premier temps en affirmant leur lien avec le droit fondamental énoncé à

⁷⁹⁷ Soc. 18 déc. 2001, n° 99-43.351, *Bull.* n° 392, obs. J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2002, p. 353.

⁷⁹⁸ C. trav. art. L. 3131-1.

⁷⁹⁹ C. trav. art. L. 3132-3 : dimanche dans l'intérêt des salariés ; C. trav. art. L. 3132-12 à L. 3132-27-2 : toutes les dérogations.

⁸⁰⁰ Soc. 8 juin 2010, n° 08-45.577, inédit.

⁸⁰¹ M. VÉRICEL, *RDT* 2018, p. 304 (note sous CJUE 9 nov. 2017, aff. C-306/16).

⁸⁰² Circ. min. 27 mars 1907, BOMT, 1907, 492 ; Rép. min. n° 31662, JO AN Q 7 juill. 1980, p. 2923.

⁸⁰³ CJUE 9 nov. 2017, aff. C-306/16, note M. VÉRICEL, *RDT* 2018, p. 304, note J.-P. LHERNOULD, *JCP S* 2017, 1380.

⁸⁰⁴ CJUE 2 mars 2023, C-477/21, note M. VÉRICEL, *RDT* 2023, p. 424.

⁸⁰⁵ L'ancien article L. 212-15-3, III, 2 du code du travail disposait expressément que l'article L. 220-1 du code du travail, qui prévoit la durée minimale de repos quotidien de 11 heures consécutives, s'appliquait. À partir de 2008, cette application se déduit *a contrario* des dispositions dont l'application est exclue et parmi lesquelles ne figurent pas celles relatives aux temps de repos minimum (voir l'article L. 3121-62 du code du travail).

⁸⁰⁶ Voir l'article 17.1 de la directive 2003/88/Conseil d'État.

l'article 31 de la Charte⁸⁰⁷ et en soulignant l'objectif essentiel poursuivi par la directive 2003/88 « *de garantir une protection efficace des conditions de vie et de travail des travailleurs ainsi qu'une meilleure protection de leur sécurité et de leur santé* »⁸⁰⁸. De ce cadre-ci de la réglementation des limitations de la durée du travail, la Cour de justice énonce l'impératif « *de garantir que l'effet utile de ces droits soit intégralement assuré, en faisant bénéficier [les salariés] effectivement des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire et de la limite maximale de la durée moyenne hebdomadaire de travail prévues par cette directive* »⁸⁰⁹ et considère que pour garantir ainsi « *la pleine effectivité de la directive 2003/88, il importe que les Etats membres empêchent tout dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail telle que fixée à l'article 6, sous b* »⁸¹⁰.

b- Le maintien de l'interdit malgré l'existence de dérogations

315. Toutes ces limitations sont conçues par le droit comme des interdits au-delà desquels le salarié ne saurait être autorisé à travailler. Cependant, il s'agit d'interdits de principe qui souffrent de nombreuses possibilités de dérogation.

316. Les dérogations doivent être encadrées. Elles doivent être strictement formalisées, soit par accord collectif⁸¹¹ – l'accord d'entreprise primant sur l'accord de branche⁸¹² –, soit par décision de l'autorité administrative⁸¹³. Dans quelques rares cas, l'employeur peut faire valoir « le privilège du préalable » pour choisir *seul* de dépasser les seuils légaux, pour le repos minimum quotidien et la durée quotidienne maximale du travail de nuit dans des cas très restreints de danger⁸¹⁴ et pour la durée quotidienne maximale en cas d'urgence⁸¹⁵, à charge

⁸⁰⁷ Voir CJUE 11 sept. 2014, C-112/13, point 51 ; 6 nov. 2018, C-569/16 et C-570/16, point 85.

⁸⁰⁸ Voir récemment CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18, point 42.

⁸⁰⁹ CJUE 1^{er} déc. 2005, *Dellas*, C-14/04, point 53 ; 7 sept. 2006, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-484/04, points 39 et 40 ; 14 oct. 2010, *FuB*, C-243-09, point 54 ; 14 mai 2019, C-55/18, point 42.

⁸¹⁰ CJUE 5 oct. 2004 *Pfeiffer* C-397/01, point 118 ; 14 oct. 2010, C-243/09, point 51.

⁸¹¹ Aucune dérogation conventionnelle n'est ouverte pour la durée maximale hebdomadaire de 48 heures.

⁸¹² Depuis la loi du 8 août 2016.

⁸¹³ Pour la durée hebdomadaire moyenne (C. trav. art. L. 3121-24) et pour le repos minimum quotidien (C. trav. art. L. 3131-3), la dérogation par voie administrative est supplétive à l'existence d'un accord collectif.

⁸¹⁴ L'employeur peut, *sous sa seule responsabilité et en informant l'inspecteur du travail*, en cas de travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour organiser des mesures de sauvetage/prévenir des accidents imminents/réparer des accidents déroger au repos minimum (C. trav. art. D. 3131-1) et à la durée

pour lui cependant de demander une régularisation auprès de l'inspecteur du travail⁸¹⁶. Que la voie empruntée soit conventionnelle ou administrative, les dérogations sont en grande partie⁸¹⁷ ouvertes dans des cas dont les caractéristiques sont spécifiées par la loi et précisées par décrets⁸¹⁸. Les demandes dérogatoires auprès de l'Administration du travail doivent s'accompagner de l'avis du CSE quand il existe et justifier des circonstances à l'origine de la demande⁸¹⁹. Il est regrettable que l'accord collectif qui prévoirait des dérogations n'ait pas au moins à énoncer les raisons de la dérogation. Ainsi, le recours à la dérogation doit répondre à des situations spécifiques conçues le plus souvent comme exceptionnelles. Cependant, l'absence de situations ou d'activités limitativement listées par la loi ou par des décrets assouplit ce cadre dérogatoire.

quotidienne du travail de nuit (C. trav. art. R. 3122-5).

⁸¹⁵ L'urgence est à expliquer par l'employeur dans sa demande de régularisation auprès de l'Administration.

⁸¹⁶ C. trav. art. L. 3121-26 et D. 3121-6.

⁸¹⁷ Il manque cette précision pour le dépassement de la durée hebdomadaire moyenne au-delà de 44 heures.

⁸¹⁸ Par voie d'accord : « *en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise* » pour la durée quotidienne (C. trav. L. 3121-19) ; pour la durée de repos minimum, situations à prévoir par décret que la loi indique comme notamment caractérisées par la nécessité d'assurer une continuité du service ou par des périodes d'intervention fractionnées (C. trav. art. L. 3131-2 et D. 3131-4) ; pour la durée quotidienne maximale du travail de nuit, seulement par accord de branche étendu (C. trav. art. L. 3122-17) et pour des activités listées par décret (C. trav. art. R. 3122-7) ; pour la durée moyenne hebdomadaire du travail de nuit, lorsque les caractéristiques propres à l'activités d'un secteur le justifient (C. trav. art. L. 3122-18).

Par voie administrative : pour des travaux listés par décret constituant un « surcroît temporaire d'activité » (durée quotidienne maximale de 10 heures, voir C. trav. art. D. 3121-4) ; pour la durée hebdomadaire maximale autorisation par l'autorité administrative *en cas de circonstances exceptionnelles* (C. trav. art. L. 3121-21) *entraînant temporairement un surcroît extraordinaire de travail* (C. trav. art. R. 3121-10) ; pour le repos quotidien minimum de 11 heures *surcroît temporaire d'activité* (C. trav. art. L. 3131-3) ; pour la durée quotidienne maximale du travail de nuit en cas de circonstances exceptionnelles (C. trav. art. L. 3122-6), définies par décret (C. trav. art. R. 3122-1) ; pour la durée hebdomadaire moyenne de 40 heures pour le travail de nuit (C. trav. art. L. 3122-18) dans des secteurs listés par décret, option qui n'a pas été empruntée encore par le pouvoir réglementaire.

⁸¹⁹ Pour la durée hebdomadaire, justifications utiles et avis du CSE (C. trav. art. D. 3121-5), justifications et avis du CSE transmis avec la demande de dérogation aux 48 heures (voir C. trav. art. R. 3121-10), avis du CSE pour dépasser la durée maximale moyenne de 44 heures (C. trav. art. L. 3121-25), avis du CSE *et* consultation des délégués syndicaux pour la dérogation aux durées maximales du travail de nuit (C. trav. art. R. 3122-2) et à défaut de représentation du personnel les salariés doivent préalablement être informés ce que doit prouver la demande de l'employeur.

317. Des seuils dérogatoires doivent être fixés dans la quasi-totalité des cas⁸²⁰, à l'exception cependant de la durée quotidienne⁸²¹ et de la durée moyenne hebdomadaire. Ces limites de remplacement, seuils indépassables, induisent le même contrôle sur la durée du travail que les limites dérogées. Autrement dit, *l'interdit* est conservé. En revanche, plusieurs dérogations posent davantage de problèmes en ce qu'elles ne s'accompagnent pas de seuils de remplacement et sont, de plus, mobilisables par la seule volonté de l'employeur⁸²².

318. Enfin, il nous faut mentionner l'existence d'une dérogation extraordinaire que constitue le dispositif du forfait jours, qui vient amoindrir de façon problématique la limitation du travail par le temps⁸²³.

2- La violation des limitations sanctionnée, l'employeur responsable

319. La violation des durées maximales de travail et minimales de repos est sanctionnée sur le terrain pénal et administratif, mais le terrain civil du préjudice subi apparaît plus dissuasif (a). Si ces limitations concernent le travail du salarié, et s'apprécient à son échelle, elles engagent en revanche l'employeur, responsable de leurs violations (b).

⁸²⁰ Pour la durée quotidienne, la loi fixe le seuil dérogatoire à 12 heures, pour la durée hebdomadaire moyenne c'est 46 heures (C. trav. L. 3121-23), bien que cette durée dérogatoire puisse étrangement être dépassée « *à titre exceptionnel, dans certains secteurs, régions ou entreprises* » (C. trav. L. 3121-25), avec dans ce cas-là comme garde-fou la durée de 48 heures en moyenne sur une période de référence de 4 mois prévue par la directive européenne et pour laquelle celle-ci n'autorise pas de dérogation ; pour la durée de repos quotidien minimum, c'est 9 heures (C. trav. D. 3131-6) ; pour la durée hebdomadaire maximale la limite de 60 heures par semaine s'impose.

⁸²¹ Seulement par voie administrative et « *à titre exceptionnel* » (C. trav. art. L. 3121-25).

⁸²² Pour la durée quotidienne maximale, aucun seuil prévu en cas de dérogation administrative, et l'employeur peut le décider seul à charge de se faire régulariser ensuite par une autorisation rétroactive de l'inspecteur du travail ; idem pour la dérogation administrative au repos quotidien, en cas de surcroît exceptionnel d'activité ; pour la dérogation à la durée hebdomadaire moyenne sur 12 semaines à titre exceptionnel il est possible de dépasser 46 heures sans limite.

⁸²³ Voir Section suivante.

- a- Un préjudice nécessaire causé par la violation des durées maximales de travail et minimales de repos

320. À l'instar d'un large ensemble de règles relatives à la durée du travail⁸²⁴, la violation des durées maximales de travail et minimales de repos donnent lieu à des sanctions pénales. Amendes de 4^{ème} classe⁸²⁵ et de 5^{ème} classe pour la violation du repos hebdomadaire⁸²⁶ et des règles relatives à l'autorisation de dépassement des durées maximales⁸²⁷, celles-ci sont encourues autant de fois qu'il y a de salariés concernés par les violations. À défaut de poursuites pénales, l'employeur peut faire l'objet d'une amende civile prononcée par l'Administration du travail⁸²⁸.

321. Au-delà des amendes, dont le montant est peu élevé au vu des droits en jeu⁸²⁹ et par ailleurs « budgétisables », c'est aussi et surtout l'indemnisation des salariés à hauteur du préjudice subi qui constitue une sanction dissuasive. Si le montant est librement apprécié par les juges du fond, la jurisprudence de la Cour de cassation s'oriente vers une reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » du salarié en cas de violation des durées maximales de travail. Le préjudice nécessaire s'entend du préjudice pour lequel la victime n'a pas à justifier de son préjudice pour en obtenir réparation. Dans un arrêt du 26 janvier 2022, la Cour de cassation a en effet considéré que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail cause un préjudice au salarié⁸³⁰, suivi de près par une position identique sur la violation des durées maximales et des durées de repos minimum journalier et hebdomadaire pour un salarié en mi-temps thérapeutique⁸³¹. La reconnaissance d'un « *préjudice nécessaire* » sert manifestement à garantir l'effectivité d'une règle⁸³², notamment en droit du travail où le contentieux pénal est

⁸²⁴ Pour les dispositions pénales sur le livre relatif à la durée du travail : C. trav. art. R. 3124-1 à R. 3124-16.

⁸²⁵ Pour violation de la durée quotidienne maximale (C. trav. art. R. 3124-3), des durées hebdomadaires maximales (C. trav. art. R. 3124-11), sur le repos quotidien (C. trav. art. R. 3135-1).

⁸²⁶ C. trav. art. R. 3135-2.

⁸²⁷ C. trav. art. R. 3124-13.

⁸²⁸ C. trav. art. L. 8115-1, 1^o et 2^o.

⁸²⁹ Amende maximale de 750 euros pour la 4^{ème} classe, et 1.500 euros ou 3.000 euros en cas de récidive pour la 5^{ème} classe.

⁸³⁰ Soc. 26 janv. 2022, n^o 20-21.636, Publié, note J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2022, n^o 537.

⁸³¹ Soc. 14 déc. 2022, n^o 21-21, inédit.

⁸³² P. FLORÈS, *Sem. soc. Lamy* 2016, n^o 1721 (obs sous. Soc. 29 avril 2003, n^o 01-41.364, *Bull.* n^o 145) ; J.-

peu fourni⁸³³. En matière sociale, utilisée d'abord vis-à-vis du licenciement⁸³⁴, la notion a été ensuite mise de côté par la Chambre sociale⁸³⁵ au profit du principe selon lequel l'existence et l'évaluation du préjudice relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Plus limité qu'abandonné⁸³⁶, il se retrouve à nouveau mobilisé par la Cour de cassation⁸³⁷. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le dépassement de la durée moyenne maximale en ce qu'il prive du repos le travailleur constitue « *de ce seul fait, un préjudice* »⁸³⁸. Or, pour certains, la violation du droit de l'Union européenne est un élément utile à la reconnaissance du préjudice nécessaire⁸³⁹. C'est dans ce contexte, et au visa de l'article L. 3121-35 alinéa 1⁸⁴⁰ « *interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive* », que sont rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation les deux arrêts de 2022 précités. Concernant la violation du repos quotidien, la Cour de cassation avait retenu le préjudice nécessaire dès un arrêt du 23 mai 2013⁸⁴¹, remis cependant en cause par un arrêt du 25 novembre 2020⁸⁴². Depuis, la Cour de cassation semble poursuivre sur cette voie, ayant

P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2022, n° 537 (note sous Soc. 26 janv. 2022, n° 20-21.636, Publié). V. aussi : P. BAILLY, D. BOULMIER, La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions en droit du travail, *RDT* 2017, p. 374.

⁸³³ V. BONNIN, Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, *RJS* 2017, p. 619.

Sur la question de la pertinence de la notion du préjudice nécessaire en droit du travail : B. BAUDUIN, A. BROUSSE, Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? *RDT* 2022, p. 209 : pour Béatrice Bauduin, la notion de préjudice nécessaire doit être encadrer dans ses usages et être au moins caractérisé ; pour Adrien Brousse, la notion de préjudice nécessaire se justifie d'autant plus que le droit du travail constitue une spécificité dans le droit civil, où le pouvoir de l'employeur ne se limite pas à des simples prérogatives d'un contractant envers un autre. Le préjudice nécessaire serait alors une manière de réagir à ce pouvoir exorbitant.

⁸³⁴ Soc. 29 avril 2003, n° 01-41.364, *Bull.* n° 145, obs. P. FLORES, *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1721.

⁸³⁵ Soc. 13 avril 2016, n° 14-28.293, inédit : arrêt pris sous l'impulsion de la chambre mixte (Ch. mixte 6 sept. 2002, n° 98-22.981, *Bull.* n° 4) et de l'Assemblée plénière (Ass. plén. 26 mars 1999, n° 95-20.640, *Bull.* n° 3) comme en témoigne le rapport annuel de la Cour de cassation de 2016 (*Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2016, p. 247).

⁸³⁶ En ce sens : S. RANC, En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire, *Dr. soc.* 2023, p. 309.

⁸³⁷ Voir par exemple Soc. 13 sept. 2017, n° 16-13.578, Publié.

⁸³⁸ CJUE 14 oct. 2010, aff. C-243/09, points 53 et 54.

⁸³⁹ Dans ce sens : J.-G. HUGLO, La Cour de cassation et la réparation en droit du travail, *Dr. soc.* 2023, p. 286.

⁸⁴⁰ Dans sa version en vigueur avant 2016.

⁸⁴¹ Soc. 23 mai 2013, n° 12-13.015, inédit ; 17 fév. 2016, n° 13-28.791, inédit.

⁸⁴² Soc. 25 nov. 2020, n° 19-21.369, inédit : *L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du*

reconnu dans un arrêt rendu le 27 septembre 2023 que le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail d'un travailleur de nuit causait un préjudice nécessaire⁸⁴³.

b- La responsabilité de l'employeur en cas de cumul d'activités

322. D'après l'article L. 8261-1 du code du travail, « *aucun salarié ne peut accomplir de travaux rémunérés au-delà de la durée maximale de travail, telle qu'elle ressort des dispositions légales de sa profession* ». La durée maximale renvoie certainement ci aux durées maximales hebdomadaires et quotidiennes⁸⁴⁴. C'est ce que considère également, la Cour de justice de l'Union européenne dans une décision du 17 mars 2021⁸⁴⁵. Ainsi, le respect des limites des durées du travail et de repos s'apprécient logiquement *par travailleur*, ce qui est logique car elles sont guidées par une finalité de protection de la santé et de la sécurité. C'est par le cumul des durées effectuées par un salarié entre différents emplois et même différents employeurs que le respect des limitations de la durée du travail peut se vérifier.

323. D'après l'article L. 8261-2 du code du travail disposant que « *nul ne peut recourir aux services d'une personne qui méconnaît les dispositions de la présente section* », l'employeur a une responsabilité. Informé, s'il reste inactif face à cette situation il se rend coupable d'une infraction⁸⁴⁶. Le seul constat par l'employeur du dépassement global des durées maximales par un de ses salariés en cumul d'activités ne peut justifier un licenciement pour faute grave⁸⁴⁷. Il doit mettre en demeure le salarié de réduire sa durée du travail ou de choisir un de ses emplois⁸⁴⁸. En cas d'inertie ou de refus, le salarié peut être licencié pour faute grave⁸⁴⁹. En

pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

⁸⁴³ Soc. 27 sept. 2023, n° 21-24.782, Publié.

⁸⁴⁴ Dans ce sens-là : J.-F. PAULIN, *Le cumul d'emplois salariés*, JA 2010, p. 39.

⁸⁴⁵ CJUE 17 mars 2021, aff. C-585/19.

⁸⁴⁶ Voir Soc. 19 mai 2010, n° 09-40.923, inédit.

⁸⁴⁷ Voir Soc. 9 mai 1995, n° 91-43.786, inédit ; 9 déc. 1998, n° 96-41.911, inédit ; 10 déc. 2003, n° 01-45.826, 07-43.985, *Bull.* n° 70, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2009, p. 455.

⁸⁴⁸ Sur la possibilité de la réduction de la durée du travail : Soc. 14 oct. 2020, n° 18-11.892, inédit.

⁸⁴⁹ Soc. 31 janv. 1996, J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1996, p. 424 ; 4 juin 1998, J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1998, p. 837 ; 10 mars 2009, n° 07-43.985, précité ; 16 sept. 2009, n° 07-45.346, *Bull.* n° 184 ; 19 mai 2010, n° 09-40.923, inédit ; 14 oct. 2020, n° 18-11.892, inédit.

revanche, l'employeur n'a quant à lui aucune obligation d'accepter la demande du salarié de réduire sa durée du travail⁸⁵⁰.

B- DES LIMITES-SEUILS : LA DURÉE LÉGALE ET SES SOUS-CATÉGORIES

324. La durée légale et les sous-catégories qui la composent sont aussi des limites du temps de travail. Elles fonctionnent différemment des durées maximales de travail et minimales de repos. En effet, il ne s'agit pas d'interdits, de limites-obstacles, mais de déclencheurs, c'est-à-dire de limites-seuils. Le franchissement de ces seuils déclenche l'application de régimes juridiques, et nourrissent également l'idée de référence (1). Cependant, le seuil de la durée légale perd de sa force – on pourrait dire aussi de son effet – à mesure que le seuil s'éloigne et que les conséquences associées à son franchissement sont réduites (2).

1- Le franchissement de seuils : la règle des 35 heures assurée

325. Le nombre d'heures travaillées détermine dans plusieurs cas l'application de régimes juridiques. Si on peut penser par exemple au statut du travailleur de nuit, qui dépend du nombre d'heures de travail de nuit⁸⁵¹, c'est manifestement la durée légale qui représente le cas le plus emblématique d'un seuil dans la durée du travail.

326. Fixées par la loi du 21 juin 1936 comme durée maximale⁸⁵², les « 40 heures » deviennent en 1946 une « *durée normale* »⁸⁵³, au-delà de laquelle des heures peuvent être travaillées sous condition. Cette « normalité » est successivement réduite à 39 heures hebdomadaires en 1982 puis 35 heures en 2000.

La durée légale s'exprime de manière générale de façon *hebdomadaire*⁸⁵⁴. D'après l'article L. 3121-27 du code du travail, « *la durée légale de travail effectif des salariés à*

⁸⁵⁰ Soc. 10 mars 2009, n° 07-43.985, précité.

⁸⁵¹ Faire au moins 2 fois par semaine au moins 3 heures de travail de nuit ou un nombre minimal d'heures de travail de nuit sur 12 mois continus (C. trav. art. L. 3122-5), ce nombre minimal peut être fixé par accord de branche étendu (C. trav. art. L. 3122-16) et à défaut il est de 270 heures (C. trav. art. L. 3122-23).

⁸⁵² Avec possibilités de dépasser dans des cas exceptionnels très rares (les mêmes que ceux aujourd'hui pour la durée hebdomadaire).

⁸⁵³ Loi n°46-283 du 25 février 1946 sur la rémunération des heures supplémentaires.

⁸⁵⁴ Aujourd'hui, l'ordre public se borne à fixer la durée légale à 35 h « *par semaine* » (C. trav. art. L. 3121-32),

temps complet est fixée à 35 heures par semaine ». Dans le cadre de l'aménagement du temps de travail, l'article L. 3121-41 prévoit que « *si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1 607 heures* », passant donc d'une expression hebdomadaire à annuelle.

327. Le dépassement de la durée légale déclenche d'abord le régime des heures supplémentaires qui donnent lieu à une majoration ou un repos compensateur équivalent⁸⁵⁵.

Au sein même des heures supplémentaires, le contingent annuel constitue quant à lui une limite dont le dépassement entraîne l'application d'un régime avec des contreparties spécifiques⁸⁵⁶.

Par ailleurs, le statut du travail à temps partiel découle d'une durée contractuelle inférieure à la durée légale qui entraîne l'application d'un régime avec des obligations telles que l'élargissement des mentions contractuelles obligatoires et une prévisibilité du temps de travail minimale à garantir. Sans franchir le seuil des 35 heures, le nombre d'heures travaillées au-delà de la durée contractuelle entraîne quant à lui l'application du régime des heures complémentaires avec, à l'instar des heures supplémentaires, des majorations dues et un encadrement du volume d'heures complémentaires autorisées.

328. Ces limites fonctionnent non comme un plafond ou un plancher mais comme « un seuil »⁸⁵⁷. Si elle n'est donc pas un maximum, la durée légale n'en est pas moins *impérative* et ne fonctionne pas seulement comme une « norme » au sens commun du terme⁸⁵⁸. Règle impérative, son évitement exige des dispositifs dérogatoires.

sachant qu'un accord collectif « *peut fixer une période de sept jours consécutifs constituant la semaine* » (C. trav. art. L. 3121-35), et à défaut de stipulations contraires « *la semaine débute le lundi à 0 heure et se termine le dimanche à 24 heures* » (C. trav. art. L. 3121-37).

⁸⁵⁵ C. trav. art. L. 3121-28.

⁸⁵⁶ C. trav. art. L. 3121-30 alinéa 1 : *Les heures effectuées au-delà [du] contingent annuel ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos.*

⁸⁵⁷ A. JEAMMAUD, La notion de durée légale du travail, *Dr. soc.* 1981, p. 441 ; F. FAVENNEC-HÉRY, M. MINÉ, Faut-il abroger la durée légale du travail, *RDT* 2008, p. 292 ; F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, G. DUCHANGE, *Droit du travail*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2022, p. 677.

⁸⁵⁸ Dans ce sens-là, sur l'idée d'un « *mythe de la durée légale du travail* » : L. DRAI, « Action : temps de travail », dans *Notions et normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), coll. « Colloques », Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 283.

329. Au-delà d'une norme juridique, attachée à un régime, la durée légale représente également *une référence*, agissant, selon les mots de Tiennot Grumbach, comme « *une sorte de filet de sécurité idéologique* »⁸⁵⁹. Autrement dit, les « 35 heures » produisent un effet symbolique, en tant qu'elles sont identifiées par les salariés comme une durée de référence.

2- L'affaiblissement du seuil : l'enjeu des 35 heures amoindri

330. La force d'un seuil dépend à la fois des effets produits par son franchissement (a) et de la fixité de sa ligne (b). Or, concernant la durée légale et les « sous-seuils » qui l'accompagnent, cette force s'est, sur ces deux plans, incontestablement amoindrie.

a- La réduction des effets du seuil

331. Le dépassement de la durée légale devait, avant 1982, être justifié par le besoin « *d'accroître la production* »⁸⁶⁰. La législation a acté par la suite le passage d'un « *recours motivé à un recours libre* »⁸⁶¹ aux heures supplémentaires. Cela a débouché sur la suppression par la loi du 20 août 2008, de l'information préalable à l'inspection du travail et aux représentants du personnel, dans et au-delà du contingent, cas où l'inspection du travail devait en plus donner son autorisation.

332. La force de la durée légale est surtout atténuée par la normalisation d'un taux très bas de majoration. À l'origine, la majoration qui s'imposait était de 25% pour les huit premières heures supplémentaires puis de 50% pour les suivantes. Dans une visée de réduction du temps de travail et de valorisation du temps de repos, la loi Aubry II du 19 janvier 2000 est venue consacrer le principe d'une « bonification » sous forme de repos pour les quatre premières heures supplémentaires⁸⁶², en maintenant les majorations de 25% et 50% au-delà.

La dynamique d'affaiblissement du seuil des 35 heures date surtout de la loi du 17 janvier 2003 qui a rendu possible la réduction par accord des majorations à 10%, le présentant

⁸⁵⁹ T. GRUMBACH, La contre-réforme libérale et le droit du travail (II), *Les Temps Modernes*, 2010, p. 256.

⁸⁶⁰ C. trav. anc. art. L. 212-6 (modifié par ord. n° 82-41 du 16 janvier 1982, art. 5).

⁸⁶¹ D. BOULMIER, Modification du contrat résultant d'une modification de la durée du travail, *RJS* 12/98, n° 1445.

⁸⁶² Sauf si un accord en dispose autrement.

comme le principe⁸⁶³. Sans parler à l'époque de supplétivité, cette nouvelle formulation relègue le législateur à une « *fonction de substitution* »⁸⁶⁴, évolution d'autant plus symbolique que la réglementation des heures supplémentaires – notamment au vu de la politique de réduction du temps de travail et de celle de l'emploi – avait toujours été l'apanage de la loi⁸⁶⁵. Avec la recodification par l'ordonnance du 12 mars 2007, le principe redevient la majoration à 25% pour les huit premières heures puis 50%. La réduction du taux conventionnel jusqu'à 10% est dérogatoire. Mais la loi du 8 août 2016 renverse le principe et l'exception, réinstaurant cette logique de supplétivité qui d'originale en 2003 se normalise très largement avec la « loi travail »⁸⁶⁶ ; l'accord collectif, et la majoration des 10% rendue possible à travers lui, devient ainsi « *la référence normative* »⁸⁶⁷. L'ordre public dispose quant à lui seulement que toute heure supplémentaire « *ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent* »⁸⁶⁸.

Ajoutons qu'auparavant un repos additionnel de 50% du temps supplémentaire était dû à partir de la 42^{ème} heure, rendu supplétif en 2003 et entièrement facultatif depuis 2016⁸⁶⁹. Enfin, il nous faut évoquer le dispositif d'exonération de cotisations sociales, instauré par Nicolas Sarkozy, alors président, par la loi TEPA du 21 août 2007, abrogé ensuite avant d'être rétabli en 2019⁸⁷⁰.

b- L'éloignement du seuil

333. Le franchissement du seuil est rendu moins probable, au moyen d'outils dont le recours est facilité et amplifié. Sans rentrer dans le détail, il est question ici de la comptabilisation des heures qui vont être considérées et traitées comme des heures supplémentaires.

⁸⁶³ Voir l'ancien article L. 212-5 dans sa rédaction issue de la Loi du 17 janvier 2003.

⁸⁶⁴ F. FAVENNEC-HÉRY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 35.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ Il en ressort une nouvelle architecture de la partie sur la durée du travail autour des blocs d'ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives.

⁸⁶⁷ S. FROSSARD, La supplétivité des règles en droit du travail, *RDT* 2009, p. 83.

⁸⁶⁸ C. trav. art. L. 3121-28.

⁸⁶⁹ Aujourd'hui seulement facultatif : C. trav. art. L. 3121-33, II, 2.

⁸⁷⁰ Décret n° 2019-40 du 24 janvier 2019. V. P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., coll. « Thémis Droit », PUF, 2022, p. 460.

334. Le mécanisme de l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine permet un calcul *en moyenne* sur une période supérieure à la semaine et une compensation entre les semaines hautes et basses. L'article L. 3121-41 dispose aujourd'hui que « *lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence* ».

Permis à partir de 1967⁸⁷¹, puis étendus sous forme d'annualisation en 1982⁸⁷², les dispositifs modulateurs multipliés avec la réforme de 35 heures sont unifiés avec la loi du 20 août 2008 sous un régime unique d'aménagement du temps de travail et d'organisation de la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année⁸⁷³. Le recours à l'« aménagement du temps de travail » a été flexibilisé au fil des réformes, par la décentralisation de la production de sa réglementation⁸⁷⁴, l'abandon de toute justification⁸⁷⁵ et l'ouverture à la mise en place par simple décision unilatérale.

De plus, les limites temporelles à l'aménagement du temps de travail ont été étendues. La limite externe, qui correspond à l'étendue de la période de référence sur laquelle l'aménagement est possible, a été étendue dans le cas d'un aménagement par accord d'un à trois ans par la loi du 8 août 2016. Cette disposition a cependant été très peu mobilisée, depuis que le Comité européen des droits sociaux l'a jugée contraire à la Charte sociale européenne⁸⁷⁶ ; par décision unilatérale, cette limite externe n'est que de quatre ou neuf semaines, en fonction de la taille de l'entreprise⁸⁷⁷.

⁸⁷¹ Ord. n° 67-830 du 27 sept. 1967.

⁸⁷² Pour un aperçu de la réglementation de la durée du travail avant les 35 heures voir J. FREYSSINET, *Le temps de travail en miettes*.

⁸⁷³ C. trav. anc. art. L. 3122-1 et s.

⁸⁷⁴ Accord collectif de branche étendu, puis loi quinquennale de 1993 accord d'entreprise possible, primauté de l'accord d'entreprise sur la branche ouverte par la loi Fillon de 2004.

⁸⁷⁵ C. trav. anc. art. L. 3122-9, al. 3 : « *La convention ou l'accord précise les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation* ». Voir : M. GRÉVY, Où en est le temps de travail, *Dr. ouvrier* 2009, p. 196 ; M. MINÉ, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 197 ; F. BERGERON-CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, *Dr. soc.* 2010, p.379.

⁸⁷⁶ Le Comité a considéré que la tri-annualisation viole l'article 4 §2 de la Charte sociale européenne : la période de référence supérieure à l'année ayant pour effet de priver les travailleurs d'un droit à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires et pouvait avoir des effets négatifs sur la santé et la sécurité ainsi que sur l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée des salariés (CEDS, 18 oct. 2018, CGT

La limite interne, qui correspond au seuil au-delà duquel les heures travaillées sont immédiatement comptabilisées comme des heures supplémentaires sans pouvoir être compensées par d'autres semaines, a également été très assouplie voire supprimée dans certain cas⁸⁷⁸.

Ajoutons très rapidement que le contingent annuel a, de son côté, augmenté considérablement ces vingt dernières années⁸⁷⁹.

335. De ces évolutions ressort le constat incontestable que la réduction de la durée légale à 35 heures s'est accompagnée d'une flexibilisation du droit de la durée du travail, affaiblissant par là-même cette durée légale. Plutôt qu'éléments contradictoires, norme et dérogations peuvent être présentées comme paire d'un même « système de régulation »⁸⁸⁰. Remontant jusqu'en 1936 et à la concession de Léon Blum de pouvoir répartir les heures au-delà de la semaine, Monsieur Antoine Jeammaud y voit déjà l'ouverture « à une transformation de la durée légale en simple moyenne hebdomadaire à respecter par un jeu de compensation »⁸⁸¹.

SECTION 2 : LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS : UNE NÉCESSITÉ PAS TOUJOURS SUFFISANTE

336. Alors qu'on a pu parler de « révolution numérique »⁸⁸², les technologies modernes de l'information et de la communication partagent avec celles de la révolution industrielle le fait

c/ France, réclamation n° 154/2017, note S. IZARD, *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1854).

⁸⁷⁷ C. trav. art. L. 3121-45.

⁸⁷⁸ Avant 2000, par accord collectif, au-delà de 41 heures les heures travaillées ne pouvaient pas être compensées et étaient de suite payées comme des heures supplémentaires, puis à partir de 2000 c'est devenu seulement le principe mais à fixer librement par accord, et en 2016 ne devient qu'une faculté (voir P. LOKIEC, La "modulation" du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 957.

⁸⁷⁹ Passage de 130 heures (L 19 janv. 2000) à 220 heures (Loi du 17 janv. 2003), durée supplétive sans aucun plafond d'ordre public prévu. S'ajoute la non prise en compte dans le calcul du contingent des heures supplémentaires dès lors qu'elles ne font pas l'objet d'une majoration salariale mais d'un repos compensateur équivalent.

⁸⁸⁰ M. ASLIN, J. OYER, Flexibilité du temps de travail. Evolution conventionnelle et légale du système de normes et de dérogation en matière de durée du travail, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1987/3, p. 32.

⁸⁸¹ A. JEAMMAUD, La notion de durée légale du travail, *Dr. soc.* 1981, p. 441.

⁸⁸² Par exemple : P. CHANTEPIE, A. LE DIBERDER, *Révolution numérique et industries culturelles*, La

que la « technique » permet de dépasser les limites temporelles naturelles, sociales ou concrètes qui s'imposaient jusque-là. Dans un article paru en 2002 intitulé « Travail, droit et technique », Monsieur Alain Supiot considère que le « *cadre spatio-temporel institué progressivement depuis un siècle par le droit du travail (...) se trouve aujourd'hui ébranlé par les nouvelles techniques de l'information et de la communication, et exposé aux fantasmes de l'ubiquité : celui d'un être humain disponible en tout lieu et à toute heure pour travailler ou consommer* ». Il en conclut alors au besoin de nouvelles limites, « *pour reconstituer des unités de temps et de lieu compatibles avec la vie réelle du travailleur* »⁸⁸³. Il ne s'agit, ni il y a vingt ans, ni *a fortiori* aujourd'hui, de se positionner pour ou contre ces techniques, mais plutôt de bien saisir les risques qu'elles comportent et d'apprécier leur encadrement. Permettons nous d'ajouter que le numérique n'a pas seulement été la *cause* des mutations observées mais également un « *facilitateur* »⁸⁸⁴. En effet, une technique ne se développe pas seulement quand elle devient possible mais quand elle devient utile⁸⁸⁵. Sûrement à la fois effet et cause, le numérique et les mutations du travail se nourrissent mutuellement⁸⁸⁶.

Ce contexte, marqué par le numérique et les mutations du travail, amène légitimement à questionner la capacité du temps à constituer une réelle limitation du travail. Cette capacité serait réduite d'une part du fait de la porosité des frontières, temporelles et géographiques, par laquelle le travail *déborderait* sans que le temps ne puisse le limiter ni l'encadrer (I). Elle serait mise en cause d'autre part du fait de l'existence de dimensions du travail non saisies par le temps de travail, et qui devraient alors trouver d'autres outils de limitations (II). Pour ces

Découverte, 2005 ; É. SCHERER, *La révolution numérique : Glossaire*, Dalloz, 2009 ; A. BRAVO, *La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique : Enjeux et perspectives des prochaines décennies*, La Documentation française, 2009.

⁸⁸³ A. SUPIOT, Travail, droit et technique, *Dr. soc.* 2002, p. 21.

⁸⁸⁴ G. ÉTIEVANT, Les impacts du numérique sur l'organisation du travail et les conditions de travail, *Dr. ouvrier* 2017, p. 387.

⁸⁸⁵ V. not. H. VÉRIN, *La gloire des ingénieurs- L'intelligence technique du XVIe au XVIIIe siècle*, Albin Michel, 1993.

⁸⁸⁶ Voir S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE, L'impact des TIC sur la santé au travail, *JCP S* 2013, 145 : « *la société de l'information a facilité l'irruption du concept de flexibilité* ». On nuancerait davantage encore, en ne parlant pas de faciliter l'irruption mais de faciliter l'étendue et la pratique de la flexibilité.

deux types de mise en cause, il convient de se demander dans quelle mesure la pertinence de la limitation du travail par le temps se trouve dépassée ou non, et comment le droit s'adapte ou doit s'adapter pour que le travail demeure pleinement limité.

I- PAR-DELÀ LE TEMPS DE TRAVAIL ? LA FAUSSE FATALITÉ D'UNE POROSITÉ ET LA PERTINENCE INTACTE DE LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS

337. Les possibilités de travail permises par les technologies modernes de l'information et de la communication participent à brouiller la correspondance entre séparation des temps et séparation des lieux⁸⁸⁷. Le travail se met à pouvoir survenir dans des temps (A) et des lieux (B) auparavant étrangers au travail, compliquant d'autant les limites temporelles du travail qu'assuraient respectivement des blocs temporels bien structurés et un lieu de travail spécialement dédié. Mais, si ces limitations du travail par le temps se trouvent bien *compliquées*, tant l'état du droit positif que les possibles techniques permettent de maintenir une limitation du travail par le temps.

A- SURVENANCE DU TRAVAIL EN DEHORS DES PLAGES HORAIRES PRÉVUES, UNE POROSITÉ DES TEMPS ?

338. La survenance du travail en dehors des plages horaires prévues constitue à la fois des intrusions professionnelles et une fragmentation des temps de repos. Elle fragilise ainsi la limitation du travail par le temps tant dans son objectif d'encadrer le travail que celui de garantir le repos⁸⁸⁸. Face à cette double fragilisation, le décompte du temps de travail se doit de maintenir sa participation à la garantie des frontières du travail, en prenant en considération la multiplication d'intrusions professionnelles (1), et à la garantie d'heures de repos consécutives, menacée par la fragmentation des temps de repos qu'entraînent lesdites intrusions (2).

⁸⁸⁷ A. SUPIOT, Travail, droit et technique, *Dr. soc.* 2002, p. 21.

⁸⁸⁸ V. Paragraphe 282 et s.

1- Intrusions professionnelles : l'exigence redoublée de garantir les frontières

339. Alors que les salariés doivent faire face à des intrusions professionnelles, auxquelles se greffent des logiques poussant à ne pas compter leur temps (a), de telles intrusions ne remettent pas en cause en elles-mêmes les frontières temporelles du travail mais les multiplient (b). Mouvantes, ces frontières se perçoivent d'autant mieux lorsqu'il est procédé au décompte de l'ensemble du temps travaillé.

a- Intrusions professionnelles et injonctions à ne pas compter son temps

340. Par l'utilisation des technologies modernes de l'information et de la communication et la dématérialisation de certaines activités professionnelles, un grand nombre de salariés sont de plus en plus susceptibles de pouvoir travailler en dehors de leurs horaires prévus de travail. Cette possibilité matérielle intervient dans un contexte où elle a toutes les chances d'être mobilisée⁸⁸⁹. En effet, l'utilisation de ces technologies et le recours croissant au télétravail se développent dans un modèle caractérisé par des logiques de flexibilité⁸⁹⁰, d'immédiateté et de simultanéité⁸⁹¹. Afin d'optimiser la mise en œuvre de ces moyens d'information et de communication, les travailleurs sont enjoins à rester de plus en plus connectés et être réactifs⁸⁹².

La dématérialisation du travail s'inscrit également dans « *la société de performance* »⁸⁹³, marquée par le passage du « je dois » au « je peux donc je dois »⁸⁹⁴, qu'accompagnent les

⁸⁸⁹ Possibilité et usage d'une technique se construisant ensemble (v. note de bas de page 888).

⁸⁹⁰ T. BRETON, *Le Télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Rapport remis au ministre de l'Intérieur, La Documentation française, 1994, p. 13 et p. 34.

⁸⁹¹ Voir plus largement N. AUBERT, *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, Flammarion 2003 ; F. JAUREGUIBERRY, *Rapport sur la déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication*, ANR, 2014 [en ligne].

⁸⁹² *Ibid.* : « ce nouveau monde d'interconnexion généralisée n'a toutefois de sens que si les interlocuteurs, au bout du fil et des ondes répondent : d'où l'injonction à rester de plus en plus connecté ».

⁸⁹³ B.-C. HAN, *La société de la fatigue*, Circé, 2014 : la société de la discipline serait remplacée par la « société de la performance », encore différente de la société du contrôle perçue comme une évolution de la société de la discipline.

⁸⁹⁴ F. LEDERLIN, Télétravail : un travail à distance du monde, *Etudes* nov. 2020, p. 35. Elle se réfère explicitement à l'essai de B.-C. HAN (op. cit.), dont l'introduction expose clairement le passage de l'impératif de « devoir » à celui de « pouvoir » ; J.-E. RAY, De la sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p. 5.

nouvelles formes de management qui promeuvent la performance individuelle⁸⁹⁵. Les salariés bénéficiant d'une certaine autonomie sont par ailleurs poussés à interioriser les objectifs donnés⁸⁹⁶ et à user de leur « liberté » en travaillant toujours plus. Ces tendances se vérifient en télétravail où les salariés sont particulièrement amenés à dépasser les limites horaires prévues⁸⁹⁷. Cela s'explique notamment par un sentiment d'être redevable auprès de sa hiérarchie, le télétravail étant encore perçu comme une « faveur »⁸⁹⁸ qui « s'échangerait » par une hausse de la quantité de travail⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE, L'impact des TIC sur la santé au travail, *JCP S* 2013, 1452.

⁸⁹⁶ J.-E. RAY, Vie professionnelle, vie personnelle et TIC, *Dr. soc.* 2010, p. 44 ; D. LINHART, La question de la confiance dans les relations de travail, dans *Le travail, entre l'entreprise et la cité*, G. JEANNOT, P. VELTZ (dir.), Éditions de l'Aube, 2001, p. 244 ; C. SINTEZ, De la subordination à la domination du salarié : la preuve « sociologique » par le temps de travail, *RDT* 2012, p. 406 ; S. BERNARD, *Le nouvel esprit du salariat. Rémunérations, autonomie, inégalités*, PUF, 2020, p. 20.

⁸⁹⁷ A. PROBST, Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. soc.* 2006, p. 109 ; L. TASKIN, Les enjeux du télétravail pour l'organisation, *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, p. 81 ; C. LEBORGNE-INGELAERE, Technologies de l'information et de la communication » et télétravail : un couple paradoxal, *BJT* 2018, n° 2, p. 139.

⁸⁹⁸ M. DUMAS, C. RUILIER, Le télétravail : les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ? *Management & Avenir* 2014, n°74, p. 91 : renvoient à C. Middleton, Illusions of balance and control in an always-on environment : A case study of BlackBerry users, *Journal of media and cultural studies*, 2007 ; A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE, H. ISAAC, Technologies de l'information, Contrôle et panoptique : pour une approche deleuzienne, *Systèmes d'information et management* 2013, 18 ; la liberté accordée devient une forme d'autocontrôle d'ailleurs ; J. PRALONG, M. PERETTI-N'DIAYE, Télétravail, compétences et modes de coordination, *Dr. ouvrier* 2021, p. 142 : présentent leur étude qui analyse un groupe de 317 télétravailleurs entre 2009 et 2019 : il en ressort notamment deux groupes : le groupe 1 composé d'hommes cadre en réussite pour qui « l'accès au télétravail est une récompense et un outil de fidélisation », et le groupe deux de femmes non cadres, plus jeunes, pour qui « l'accès au télétravail est une opportunité ». Dans le premier cas, le salarié est redevable de la récompense, dans le second il a à faire ses preuves.

⁸⁹⁹ Théorie de l'échange social (C. KELLIHER, D. ANDERSON, Doing more with less? Flexible working practices and the intensification of work, *Human Relations*, 2010, p. 83). On peut aussi remarquer la proximité entre l'amélioration de la qualité de vie et la logique de performance (V. par exemple : D.-G. TREMBLAY, *Le télétravail : articuler qualité de vie et performance*, CEFRIO, 2001).

341. Tout un discours vient légitimer ce rapport au temps de travail, en dépeignant le modèle-type du salarié intellectuel, dont la passion pour son travail justifierait de « ne pas compter ses heures »⁹⁰⁰. La faculté de travailler chez soi dépasse aujourd'hui la catégorie des cadres supérieurs pour concerner bien plus largement des salariés qui ne bénéficient pas de la même capacité de négociation et de résistance sur la défense des frontières entre leurs temps de vie⁹⁰¹. De fait, les possibilités de travail à distance participent à un envahissement du travail dans la sphère privée⁹⁰², ce que des sociologues choisissent de nommer un « *travail en débordement* »⁹⁰³.

b- Des frontières mouvantes mais nettes par le décompte du temps

342. La dématérialisation du travail, et les intrusions professionnelles impromptues qu'elle entraîne, jouent sur les frontières entre temps de travail et temps de vie personnelle. Elles participent à la remise en cause du modèle classique d'une journée de travail séparée en deux « blocs », le temps de travail et le temps hors travail. Vie professionnelle et vie personnelle ne sont ainsi plus séparées par une seule frontière dans la journée qui, une fois franchie, protégerait de tout assaut du travail.

343. La frontière entre les temps n'en est pas pour autant brouillée, comme il est parfois d'usage de le dire⁹⁰⁴. En effet, par la survenance du travail, le temps escompté comme temps

⁹⁰⁰ J.-E. RAY, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ?* *Dr. soc.* 2012, p. 443 ; Grande accélération et droit à la déconnexion, *Dr. soc.* 2016, p. 912.

⁹⁰¹ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, rapport du ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2015, p. 20.

⁹⁰² E. GENIN, L'empiètement du travail des femmes et de hommes cadres sur leur vie personnelle, *Gestion* vol. 34, p. 128 ; G. LOISEAU, La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463 : « *exportation de l'activité professionnelle dans la sphère personnelle* ».

⁹⁰³ G. H. FENNER, R. W. RENN, Technology-assisted supplemental work and work-to-family conflict : The role of instrumentality beliefs, organizational expectations and time management, *Human Relations* 2010, vol. 63, n° 1, 63-82 (cité par : E. VAYRE, A.-M. VONTHRON, M. PERISSE, « Usages des technologies digitales à des fins professionnelles. Incidences sur le rapport à Internet, l'engagement au travail et l'équilibre de vie », dans *Dé-libérer le travail : Démocratie et temporalités au cœur des enjeux de santé au travail*, C. EDEY GAMASSOU, A. MIAS (coord.), Teseo, 2021, p. 127).

⁹⁰⁴ V. par exemple récemment : S. DEMAY, *La charge de travail à l'ère du numérique : réflexion sur la santé au travail*, Thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023, p. 40.

de repos doit être requalifié en temps de travail. S'ouvre ainsi une nouvelle plage horaire de travail, encadrée par de nouvelles frontières. Autrement dit, le *risque* d'un brouillage des temps⁹⁰⁵ existe bel et bien mais le brouillage en lui-même n'a rien d'inévitable. C'est au droit et à la vigilance relative à son application d'y parer. Ainsi, mouvantes, les frontières temporelles n'en sont pas pour autant poreuses ni brouillées. Dans le respect de la définition du temps de travail, à laquelle ne saurait échapper tout temps travaillé, les frontières temporelles doivent justement demeurer nettes et précises.

2- Fragmentation des temps de repos : l'impératif de garantir des heures de repos consécutives

344. La survenance du travail en dehors des plages horaires journalières prévues, on pourrait dire aussi en dehors de l'amplitude prévue, a pour effet de fragmenter le temps de repos des salariés, non sans conséquence sur sa qualité. Mais, sans même entrer dans ces considérations qualitatives, c'est sur le plan comptable qu'il s'agit de veiller. En effet, la fragmentation des temps de repos, dès lors qu'elle comporte le risque d'une fragmentation des durées de repos minimum *consécutives* (a), doit pousser à la vigilance et à la rigueur comptables (b).

a- Le risque d'une fragmentation des heures de repos consécutives minimum

345. Les interventions professionnelles en dehors des horaires prévus ont pour effet de fragmenter le temps de travail et donc le temps de repos. Un mail envoyé le soir ou un coup de téléphone professionnel constitue une interruption du temps de repos. La pratique du télétravail, par laquelle les salariés sont autorisés parfois à gérer plus librement leurs horaires de travail, renforce cette réalité. La fragmentation du temps de repos peut résulter d'un travail supplémentaire, qui s'ajoute à la durée du travail normale, mais aussi d'une fragmentation du temps de travail à volume constant.

346. En réaction à ces interventions professionnelles venant fragmenter de fait le temps de repos, une volonté se fait entendre de venir autoriser la fragmentation des durées *minimales* de repos. L'idée figure notamment parmi les 18 propositions émises par l'Institut Montaigne qui évoque, relativement au télétravail, l'opportunité d'« *autoriser le fractionnement du repos*

⁹⁰⁵ V. sur ce thème aussi N. LÉGER, La preuve du temps effectivement travaillé, *Dr. soc.* 2022, p. 27.

quotidien des télétravailleurs lorsque le travail est organisé par l'intéressé à différentes périodes de la journée »⁹⁰⁶.

- b- L'interdiction d'une fragmentation des durées de repos minimum : vigilance comptable et compteur à zéro

347. À travers les articles L. 3131-1 et L. 3132-2 du code du travail, le droit positif est clair sur le fait que les heures de repos minimum doivent être consécutives. Le droit français transpose la directive européenne relative à l'aménagement du temps de travail, dont l'article 3 prévoit un repos quotidien de 11 heures *consécutives* et un repos hebdomadaire de 24 heures *sans interruption*⁹⁰⁷. C'est à la lumière de la directive que la Cour de cassation interprète l'article L. 3131-1, sur le repos minimum quotidien, pour juger que la disposition n'a pas été respectée par l'employeur qui convoque un salarié travailleur de nuit à une visite de la médecine du travail le matin suivant ; la portée de l'arrêt est non seulement d'indiquer que la visite médicale constitue une reprise du travail mais surtout d'affirmer que le repos doit se prendre directement après sa journée de travail et ne peut être « différé » par l'employeur⁹⁰⁸. La problématique de l'absence d'interruption de ce repos intervient dans la mise en œuvre de l'astreinte, une intervention forçant à faire redémarrer les compteurs, dès lors que le salarié n'avait pas déjà bénéficié des 11 heures⁹⁰⁹. Rigoureusement, un salarié amené à retravailler chez lui jusqu'à 23h ne devrait pas pouvoir retravailler le lendemain avant 10h. Ainsi, la survenance d'un temps de travail, même bref, doit normalement remettre les compteurs à zéro⁹¹⁰.

B- SURVENANCE DU TRAVAIL EN DEHORS DES ESPACES PRÉÉTABLIS, UNE POROSITÉ DES LIEUX RESSURGISSANT SUR LA QUALIFICATION DE TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF ?

⁹⁰⁶ F. MOREL, Droit du travail : 18 idées pour le prochain quinquennat, note Institut Montaigne, fév. 2022, Idée n°15.

⁹⁰⁷ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

⁹⁰⁸ Soc. 27 juin 2012, n° 10-21.306, *Bull.* n° 201, M. VÉRICEL, *RDT* 2012, p. 569.

⁹⁰⁹ V. Circ. DRT n° 2003-06 du 14 avril 2003 relative au temps de travail.

⁹¹⁰ *Ibid.*

348. La capacité des technologies modernes de l'information et de la communication de faire survenir le travail n'importe quand permet aussi de le faire survenir n'importe où. Ces deux aspects sont évidemment liés, en ce que la capacité à survenir en tout lieu nourrit évidemment celle d'intervenir en tout temps. Mais la capacité du travail à survenir en tout lieu revêt des enjeux propres. Sans même impliquer une survenance impromptue du travail, c'est-à-dire ni prévue ni encadrée par des horaires préalables, la survenance du travail en tout lieu fait voler en éclat l'unité auparavant plus ou moins maintenue du temps, du lieu et de l'action du travail (1). De façon particulière, la survenance du travail au lieu du domicile du salarié, lieu personnel par excellence, questionne quant à son articulation avec la qualification de ce temps de travail, par définition professionnel (2).

1- Éclatement de l'unité temps, lieu et action : maintien de l'unité temps et action

349. Hormis le travail à domicile et itinérant, le travail a longtemps été cantonné au lieu de l'entreprise. Si la présence physique sur le lieu de travail ne garantissait pas la qualification de temps de travail effectif⁹¹¹, ne pas s'y trouver excluait en principe une telle qualification du temps. Même d'astreinte, le salarié, joint afin d'intervenir, devait se déplacer sur les lieux de l'entreprise. Mais, déjà, pouvait être pointé le « *travail des neurones* »⁹¹² qui se déroberait à toute frontière, bien que cela n'ait que peu à voir avec la question du temps de travail effectif. En effet, ce dernier entend encadrer l'exercice de la subordination, et dès lors que cette activité de réflexion de la personne du travailleur se déroule hors de toute subordination, elle est bien délimitée par le temps, quand bien même le salarié « pense » à son travail. Ajoutons ici que les professions dites intellectuelles ne sont pas seules à laisser le travail envahir leur pensée en dehors de leurs horaires⁹¹³. Ces débordements inévitables ne sauraient justifier, du fait de l'impuissance du temps à tout encadrer, la remise en cause du temps comme limite à la subordination, celle-ci n'étant pas caractérisée par le fait de penser à son travail mais par le fait de devoir se soumettre aux ordres et directives de l'employeur.

350. Avec les technologies modernes de l'information et de la communication, les salariés dont l'activité le permet peuvent aisément exporter leur travail *hors* du lieu de l'entreprise.

⁹¹¹ Temps d'habillage, de pause et de restauration.

⁹¹² J.-E. RAY, Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979.

⁹¹³ S. WEIL, *La condition ouvrière*, [Gallimard, 1951], Payot et Rivages, 2022.

L'unité auparavant assurée entre un temps, un lieu et une action, se trouve ainsi possiblement éclatée⁹¹⁴. Les lieux de travail se multiplient et le domicile se dédouble en lieu de vie personnelle et lieu de travail. Le cloisonnement des lieux se fissure et porte en pratique un risque de confusion des temps⁹¹⁵. L'unité entre un temps et une action n'est pas remise en cause pour autant⁹¹⁶. Plus encore, le droit n'a aucune raison de s'aligner sur ce risque pratique. En effet, cette confusion ne saurait remettre en cause l'approche objective du temps de travail entendu comme la durée passée sous la subordination de l'employeur⁹¹⁷. Qu'il soit dans les locaux de l'entreprise, un espace de *coworking* ou chez lui, le travailleur demeure « enfermé » dans la subordination qui caractérise le temps de travail et, plus largement, le contrat de travail. Ainsi, l'unité entre travail et temps de travail est maintenue.

2- Travail au domicile : la qualification de temps de travail effectif indemne

351. Au-delà du décroisonnement des lieux qui entraînerait une confusion des temps, l'importation du travail au domicile donne lieu à plusieurs positions sur ce que cela entraînerait sur la qualification du temps de travail.

Une conséquence juridique certaine qu'emporte la présence au domicile sur la qualification du temps de travail est celle de l'absence d'automaticité de qualification de temps de travail d'un temps de garde sur le lieu de travail⁹¹⁸.

Or on assiste, bien au-delà, à une position radicale de remise en cause de la qualification pleine et entière de temps de travail effectif dès lors que le salarié se retrouverait « chez lui »

⁹¹⁴ V. par exemple P.-H. MOUSSERTON, Le lieu de travail, territoire de l'entreprise, *Dr. soc.* 2007, p. 1110 ; A. SUPIOT, Travail, droit et technique, *Dr. soc.* 2002, p. 13 ; L. DRAI, « Action : temps de travail », dans *Notions et normes en droit du travail*, B. TEYSSIE (dir.), coll. « Colloques », Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 283.

⁹¹⁵ A. SUPIOT, Travail, droit et technique, *Dr. soc.* 2002, p. 13.

⁹¹⁶ Dans ce sens-là : J.-E RAY, Vie professionnelle, vie personnelle et TIC, *Dr. soc.* 2010, p. 44.

⁹¹⁷ *Contra* S. DEMAY, *La charge de travail à l'ère du numérique : réflexion sur la santé au travail*, Thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023, en ligne, p. 33 ; P.-H. ANTONMATTÉI, NTIC et vie personnelle au travail, *Dr. soc.* 2002, p. 37 ; A. PROBST, Télétravail au domicile, *Dr. soc.* 2006, p. 1109 ; A. SAURET, Le développement durable du télétravail et la dilution du lien de subordination, *Gaz. Pal.* 2020, n° 42, p. 68.

⁹¹⁸ Reconnue dès lors que le travailleur exerce une garde ou une permanence sur *le lieu de travail* au sens conventionnel du terme (CJUE *Jaeger*, précité, Point 63 ; *Simap*, précité, point 48 ; *Dellas*, précité point 48 ; 21 fév. 2018, précité, Point 57 ; 9 mars 2021, précité, point 36).

ou du moins dans un lieu éloigné de l'employeur. Même quand il sert d'espace de télétravail, le domicile demeurerait le lieu où le salarié « *peut vaquer à ses occupations personnelles* »⁹¹⁹, fragilisant la qualification du temps de travail effectif⁹²⁰.

Pourtant, si le télétravailleur peut éventuellement laver son linge ou arroser ses plantes – ce que la philosophe Fanny Lederlin évoque comme des « *instants volés* »⁹²¹ –, il lui est vivement déconseillé de s'adonner à des loisirs en arguant de son droit à « *vaquer à ses occupations personnelles* ». Pendant le temps de travail, ce droit n'existe pas plus chez soi que dans les locaux de l'entreprise.

352. Dans une démarche similaire de remise en cause de la qualification du temps de travail, le rapport de Thierry Breton en 1994⁹²² et plus récemment un rapport rendu par un *think tank* juridique à destination de la campagne présidentielle de 2022⁹²³ considèrent que le télétravail « distend » ou « relâche » le lien juridique. De son côté, l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) n'hésite pas à affirmer que la relation hiérarchique et verticale est remise en cause par l'absence de supervision directe⁹²⁴. L'autonomie accordée irait, pour certains auteurs, jusqu'à remettre en cause le rattachement au salariat⁹²⁵.

⁹¹⁹ A. PROBST, Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. soc.* 2006, p. 109.

⁹²⁰ V. aussi, pour l'avis praticien des avocats d'entreprises : A. SAURET, Le développement durable du télétravail et la dilution du lien de subordination, *Gaz. Pal.* 1^{er} déc. 2020, n° 42, p. 68.

⁹²¹ Elle les relie à ce que Michel de Certeau appelait des « *micro-indisciplines* » (M. de CERTEAU, *L'invention du quotidien (1980), I. Arts de faire*, Gallimard, 1990, cité dans F. LEDERLIN, Télétravail : un travail à distance du monde, *Etudes* nov. 2020, p. 42).

⁹²² À une époque où les technologies modernes de l'information et de la communication étaient moins optimales pour garantir un lien direct à distance. Rapport Breton.

⁹²³ Rapport du club des juristes, *Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société*, J. ATTALI (dir.), fév. 2022, p. 59 : le télétravail « *contribue à un relâchement de la subordination juridique* ».

⁹²⁴ ANACT, « 10 questions sur le télétravail » : www.anact.fr/10-questions-sur-le-teletravail ; P. CONJARD, *Le management du travail, une alternative pour améliorer bien-être et efficacité au travail*, 2015, Éd. Anact.

⁹²⁵ Cette position est particulièrement défendue par Monsieur Jean-Emmanuel Ray, V. not. : Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 1992, p. 525 ; S. DARMAISIN, L'ordinateur, l'employeur et le salarié, *Dr. soc.* 2000, p. 580 : « *il y a cependant quelque hypocrisie à vouloir faire croire que ces personnes [les télétravailleurs], de plus en plus nombreuses, sont des salariés comme les autres. Dès lors que l'activité est exercée en dehors de tout établissement avec un autonomie parfois totale, les critères*

Il s'agit d'une vision obsolète des modes d'exécution du travail et des modes actuels d'exercice du pouvoir. Dès 1988, Madame Thérèse Aubert-Montpeyssen, dans sa thèse *Subordination juridique et relation de travail*, souligne déjà que la situation des salariés « n'implique plus toutefois depuis fort longtemps ni une surveillance de tous les instants, ni une subordination technique » et en conclut à « une substitution du critère d'autorité par celui du pouvoir de direction »⁹²⁶. Si la possibilité de travailler de chez soi accroît évidemment l'absence de « surveillance de tous les instants », ce propos tenu il y a plus de trente ans révèle la capacité de la subordination à s'adapter à la situation du salariat pour s'exercer toujours. À distance, si le lien physique entre employeur et salarié fait place à un lien virtuel, il n'en reste pas moins un lien de subordination, bien réel⁹²⁷. Les outils numériques sont d'ailleurs parfois susceptibles de renforcer l'exercice du pouvoir de l'employeur⁹²⁸.

II- AU-DELÀ DU TEMPS DE TRAVAIL : L'EXISTENCE DE DIMENSIONS NON SAISIES PAR LE TEMPS ET L'INSUFFISANCE DE LA LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS

353. Le temps de travail offre une limitation temporelle du travail effectif. Sans remettre en cause la nécessité et la pertinence d'une telle limitation, il nous faut aborder les dimensions du travail que le temps de travail ne saisit pas toujours et qui traduisent pourtant la réalité de la subordination. Il convient en premier lieu d'aborder une dimension non temporelle du travail. Il s'agit de l'intensité, que *le temps* n'est pas apte à saisir et pour laquelle des outils de mesures complémentaires s'avèrent certainement utiles (A). En second lieu, il convient

traditionnels permettant de révéler le lien de subordination sont malmenés ».

⁹²⁶ T. AUBERT-MONTPEYSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, CNRS, 1988, p. 243.

⁹²⁷ Sur le pouvoir de l'employeur qui persiste évidemment à s'exercer : P. WAQUET, *Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, *Dr. soc.* 2002, p. 10 ; M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail - Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ, 2012, p. 159.

⁹²⁸ E. JEANSEN, *Les outils numériques dans la relation individuelle de travail*, *JCP S* 2018, 1049.

d'aborder cette fois-ci une dimension temporelle du travail. Il s'agit ici du temps de disponibilité qui échappe à la qualification de temps de travail effectif, et pour lequel d'autres notions que le *temps de travail* sont donc requises (B).

A- L'INCAPACITÉ DU TEMPS DE TRAVAIL À MESURER ET LIMITER L'INTENSITÉ DU TRAVAIL : LE BESOIN D'OUTILS COMPLÉMENTAIRES

354. Le temps de travail ne saisit pas l'intensité du travail, entendue comme le degré d'effort et d'engagement dans le travail. En physique, l'intensité se définit comme la quantité d'électricité que débite un courant continu pendant une unité de temps, elle est d'autant plus élevée que l'est la quantité d'électricité. Transposée au travail, il s'agirait de mesurer le « contenu » du travail par unité de temps. Sur cette question, les juristes ont à apprendre des ergonomes, qui différencient notamment la « contrainte », liée à la tâche et formulée en termes d'objectifs à atteindre, de « l'astreinte »⁹²⁹, liée à l'activité et fonction du degré de mobilisation⁹³⁰. D'après et psychanalyste Christophe Dejours, le temps de travail ne mesure que « *la durée de l'effort* » et « *ne restitue rien de son intensité, ni de sa qualité, ni de son contenu* »⁹³¹. Le temps de travail permet d'exprimer la durée de l'effort. Ainsi, le temps de travail ne vient que limiter les contours du travail, restant aveugle à son contenu, ce que William Grossin appelle « *la substance du temps* »⁹³².

Toujours selon Christophe Dejours, l'évaluation du travail par l'évaluation du temps de travail n'était acceptable que tant que le temps de travail constituait « *une référence commune plausible à tous les travailleurs* »⁹³³. Autrement dit, évaluer le travail par le temps de travail exigerait que la réalité d'une heure de travail entre les différents travailleurs soit relativement similaire, au regard de caractéristiques partagées dans leurs conditions de travail.

Loin de conclure pour notre part à la désuétude de la limitation du travail par le temps de travail, mesurant et encadrant la subordination, l'impérative limitation du travail appelle très

⁹²⁹ En droit du travail, le terme d'astreinte renvoie bien sûr à autre chose et risquerait de porter à confusion.

⁹³⁰ S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106.

⁹³¹ C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, coll. « Sciences en question », INRA, 2003, p. 11.

⁹³² W. GROSSIN, *Pour une science des temps*, coll. « Travail », Octores, 1996, p. 24.

⁹³³ C. DEJOURS, *op. cit.* p. 10.

certainement des considérations complémentaires, parmi lesquelles la mesure de l'intensité s'avère de plus en plus nécessaire⁹³⁴ (2), que n'est pas apte à rendre compte le temps de travail effectif en l'état actuel du droit positif (1).

1- Le principe de la qualification de temps de travail effectif indépendante de l'intensité du travail : l'exception des équivalences

355. En droit positif, la reconnaissance de l'intensité du travail renvoie avant tout au régime si particulier des équivalences⁹³⁵, mises en place dans certaines professions caractérisées par l'existence relativement constante de périodes dites « creuses » ou d'inaction⁹³⁶. Le dispositif naît en 1936⁹³⁷ au moment des 40 heures et permet initialement à la fois d'exclure du droit à rémunération⁹³⁸ ces heures d'équivalences⁹³⁹ et de différer l'application des règles en matière de temps de travail, au premier rang desquelles le seuil de déclenchement des heures supplémentaires⁹⁴⁰. Au moment de la réduction de la durée légale à 35 heures, toute une série de décrets est adoptée pour conserver les régimes d'équivalences dans certaines professions comme les transports, les hôtels, cafés, restaurants, les épiceries ou encore la fonction publique hospitalière. Désormais, les heures dites d'inaction doivent donner lieu à une

⁹³⁴ Sur l'étendue des risques liés à une surcharge de travail : S. DEMAY, *La charge de travail à l'ère du numérique : réflexion sur la santé au travail*, Thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023, p. 55 et s.

⁹³⁵ Sur la question des équivalences voir : A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 89 et s., et p. 369 et s.

⁹³⁶ Terme utilisé par la loi : C. trav. art. L. 3121-13 et s.

⁹³⁷ Décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 (exemple : Décret 27 avr. 1937 commerce de détail de denrées alimentaires ; Décret 31 déc. 1938 sur les pharmacies vendant au détail).

⁹³⁸ Alors que les premiers textes en 1936 ne prévoient pas expressément cette possibilité, cela va être explicité dans la loi du 28 août 1942.

⁹³⁹ Bien que les heures équivalentes correspondent en fait à l'ensemble de la durée du travail réelle ramenée à une durée équivalente.

⁹⁴⁰ A. JOHANSSON, *op. cit.*, 2006, p. 118.

rémunération⁹⁴¹. En ce qu'il en est le but, le report du déclenchement des heures supplémentaires est bien sûr maintenu⁹⁴².

356. En revanche, n'étant pas reconnu par le droit de l'Union européenne, le dispositif des équivalences est sans effet sur la comptabilisation des heures pour déterminer le respect des limites fixées par la directive européenne de 2003⁹⁴³. La Cour de cassation est donc forcée d'écarter l'application des équivalences pour apprécier les limites fixées par le droit de l'Union européenne⁹⁴⁴, contrairement aux limites fixées exclusivement par le droit français⁹⁴⁵. Pour refuser le régime des équivalences, la CJUE se fonde sur la définition, donnée par la directive européenne, du temps de travail comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions* »⁹⁴⁶, qui ne laisse aucune place à une disqualification ni à une atténuation du temps de travail en fonction du degré de l'activité. La Cour de justice de l'Union européenne relève très clairement dans l'arrêt *Dellas* que « *parmi les éléments caractéristiques de la notion de "temps de travail" au sens de [la directive 93/104 du 23 novembre 1993] ne figure pas l'intensité du travail accompli par le salarié ou le rendement de ce dernier* »⁹⁴⁷.

⁹⁴¹ Voir C. trav. art. L. 3121-14. Les périodes d'inaction continuent d'échapper toutefois au régime de droit commun du salaire (*Ibid.*, p. 384).

⁹⁴² En témoigne l'article L. 3121-14 du code du travail qui dispose qu'« *une convention ou un accord de branche étendu peut instituer une durée du travail équivalente à la durée légale* », pour les professions et emplois mentionnés par la loi.

⁹⁴³ V. CJUE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas*, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2006, p. 33, note J.-P. LHERNOULD, *RJS* 2006, p. 172, note M. BONNECHÈRE, *Dr. ouvrier* 2006, p. 364, D. BOULMIER, *JCP* 2006, p. 96, obs. S. BÉAL, *JCP E* 2006, p. 319, note M. MINÉ, *D.* 2006, p. 1722) qui applique aux équivalences françaises sa solution déjà dégagée dans les arrêts *Simap* et *Jaeger*. Sont concernés : le repos journalier minimum de 11 heures consécutives, le temps de pause après 6 heures de travail, le repos hebdomadaire de 24 heures et la durée maximale de 48 heures en moyenne sur 12 semaines consécutives.

⁹⁴⁴ Soc. 26 mars 2008, n° 06-45.469, *Bull.* n° 72 ; 20 janv. 2010, n° 07-45.498, inédit ; 7 déc. 2010, n° 09-42.712, *Bull.* n° 279 ; 29 juin 2011, n° 10-14.743, *Bull.* n° 184, note E. JEANSEN, *JCP S* 2011, 1426, M. VÉRICEL, *RDT* 2011, p. 511, obs. D. BOULMIER, *RDSS* 2011, p. 1164 ; 23 mai 2013, n°12-13.875, *Bull.* n° 131.

⁹⁴⁵ Soc. 24 juin 2020, n° 18-23.510, Publié.

⁹⁴⁶ Directive 2003/88/ce du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 2, 1°.

⁹⁴⁷ CJCE 1^{er} déc. 2005, C-14/04, Point 43 ; voir M. MINÉ, *D.* 2006, p. 25. La CJUE était saisie d'une question préjudicielle du Conseil d'Etat (Conseil d'État 3 éc. 2003, *RJS* 2/04, n° 212).

Cette absence de prise en compte de l'intensité de l'activité caractérise également la définition légale du temps de travail effectif comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* »⁹⁴⁸. Si la loi française est formellement autorisée à prévoir une dérogation à sa propre qualification de temps de travail effectif, il reste qu'une telle dérogation apparaît incohérente face à la définition légale de la durée du travail effectif comme tout temps de subordination⁹⁴⁹.

357. Dans tous les cas, hormis l'exception des équivalences, dès lors que « *le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* », la période est du temps de travail effectif, sans considération de l'intensité de l'activité.

2- L'existence d'outils de mesure d'intensité du travail

358. Aux antipodes de la motivation du dispositif des équivalences, la problématique rencontrée aujourd'hui par le monde du travail est bien davantage celle d'une *intensification* du travail⁹⁵⁰. Les salariés sont de plus en plus poussés à atteindre certains objectifs,

⁹⁴⁸ C. trav. art. L. 3121-1.

⁹⁴⁹ Voir F. MEYER, A. JOHANSSON, La légalité des heures d'équivalence en question, *Dr. ouvrier* 2004, p. 153.

⁹⁵⁰ Dont on retient les caractéristiques proposées notamment par l'économiste Philippe Askenazy : « l'augmentation des rythmes de travail, la densification du travail, la multiplication des tâches, dont l'impact sur le bien-être est ambigu ; la dégradation de la santé et de la sécurité au travail, notamment le développement des pathologies musculaires et des accidents du travail ; la hausse de la charge physique et de la fatigue ; l'accentuation de la charge mentale au travail ou des facteurs y participant (ordres contradictoires, tension, manque de temps pour effectuer correctement son travail, etc.), voir P. ASKENAZY, Sur les sources de l'intensification, *Revue économique* 2005/2, vol. 56, p. 217.

Sur le constat de l'intensification V. not. : A. VALEYRE, Les nouvelles formes d'intensification du travail industriel : logiques technologiques, organisationnelles et économiques, *Économies et sociétés*, 2004, p. 1993 ; P. BOISARD, D. CARTRON, M. GOLLAC, A. VALEYRE, Temps et travail : l'intensité du travail, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2002.

S. FANTONI-QUINTON, L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés, *Dr. soc.* 2010, p. 395.

notamment aux moyens de modes de rémunération au résultat⁹⁵¹, dans des délais de plus en plus serrés, et sont soumis à une charge de travail qu'ils sont nombreux à juger excessive⁹⁵². Le télétravail participe à cette intensification⁹⁵³ autant qu'il la révèle, au vu de l'ambivalence dans l'aspiration de certains salariés au télétravail qui ne résulte pas seulement d'une volonté d'organiser plus librement leur temps de travail mais aussi « *de l'impossibilité de ne pas faire autrement que d'exprimer cette même volonté, au vu des conditions de travail et des impératifs (objectifs ou résultats, selon le langage) à atteindre à tout prix* »⁹⁵⁴. Le télétravail permet alors au salarié de supporter une charge de travail qui est trop lourde quand il travaille dans les conditions de travail des locaux de l'entreprise.

Élargissant l'angle de vue, le sociologue et philosophe Harmut Rosa parle d'un phénomène d'*accélération* qu'il définit comme « *l'augmentation du nombre d'épisodes d'activité ou d'expérience par unité de temps* »⁹⁵⁵. L'accélération se vit par le sentiment d'être de plus en plus pressé et s'observe par le fait de faire de plus en plus de choses, en parallèle les unes des autres. L'auteur propose un schéma circulaire : une accélération technique, qui apporte des changements dans les pratiques sociales, dont l'accélération mène à l'accélération du rythme de vie, qui exige une accélération technique⁹⁵⁶.

Pour rendre compte de l'intensité du travail, d'autres notions que le temps de travail doivent être mobilisées pour tenter de traduire le contenu du temps, sa « substance »⁹⁵⁷, au-delà de ses seules limites extérieures. Certaines sont attirantes en ce qu'elles permettent de saisir une partie du contenu du travail (a), mais c'est très certainement la notion phare de

⁹⁵¹ V. Paragraphe 186. V. P. WAQUET, Les objectifs, *Dr. soc.* 2001, p. 120 : il va jusqu'à juger la pression parfois mise de harcèlement moral.

⁹⁵² M. BEQUE, A. KINGSADA, A. MOURUUX, Contraintes physiques et intensité au travail, DARES, *Synthèse. Stat* n° 24, fév. 2019 ; sur les cadres voir les enquêtes régulières commanditées par l'Ugict-CGT.

⁹⁵³ DARES, Enquête TraCov, *Analyses février 2022* N° 9 : parmi les hommes en télétravail régulier, la part de ceux qui déclarent l'intensité du travail en hausse dépasse de 21 points la part de ceux qui l'estiment en baisse ; pour les femmes en télétravail régulier, la différence est de 28 points, et pour les hommes et les femmes en télétravail non régulier elle est respectivement de 17 et de 20 points.

⁹⁵⁴ L. TASKIN, Les enjeux du télétravail pour l'organisation, *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, p. 90.

⁹⁵⁵ H. ROSA, *Aliénation et accélération*, La Découverte, 2012, p. 25.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁵⁷ W. GROSSIN, *Pour une science des temps*, coll. « Travail », Octores, 1996, p. 24.

charge de travail qui s'avère la plus pertinente (b).

a- Les rythmes de travail et les cadences : une prise en compte du « contenu du temps »

359. Présentes dans le code du travail et la jurisprudence, deux notions traduisent un certain « contenu » du temps. Il s'agit des rythmes de travail⁹⁵⁸ et des cadences qui permettent d'exprimer d'une certaine manière l'effort du salarié.

Les rythmes renvoient aux différentes formes d'aménagement du temps de travail. Certains rythmes de travail⁹⁵⁹ sont reconnus comme facteurs de risques professionnels⁹⁶⁰. D'après l'article R. 4623-1 du code du travail, le médecin du travail « *participe à la prévention des risques professionnels et à la protection de la santé des travailleurs, notamment par [...] l'adaptation des postes, des techniques et des rythmes de travail à la santé physique et mentale* ». La jurisprudence mobilise également la notion, en reconnaissant la faute inexcusable de l'employeur dans l'accident survenu à cause du rythme de travail imposé par lui et qui a mis le salarié dans un état de fatigue intense⁹⁶¹.

L'aménagement des rythmes de travail figure par ailleurs comme préoccupation imposée à l'employeur vis-à-vis d'un travailleur en situation de handicap, selon la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁶² interprétant la directive du 27 novembre 2000 portant sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁹⁶³. La notion de rythmes de travail permet de ne pas appréhender chaque heure de la même façon, et reconnaît par exemple qu'une heure de travail de nuit et une heure de travail de jour ne recouvrent pas la même réalité, physique et sociale.

⁹⁵⁸ V. PONCIF, *Les rythmes de travail*, *RDT* 2012, p. 208. V. aussi M. MINÉ, *L'horaire de travail*, *Dr. ouvrier* 2000, p. 412 : l'auteur met en avant « *le rythme de travail* » pour mesurer « *l'intensité du travail* ».

⁹⁵⁹ Travail de nuit, travail en équipes successives alternantes, travail répétitif caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte.

⁹⁶⁰ C. trav. art. L. 4616-1 et art. D. 4616-1.

⁹⁶¹ Soc. 5 mars 1970, n° 69-10.911, *Bull.* n° 171.

⁹⁶² CJUE 4 juill. 2013, aff. C. 312/11, *Commission c/ Italie*, points 20 et 60.

⁹⁶³ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

360. La question du rythme du travail croise celle des cadences. L'article L. 4616-1 du code du travail, listant les rythmes facteurs de risques professionnels, se réfère au travail avec des mouvements répétés « *à une fréquence élevée et sous cadence contrainte* ». De son côté, l'article L. 4121-2 dispose que les mesures à mettre en œuvre par l'employeur pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs se prennent sur le fondement des principes généraux de prévention parmi lesquels l'adaptation du travail à l'Homme en précisant que cela se fait « *en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* ».

À l'instar du rythme de travail, la Cour de cassation juge que constitue une faute inexcusable de l'employeur l'accident de travail du salarié installé à une machine dangereuse et devant respecter des cadences de travail intenable⁹⁶⁴.

Par ailleurs, la modification des cadences s'entend selon la Cour de cassation au sens d'un « *projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité* » sur lequel le CSE⁹⁶⁵ doit être consulté et peut faire appel à un expert⁹⁶⁶. Notons que les cadences de travail font partie du pouvoir de direction de l'employeur qui peut donc les modifier sans l'accord du salarié⁹⁶⁷, qui ne peut quant à lui les modifier seul⁹⁶⁸.

361. Les deux notions de rythmes et de cadence ont le mérite certain de reconnaître que les heures de travail n'emportent pas toutes les mêmes effets sur la santé et la sécurité des salariés, selon comment elles sont aménagées, pour les rythmes, et comment elles sont dépensées, pour les cadences. En différenciant les heures entre elles, elles participent d'une reconnaissance d'un « contenu » du temps à prendre en compte.

⁹⁶⁴ Soc. 3 mai 1990, n° 88-17.020.

⁹⁶⁵ Anciennement, le CHSCT (C. trav. anc. art. L. 4612-8, version antérieure à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015) ; voir Soc. 25 sept. 2013, n° 12-21.747, *Bull.* n° 211.

⁹⁶⁶ C. trav. art. L. 2312-8 ; et pour lequel il peut faire appel à un expert (c. trav. art. L. 2315-94) ; voir Soc. 16 sept. 2008, n° 07-18.754 : reconnaissance spécifique du fait que le projet de modifier de façon significative les tâches, l'organisation et les cadences de travail est un projet important au sens de L. 4614-12 du code du travail.

⁹⁶⁷ Soc. 20 oct. 2010, n° 08-44.594 à 596, *Bull.* n° 237, M. MINÉ, *Dr. soc.* 2011, p. 333, F. BERGERON-CANUT, *RDT* 2011, p. 119.

⁹⁶⁸ Soc. 20 fév. 1963, *Bull.* n° 174 ; 12 nov. 1991, n° 90-41.914, inédit ; 14 mai 1998, n° 96-41.974, inédit ; 31 mai 2000, n° 98-42.845, inédit.

b- La charge de travail : une prise en compte de l'intensification du temps de travail

362. Face à un temps de travail insuffisant pour saisir l'entièreté du travail, la charge de travail se présente comme un outil complémentaire incontournable⁹⁶⁹. Protéiforme⁹⁷⁰, elle est décrite par l'ANACT à travers trois aspects : charge de travail *prescrite*, charge de travail *réelle*⁹⁷¹, charge de travail *subjective*⁹⁷². Monsieur Sébastien Demay distingue la charge physique, ce qu'il faut produire, porter, gestes et postures, la charge mentale, ressources mentales, pressions psychologiques dans l'exécution, et la charge cognitive, prises de décision, attentions, anticipations des situations⁹⁷³.

La charge de travail est très peu définie juridiquement. Elle figure dans plusieurs ANI. Celui du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail dont l'article 1^{er} indique notamment que « *la charge de travail supportée par les salariés doit être compatible avec les exigences de leur santé physique et morale* ». Les ANI du 19 juillet 2005 sur le télétravail et du 2 juillet 2008 relatif au stress identifient quant à eux une charge de travail excessive comme facteur de stress⁹⁷⁴.

Progressivement, la doctrine en saisit l'importance, avec cependant des difficultés à la définir et une approche soit trop centrée sur la santé au travail⁹⁷⁵ soit trop vague à travers la thématique de la qualité de vie au travail⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ Voir L. de MONTVALON, *La charge de travail*, LGDJ, 2021.

⁹⁷⁰ On peut aussi parler d'une « *notion à géométrie variable* » (L. de MONTVALON, L. ENJOLRAS, Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs, *RDT* 2023, p. 606).

⁹⁷¹ Ce qui est effectivement mis en œuvre par les travailleurs pour atteindre les objectifs fixés.

⁹⁷² Ce qui est supportable pour l'individu, avec dans la balance divers éléments qui peuvent peser (V. ANACT « *une reconnaissance professionnelle forte peut contribuer à accepter une intensité de travail importante* »).

⁹⁷³ S. DEMAY, *La charge de travail à l'ère du numérique. Réflexion sur la santé au travail*, thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023, p.12.

⁹⁷⁴ ANI 2 juill. 2008, art. 4.

⁹⁷⁵ Dossier « Protection de la santé et charge de travail », *Dr. soc.* juill. 2011; 36^{ème} colloque de la Commission de droit social du Syndicat des Avocats de France, Durée du travail et rémunération, santé, sécurité-résultat : la charge de travail en question, *Dr. ouvrier* mars 2012, et particulièrement M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175 : l'auteur relie directement la charge de travail à la directive 89/391 selon laquelle l'employeur doit assurer la sécurité et la santé des travailleurs « dans

Très peu citée dans le code du travail, la notion de charge de travail n’y apparaît qu’au détour de dispositions spéciales, sur le forfait jours⁹⁷⁷, le télétravail⁹⁷⁸ et, de façon plus anecdotique, le temps d’utilisation des écrans⁹⁷⁹. L’intensification du travail justifierait pourtant une considération légale générale de la question de la charge de travail. Malgré l’absence d’une définition précise, la charge de travail fait office d’un « *descripteur global* » des multiples dimensions du travail.

La loi reste très évasive sur l’évaluation de la charge de travail, taisant toute idée de *mesure* de la charge de travail et ne proposant aucun critère d’évaluation. C’est vers une approche pluridisciplinaire, alliant ergonomie, physiologie et psychologie, que la charge de travail peut prétendre être évaluée⁹⁸⁰. Soulevons que la volonté d’évaluer la charge de travail

tous les aspects liés au travail » (article 5§1).

⁹⁷⁶ S. FANTONI, P.-Y. VERKINDT, Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106 ; F. FAVENNEC-HÉRY, Qualité de vie au travail et temps de travail, *Dr. soc.* 2015, p. 113, ceux deux articles s’inscrivant dans le colloque donné à Paris le 14 nov. 2014 « Droit du travail et qualité de vie au travail ».

⁹⁷⁷ C. trav. art. L. 2312-26 sur la consultation du comité social et économique sur les forfaits jours dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l’entreprise, les conditions de travail et l’emploi ; art. L. 3121-64 et L. 3121-65 sur la mention conventionnelle relative au suivi régulier de la charge de travail et l’obligation supplétive de l’employeur de s’assurer que la charge de travail soit compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires.

⁹⁷⁸ C. trav. art. L. 1222-9 et L. 1222-10 sur le télétravail : accord collectif ou charte doit déterminer la régularité de la charge de travail et un entretien annuel doit porter dessus.

⁹⁷⁹ C. trav. art. R. 4542-9 sur l’évaluation des risques liés à l’utilisation des écrans, avec l’objectif de réduire la charge de travail sur un écran.

⁹⁸⁰ Voir sur l’évaluation de la charge de travail : C. MELAN, N. CSCINO, B. BARTHE, « Mesurer la charge de travail : une approche pluridisciplinaire », dans *Risques du travail, la santé négociée*, C. COURTET (éd.), coll. « Recherches », La Découverte, 2012, p. 189 ; E. BRANGIER, G. VALLERY, « Charge de travail », dans *Ergonomie : 150 notions clés*, Dumod, coll. « Univers Psy », 2021, p. 148 ; S. LEDUC, « Charge de travail », dans *Psychologie du travail et des organisations : 110 notions clés*, Dumod, coll. « Psycho sup », 2016, p. 79. Pour des lectures de références voir : ; A. WISNER, *Réflexions sur l’ergonomie, (1962-1995)*, Toulouse, Octares, 1995 (un des articles pionniers 1972, *Diagnosis in Ergonomics or The Choice of Operating Models in Field Research, Ergonomics*, 15, 6, 1972, p. 601), sur les apports et limites : Y. CLOT, Alain Wisner : un héritage « disputé », *Travailler*, n° 15, 2006, p. 185 ; C. DEJOURS, C. VEIL, A. WISNER, *Psychopathologie du travail*, Eme, 1985 ; J. RÉGNIER, *L’évaluation ergonomique des nouvelles formes d’organisation du travail dans les entreprises industrielles*, coll. « Outils et méthodes », Éditions de l’Anact, 1979, p. 38 ; T. ROCHEFORT, F. GUERIN, *Organisation du travail, charge de travail, performance*, coll. « Études et documents », Éditions de l’Anact, 2000, p. 60 ; J.-P. DURAND, S. GIRARD, Attribution, perception et négociation de la charge de travail,

dans un « *esprit d'objectivité* » fait partie des prescriptions positives, figurant notamment à l'article 3 de l'ANI de 1975⁹⁸¹, renvoyant à la nécessité de se référer aux techniques de mesure du travail, d'impliquer les représentants du personnel et délégués syndicaux et, au besoin, de recourir à une expertise technique. Cela étant, cet esprit d'objectivité ne saurait dissiper totalement la part irréductible de subjectivité de la charge de travail, ce qui en complique nécessairement l'appréhension.

363. La charge de travail peut conduire à l'accomplissement d'heures supplémentaires, pour lesquelles l'employeur est considéré comme ayant donné son accord même implicite dès lors qu'elles ont été rendues nécessaires par les « *tâches confiées* »⁹⁸². Elle se trouve alors, pour cette part, saisie par le temps de travail. Autrement dit, les heures supplémentaires matérialisent le débordement du travail.

Mais, à défaut et au-delà d'heures supplémentaires, la charge de travail se traduit par une intensification du temps de travail non saisie par le temps⁹⁸³. Dans une réflexion sur « la transformation numérique », le rapport Mettling admet que la régulation de la charge de travail relève d'une « *approche complémentaire* », utile car « *dans des cas de plus en plus nombreux, la charge de travail n'est pas toujours mesurée au mieux par le temps de travail* »⁹⁸⁴. La charge de travail doit être mesurée en tant que telle. Dans cette optique, la question de la charge de travail renvoie au fait que la durée du travail ne suffit plus forcément à mesurer le travail fourni par le salarié. Le constat selon lequel le temps de travail n'est plus toujours pertinent pour mesurer le travail⁹⁸⁵ doit être traduit d'une façon bien précise. La

Les Cahiers d'Évry, Centre Pierre Naville, 2002.

⁹⁸¹ ANI du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail dont l'article, article 3 ; S. BARADEL, *Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, Dr. ouvrier* 2012, p. 190 ; M. MICHALLETEZ, *Pour une approche objective de la charge de travail, JCP S* 2018, 1395.

⁹⁸² Soc. 12 sept. 2018, n° 17-15.924 ; 14 nov. 2018, n° 17-16.959, Publié au bulletin.

⁹⁸³ Voir M. BONNECHÈRE, *op. cit.*, 2012 : « *contrairement à ce qui se passe dans la société industrielle, la charge de travail n'est plus directement proportionnelle au temps de travail dans la société de l'information* ».

⁹⁸⁴ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, rapport du ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2015, pp. 1 et 53 (préconisations n°23).

⁹⁸⁵ *Ibid.* : si pour beaucoup de secteurs et de métiers, « *la référence horaire était à l'origine une mesure de la charge de travail destinée à protéger le salarié, la transformation numérique peut être l'opportunité de chercher une mesure plus fidèle de la charge de travail, dès lors que l'activité mais aussi les salariés sont de nature à remettre en question la pertinence du temps de travail comme indicateur de la charge de travail* ».

charge de travail doit pouvoir être cernée, dans une démarche et finalité complémentaires⁹⁸⁶ à celles de la limitation du temps de subordination.

B- L'INCOMPÉTENCE DU TEMPS DE TRAVAIL À RECONNAÎTRE PLEINEMENT LA DISPONIBILITÉ DU SALARIÉ : L'UTILITÉ DE NOTIONS COMPLÉMENTAIRES

364. Les technologies modernes de l'information et de la communication permettent techniquement une disponibilité continue. Si la possibilité matérielle d'être joint par téléphone est ancienne, la banalisation du recours à cet outil, par appel ou messagerie, représente un élément relativement nouveau, auquel s'ajoute la possibilité pour le salarié d'être amené à travailler directement et immédiatement à distance.

La possibilité d'être contacté par l'employeur hors des temps et lieux de travail fait bien sûr penser à l'astreinte, définie par l'article L. 3121-9 du code du travail comme « *une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* ». Soulignons immédiatement que le salarié qui, contacté en dehors de ses horaires prévus, doit effectuer *immédiatement* le travail commandé de l'employeur se situe donc dans une disponibilité immédiate et permanente⁹⁸⁷ qui exclut la qualification d'astreinte et impose en principe celle de temps de travail effectif⁹⁸⁸.

Avec l'astreinte, le droit du travail reconnaît certains temps qui, sans être du temps de travail effectif, se caractérisent par une certaine disponibilité. Cette reconnaissance permet à la fois de saisir juridiquement et temporellement la contrainte que constitue l'astreinte, mais également de penser la frontière du temps de repos avec celle du temps de travail (1).

⁹⁸⁶ J. THOEMMES, La mesure des temps des cadres : une solution pour sortir des difficultés professionnelles ? *Temporalités* 2012 [<http://temporalites.revues.org/2266>] ; P. MASSON, Le droit du travail à l'épreuve du numérique, *Dr. ouvrier* 2015, p. 695.

⁹⁸⁷ Alexandre Fabre parle d'« *état de veille permanente* » (A. FABRE, Les temps de travail : entre libertés et pouvoir, *Sem. soc. Lamy* n° 1508, 10 oct. 2011).

⁹⁸⁸ C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail, *JCP S* 13 mars 2007, 1168). Voir par exemple récemment : Soc. 16 juin 2021, n° 19-15.154, 19-17.494, inédits.

Par ailleurs, sans pouvoir être qualifiés d'astreinte en l'état actuel du droit positif, d'autres temps pourtant marqués par une disponibilité de la personne du salarié sont invisibles aux yeux du droit et mériteraient d'être reconnus (2).

1- L'astreinte : un « temps de repos » particulier reconnu par le droit et mesuré par le temps

365. Dans l'idéal, les définitions d'un temps de travail comme temps de subordination et d'un temps de repos comme temps de liberté devraient justifier un classement des temps en seulement deux catégories. Autrement dit, subordination et liberté devraient recouvrir l'ensemble des situations vécues par une personne. Cependant, le cas des astreintes, où le salarié est à disposition de l'employeur mais ne se trouve pas soumis aux directives de l'employeur, vient bouleverser cette binarité. En effet, sans être à l'œuvre, la subordination plane⁹⁸⁹, prête à s'exercer⁹⁹⁰. Sans être du temps de travail, ce temps doit pouvoir être reconnu pour être mesuré, encadré et limité, en tant qu'il n'est pas un temps de liberté. Ni temps de travail, ni temps de repos, l'idée a été abordée dans un premier moment jurisprudentiel, avant d'être écartée par le législateur et le droit de l'Union européenne (a). Catégorisée comme temps de repos, l'astreinte n'en reste pas moins un temps particulier, bien distinct au point de constituer une sous-catégorie qui permet au droit, *et au temps*, de saisir et traiter cette contrainte (b).

a- L'idée désavouée d'un « *temps du 3^{ème} type* »

366. Dans la démarche de saisir juridiquement le temps d'astreinte comme temps de disponibilité du salarié, la solution proposée par la jurisprudence a d'abord été de ne le considérer ni comme un temps de travail ni comme un temps de repos.

Cette solution ressort d'abord de l'arrêt *Dinoto* de la Cour de cassation rendu le 4 mai 1999⁹⁹¹, admis par le Conseil d'Etat⁹⁹². Elle est réaffirmée par la Cour de cassation dans son

⁹⁸⁹ Alain Supiot parle de l'*ombre du travail* (Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947). Les temps où la subordination plane se distinguent des temps d'habillage et de trajet où la liberté s'annonce.

⁹⁹⁰ Les astreintes ont ainsi pu être définies comme un temps de *relâchement* du lien de subordination (M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *D.* 1998, p. 505, note sous Soc. 9 déc. 1998, n° 96-44.789).

⁹⁹¹ Soc. 4 mai 1999, n° 96-43.037, *Bull.* n° 187.

arrêt *SLEC* du 10 juillet 2002⁹⁹³ dans lequel elle considère que le temps d'astreinte n'est ni un temps de travail effectif ni un temps de repos et qui en conclut logiquement « *qu'un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte* ». Comme l'a formulé Monsieur Jean-Emmanuel Ray, nous faisons face ici à un « *temps du 3^{ème} type* »⁹⁹⁴, expression qui reflète l'idée d'un temps « ni-ni »⁹⁹⁵, mieux que le « temps gris » qui serait teinté de subordination et de liberté.

367. Cette jurisprudence de la Cour de cassation a été très vite déjouée par le législateur, la loi du 17 janvier 2003 venant inclure expressément le temps d'astreinte dans le décompte des durées minimales de repos⁹⁹⁶.

Alors que la Cour de cassation pouvait prendre « *sa revanche* »⁹⁹⁷ sur le législateur, elle s'y est refusée. En effet, elle a choisi de rejeter pour absence de caractère sérieux une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) portant sur la conformité de la disposition légale incluant l'astreinte dans les temps de repos minima avec le droit à la protection de la santé, au repos et aux loisirs tels que prévus par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁹⁹⁸. Plusieurs décisions du CEDS esquissaient aussi une remise en cause de la binarité des temps en considérant que les temps d'astreinte ne pouvaient sans limites être qualifiés de temps de repos⁹⁹⁹.

⁹⁹² CE 26 fév. 2001, req. n° 220530.

⁹⁹³ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-18-452, *Bull.* n° 238, M. MORAND, *Sem. soc. Lamy* 2002, N° 1086, T. AUBERT-MONPEYSSEN, *D.* 2002, p. 3110, M. CARLES, *Dr. ouvrier* 2002, p. 581.

⁹⁹⁴ J.-E. RAY, Les astreintes, un temps du 3^{ème} type, *Dr. soc.* 1999, p. 250.

⁹⁹⁵ F. BARON, La notion de temps de travail en droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 1097 ; J. BARTHÉLÉMY, Temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 76 ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *D.* 1998, p. 505 ; P. WAQUET, *Dr. soc.* 2000, p. 288.

⁹⁹⁶ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi – article 3 Sur la chronologie et la réaction politique de la loi de 2003 : Temps de travail et autre temps, *Les grands arrêts du droit du travail*, J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, 58-61, p. 289. V. aussi M. CARLES, *Dr. ouvrier* 2002, p. 581.

⁹⁹⁷ A. FABRE, Les temps de travail : entre liberté et pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1508.

⁹⁹⁸ Soc. 22 juin 2011, n° 11-40.022 QPC, RJS 2011, n° 879.

⁹⁹⁹ CEDS 7 déc. 2004, recl. n° 22/2003, point 35 : les temps d'astreinte ne pouvaient être « *sans limitation, assimilées à un temps de repos au sens de l'article 2 de la Charte sauf dans le cadre de professions déterminées ou dans des circonstances particulières et selon des mécanismes appropriés* ». V. aussi CEDS 23 juin 2010, recl. n° 55/2009, point 25. Voir M. MINÉ, Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale, *Sem. soc.*

En plus d'avoir été interdit par le législateur français, faire de l'astreinte un temps ni de travail ni de repos est empêché par la directive européenne et la jurisprudence actuelle de la Cour de justice qui établissent clairement une stricte binarité entre temps de travail et temps de repos.

b- L'issue trouvée d'un triptyque dualiste : un temps de travail, deux temps de repos

368. Alors que la binarité entre deux catégories de temps – de travail et de repos – est bien établie, la catégorisation de l'astreinte en temps de repos est loin d'être évidente. Le temps d'astreinte est en effet un temps de disponibilité, certes par définition ni immédiate ni permanente, mais de disponibilité néanmoins. Le critère de la disponibilité aurait pu regrouper ensemble temps de travail et temps d'astreinte¹⁰⁰⁰. Cela n'est manifestement pas la direction prise, à la fois par le législateur français, et les juges nationaux à sa suite, et par la jurisprudence de l'Union européenne.

Catégorisé comme temps de repos, le temps d'astreinte fait cependant l'objet d'un régime à part et est bien défini. Il l'est d'abord par rapport au temps de travail. Depuis son arrêt *Matzak* de 2018, la CJUE a précisé clairement la distinction entre le temps de travail et l'astreinte au regard de la disponibilité qui les caractérisent. Dans l'arrêt précité, elle juge en effet que dès lors que le salarié est soumis à une obligation de disponibilité « *restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités* », le temps en question doit être qualifié de temps de travail¹⁰⁰¹. Dans ses arrêts ultérieurs de 2021, la Cour précise les deux critères, alternatifs, qui semblent déterminants dans l'appréciation de cette restriction : le délai pour répondre et la fréquence des interventions¹⁰⁰². Elle semble y ajouter également le critère de l'imprévisibilité des interventions¹⁰⁰³. Catégorisée comme temps de repos, l'astreinte n'en est pas moins un temps à part, avec une qualification propre et un régime associé. Dans la

Lamy 2005, N° 1228.

¹⁰⁰⁰ Voir dans ce sens-là : S. TOURNAUX, Reconfigurer les temps de vie du salarié, *Dr. soc.* 2022, p. 5 : l'auteur suggère de reconnaître *des* temps de travail et *un* temps libre.

¹⁰⁰¹ CJUE 21 fév. 2018, C-518/15.

¹⁰⁰² CJUE 9 mars 2021, C-344/19, points 47 et 51 ; 9 mars 2021, C-580/19 point 50 ; 9 sept. 2021, C-107/19, point 40.

¹⁰⁰³ CJUE 9 sept. 2021, C-107/19, point 41.

catégorie du temps de repos on trouve alors *deux temps*, le temps d'astreinte et, en creux, un temps qu'on pourrait dénommer *temps libre*¹⁰⁰⁴.

Ressortent ainsi trois temps : le temps de travail, fait de contraintes fortes et caractérisé par une disponibilité dure, le temps d'astreinte, temps de repos fait de contraintes souples et caractérisé par une disponibilité souple, et le temps de repos sans aucune contrainte. Dans ce schéma, c'est finalement ce dernier temps qui constitue le « troisième temps ».

369. La tripartition des temps maintient l'opposition entre temps de repos et temps de travail. En introduisant une distinction interne à la catégorie du temps de repos, cette tripartition conserve une délimitation claire, absolue et hermétique du temps de travail. Temps de travail et temps libre se trouvent séparés par une *zone frontalière* qu'est l'astreinte. Contre l'idée d'un « dégradé des temps »¹⁰⁰⁵, d'une hétérogénéité du temps de travail¹⁰⁰⁶ ou encore d'un lien de subordination à intensité variable¹⁰⁰⁷, la consécration d'un troisième temps permet de *borner* ces trois temps.

370. À rebours d'une promotion d'un troisième temps qui maintiendrait l'opposition entre temps de travail et temps de repos, la considération de temps « flous » justifie pour certains le recentrage sur la protection du temps de repos *en laissant de côté* la question de la détermination du temps de travail effectif¹⁰⁰⁸. Face à un temps de travail de moins en moins déterminable, le droit à un temps de repos minimum deviendrait seul pertinent. Il s'agit ici d'une offensive contre un large pan du droit de la durée du travail. Cette offensive occulte toute la dimension de limitation du travail par le temps, qui n'a pas la même justification que

¹⁰⁰⁴ Voir E. DOCKÈS, Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre, *Dr. ouvrier* 2022, p. 293 ; ce qui fait écho au GR-PACT qui a proposé que soit enfin reconnue la notion juridique de temps libre, qui intégrerait notamment l'exigence *d'une prévisibilité de l'emploi du temps* (GR-PACT, Pour un autre droit du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 422 ; lire à propos M. VÉRICEL, Un nouveau modèle pour la réglementation du temps de travail, *Dr. soc.* 2018, p. 276).

¹⁰⁰⁵ A. FABRE, Les temps de travail : entre libertés et pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1508.

¹⁰⁰⁶ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947.

¹⁰⁰⁷ J.-E. RAY, Qualité de vie(s) et travail de demain, *Dr. soc.* 2015, p.147.

¹⁰⁰⁸ J. BARTHÉLÉMY, Numérique, civilisation du savoir et définition du temps de travail, *Dr. soc.* 2018, p. 373 ; Temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 76 ; J.-E. RAY, Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979 ; De la sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p.5 ; A. DONNETTE-BOISSIERE, L'autonomie du travailleur subordonné, *BJT* 2021, n° 07-08, p. 49.

celle du respect d'un temps de repos¹⁰⁰⁹. Elle est par ailleurs injustifiée dès lors que le temps de travail demeure identifiable par l'exercice du lien de subordination.

2- En dehors de l'astreinte : une « télé-disponibilité » permanente à reconnaître juridiquement pour pouvoir la mesurer par le temps

371. Bien au-delà des seuls temps d'astreinte, les potentialités d'être contacté par son employeur hors temps de travail participent à une « *télé-disponibilité permanente* »¹⁰¹⁰. Échappant souvent à la qualification d'astreinte (a), les temps marqués par une telle disponibilité appellent une évolution du droit afin de pouvoir être saisis juridiquement, condition à leur décompte et limitation (b).

a- La qualification de l'astreinte restreinte aux injonctions professionnelles

372. L'astreinte a été définie longtemps comme « *au domicile ou à proximité* »¹⁰¹¹. Cette référence géographique est supprimée par le législateur en 2016¹⁰¹², et outrepassée d'ailleurs par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 janvier 2021¹⁰¹³ alors même qu'elle s'appliquait au moment des faits. La suppression de la référence au domicile s'avère pertinente tant les outils portables de communication rendent joignables les salariés en dehors de leur domicile. Elle appelle en revanche une remarque importante. En effet, la référence au domicile constituait certainement moins un critère positif de l'astreinte, être au domicile, qu'une condition négative, ne pas être sur le lieu de travail tout en étant joignable, ce que le lieu du domicile assurait doublement. Supprimer la référence du domicile, pour ne pas en faire un critère *limitant*, exige que la condition de ne pas être sur son lieu de travail ne soit pas négligée. Sinon, le risque serait que des temps auparavant qualifiés de temps de travail

¹⁰⁰⁹ Voir *Supra*.

¹⁰¹⁰ J.-E. RAY, De la sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p. 5 ; C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26. V. aussi P. WAQUET, En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963.

¹⁰¹¹ C. trav. anc. art. L. 3121-5 et art. L. 3121-9.

¹⁰¹² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 8.

¹⁰¹³ Soc. 20 janv. 2021, n° 19-10.956, inédit, note S. TOURNAUX, *Dr. soc.* 2021, p. 565 (la cour d'appel invoquait, notamment, l'absence de l'obligation de rester à son domicile ou à proximité pour refuser de qualifier l'astreinte).

effectif, car passés sur des lieux de permanence mis à disposition par l'employeur, se mettent à être qualifiés d'astreinte¹⁰¹⁴. Avant même la loi de 2016, la Cour de cassation, qui se détachait déjà parfois de la référence au « domicile », appliquait finalement une solution avisée en acceptant la qualification d'astreinte dès lors qu'elle se déroulait sur *un lieu du choix du salarié*¹⁰¹⁵, et la refusant au profit de celle de temps de travail effectif lorsque le lieu était choisi par l'employeur¹⁰¹⁶.

373. Un des critères déterminants de l'astreinte est l'obligation « *d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* ». Selon la Cour de cassation, il faut que le salarié soit *tenu* de pouvoir être joint en vue de répondre à un appel de l'employeur pour effectuer un travail au service de l'entreprise¹⁰¹⁷. Bien que la mise en place de l'astreinte doive être encadrée¹⁰¹⁸, l'absence de formalisation ne saurait conclure juridiquement à l'absence d'obligation. Cela reviendrait en effet à favoriser l'employeur fautif de ne pas avoir respecté le cadre légal et conventionnel de mise en place.

Les juges du fond ont à vérifier si le salarié était *en pratique* dans l'obligation d'être joignable¹⁰¹⁹. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation révèle une sévérité vis-à-vis des éléments de fond susceptibles de témoigner d'une telle obligation. Sont ainsi cassées pour manque de base légale des décisions de cour d'appel qui concluaient à l'existence d'une obligation de répondre du salarié, en se fondant sur la réalité de la relation de travail au cours de laquelle l'employeur contactait de fait régulièrement le salarié en dehors de ses horaires,

¹⁰¹⁴ A. JOHANSSON, Astreintes : organisation et lieu d'exécution après la loi « Travail » et à la lumière du droit européen, *Dr. ouvrier* mars 2017, N° 824, p. 152.

¹⁰¹⁵ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-18.452, *Bull.* n° 238, obs. M. CARLES, *Dr. ouvrier* 2002, p. 581, note M.-C. HALLER, *Juris. soc. Lamy* 2002, n° 109, note M. MORAND, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1086, note G. VACHET, *D.* 2003, p. 936.

¹⁰¹⁶ Voir par exemple : Soc. 2 avr. 2003, n° 01-40.032, *Bull.* n° 131, note P. WAQUET, *Dr. soc.* 2003, p. 652, note M.-C. HALLER, *Juris. soc. Lamy* 2003, n° 123 ; 8 juin 2011, n°09-70.324, *Bull.* n°153 ; 27 juin 2012, n°10-27.726, inédit ; 17 sept. 2015, n°14-11.940, inédit.

¹⁰¹⁷ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-18.452, inédit ; 9 nov. 2010, n° 08-40.535, inédit ; 1^{er} juill. 2009, n° 08-41.217, inédit ; 2 mars 2016, n°14-14.919, inédit ; 16 mars 2016, n° 14-27.971, inédit ; 12 juill. 2018, n° 17-13.029, inédit.

¹⁰¹⁸ C. trav. art. L. 3121-11 et R. 3121-3.

¹⁰¹⁹ Voir J.-E. RAY, Grande accélération et droit à la déconnexion, *Dr. soc.* 2016, p. 912. Voir : Soc. 16 mars 2016, n° 14-27.971, inédit.

voire la nuit, et où le salarié était amené à se déplacer¹⁰²⁰. Il en ressort que l'obligation de répondre s'entend au sens strictement disciplinaire, c'est-à-dire à l'aune du pouvoir de l'employeur de sanctionner ou non le salarié qui ne répondrait pas¹⁰²¹.

Cette approche ignore alors les situations où le salarié est *très fortement incité* à répondre. Elle ne permet pas alors au temps de l'astreinte de cerner ces temps de sollicitations très fortes.

b- Le besoin d'une reconnaissance juridique des sollicitations professionnelles

374. En plus des injonctions professionnelles qui caractérisent l'astreinte, les salariés sont susceptibles de devoir faire face à des sollicitations professionnelles¹⁰²², contre lesquelles ils ont le plus souvent une faible capacité de résistance¹⁰²³. Sans être placé juridiquement sous astreinte, le salarié n'en est alors pas moins au bout d'une « *laisse téléphonique* »¹⁰²⁴, dans une forme de relation permanente avec l'employeur¹⁰²⁵. Si le temps de réponse aux sollicitations est manifestement du temps de travail effectif et doit être décompté comme tel, il représente *en plus* une forme de « travail au sifflet »¹⁰²⁶ extrêmement envahissant. Dans une logique similaire à celle de l'astreinte, la possibilité de ces intrusions professionnelles influe

¹⁰²⁰ Soc. 25 janv. 2017, n° 15-26.235, inédit ; 7 mai 2018, n° 16-21.182, inédit. Sur ces jurisprudences : M. VÉRICEL, *RDT* 2018, p. 860 (note sous Soc. 12 juillet 2018, n° 17-13.029, inédit).

¹⁰²¹ Sur l'approche par le droit disciplinaire pour définir le temps de travail effectif : G. BELIER, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *Dr. soc.* 1998, p. 530 ; C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26 : « *l'employeur n'a aucun pouvoir sur la vie personnelle du salarié et ce dernier ne pourrait pas être inquiété pour avoir refusé de répondre, sur son appareil personnelle, à un appel de son employeur* ». V. aussi J.-F. PAULIN, Les temps soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340, le refus de collaboration hors temps de travail constitue « *l'exercice d'un droit insusceptible de sanction* », voir par exemple l'arrêt rendu le 27 novembre 2001 (n° 99-43.290).

¹⁰²² Ou « *incitations professionnelles* » (P. WAQUET, En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963).

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ C. RADÉ, NTIC et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26.

¹⁰²⁵ P. WAQUET, *op. cit.*, p. 963.

¹⁰²⁶ Expression utilisée par exemple par Anja Johansson (*La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006) ou par le GR-PACT.

sur la qualité du temps libre du salarié¹⁰²⁷, sa personne demeurant « *sous l'influence* » de l'employeur¹⁰²⁸.

Plus ou moins timidement, une partie de la doctrine semble y percevoir une « *forme d'astreinte numérique* »¹⁰²⁹. Certains proposent de ne parler d'astreinte numérique que lorsque la pratique serait excessive¹⁰³⁰, ajoutant une dimension absente du droit positif de l'astreinte et inadéquate. De façon plus pertinente, un auteur suggère que la répétition de sollicitations pourrait conduire à la reconnaissance d'une obligation d'y répondre au nom d'un « *principe de réalisme* »¹⁰³¹.

375. Le droit positif doit assurément évoluer en qualifiant, d'une façon ou d'une autre, ces sollicitations professionnelles en dehors du temps de travail. À l'image de l'astreinte perçue comme une « *sujétion singulière* »¹⁰³², le temps lors duquel le salarié n'est pas assuré d'être absolument libéré du travail devrait faire l'objet d'une compensation.

¹⁰²⁷ D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36ème éd., coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 1061 : le définit comme « *le temps durant lequel le salarié échapperait totalement à l'emprise de l'employeur et, de façon plus générale, de toute sollicitation liée à son travail* ».

¹⁰²⁸ P. FLORÈS, *Temps de travail : une qualification en lien avec le pouvoir de direction de l'employeur*, *Cahiers sociaux* 2014, n° 263, n° 113j2.

¹⁰²⁹ G. LOISEAU, *La déconnexion*, *Dr. soc.* 2017, p. 463 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, *L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail*, *JCP S* n° 11, 13 mars 2007, 1168 ; E. JEANSEN, *Les outils numériques dans la relation individuelle de travail*, *JCP S* 2018, 1049 ; C. RADÉ, *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, *Dr. soc.* 2002, p. 26.

¹⁰³⁰ G. LOISEAU, *op. cit.*, 2017, p. 463.

¹⁰³¹ C. RADÉ, *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, *Dr. soc.* 2002.

¹⁰³² M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *D.* 1998, p. 505 (note sous Soc. 9 déc. 1998, n° 96-44.789). V. aussi I. DESBARATS, *obs. D* 1999, p. 182.

CONCLUSION DE CHAPITRE

376. Le décompte du temps de travail est nécessaire pour assurer la limitation du travail par le temps. Il permet de rendre visible le temps travaillé afin de procéder à sa limitation et de contrôler le respect de la réglementation de la durée du travail. Cette limitation se matérialise par la fixation de durées maximales de travail et minimales de repos. Leurs dérogations, multiples, n'en modifient pas le caractère impératif. Elles en décalent le seuil. Mais, déplacé, il demeure infranchissable.

La pertinence du temps pour limiter le travail est questionnée par plusieurs évolutions de l'obligation du travail, et notamment par les intrusions professionnelles en-dehors des plages horaires prévues. Mais, s'il est travaillé, le temps initialement escompté comme temps de repos doit être requalifié en temps de travail. S'ouvre ainsi une nouvelle plage horaire de travail, encadrée par de nouvelles frontières. Ainsi, le travail réalisé hors du temps de travail prévu, à domicile, dans les transports etc., ne vient pas supprimer l'existence de frontières temporelles du travail : il les multiplie. Dans le respect de la définition du temps de travail effectif, à laquelle ne saurait échapper nul temps travaillé, les frontières temporelles doivent demeurer nettes et précises. Mouvantes, elles se perçoivent d'ailleurs d'autant mieux qu'il est procédé à un décompte scrupuleux et attentif de l'ensemble du temps travaillé.

Il convient de noter aussi que le travail reste toujours marqué par la subordination qui caractérise le temps de travail et, plus largement, le contrat de travail, même effectué hors de locaux de l'entreprise, dans un espace de coworking, au domicile, ou dans les transports. Ainsi, l'unité entre travail et temps de travail est maintenue. Les modalités de contrôle peuvent être plus relâchées au domicile du salarié, plutôt qu'à son bureau dans l'entreprise, mais le lien juridique n'est lui pas relâché. Amenée à survenir dans des temps ou des lieux préservés auparavant, la subordination perdure et appelle à la qualification de temps de travail effectif qui doit être décompté à ce titre. Le temps de travail et son décompte demeurent nécessaires, si ce n'est davantage encore, du moins avec une rigueur nouvelle.

377. Le temps de travail ne saisit pas en revanche l'entièreté du travail. D'autres outils peuvent alors intervenir, de façon complémentaire. Les notions d'intensité, de rythme, de cadence et de charge de travail ont le mérite certain de reconnaître que les heures de travail n'entraînent pas toutes les mêmes efforts, ni les mêmes effets sur la santé et la sécurité des salariés. Ces notions participent d'une reconnaissance d'un « contenu » du temps à prendre en compte.

De plus, le temps de travail n'inclut pas, en l'état actuel du droit positif, la totalité de la disponibilité du salarié. Disponibilité souple, l'astreinte n'est pas un temps de travail, mais elle est bien mesurée temporellement. L'obligation du décompte va ainsi au-delà même du temps de travail proprement dit.

Catégorisé comme temps de repos, le temps d'astreinte permet de dévoiler, en négatif, l'existence d'un « troisième temps » qui serait un temps de repos sans aucune contrainte. Une telle distinction interne au temps de repos permet par ailleurs de conserver une délimitation absolue et hermétique du temps de travail. Temps de travail et temps libre se trouvent finalement séparés par une zone frontalière qu'est l'astreinte. Contre l'idée d'un « dégradé des temps », d'une hétérogénéité du temps de travail ou encore d'un lien de subordination à intensité variable, l'idée de deux temps de repos permet de borner le temps de travail.

En revanche, là où l'astreinte fait l'objet d'une reconnaissance juridique et d'une mesure temporelle, toute autre sollicitation professionnelle y échappe complètement à défaut d'être obligatoire au sens disciplinaire. Ces sollicitations n'en constituent pas moins une forme incontestable de disponibilité attendue du salarié, sujétion que le temps est, pour l'instant, incapable de saisir.

Nécessaire pour limiter le temps de la subordination, le temps de travail n'est pas toujours suffisant pour limiter toutes les dimensions du travail.

CHAPITRE 2 : LA FONCTION DU DÉCOMPTE DE LIMITATION DU TRAVAIL PAR LE TEMPS AMOINDRIE PAR LE FORFAIT JOURS

378. Le dispositif du forfait jours organise une forfaitisation de la durée du travail en jours. Rémunérés sur la base des jours travaillés, les salariés en forfait jours dérogent par ailleurs à une part très importante du droit de la durée du travail. D'après l'article L. 3121-62 du code du travail, ils ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée quotidienne maximale¹⁰³³, aux durées hebdomadaires maximales¹⁰³⁴ et à la durée légale hebdomadaire¹⁰³⁵. À ce titre, le forfait jours se distingue très fortement des forfaits en heures, sur la semaine, le mois ou l'année¹⁰³⁶, qui restent assujettis aux durées maximales et à la référence de la durée légale¹⁰³⁷. En revanche, la réglementation relative à un repos minimum de 11 heures consécutives continue de s'appliquer aux salariés en forfait jours¹⁰³⁸. Cela permet, *a minima*, de garantir cette durée de repos minimum obligatoire. Mais il en ressort que, au sein des 13 heures d'amplitude laissées à disposition de l'employeur, le temps de travail n'est pas déterminé, ni *a fortiori* limité. Ainsi soustrait à la législation des limitations de la durée du travail, le forfait jours restreint la limitation du travail par le temps. La fonction assurée par le décompte du temps de travail dans cette limitation en est par là-même amoindrie.

Dans la perspective de mesurer la teneur et l'étendue de cet amoindrissement, le champ d'application du dispositif du forfait jours doit être déterminé, ce qui revient principalement à en analyser la justification (Section 1). Le dispositif du forfait jours ainsi délimité, la place que le temps continue d'occuper dans la limitation du travail doit être mise en lumière (Section 2).

¹⁰³³ Durée de travail maximale de 10 heures prévue à l'article L. 3121-18 du code du travail.

¹⁰³⁴ Durées de travail maximales de 48 heures et de 44 heures en moyenne sur une période de 12 semaines consécutives prévues aux articles L. 3121-20 et L. 3121-22 du code du travail.

¹⁰³⁵ Durée légale de travail de 35 heures prévue à l'article L. 3121-27 du code du travail.

¹⁰³⁶ Seul le forfait heures sur l'année est soumis à un encadrement conventionnel (C. trav. art. L. 3121-63).

¹⁰³⁷ Selon l'article L. 3121-57 du code du travail, la rémunération des salariés en forfait en heure doit être « *au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée, le cas échéant, si le forfait inclut des heures supplémentaires, des majorations* » liées aux heures supplémentaires prévues par le code du travail.

¹⁰³⁸ C. trav. art. L. 3131-1.

SECTION 1 : L'ÉTENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DU FORFAIT JOURS

379. Pour déterminer le champ d'application du forfait jours, il faut d'abord en définir les critères légaux. Ces critères se confondent avec ce qui justifie le forfait jours. Plutôt que de parler des critères du champ d'application, nous parlerons des *conditions au forfait jours*. L'évolution de ces conditions participent autant à l'extension du champ d'application qu'à la modification de sa justification (I).

Pour cerner ensuite la condition de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, devenue centrale, il convient d'étudier l'appréciation qui en est faite. Face au flou de la notion légale, les juges peuvent ambitionner d'y redonner une certaine substance (II).

I- L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION PAR L'ÉVOLUTION DE LA JUSTIFICATION DU FORFAIT JOURS

380. L'étude et l'analyse de ce champ d'application révèlent une mutation de la justification du forfait jours (A). Caractérisée désormais par l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, la justification du forfait jours se fait glissante et risque, sans réaction ni encadrement, de rendre le forfait jours invasif (B).

A- LA MUTATION DE LA JUSTIFICATION DU FORFAIT JOURS À PARTIR DE L'IMPOSSIBLE PRÉDETERMINATION DE LA DURÉE DU TRAVAIL

381. Dérogeant à une grande partie de la réglementation de la durée du travail, le forfait jours institue sur ce plan une différence de traitement entre salariés soumis au forfait jours et les autres et doit à ce titre être justifié (1). Très vite, les éléments de justification du forfait jours ont évolué, au profit d'un élargissement, voire d'une dénaturation, de la justification initiale (2).

1- L'exigence d'une justification de la différence de traitement instituée par le forfait jours

382. En tant qu'il est un dispositif dérogatoire, le forfait jours instaure une différence de traitement entre les salariés soumis au droit commun de la durée du travail et ceux en forfait jours. À ce titre, le forfait jours doit remplir les conditions constitutionnelles à l'établissement

d'une différence de traitement. Il doit d'une part être justifié par une différence de situation, objective et pertinente (a), et, en principe, être en lien avec l'objet de la loi qui l'institue (b).

- a- Une différence de traitement à justifier par une différence de situation objective et pertinente

383. Dérogatoire au droit commun et d'ordre public de la durée du travail, le dispositif du forfait jours doit être strictement justifié. D'après une jurisprudence constitutionnelle constante, fondée sur le principe constitutionnel d'égalité¹⁰³⁹, une différence de traitement n'est autorisée que si elle est justifiée par l'intérêt général ou procède d'une différence de situation. Sans rapport avec l'intérêt général, la différence de traitement instaurée par le forfait jours doit émaner d'une différence de situation.

Par ailleurs, les limitations de la durée du travail étant aussi prévues par le droit de l'Union européenne, plus précisément par la directive du 4 novembre 2003¹⁰⁴⁰, y déroger doit être autorisé par le droit de l'Union européenne. L'article 17 de la directive prévoit des cas de dérogations auxquels il s'agira de confronter le droit national.

384. La différence de situation invoquée pour justifier la différence de traitement instaurée doit notamment être objective et pertinente¹⁰⁴¹. Cette exigence posée par le Conseil constitutionnel est reprise par la Cour de cassation qui considère que les différences de traitement entre salariés doivent être fondées sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence¹⁰⁴², qui doivent être matériellement vérifiables¹⁰⁴³. L'objectivité doit être entendue comme échappant au choix et à l'appréciation

¹⁰³⁹ Cons. const. 27 déc. 1973, n° 73-51 DC *Loi de finance pour 1974*. Les fondements : DDHC, art. 1 et art. Préambule de la Constitution de 1946, alinéas 1,3,11.

¹⁰⁴⁰ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui modifie la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993.

¹⁰⁴¹ Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-270 DC (relative à la taxe sur les locaux à usage de bureaux).

¹⁰⁴² Soc. 8 juin 2001, *Bull.* n° 155 ; n° 10-11.933, inédit.

B. SIAU, Requalification ou reclassification d'un cadre au forfait-jour ? *Revue Lamy droit des affaires* 2013, N° 78 : si la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier la différence de traitement, il est possible de prendre en compte des spécificités ou sujétions objectives du poste de cadre (Soc. 8 juin 2011 n°10-14.725 et 10-11.933, inédits).

¹⁰⁴³ A. JEAMMAUD, Du principe d'égalité de traitement des salariés, *Dr. soc.* 2004, p. 694.

des acteurs¹⁰⁴⁴. Ainsi par exemple, la Cour de cassation considère que l'application d'une règle légale constitue d'office une raison objective¹⁰⁴⁵ ; hybride, le forfait jours n'entre pas dans cette hypothèse-ci car, s'il est certes *envisagé* par la loi, il doit y être *recouru* par accord. Possibilité offerte aux entreprises et aux salariés, la disposition légale prévoyant le forfait jours ne suffit donc pas à constituer une raison objective à sa mise en œuvre. C'est aux négociateurs sociaux qu'il revient alors de définir des critères assurant cette objectivité. Selon le Conseil constitutionnel, cela doit se faire « *eu égard aux spécificités d'emploi de ce personnel* »¹⁰⁴⁶.

b- Une différence de traitement à relier à la réduction du temps de travail

385. Toujours selon la jurisprudence constitutionnelle, la différence de traitement qui résulte d'une différence de situation doit être « *en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹⁰⁴⁷.

Le forfait jours a été créé par la loi du 19 janvier 2000 sur la réduction négociée du temps de travail¹⁰⁴⁸. Le lien entre forfait jours et réduction du temps de travail est établi expressément dans la loi¹⁰⁴⁹, défendu par le Gouvernement de l'époque¹⁰⁵⁰ et validé par le

¹⁰⁴⁴ Concernant le forfait jours : P. LOKIEC, *Le temps comme unité de mesure, Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

¹⁰⁴⁵ Par exemple, en cas de transfert d'entreprise les salariés de l'entreprise cédante voient leur ancienne rémunération maintenue dès lors qu'aucun accord de substitution sur ces points n'aurait été conclu dans l'année. Alors l'inégalité de traitement entre salariés d'une même entreprise, selon qu'ils aient fait partie ou non de l'entreprise cédante, se retrouvera justifiée d'office. On voit bien ici que le choix de la mise en œuvre échappe complètement aux acteurs de l'entreprise, sommés tout simplement d'appliquer la loi.

¹⁰⁴⁶ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*.

¹⁰⁴⁷ Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC *Loi relative à l'entreprise nationale France télécom* ; Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC *Loi créant les plans d'épargne retraite*. V. aussi pour le Conseil d'Etat : CE, 11 avril 2012, *GISTI*.

¹⁰⁴⁸ L'objet de 1998 en était l'incitation.

¹⁰⁴⁹ C. trav. art. L. 212-15-3 sur la convention de forfait, premier paragraphe sur la possibilité de conclure une convention de forfait est commencée par une obligation de faire bénéficier aux cadres non-dirigeants d'une réduction effective de leur durée du travail.

¹⁰⁵⁰ Observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC) : il considère que la possibilité de forfaitisation « *est pleinement en rapport avec l'objet de la loi, car elle vise à faire en sorte que les cadres*

Conseil constitutionnel¹⁰⁵¹. L'étude d'impact du projet de loi « Travail » de 2016 présente encore le forfait jours comme une modalité de réduction du temps de travail¹⁰⁵². Or, si le forfait jours peut éventuellement, et sous certaines conditions, se garder d'*heurter* l'objectif de réduction du temps de travail, il est bien moins évident qu'il en soit un moteur¹⁰⁵³.

Ainsi, le lien entre le dispositif dérogatoire et l'objet de la loi dont il émane laisse assez circonspect.

2- L'élargissement des critères de justification du forfait jours

386. Le forfait jours doit être justifié. Sa justification est censée se retrouver dans les critères de son champ d'application, c'est-à-dire dans la définition des « *destinataires de la règle* »¹⁰⁵⁴, ou dit encore autrement dans les conditions du forfait jours. Or le champ d'application du forfait jours n'a eu de cesse d'être étendu¹⁰⁵⁵. Justifiant et délimitant dans un premier temps le forfait jours (a), la condition de l'impossible prédétermination de la durée du travail a vite été abandonnée pour les cadres, avant d'être remobilisée vis-à-vis des salariés non-cadres pour qui le forfait jours devient une nouvelle possibilité (b).

participent au mouvement global de réduction des horaires, moyennant des solutions adaptées aux particularités de leur activité ».

¹⁰⁵¹ Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

¹⁰⁵² Le lien était encore défendu dans l'étude d'impact du projet de la loi du 8 août 2016, qui rappelait que « *la mise en place du forfait-jours a répondu à la nécessité d'encadrer le temps de travail des cadres tout en leur permettant de bénéficier de la réforme de la réduction du temps de travail par l'octroi de jours de repos libérés* » (*Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, 2016, p. 35 [en ligne]).

¹⁰⁵³ F. FAVENNEC-HÉRY, Le forfait jours pour tous ou la fin de la réduction du temps de travail, *Dr. soc.* 2005, p. 1126. *Contra* P.-H. ANTONMMATÉI, Le temps dans la négociation 35 heures, *Dr. soc.* 2000, p. 305.

¹⁰⁵⁴ A. LYON-CAEN, L'égalité et la loi en droit du travail, *Dr. soc.* 1990, p. 68 : « *la loi peut-elle discrétionnairement définir les destinataires de la règle qu'elle pose ? Ou, au contraire, au nom du principe d'égalité, un contrôle est-il exercé sur la définition légale des destinataires de la règle ?* ».

¹⁰⁵⁵ Emmanuel Dockès prend notamment l'exemple du champ d'application du forfait-jours pour illustrer ce qu'il nomme le « stroboscope législatif », technique de « flashes successifs » qui permet d'avancer en neutralisant toute réaction adverse (E. DOCKÈS, Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 835).

a- La condition initiale de l'impossible prédétermination de la durée du travail des cadres

387. La loi du 19 janvier 2000 délimite le champ d'application en deux temps. Dans un premier temps, elle délimite un champ commun à l'ensemble des conventions de forfait, en heures et en jours, qui regroupe les salariés ni dirigeants ni « intégrés ».

D'après l'article L. 3111-2 du code du travail, les cadres dirigeants sont « les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement »¹⁰⁵⁶. La Cour de cassation en déduit¹⁰⁵⁷ que les cadres dirigeants sont censés participer effectivement à la direction de l'entreprise¹⁰⁵⁸, ce qui les différencie des autres cadres. La qualité de cadre dirigeant exclut l'application de la quasi-totalité du droit du temps de travail¹⁰⁵⁹.

De leur côté, les cadres « intégrés » à une équipe, un atelier ou tout collectif de travail sont ceux dont la durée du travail peut être prédéterminée *et* dont la nature des fonctions leur permet de suivre l'horaire collectif de travail¹⁰⁶⁰.

C'est donc *en négatif* que se dessine la catégorie des « cadres intermédiaires », qui ne sont pas cadres dirigeants, et dont la durée du travail ne peut être prédéterminée *ou* qui ne sont pas occupés selon l'horaire collectif.

¹⁰⁵⁶ Sur la définition des cadres dirigeants V. not. : W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, 2016, p. 345. V. aussi P.-H. ANTONMATTÉI, *Les cadres et les 35 heures*, *Dr. soc.* 1999, p. 996.

¹⁰⁵⁷ Une telle exigence semble évidente au vu de « *la qualité de cadre dirigeant* » visée par l'article L. 3111-2 du code du travail (M. MORAND, *Les cadres dirigeants et le temps de travail*, *RJS* 5/12, p. 347. *Contra* P. LOKIEC, *La notion de cadre dirigeant*, *D.* 2012, p. 1167 : pour l'auteur, cette jurisprudence n'allait pas de soi, jusqu'à ce qu'elle ait été confirmée).

¹⁰⁵⁸ Soc. 31 janv. 2012, n° 10-24.412, n° 10-23.828 ; 4 fév. 2016, n° 14-23.663 ; 22 juin 2016, n° 14-29.246 ; 4 oct. 2017, n° 16-17.903.

¹⁰⁵⁹ Titre II durée du travail, répartition et aménagement des horaires et Titre III Repos et jours fériés. Exclusion prévue par L. 3111-2 expressément.

¹⁰⁶⁰ Si cette deuxième condition est contenue dans la première, les prévoir cumulativement permet d'exclure les cadres « intégrés » du forfait jours *et* du forfait en heures.

388. Parmi les « cadres intermédiaires », la loi définit dans un second temps ceux qui vont pouvoir conclure une convention de forfait jours. En 2000, le forfait jours n'est d'abord ouvert qu'aux cadres, qui, par manque de définition légale¹⁰⁶¹, s'entendent au sens des conventions collectives de branche ou, à défaut, de la stipulation de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres de 1947. Peuvent conclure une convention de forfait jours les cadres « *pour lesquels la durée du travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps* »¹⁰⁶². Condition unique, l'impossible prédétermination de la durée du travail doit découler de ces trois éléments cumulatifs que sont la nature de leurs fonctions, les responsabilités exercées et le degré d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps.

389. La condition d'une impossible prédétermination de la durée du travail fait écho à l'article 17 de la directive européenne de 2003 qui règlemente les possibles dérogations aux limitations de la durée du travail fixées par la directive, et que doit bien sûr respecter la loi française¹⁰⁶³. L'article 17 autorise les États membres à déroger aux durées minimum de repos et maximales de travail¹⁰⁶⁴ « *lorsque la durée du travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être prédéterminée par les travailleurs eux-mêmes* ». Dans les deux cas, il s'agit de faire face à une durée du travail qui ne peut être prédéterminée par l'employeur. Or, comme nous allons le voir, la condition de la difficile ou impossible prédétermination n'est désormais retenue par le droit français que pour les seuls salariés non-cadres. Il est donc important et utile de garder à l'esprit l'article 17, qui doit servir à éclairer l'interprétation de la législation française¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ Les cadres non dirigeants sont seulement visés par une disposition relative au conseil des prud'hommes, qui les définit par rapport à leur formation diplômante et leur commandement (C. trav. art. L. 1441-6).

¹⁰⁶² Ancien art. L212-15-3 III, créé par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

¹⁰⁶³ Constitution, art. 55.

¹⁰⁶⁴ Et aux limitations propres au travail de nuit.

¹⁰⁶⁵ Selon le principe de primauté du droit de l'Union européenne, les juges nationaux doivent interpréter la législation interne « *dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat visé par celle-ci* » (CJCE, 23 avr. 2009, *Angelidaki et a.*, aff. C-378/07 à C-380/07. V. aussi les arrêts fondateurs CJCE, 10 avr. 1984C-14/83, *Von Colson*, pt 26, et CJCE, 13 nov. 1990, C-106/89, *Marleasing*).

- b- La suppression de la condition de l'impossible prédétermination pour les cadres et l'ouverture du forfait jours aux non-cadres

390. Le premier élargissement du champ d'application se fait par la loi du 17 janvier 2003 qui supprime la condition de l'impossible prédétermination de la durée du travail¹⁰⁶⁶, élargissement sur lequel ne manquent pas d'avertir les organisations syndicales¹⁰⁶⁷. L'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps est conservée. S'ajoute la condition négative de ne pas être un cadre « *dont la nature des fonctions (...) conduit à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* »¹⁰⁶⁸, ce que ne viendra modifier ni la loi de 2008¹⁰⁶⁹ ni celle de 2016¹⁰⁷⁰. Que faut-il entendre par « *la nature des fonctions [qui] ne conduit pas à suivre l'horaire collectif* » ? La réalisation d'heures supplémentaires ne saurait par exemple suffire¹⁰⁷¹, ne remettant pas en cause « *la soumission à l'horaire collectif* »¹⁰⁷². La référence à « *la nature des fonctions* » sous-tend une interprétation stricte. Les juges doivent « *vérifier en cas de litige que les fonctions effectivement exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail* »¹⁰⁷³. La Cour de cassation a invalidé une convention de forfait jours au motif que la nature des fonctions n'empêchait pas de suivre l'horaire collectif¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁶ L. n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, article 2. Voir F. FAVENNEC-HERY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. social* 2003 p. 33.

¹⁰⁶⁷ Voir réclamations collectives respectives de la CGT et de la CFE-CGE auprès du CEDS (n° 22/2003, n° 16/2003).

¹⁰⁶⁸ Cela devient la condition commune à l'ensemble des forfaits. À partir de 2008, la condition relative à l'horaire collectif figure désormais dans les deux champs d'application respectifs, toujours comme unique condition à la conclusion de forfait en heures et s'adjoignant à celle de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps pour les forfait jours.

¹⁰⁶⁹ C. trav. art. L. 3121-43.

¹⁰⁷⁰ C. trav. art. L. 3121-58.

¹⁰⁷¹ A. DUPAYS, C. GOASGUEN, L'encadrement très pluriel, *Sem. soc. Lamy* 17 juill. 2000, n° 990.

¹⁰⁷² F. FAVENNEC-HERY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33.

¹⁰⁷³ Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, inédit.

¹⁰⁷⁴ Soc. 16 mai 2007, n° 05-43.643, inédit : « *faute de démonstration de ce que les fonctions ne lui permettraient pas d'être soumis à l'horaire collectif* ». V. aussi, un peu moins fort : Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Bull.* n° 143 : ne se réfère non pas à la nature des fonctions des cadres mais à « *la mission générale qui leur est confiée* ».

391. Le second élargissement intervient en 2005¹⁰⁷⁵, lorsque le forfait jours est ouvert aux salariés non-cadres¹⁰⁷⁶, ce que valide le Conseil constitutionnel¹⁰⁷⁷.

Initialement prévue dans le projet de loi initial¹⁰⁷⁸, la qualité d'itinérant n'est finalement pas retenue¹⁰⁷⁹. Certains minimisent cette suppression en considérant que la description des salariés non-cadres concernés correspond de toute façon aux seuls salariés itinérants¹⁰⁸⁰. Pourtant, si la référence expresse aux itinérants a été supprimée, c'est bien par volonté de ne pas s'y limiter. Il a été notamment avancé que certains salariés, sans être juridiquement itinérants, bénéficient d'une mobilité hors de l'entreprise et d'une autonomie susceptibles de justifier le forfait jours¹⁰⁸¹. Mais la définition retenue par la loi de 2005 ne se circonscrit pas à ces cas-là, les salariés non-cadres étant ceux « *dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

On note que, pour ces salariés, la condition de l'impossible prédétermination de la durée du travail est réintroduite.

¹⁰⁷⁵ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, article 95. L'article a été dénoncé comme un « cavalier législatif » (F. BROTTES, débats AN : séance 13 juill. 2005 : JOAN CR 14 juill. 2005, p. 4678 ; M. DEMESSINE, débats Sénat : séance 16 juin 2005 : JO Séant CR 17 juin 2005, p. 4316).

¹⁰⁷⁶ Cela avait été une hypothèse en 2000 à laquelle le législateur avait cependant renoncé (voir P.-H. ANTONMATEI, Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! *Dr. soc.* 2000, p. 15 ; S. GAILLARD, Les cadres de troisième catégorie au regard de l'article 5 du projet de loi Aubry II, *Sem. soc. Lamy* 1999, n° 956).

¹⁰⁷⁷ Cons. const. 29 juill. 2005, n° 005-523 DC : valide l'extension aux salariés non-cadres au motif des cinq garanties que seraient : les conditions légales prévues, l'accord collectif obligatoire, la convention individuelle écrite obligatoire, les droits au repos garantis, le nombre de jours maximum prévu.

¹⁰⁷⁸ Le projet de loi visait les salariés itinérants « *du fait de l'autonomie dont ils disposent dans l'organisation du travail et du fait qu'ils sont amenés à exercer leur activité en dehors des locaux de l'entreprise et en se déplaçant fréquemment* ».

¹⁰⁷⁹ Comme un « *tour de "coupe-coupe" magique* » (F. BROTTES, débats AN : séance 13 juill. 2005 : JOAN CR 14 juill. 2005, p. 4678). V. aussi F. MEYER, Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non-cadres "autonomes" », *Dr. ouvrier* 2005, p. 525.

¹⁰⁸⁰ A. MARTINON, Le forfait-jours : du cadre au non-cadre – Commentaire de l'article 95 de la loi PME du 2 août 2005, *JCP S* 2005, 1202.

¹⁰⁸¹ Voir sur cette position J.-E. SCHOETTL, Le forfait-jours des salariés non -cadres devant le Conseil constitutionnel, *LPA* 2005, n° 20, p. 7.

B- LE RISQUE DE GLISSEMENT DE LA JUSTIFICATION AVEC LE CRITÈRE DE L'AUTONOMIE DANS L'ORGANISATION DE L'EMPLOI DU TEMPS

392. À partir de 2003, l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps devient l'unique condition au forfait jours, pour certains « *condition unique et déterminante* »¹⁰⁸². Elle se présente comme moins objective que l'ancienne condition d'impossible prédétermination de la durée du travail (1). Cette faiblesse porte en elle-même un risque de glissement de la justification du forfait jours, susceptible d'être trop facilement admise, voire recherchée pour ce que le forfait jours permet. De façon plus spécifique, un risque de glissement s'observe concernant le télétravail, présenté parfois comme associé *en soi* à une autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, en négligeant grandement l'analyse juridique de ce qu'est et implique le télétravail (2).

1- La faiblesse de l'objectivité de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps : un « principe de réalité » à maintenir

393. En tant qu'elle doit justifier la différence de traitement générée par le forfait jours, l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps doit être objective. Elle doit être matériellement vérifiable et n'être l'objet ni d'une interprétation subjective – « je me considère autonome » – ni d'une reconnaissance purement performative – « les salariés sont déclarés autonomes donc ils le sont » –, au risque de dépendre de la seule appréciation de l'employeur¹⁰⁸³. Cette caractérisation de l'objectivité transparaît clairement dans un arrêt de la cour d'appel de Lyon, rendu sous l'empire de la loi Aubry de 2000 et concernant donc le critère de l'impossible prédétermination de la durée du travail. Selon les juges du fond, « *l'indétermination de la durée du travail doit résulter d'une impossibilité objective et non pas d'une décision des partenaires sociaux ou des parties au contrat de travail de reconnaître au salarié, dans l'organisation de son emploi du temps, une liberté qui ne découlerait pas nécessairement de la nature de ses fonctions et de son niveau de responsabilité* »¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² A. TEYSSIER, Le droit de la durée du travail des cadres au forfait-jours, *JCP E* 2002, 1684. Dans le même sens : F. DUCLOZ, P. FLORES, La sauvegarde du forfait-jours : le juge et la combinaison des normes, *RDT* 2016, p. 140.

¹⁰⁸³ P. LOKIEC, Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

¹⁰⁸⁴ CA Lyon, 1^{ère} Ch., 2 mai 2002, no 02 - 277, Syndicat chimie énergie de Rhône – Alpes SCERAO CFDT c/

394. La condition de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps promet moins d'objectivité que celle de l'impossible prédétermination de la durée du travail¹⁰⁸⁵. L'autonomie est plus à même de constituer un *choix* des acteurs sociaux. Au vu des tendances organisationnelles et managériales de l'entreprise, elle est d'ailleurs susceptible d'être largement accordée aux salariés¹⁰⁸⁶, laissant craindre « *une généralisation abusive du forfait jours* »¹⁰⁸⁷.

395. Alertant sur le risque de glissement porté par le critère de l'autonomie, Monsieur Pierre-Yves Verkindt différencie ce qu'il nomme le « *principe de réalité* » de la *flexibilité* comme finalité¹⁰⁸⁸. Le « *principe de réalité* » fonde le forfait jours sur une constatation objective : une comptabilisation du temps de travail impossible pour des raisons liées à l'autonomie, du fait de la nature des tâches, des responsabilités et des conditions matérielles d'exécution de la prestation. À l'inverse, la flexibilité dans la gestion du temps de travail est « *associée à une volonté politique non voilée de sortir des 35 heures* »¹⁰⁸⁹. Ainsi, le risque d'abus derrière la condition de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps se mesure aussi par le contexte idéologique dans lequel il est mobilisé.

2- La tentative injustifiée d'associer autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps et télétravail

396. Le télétravail est parfois associé au forfait jours¹⁰⁹⁰, voire présenté directement comme permettant un décompte en jours¹⁰⁹¹, ou devant le permettre¹⁰⁹². Cette confusion est

SA Aventis Pasteur, RJS 7/02, no 821).

¹⁰⁸⁵ S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190.

¹⁰⁸⁶ Réclamation CFE-CGE 16/2003, p. 9. V. aussi F. FAVENNEC-HÉRY, Mutation dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33.

¹⁰⁸⁷ H. ROSE, L'arrêt Blue green en débat, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327.

¹⁰⁸⁸ P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ J.-E. RAY, Légaliser le télétravail : une bonne idée ? *Dr. soc.* 2012, p. 443 ; P. COEFFARD, A. THOUVENIN, La promotion du télétravail, *JCP S* 2018, 1334.

¹⁰⁹¹ H. GUYOT, Le télétravail codifié, *JCP S* 2012, 1204 : « *Il conviendra notamment, au même titre que pour les salariés présents dans l'entreprise, de comptabiliser le nombre de journées travaillées* ».

entretenu au moyen de plusieurs caractéristiques prêtées au télétravail, qu'il s'agit de déconstruire au regard de la réalité du droit positif, en considération toutefois de la réalité de l'exercice du télétravail. Associer de façon presque automatique, ou du moins évidente, l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps et le télétravail c'est signifier que le télétravail couvrirait une certaine activité ou façon de l'exercer. Pourtant, ni l'activité (a) ni l'organisation du temps de travail (b) ne sont modifiées par le télétravail en lui-même.

a- L'activité en télétravail inchangée

397. Dans une approche radicale, le télétravail nourrit l'idée d'un certain type d'*activité*. Pour certains, le télétravail s'opposerait à la réalisation d' « *une tâche concrète et visible pour le compte de son employeur* » qui pourrait seule permettre d'apprécier le temps de travail¹⁰⁹³. On aurait d'un côté le travail dans les locaux pour une « tâche concrète et visible » et de l'autre le télétravail pour une tâche supposée abstraite et invisible.

Cette idée selon laquelle le télétravail modifierait l'activité est *contradictoire* avec le droit positif. En effet, reprenant l'ANI de 2005, la loi définit le télétravail comme « *un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur* » et qui est « *effectué par un salarié hors de ces locaux (...) en utilisant les technologies de l'information et de la communication* »¹⁰⁹⁴. Autrement dit, l'exécution d'un travail identique à celui exécuté dans les locaux est *un critère de qualification* du télétravail. Le télétravail ne représente qu'un mode d'organisation du travail, où varient seulement l'information et la communication avec l'environnement du travail.

b- L'organisation du temps télétravaillé inchangée

398. Une des idées partagées par certains sur le télétravail est que le télétravailleur gère librement l'organisation de son temps de travail. Selon l'Institut Montaigne, il existerait un

¹⁰⁹² Une publication de l'Institut Montaigne sur « *18 idées en droit du travail* » suggère très clairement de « permettre le décompte du temps de travail des salariés en télétravail en jours pour les périodes télétravaillées, avec toutes les garanties applicables en matière de convention de forfait en jours relatives au suivi de la charge de travail » (F. MOREL, Droit du travail : 18 idées pour le prochain quinquennat, note Institut Montaigne, fév. 2022, Idée n° 15).

¹⁰⁹³ A. PROBST, Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. soc.* 2006, p. 109 ; J. BARTHÉLÉMY, Les relations du salaire et du temps travaillé, *Dr. soc.* 1997, p. 581.

¹⁰⁹⁴ C. trav. art. L. 1222-9 ; ANI de 2005 et 2020.

« *décalage entre les exigences applicables en matière de contrôle du temps de travail sur l'horaire collectif et leur application dans un contexte de travail à distance géré par le salarié lui-même* »¹⁰⁹⁵. Alors que le premier alinéa de l'article 9 de l'ANI de 2005 affirme que « *le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables* »¹⁰⁹⁶, certains en ont fait une lecture partielle menant à un contresens très gênant. Arrêtant leur lecture à l'énoncé selon lequel le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail, ils le présentent comme une gestion libre du temps de travail qui caractériserait le télétravail¹⁰⁹⁷. Dans son entièreté, la disposition de l'ANI énonce en fait que l'organisation du temps de travail du télétravail se fait « *dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables* ». En d'autres termes, le télétravail n'est censé modifier ni la durée du temps du travail ni l'application du droit de la durée du travail. Si l'ANI de 2005 manifeste le besoin d'affirmer le cadre dans lequel le temps de travail s'organise, il s'agit surtout de rappeler que la loi n'autorise aucune dérogation aux règles relatives à la durée du travail pour les télétravailleurs.

399. De façon plus commune, la distance physique qui caractérise le télétravail amène à le présenter régulièrement comme un mode d'organisation du travail engendrant *nécessairement* une autonomie¹⁰⁹⁸. Certes, la sensation d'autonomie est un des effets constatés dans la pratique du télétravail¹⁰⁹⁹ et la distance peut participer d'un sentiment de marge de manœuvre élargie. Cependant, le contenu et les modalités d'exécution demeurent bien prescrits par

¹⁰⁹⁵ F. MOREL, Droit du travail : 18 idées pour le prochain quinquennat, note Institut Montaigne, fév. 2022.

¹⁰⁹⁶ Idem là-dessus, l'ANI de 2005 reprend à son compte les formulations de l'accord cadre européen de 2002. Ce dernier stipule sur l'organisation du travail, un des huit points clés visés, que « *dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables, le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail* ». Il ajoute immédiatement que « *la charge de travail et les critères de résultat du télétravailleur sont équivalents à ceux des travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur* ».

¹⁰⁹⁷ M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail - Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ, 2012, p. 173.

¹⁰⁹⁸ Voir par exemple L. ENJOLRAS, B. SOURBES, Autonomie du salarié et lieu de travail, BJT 2022, n° 11, p. 61 ; J.-E. RAY, Actualité des TIC – Tous connectés, partout, tout le temps ? Dr. soc. 2015, p.516 ; E. JEANSEN, Les outils numériques dans la relation individuelle de travail, JCP S 2018, 1049.

¹⁰⁹⁹ 83% des salariés interrogés constatent bénéficier d'une plus grande autonomie quand ils sont en télétravail (Malakoff Humanis, Baromètre annuel Télétravail et Organisations hybrides, 2022)

l'employeur. Tout au plus, peut-on parler d'une possible « discrétion »¹¹⁰⁰ de l'employeur vis-à-vis des salariés en télétravail, sans pour autant se risquer à généraliser. L'autonomie ressentie du fait de l'éloignement physique de l'employeur doit absolument être distinguée de l'autonomie réelle consentie dans l'organisation de son emploi du temps et dans la maîtrise de son travail. Il est ainsi essentiel de rappeler que le télétravail n'accorde pas *en lui-même* une autonomie particulière.

400. Ceci étant dit, forfait jours et télétravail ne s'excluent pas pour autant. Dès lors que les conditions de recours et de mise en œuvre du forfait jours sont remplies, rien n'empêche un télétravailleur d'être en forfait jours¹¹⁰¹. En pratique, il est même probable que les salariés en forfait jours soient concernés par la pratique du télétravail. En effet, les salariés en télétravail sont d'une part très majoritairement des cadres¹¹⁰². Mais que certaines caractéristiques persistent à être exigées pour bénéficier du télétravail ne signifie pas que le télétravail porte en lui ces caractéristiques. C'est très certainement sur cette ambiguïté que peuvent se développer ces discours pour qui le télétravail révolutionne l'activité du travail. Mais les conditions au régime du forfait jours doivent s'apprécier de façon autonome à celles du télétravail.

II- L'APPRÉCIATION DE L'AUTONOMIE DANS L'ORGANISATION DE L'EMPLOI DU TEMPS, LA POSSIBILITÉ DE RESSERER LE CHAMP ?

401. Être autonome dans l'organisation de son emploi du temps est la condition principale pour prétendre pouvoir être au forfait jours et déroger alors à une grande partie de la réglementation de la durée du travail. L'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps mérite d'être caractérisée, afin d'être mieux saisie et surtout délimitée. Cette exigence se doit d'autant plus d'être remplie que « l'autonomie » comporte non seulement plusieurs acceptions, mais, même dans une acception donnée, elle ne fonctionne pas de façon binaire c'est-à-dire que sa condition doit être graduée. Soulignons tout de suite que l'autonomie n'est

¹¹⁰⁰ G. de TERSSAC, « Autonomie et travail », dans *Dictionnaire du Travail*, PUF, 2012, p. 47.

¹¹⁰¹ J.-E. RAY, *Vie professionnelle, vie personnelle et TIC ; incitation à la conclusion de forfait-jours* ; M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail - Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ, 2012, p. 174 ; A. PROBST, *Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps*, *Dr. soc.* 2006, p. 109.

¹¹⁰² DARES Analyses, *Quels sont les salariés concernés par le télétravail*, nov. 2019, n° 051.

pas l'indépendance¹¹⁰³. Le travailleur autonome qui nous intéresse demeure bel et bien salarié. Ensuite, l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps n'est pas l'autonomie dans le travail. Cette dernière, qui peut se définir comme la « *marge de manœuvre dont [le salarié] dispose au sein d'une organisation pour adapter voire modifier les consignes qui lui sont imposées* »¹¹⁰⁴, n'est jamais totalement absente du fait de l'écart inévitable entre travail prescrit et travail réel¹¹⁰⁵. Enfin, l'autonomie temporelle dans le cadre du travail peut notamment s'entendre comme le fait de fixer les moments de son travail puis de définir la chronologie des tâches et opérations à effectuer et leurs rythmes¹¹⁰⁶. Qu'en est-il précisément de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps ? Au vu des conséquences de la reconnaissance d'une telle autonomie dans l'application ou non du droit commun de la durée du travail, il semble que cette question mérite absolument une réponse. L'encadrement légal de la condition que constitue l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps y répond très peu, et entretient un certain flou de la notion (A). La jurisprudence apporte en revanche quelques éléments permettant de répondre en partie au besoin de caractériser l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps (B).

A- L'ENCADREMENT LÉGAL DE L'AUTONOMIE DANS L'ORGANISATION DE SON EMPLOI DU TEMPS : LE FLOU DU CHAMP D'APPLICATION MAINTENU

402. L'encadrement légal du critère de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps n'est pas à la hauteur de sa fonction de justification du forfait jours. Tant vis-à-vis du cadre posé directement par la loi (1) que de l'encadrement conventionnel que celle-ci exige (2), les exigences prévues apparaissent insuffisantes à délimiter avec rigueur le champ d'application du forfait jours.

¹¹⁰³ A. DONETTE, J. THOEMMES, D. GARDES, L'autonomie du travailleur salarié, concept et enjeux, *BJT* 2022, n° 11, p. 51 ; A. DONNETTE-BOISSIERE, L'autonomie du travailleur subordonné, *BJT* 2021, n° 07-08, p. 49.

¹¹⁰⁴ M. GRÉGOIRE, *L'autonomie et le travail non subordonné en coopérative d'activité et d'emploi : une analyse critique*, thèse Lille, 2019, p. 195 [en ligne].

¹¹⁰⁵ Voir par exemple : P. ASKENAZY, *Les désordres du travail. Enquête sur le nouveau productivisme*, Le Seuil, 2004, p. 98 ; M. BERTHET, D. CRU, Travail prescrit, travail réel et santé au travail. De nouveaux modes d'intervention ergonomique ? *Travail et Emploi*, 2003, 85-9.

¹¹⁰⁶ J. THOEMMES, L'autonomie temporelle, *BJT* 2022, n° 11, p. 51.

1- L'insuffisante exigence légale de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps

403. L'exigence légale qui mène à justifier le forfait jours par l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps est doublement insuffisante. Elle l'est en elle-même, par ses formulations vagues et confuses, dans ses termes et dans ses distinctions selon les catégories de salariés concernés (a). Elle l'est aussi au regard du droit de l'Union européenne, dont se dégage une justification plus serrée (b).

a- Le manque de précision du critère de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps exigée

404. Définissant les salariés susceptibles de conclure une convention de forfait, à l'époque les cadres étant seuls concernés, la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000 mentionne d'abord le « *degré d'autonomie* ». La loi de 2003 justifie ensuite le forfait jours des cadres « *au regard de leur autonomie* », désormais condition unique. En 2008, la loi considère enfin que peuvent conclure une convention de forfait jours les cadres qui « *disposent d'une autonomie* ». Or ces différentes formulations n'impliquent pas le même type de contrôle. Examiner le « *degré d'autonomie* » exige une évaluation et signifie clairement que toute autonomie ne suffit pas à justifier le forfait jours. « *Regarder* » l'autonomie est plus vague mais appelle encore une appréciation. « *Disposer* » d'une autonomie relève d'une condition binaire et semble se contenter de l'existence d'une autonomie quelle qu'elle soit. Pourtant, il est difficilement concevable qu'une faible autonomie puisse suffire à justifier la dérogation au droit de la durée du travail que constitue le forfait jours.

405. Pour les salariés non-cadres, la loi de 2005 qui leur ouvre le champ du forfait jours exige d'eux qu'ils « *disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ». Que recouvre cette différence de terminologie entre cadres et non-cadres ? On ne saurait admettre une différence substantielle entre l'autonomie exigée pour les cadres et celle exigée pour les non-cadres. L'explication se loge alors certainement dans les caractéristiques prêtées *a priori* aux salariés cadres¹¹⁰⁷, parmi

¹¹⁰⁷ S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190.

lesquelles l'autonomie. À l'inverse, exiger pour les non-cadres une « réelle » autonomie signifierait le besoin qu'elle soit « attestée et prouvée », encourageant les négociateurs sociaux et le juge à une grande vigilance¹¹⁰⁸ et en permettant de « prévenir de tout recours excessif au forfait jours dès lors que l'activité des non-cadres reste le plus souvent dans la main de l'employeur »¹¹⁰⁹. Par ailleurs, la loi dispose que l'autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps doit l'être « pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées », doublant la mise en garde vis-à-vis de l'autonomie des non-cadres.

Ces précisions auraient-elles été superflues à l'égard des salariés cadres ? Cela n'est pas ce qu'avait jugé l'Assemblée nationale en 2003, dont le projet de loi adopté en première lecture définissait les cadres susceptibles de conclure une convention de forfait jours comme ceux « dont la nature des fonctions implique une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ». La version finale, adoptée par les sénateurs, n'envisage plus l'autonomie qu'« en tant que telle et non plus comme la conséquence de la nature des fonctions assumées »¹¹¹⁰, créant un regrettable flou.

b- La condition du droit de l'Union européenne d'avoir un pouvoir de décision autonome : un champ plus restreint ?

406. La directive européenne concernant certains aspects de l'aménagement de la durée du travail autorise des dérogations aux limitations de la durée du travail qu'elle fixe¹¹¹¹. L'article 17 prévoit que des dérogations sont possibles « lorsque la durée du travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes » en précisant qu'il s'agit « notamment » des personnes ayant un pouvoir de décision autonome, de la main d'œuvre familiale et des travailleurs dans le domaine liturgique des églises des communautés religieuses. Si le forfait

¹¹⁰⁸ P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387. L'auteur souligne d'ailleurs que si « réelle » signifie « vraie » la précision n'ajouterait rien voire jetterait un discrédit sur la notion d'autonomie.

Pour une explication alternative mais qui n'emporte pas l'adhésion, selon laquelle une « réelle autonomie » s'opposerait à l'idée d'une autonomie totale : A. DONETTE, J. THOEMMES, D. GARDES, L'autonomie du travailleur salarié, concept et enjeux, *BJT* 2022, n° 11, p. 51.

¹¹⁰⁹ P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.

¹¹¹⁰ F. FAVENNEC-HERY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33.

¹¹¹¹ V. Paragraphe 389.

jours doit relever d'une de ces catégories, il ne peut indubitablement être rattaché qu'à celle des personnes ayant un pouvoir de décision autonome.

Il faut alors que le « *pouvoir de décision autonome* », exigé par le droit de l'Union européenne se retrouve, plus ou moins dans « *l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps* ». Or cela semble loin d'être le cas ¹¹¹², *a fortiori* pour les non-cadres¹¹¹³. Le pouvoir de décision autonome apparaît beaucoup plus restrictif que la notion retenue par le droit français ¹¹¹⁴. Le droit national doit être interprété à la lumière du droit de l'Union européenne¹¹¹⁵. Cela devrait ainsi guider vers une appréciation aussi stricte que possible de ce que doit recouvrir l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps.

2- La faiblesse de la délimitation conventionnelle exigée par la loi

407. Dès 1998, les négociateurs sociaux se sont vu laisser le soin de préciser la détermination des catégories susceptibles de conclure une convention de forfait jours, dans le respect du champ d'application délimité par la loi. Saisi concernant la loi « Aubry I » de 1998, le Conseil constitutionnel a validé cette délégation législative¹¹¹⁶. Sur le plan conventionnel, il n'est pas certain que la directive européenne relative au temps de travail autorise un tel « *transfert de responsabilité* »¹¹¹⁷. La marge de manœuvre laissée aux négociateurs sociaux s'évalue au regard du cadre légal à respecter. Ainsi, l'affaiblissement des éléments délimitant le champ

¹¹¹² H. GOSSELIN, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327 ; F. MEYER, Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non-cadres « autonomes », *Dr. ouvrier* 2005, p. 526.

¹¹¹³ F. FAVENNEC-HÉRY, Le forfait-jours pour tous ou la fin de la RTT, *Dr. soc.* 2005, p. 1127.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ V. par exemple : Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, note G. PIGNARRE, *RDT* 2015, p. 195, note F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2015, p. 104, note P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n° 597. Et voir sur cette question : F. BERGERON, A. MARTINON, M. MORAND, Autonomie du salarié et temps de travail, *BJT* 2022, n° 11, p. 66 ; J.-P. LHERNOULD, Forfait en jours : de nouvelles perspectives contentieuses ? *RJS* 12/2012, p. 779.

¹¹¹⁶ Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* (pour une critique favorable : P.-H. ANTONMATTÉI, Les salariés concernés par les conventions de forfait-jours sur l'année, *Sem. soc. Lamy* 2012, N° 1544.

¹¹¹⁷ En ce que la directive s'en remet aux « États membres » pour encadrer les dérogations aux limitations de la durée du travail qu'elle fixe. P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387 ; B. BERCUSSON, Les temps communautaires *Dr. soc.* 2000, p. 248.

d'application du forfait jours amplifie la liberté des négociateurs sociaux dans la détermination des potentiels bénéficiaires du forfait jours¹¹¹⁸.

408. Au vu de l'aspect lapidaire de la loi, le niveau d'exigence imposé à l'accord collectif s'apprécie à l'aune de son contrôle jurisprudentiel¹¹¹⁹. De façon primaire, le juge veille d'abord à l'existence, préalable¹¹²⁰, d'un accord collectif prévoyant la possibilité de conclure des conventions de forfait jours, à défaut de quoi les conventions sont systématiquement invalidées¹¹²¹.

Concernant les éléments attendus dans la détermination conventionnelle des catégories susceptibles de conclure une convention de forfait jours, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle un certain laxisme¹¹²². Rendu en 2004, un arrêt juge par exemple suffisante la clause conventionnelle selon laquelle peuvent être au forfait jours ceux « *dont le rythme de travail ne peut pas épouser, en raison de la mission générale qui leur est confiée, celui de l'horaire collectif applicable dans le service qu'ils dirigent ou auxquels ils sont affectés* » et dont « *en raison de l'autonomie nécessaire à leurs fonctions, la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée* »¹¹²³. Simple reprise de la loi, l'accord aurait dû être invalidé, comme les juges du fond l'avaient d'ailleurs décidé¹¹²⁴. Selon la Cour de cassation, la clause est licite dès lors que le forfait jours doit faire l'objet d'un accord entre employeur et salarié et que le juge est compétent pour vérifier que les fonctions effectivement

¹¹¹⁸ Une autrice parle même de « *blanc-seing* » laissé à l'accord collectif (F. FAVENNEC-HÉRY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33).

¹¹¹⁹ F. DUCLOZ, P. FLORES, *op. cit.*, p. 140.

¹¹²⁰ Soc. 9 mai 2018, n° 16-26.910, inédit.

¹¹²¹ Voir par exemple Soc. 20 mars 2008, n° 06-45.990, *Bull.* n° 71, G. AUZERO, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2009, n° 348, M. VÉRICEL, *RDT* 2008, p. 462, F. DUMONT, *JCP S* 2008, p. 24 ; 15 mai 2014, n° 12-24.517, inédit ; 8 mars 2012, n° 11-10.510, inédit.

¹¹²² Pour un arrêt exigeant : Soc. 28 oct. 2008, n° 07-45.365, inédit : la Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel selon laquelle le salarié pouvait s'opposer à l'application de l'accord collectif instaurant le forfait jours du fait qu'il « *ne mentionnait ni les catégories concernées par ce régime, ni les éléments objectifs découlant de la nature des fonctions, des responsabilités exercées et du degré d'autonomie rendant impossible la prédétermination de la durée du travail* ». L'arrêt étant non publié, sa portée est à relativiser.

¹¹²³ Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Bull.* n° 143.

¹¹²⁴ TGI Paris 3 juill. 2001 ; CA Lyon 2 mai 2002 ; CA Paris 18 déc. 2002.

exercées ne permettent pas au salarié d'être soumis à l'horaire collectif¹¹²⁵. L'argument de l'étape contractuelle entre employeur et salarié pour soutenir la validité de l'accord collectif doit être rejeté. En effet, rien n'autorise juridiquement une telle compensation entre l'accord collectif et la convention individuelle¹¹²⁶. De plus, en pratique, accorder un tel rôle de garde-fou à la convention individuelle de forfait jours s'avère risqué¹¹²⁷, au vu de la relation déséquilibrée entre employeur et salarié. L'autre argument mobilisée par les défenseurs d'accords collectifs sommaires est le rôle joué par le juge prud'homal pour évaluer la réalité de l'autonomie d'un salarié. Certains en saluent la démarche fonctionnelle et objective¹¹²⁸. Encore faudrait-il que cette démarche vaille en amont et pour tous les salariés concernés¹¹²⁹, ce que ne permet pas la seule éventualité d'un contentieux individuel contrairement au contrôle du juge du contenu conventionnel. Il semblerait plutôt que cette décision de la Cour de cassation scelle la limitation du rôle du juge dans l'appréciation de la condition de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, non sans lien avec l'amodrissement législatif intervenu en 2003¹¹³⁰. En effet, la condition justificatrice du forfait jours serait désormais si large qu'elle désarmerait le juge¹¹³¹. Il reste que, si son intervention ne peut venir justifier l'insuffisance d'un accord collectif, le juge peut utilement venir préciser le contenu de l'autonomie de l'organisation de son emploi du temps comme nous allons le voir.

¹¹²⁵ Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Bull.* n° 143.

¹¹²⁶ A l'inverse précisément de la loi et l'accord collectif, le second était sommé de consolider la première.

¹¹²⁷ *Contra* M. MORAND, Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1209 : fait notamment que la convention individuelle permet « *un contrôle par l'intéressé de la conformité de sa fonction à la définition légale et conventionnelle* ».

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Ibid.* V. aussi P.-H. ANTONMATTEI, Accord de réduction du temps de travail : l'arrêt *Michelin*, *Dr. soc.* 2004, p. 839.

¹¹³⁰ Bien que le cas d'espèce concerne un accord collectif antérieur à 2003.

¹¹³¹ F. FAVENNEC-HÉRY, Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 33 : l'arrêt de la Cour de cassation est comparé avec d'anciennes décisions des juges du fond (TGI Paris 3 juill. 2001, TGI Nanterre 12 oct. 2001, CA Lyon 12 mai 2002) qui exerçaient leur contrôle en se basant sur la définition légale bien plus précise de l'époque. V. aussi P.-H. ANTONMATTEI, Accord de réduction du temps de travail : l'arrêt *Michelin*, *Dr. soc.* 2004, p. 839 : la nouvelle formulation de 2003, se limitant au critère de l'autonomie, a pour but « *non seulement de simplifier la définition du cadre concerné par un forfait-jours mais aussi de limiter sérieusement le contrôle judiciaire* ».

B- LA CARACTÉRISATION JURISPRUDENTIELLE DE L'AUTONOMIE DANS L'ORGANISATION DE SON EMPLOI DU TEMPS : UN RESSEREMENT DU CHAMP D'APPLICATION

409. Une fois le champ d'application du forfait jours, peu, délimité par la loi, c'est vers la jurisprudence qu'il s'agit de se tourner pour donner corps à cette notion d' « *autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps* ». L'étude de la caractérisation opérée par les juges de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps s'avère nécessaire. Elle enseigne d'abord que cette caractérisation doit se faire à partir des fonctions et responsabilités du salarié, c'est-à-dire de la réalité du travail (1). Elle permet de détailler ensuite les éléments cardinaux attendus des juges pour conclure à l'existence d'une telle autonomie (2).

1- L'examen de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps à partir des fonctions et responsabilités, l'exemple de la classification

410. Le niveau dans la classification professionnelle peut constituer un indice pour caractériser l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. En effet, non sans lien avec les compétences du salarié, son ancienneté ou encore ses tâches, le niveau dans la classification permettrait de préjuger de l'existence ou non de l'autonomie. Des accords collectifs réservent parfois le forfait jours aux salariés classés à un certain niveau – en en faisant ici, plus qu'un indice, une véritable condition. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2011¹¹³² précise que si le niveau de classification peut utilement être exigé comme condition au forfait jours, la volonté de conclure ou de « valider » *a posteriori* une convention de forfait jours ne peut quant à elle justifier le sur-classement. En l'espèce, l'accord collectif conditionnait la conclusion de forfait jours au fait d'être au niveau 3 de la classification. Un salarié, au forfait jours mais « bloqué » au niveau 2 du fait d'une ancienneté inférieure à 6 ans¹¹³³, invoquait sa convention de forfait jours pour être réhaussé au niveau 3. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que si le niveau de classification peut autoriser à conclure une convention de

¹¹³² Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250, M. VÉRICEL, *RDT* 2012, 42, F. CHAMPEAUX, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1514, J.-E. TOURREIL, *Juris. Soc. Lamy* 2011, N° 311, S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n° 462. V. aussi Soc. 21 nov. 2012 : le salarié réclamait aussi la reconnaissance de qualité de cadre à tel niveau, mais la cour d'appel a reconnu qu'il n'avait aucune autonomie dans l'exercice de ses fonctions, décision validée par la Cour de cassation.

¹¹³³ V. aussi Soc. 26 mars 2008, n° 06-45.990, *Bull.* n° 71, F. POMMERET, *Cah. soc.* 2008, p. 285.

forfait, la convention de forfait conclue ne peut en aucun cas être un argument en faveur du positionnement à ce niveau de classification. Cette décision est bienvenue. Les parties n'ont pas la liberté de surclasser un salarié, indépendamment des critères posés pour faire partie d'un niveau de classification, matérielles et techniques¹¹³⁴, comme l'ancienneté¹¹³⁵ ou l'autonomie¹¹³⁶. Plus encore, la décision est salutaire vis-à-vis du champ d'application du forfait jours, problématique que la Cour de cassation a choisi d'ailleurs de relever d'office¹¹³⁷. En effet, alors que le niveau de classification peut constituer une condition au forfait jours, admettre que le forfait jours puisse précéder et justifier ce niveau de classification revient à inverser la logique et fait perdre à la condition toute sa substance. Autrement dit et plus largement concernant l'autonomie, « *le forfait-jours peut être la conséquence de l'autonomie en matière de temps de travail ; il ne peut en être à l'origine* »¹¹³⁸.

2- La reconnaissance de l'autonomie par la « grande liberté dans l'organisation du travail » et la non-intégration dans un cadre temporel

411. Dans la recherche de caractérisation de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, l'arrêt *Blue Green* du 31 octobre 2007 représente sans conteste une décision phare¹¹³⁹.

¹¹³⁴ M. VÉRICEL, *RDT* 2012, p. 42 (note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250).

¹¹³⁴ V. aussi M. MORAND, Le forfait-jours : tolérance zéro, *JCP S* 2011, 1577 : c'est « *une application stricte du texte conventionnel à laquelle la Cour de cassation invite les parties lors de la conclusion d'une convention individuelle de forfait* ».

¹¹³⁵ Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250.

¹¹³⁶ Soc. 21 nov. 2012, n° 11-10.829, *Bull.* n° 303.

¹¹³⁷ F. CHAMPEAUX, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1514.

¹¹³⁸ M. MORAND, *JCP S* 2013, 1069 (note sous Soc 21 nov. 2012, n° 11-10.829, Publié) ; dans le même sens : A. DONNETTE-BOISSIERE, L'autonomie du travailleur subordonné, *BJT* 2021, n° 07-08, p. 49.

¹¹³⁹ Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, Publié, obs. L. PERRIN, *D.* 2007, p. 2876, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2008, p. 110, note G. AUZERO, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2007, 281, note H. GOSSELIN, *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1327, note M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* 2007, 222, note A. BUGADA, *JCP G* 2008, 10110, note G. VACHET, *JCP S* 2008, 1004. (Il s'agit d'une cassation partielle, sur la décision de la cour d'appel d'allouer au salarié une indemnité fondé sur le régime du forfait jours alors même qu'elle admettait qu'elle a invalidé le forfait jours).

L'arrêt concerne un litige antérieur à 2003, lorsque l'autonomie était un des critères de l'impossible prédétermination de la durée du travail. Il se transpose *a fortiori* au cas où l'autonomie est devenue unique critère (S. BEAL, A. FERREIRA, Le contrôle du juge sur le forfait-jours, *JCP E* 2008, 1126). *Contra*

La chambre sociale de la Cour de cassation y considère que « *le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail à l'intérieur du forfait-jours* ». Face à « l'autonomie », dépourvue depuis 2003 de toute mention quant à son *degré*, l'arrêt *Blue Green* a le mérite ici d'associer une *mesure* à l'idée de liberté, qui doit être « *grande* »¹¹⁴⁰. Le terme de *liberté* conserve toutefois une part d'imprécision. Cette « *grande liberté dans l'organisation de son travail* » n'est pas une traduction de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps mais se présente comme une de ses conditions. En l'espèce, l'emploi du temps du cadre en forfait jours était déterminé par sa direction et son supérieur, lesquels définissaient le planning de ses interventions auprès de clients. La cassation est prononcée et invalide la convention du forfait jours, de par l'absence de grande liberté dans l'organisation de son travail et *donc* d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps¹¹⁴¹.

412. De façon plus précise, une série d'arrêts considèrent expressément que l'intégration dans des plannings est antinomique avec la notion de cadre autonome¹¹⁴². Cela n'empêche évidemment pas l'existence de plannings définis par les salariés eux-mêmes afin d'organiser leur emploi du temps. Mais, dès lors que le planning est défini par l'employeur, l'autonomie dans l'organisation du travail n'est pas reconnue¹¹⁴³.

Notons également que cette question de plannings a parfois fait ressortir la notion de prédétermination de la durée du travail comme critère de l'absence d'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps¹¹⁴⁴ – là où, sous l'empire de la législation de 2000, l'autonomie était, à l'inverse, un critère de l'impossible prédétermination de la durée du travail.

J. BARTHÉLÉMY, L'arrêt *Blue green* en débat, *Sem. soc. Lamy* n° 1327, 5 nov. 2007.

¹¹⁴⁰ Pour A. DUPAYS, C. GOASGUEN, L'encadrement très pluriel, *Sem. soc. Lamy* 17 juill. 2000, n° 990 : les cadres qui peuvent conclure une convention de forfait sont ceux « qui jouissent *d'une totale liberté* dans l'organisation de leur emploi du temps ».

¹¹⁴¹ Au contraire, certains auteurs ont interprété l'arrêt comme invalidant la convention de forfait jours au motif que le forfait ne s'accompagnait d'une vraie réduction du temps de travail (H. GOSSELIN, *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1327 ; G. VACHET, *JCP S* 2008, 1004 ; A. BUGADA, *JCP G* 2008, 10110).

¹¹⁴² Soc. 23 janv. 2013, n° 11-12.323, inédit ; 15 déc. 2016, n° 15-17.568 à 573, inédits, n° 15-18004 à 009, inédits.

¹¹⁴³ Soc. 31 oct. 2012, n° 11-20.986, inédit ; 10 déc. 2008, n° 07-42.669, inédit.

¹¹⁴⁴ Soc. 27 mars 2019, n° 17-31.715, Publié, M. MORAND, *Sem. soc. Lamy* 2019, N° 1861, J. ICARD, *BJT* 2019, n° 5, p. 18.

Antérieur à l'arrêt *Blue Green*¹¹⁴⁵, un arrêt admettait que le forfait jours peut être conclu en dépit d'un programme préétabli à suivre par la salariée dès lors que celle-ci était en droit de le moduler¹¹⁴⁶. L'arrêt demeure isolé. Le salarié en forfait jours peut toutefois être soumis à des contraintes d'emploi du temps, ponctuelles et limitées. Tout sera question de proportion, plus précisément « *du rapport de proportion entre l'autonomie dans la gestion de son emploi du temps, dont doit jouir le salarié, et le pouvoir de direction de l'employeur, qui bien évidemment subsiste* »¹¹⁴⁷.

413. La question de la liberté dans les horaires et les contraintes temporelles de l'entreprise s'est posée dans le cadre du forfait en heures sur l'année conditionné, lui aussi, à une « *réelle autonomie dans l'organisation de l'emploi de temps* ». La chambre sociale de la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 2 juillet 2014 que « *la convention individuelle de forfait annuel en heures n'instaure pas, au profit du salarié, un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'horaire collectif fixé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction* »¹¹⁴⁸. L'hypothèse d'une transposition de cette jurisprudence au forfait jours a pu être défendue¹¹⁴⁹. Rien ne l'imposait en ce que, derrière la similitude de formulation des champs d'application, le forfait annuel en heures et le forfait jours répondent à des impératifs distincts justifiant des régimes très différents et une fermeté variable dans la caractérisation de la condition d'autonomie. Pourtant, près de huit ans plus tard, la Cour de cassation a finalement procédé à une transposition, un arrêt du 2 février 2022 reprenant mot à mot son attendu de principe de 2014¹¹⁵⁰. Non publié, et peu commenté¹¹⁵¹, cet arrêt aura, nous l'espérons, une portée limitée,

¹¹⁴⁵ En 2003, encore sous l'empire de la législation de 2000.

¹¹⁴⁶ Soc. 9 juill. 2003, n° 01-42.451, *Bull.* n° 229.

¹¹⁴⁷ F. DUCLOZ, P. FLORES, La sauvegarde du forfait-jours : le juge et la combinaison des normes, *RDT* 2016, p. 140.

¹¹⁴⁸ Soc. 2 juill. 2014, n° 13-11.904, *Bull.* n° 171, M. MORAND, *JCP S* 21 oct. 2014, 1406. La Cour de cassation avait jugé plus tôt qu'un salarié en forfait annuel en heures ne pouvait se voir imposer d'être présent pendant les heures d'ouvertures du magasin (Soc. 23 juin 2004, n° 02-14.861 ; Soc. 27 juin 2012 n° 11-12.527), la divergence des deux décisions relève pour certains d'une seule appréciation de degré, plus précisément de si l'employeur impose le respect de l'horaire collectif de façon permanente ou non (M. MORAND, *JCP S* 21 oct. 2014, 1406).

¹¹⁴⁹ J. ICARD, *Cah. soc.* 2014, p. 507, *BJT* 2019, p. 19.

¹¹⁵⁰ Soc. 2 fév. 2022, n° 20-15.744, inédit : « *une convention individuelle de forfait annuel en jours n'instaure*

en évitant ainsi d'assouplir l'appréciation faite du critère de la liberté et de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps des salariés en forfait jours.

414. Ajoutons que si le fait de suivre l'horaire collectif doit être un indicateur de *l'absence* d'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, le fait de ne pas suivre l'horaire collectif ne saurait être un indice de son existence. C'est pourtant ce qu'admet un arrêt publié en 2004 en considérant qu'en ce que le rythme de travail ne peut épouser l'horaire collectif il permettrait de conclure à un certain degré d'autonomie¹¹⁵². Or la causalité est loin d'être évidente. En effet, il est tout à fait concevable que des salariés ne puissent suivre l'horaire collectif en raison de leur rythme de travail tout en subissant l'autorité de l'employeur sur l'organisation de leur temps de travail. La décision de la Cour de cassation véhicule une vision étonnante¹¹⁵³ et erronée du degré d'autonomie nécessaire à la conclusion d'une convention de forfait jours. Récemment, un arrêt de cassation vient rappeler que le fait de ne pas avoir à suivre un horaire collectif ne saurait suffire à la conclusion du forfait jours, encore faut-il que soit caractérisée l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps et les « *raisons (...) conduisant à ne pas suivre l'horaire collectif de travail* »¹¹⁵⁴. Cet arrêt rappelle l'importance de se centrer sur l'activité réelle du salarié pour caractériser l'existence ou non d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps.

pas au profit du salarié un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'organisation du travail par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction ».

¹¹⁵¹ Repris seulement comme une référence jurisprudentielle (J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2023, n° 560) ou mis en exergue dans un manuel (P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., coll. « Thémis droit », PUF, 2019, p. 466).

¹¹⁵² Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, inédit.

¹¹⁵³ Dans ce sens P.-H. ANTONMATTÉI, Accord de réduction du temps de travail : l'arrêt *Michelin*, *Dr. soc.* 2004, p. 839.

¹¹⁵⁴ Soc. 25 janv. 2023, n° 21-16.825, Publié, J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2013, n° 560, F. FAVENNEC-HÉRY, *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2034, E. JEANSEN, *JCP E* 2023, 40, M. MORAND, *JCP S* 2023, 8.

SECTION 2 : LA PERSISTANCE FRAGILE DU TEMPS COMME LIMITATION DU TRAVAIL

415. Comme son nom l'indique, le forfait jours fait l'objet d'un encadrement temporel en jours. L'article L. 3121-64, I, 3° du code du travail dispose en effet que l'accord collectif de mise en place du forfait jours doit préciser « *le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours* ». À défaut de précision dans l'accord collectif, le législateur permet au salarié de renoncer individuellement à des jours de repos¹¹⁵⁵, dans la limite, par accord collectif¹¹⁵⁶, de 282 jours travaillés et, d'après la loi supplétive¹¹⁵⁷, de 235 jours. Mais cette limitation en jours est loin de proposer véritablement une limite temporelle au travail, se contentant en fait de prévoir une détermination contractuelle de la prestation du salarié¹¹⁵⁸. Quant à l'application des durées minimales de repos, elles ne limitent pas à proprement parler le travail, en permettant, sans aucune limite, le travail dans l'amplitude quotidiennes des 13 heures restantes.

Cependant, l'impératif d'assurer un encadrement du nombre d'heures de travail persiste. Il se traduit par l'obligation d'assurer des « *durées raisonnables de travail* », dont il convient d'analyser les justifications puis ce qu'elle implique (I). Si le respect de durées raisonnables permet, au moins, de penser la question des heures de travail, il ne devient nécessaire qu'à partir du moment où a été actée l'inapplication de toute référence à des « *durées maximales* ». Une telle référence a pourtant été envisagée par la jurisprudence, épisode sur lequel il est particulièrement intéressant de revenir pour en saisir les enjeux et en proposer une certaine lecture (II).

I- « DES DURÉES RAISONNABLES » : UN ÉLÉMENT DU TEMPS DE TRAVAIL À ASSURER

416. Le respect de « *durées raisonnables* » répond à l'exigence d'un encadrement de la durée du travail (A). Construction jurisprudentielle, il doit être précisé dans ce qu'il implique comme limitations (B).

¹¹⁵⁵ C. trav. art. L. 3121-59.

¹¹⁵⁶ C. trav. art. L. 3121-64, dernier alinéa.

¹¹⁵⁷ C. trav. art. L. 3121-66.

¹¹⁵⁸ V. Paragraphe 109 et s.

A- L'EXIGENCE D'UN ENCADREMENT DE LA DURÉE DU TRAVAIL

417. Face à une préoccupation d'assurer une limitation de la durée du travail (1), la Cour de cassation est venue, en réaction aux condamnations européennes, poser un cadre temporel à la durée du travail en forfait jours (2). Si la jurisprudence de 2011 est connue, il est nécessaire d'en rappeler les soubassements et la teneur, qui éclairent sur les risques couvés par le forfait jours et la fondamentalité de la réponse apportée.

1- La préoccupation d'assurer une limitation de la durée du travail

418. La préoccupation d'une limitation de la durée du travail dans le cadre du forfait jours a son origine dans plusieurs réclamations auprès du Comité européen des droits sociaux (CEDS) concernant le régime du forfait jours et l'absence d'encadrement des durées du temps de travail menant à des condamnations de la France¹¹⁵⁹. Précisons ici que le CEDS est chargé de veiller au respect de la Charte sociale européenne¹¹⁶⁰, obligatoire¹¹⁶¹ pour tous les États membres. La Charte sociale confère au Comité une fonction juridictionnelle¹¹⁶², offrant une autorité juridique à ses décisions¹¹⁶³, malgré le mépris que celles-ci subissent parfois¹¹⁶⁴. Une

¹¹⁵⁹ Décisions du 11 déc. 2001, réclam. N°9/2000 ; du 7 déc. 2004, réclam. N°22/2003 ; du 23 juin 2010, réclam. N°55/2009.

En 2001, le CEDS condamne la France à 7 voix contre 3, en 2010 la violation des articles 2§1 et 4§2 est prononcée à l'unanimité par le comité.

¹¹⁶⁰ Signée le 18 octobre 1961 et revisitée le 3 avril 1996. Au niveau de l'Europe, s'ajoutant à la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits civiques et politiques, la Charte remplit un rôle complémentaire en matière sociale et économique.

¹¹⁶¹ J.-F. AKANDJI-KOMBE, Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, *RDT* 2011, p. 233 ; S. LAULOM, L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du CEDS du 23 juin 2010, *RDT* 2011, p. 298.

¹¹⁶² Par le Protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives de 1995 (STE n° 158).

¹¹⁶³ M.-F. MAZARS, P. FLORES, La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, 1499.

¹¹⁶⁴ A. MARTINON, Le forfait-jours : du cadre au non-cadre – Commentaire de l'article 95 de la loi PME du 2 août 2005, *JCP S* 2005, 1202 ; J. BARTHÉLÉMY, En finir avec le psychodrame des forfaits en jours, *Les Cahiers du DRH* 2014, n° 212.

fois adoptées, les décisions du CEDS sont transmises au Conseil des ministres, censé en principe adopter une recommandation à l'adresse de l'État mis en cause. Dans le cas du forfait jours, le Conseil des ministres s'est démarqué du CEDS en n'enjoignant pas la France à modifier sa législation malgré la violation de la Charte sociale constatée¹¹⁶⁵. Les décisions du CEDS n'ont pas été pour autant sans effet. Elles éclairent utilement sur la potentialité de durées hebdomadaires de travail qu'il s'agit d'interdire (a). Elles ont donné lieu par ailleurs à une jurisprudence de la Cour de cassation permettant d'affirmer que le respect du droit à la protection de la santé et au repos doit être garanti (b).

a- Des durées hebdomadaires potentielles à interdire

419. À plusieurs reprises¹¹⁶⁶, le CEDS a constaté la violation par le régime du forfait jours de l'article 2 paragraphe 1 de la Charte sociale européenne¹¹⁶⁷ qui impose aux États membres de « *fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire* ». Le Comité soulève que l'état de la réglementation du forfait jours permet que la durée hebdomadaire atteigne 78 heures, les seules limites étant les 11 heures de repos quotidiennes consécutives et 24 heures hebdomadaires. Certains ont dénoncé une mauvaise foi de la part du CEDS qui se fonderait sur une durée manifestement excessive à partir d'un calcul fictif¹¹⁶⁸. C'est pourtant le propre du droit de réfléchir dans l'absolu¹¹⁶⁹, en réglementant des situations *potentielles*. En

¹¹⁶⁵ Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, du 26 mars 2002 et du 4 mai 2005.

¹¹⁶⁶ Voir note de bas de page 1159.

¹¹⁶⁷ Le contentieux européen du forfait jours a d'ailleurs permis de soulever que le droit de l'Union et le droit européen s'imposent cumulativement, le respect de l'un ne garantissant pas le respect de l'autre (voir S. LAULOM, *op. cit.* : rappelle l'argumentaire du gouvernement qui reposait sur la conformité du droit français à la directive dont il déduisait automatiquement la conformité à la Charte sociale européenne. La réponse du CEDS contredit ce raisonnement).

¹¹⁶⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, Défense et illustration du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494 ; J. BARTHÉLÉMY, En finir avec le psychodrame des forfaits en jours, *Les Cahiers du DRH* 1^{er} sept. 2014, n° 212 (il critique l'approche « mathématique » du comité) ; A. BUGADA, Le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail à l'intérieur du forfait-jours, *JCP G* 2008, 10110 ; J.-E. RAY, Contrôler la durée du travail... chez soi ? *Dr. soc.* 2022, p. 21.

¹¹⁶⁹ Le CEDS (décision du 11 déc. 2001 sur réclamation n°9/2000), dans cette approche du contrôle juridique *in abstracto*, se prononce « quelles que soient les circonstances ». De cet avis, V. not. : E. DOCKÈS, Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 835 ; P.-Y. VERDKINT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387).

l'occurrence, du moment que le droit *autorise* une durée hebdomadaire de 78 heures, considérer que cette durée est irréaliste et relève d'un cas fictif revient à s'en remettre à la pratique et donc à quitter la sphère du droit. À la question de savoir si le dispositif juridique français est suffisant pour s'assurer d'une durée de travail raisonnable, il est nécessaire de calculer le maximum *juridiquement* autorisé.

b- L'affirmation du respect du droit à la protection de la santé et au repos

420. En réaction aux condamnations du CEDS, et face aux lacunes manifestes du dispositif du forfait jours, accrues par la loi de 2008¹¹⁷⁰, le salut n'est pas venu du législateur mais du juge. Dans un arrêt du 29 juin 2011, largement publié¹¹⁷¹ et commenté¹¹⁷², la Cour de cassation se livre au « *sauvetage du forfait jours* »¹¹⁷³. C'est par cet arrêt qu'est établi que « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* ».

421. L'arsenal juridique de l'arrêt du 29 juin 2011 impressionne¹¹⁷⁴. Sont visés l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui garantit « *la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* », l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui renvoie à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les deux directives européennes sur

¹¹⁷⁰ À noter que la décision du CEDS concerne le dispositif juridique antérieure à 2008, les critiques formulées par le comité s'appliquent a fortiori au dispositif issu de la loi du 20 août 2008 qui supprime l'exigence de suivi.

¹¹⁷¹ P.B.R.I et accompagné d'un communiqué de presse. Pour l'importance de la publicité de la décision : S. TOURNAUX, Forfaits-jours : compromis à la française, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n°447.

¹¹⁷² Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *D.* 2011, p. 1830, note B. VAN CRAEYNEST, P. MASSON, *RDT* 2011, p. 474, chron. M.-F. MAZARS, S. LAULOM, C. DEJOURS, *RDT* 2011, p. 481, note M. MORAND, *JCP S* 2011, 1333, note F. FAVENNE-HERY, *RJS* 2011, p. 587, chron. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2012, p. 901, note E. RICHARD, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n°447, note D. BAUGARD, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11.

¹¹⁷³ Philippe Florès (Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016, *Dr. soc.* 2016, p. 898) va jusqu'à parler de « *destruction créatrice* », se référant à Schumpeter (J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, [1943], Traduction française 1951, Payot).

¹¹⁷⁴ Voir pour un large aperçu sur les sources de l'arrêt : M.-F. MAZARS, S. LAULOM, C. DEJOURS, Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, *RDT* 2011, p. 481.

l'aménagement du temps de travail, et plus précisément l'article 17, et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit que « *tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité* » et « *a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire* ». Ce visa éloquent, parfois redondant, amène la Cour de cassation à affirmer avec évidence que « *le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles* », expression qu'elle n'utilisera que dans le contentieux du forfait jours¹¹⁷⁵. La Cour insiste ensuite sur les directives européennes et les dérogations que celles-ci prévoient aux limites de la durée du travail avec toujours l'impératif de respecter les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.

Ces principes fondamentaux sont mobilisés pour affirmer les exigences supra-légales adressées au forfait jours. La Cour de cassation choisit de viser le droit de l'Union européenne plutôt que le droit européen, écartant habilement la question de l'effet direct de l'article 2§1 de la Charte européenne tout en s'y référant indirectement¹¹⁷⁶. Si on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas profité de l'occasion pour résoudre la question¹¹⁷⁷, il reste que le contenu substantiel de l'article 2§1 de la Charte sociale européenne a fait partie des « *références* » de la Cour¹¹⁷⁸. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la CJUE, se veut protecteur du droit à la limitation de la durée du travail. La Cour de justice de l'Union européenne juge que « *la limite maximale de 48 heures [...] constitue une règle de droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et*

¹¹⁷⁵ B. BAUDUIN, *La constitutionnalisation du droit du travail. Etude d'une dynamique contemporaine*, thèse Université Paris 1, LGDJ, 2021, p. 101.

Sur la formulation d'exigence constitutionnelle, elle utilisée très largement, V. not. T. DUBUT, Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles, *Revue française de Droit constitutionnel* 2009, p. 749.

¹¹⁷⁶ Est visé l'article 151 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne à l'effet direct incontestable et qui renvoie à la Charte sociale européenne.

¹¹⁷⁷ La chambre sociale de la Cour de cassation aurait été « *tétanisée devant l'importance des conséquences d'une mobilisation formelle de la Charte sociale* », nouveau corps de règles comme une « *boîte de Pandore* » (J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, Le forfait-jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011, *JCP S* 2011, 1332). V. aussi S. LAULOM, Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, *RDT* 2011, p. 481.

¹¹⁷⁸ A. LYON-CAEN, Le forfait-jours, ou les épices du pluralisme, *Dr. ouvrier* 2012, p. 171.

de sa santé »¹¹⁷⁹. De façon très claire, le principe essentiel consacré par l'arrêt est « *le droit à la santé et au repos des salariés* »¹¹⁸⁰.

422. La focalisation assumée de l'arrêt de la Cour de cassation couve éventuellement un risque de réduire les problématiques du forfait jours à la santé et au repos¹¹⁸¹, au détriment de la question de l'articulation entre les temps de vie, la charge et l'intensité du travail ou encore le fossé entre la rémunération forfaitaire et le volume effectif de travail. Néanmoins, cette mise en évidence de l'enjeu du droit à la santé et au repos des salariés, et le rappel de son caractère fondamental, est bienvenu au vu du contexte précédant la décision : l'amaigrissement¹¹⁸² législatif de 2008 et la seconde condamnation par le CEDS¹¹⁸³.

2- L'inauguration jurisprudentielle de limites temporelles

423. Le CEDS pointe l'insuffisance des garanties offertes par la négociation collective. Pour lui, il faut en effet « *un cadre juridique précis qui délimite clairement la marge de manœuvre laissée aux employeurs et aux salariés* »¹¹⁸⁴, particulièrement du fait que « *la loi n'impose pas que les conventions collectives prévoient une durée maximale journalière et hebdomadaire* ». Le Comité conclut alors que la France se doit de « *fixer une durée raisonnable au travail hebdomadaire des cadres soumis au régime du forfait-jours et de prévoir des garanties spécifiques en cas de négociation collective au sein de l'entreprise* ».

Le rôle laissé à la négociation collective est repris à son compte par la Cour de cassation dans son fameux arrêt du 29 juin 2011 dont l'attendu de principe énonce que « *toute convention de*

¹¹⁷⁹ CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01, spéc. § 100.

Sur la formulation de la CJUE sur les seuils et limites fixés par la directive que constituent des prescriptions minimales destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé : CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu*, points 43 et 47 ; 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas* précité, point 49 ; reprise par la Cour de cassation : Soc. 17 fév. 2010, n° 08-43.212.

Sur l'alignement du droit de l'Union européenne sur le droit européen : M. MINÉ, Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale, *Sem. soc. Lamy* 2005, 1228).

¹¹⁸⁰ Formule de l'attendu de principe de l'arrêt.

¹¹⁸¹ E. RICHARD, Forfait jours : l'accord collectif au secours de la loi, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723.

¹¹⁸² P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.

¹¹⁸³ CEDS, déc. 23 juin 2010, récl. N° 55/2009.

¹¹⁸⁴ CEDS, déc. 11 déc. 2001 récl. N°9/2000.

forfait-jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ».

424. Dans son arrêt du 29 juin 2011, la Cour inaugure une formulation qu'elle n'aura de cesse de mobiliser tout au long de sa jurisprudence, en en modifiant les termes au fil du temps. Si l'attendu de principe se démarque du visa quant à sa brièveté¹¹⁸⁵, il le rejoint par la force de son affirmation¹¹⁸⁶. Plus exactement, la solidité du visa soutient la décision de la Cour de cassation. « *Les durées maximales de travail* », qu'on pensait disparues concernant le régime du forfait jours, ressuscitent. La décision marque le retour du souci de la durée horaire du temps de travail. La consolidation de cette solution va aboutir à l'exigence de veiller au respect d'une « *durée raisonnable* ».

Dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation enrichit par ailleurs sa jurisprudence. Elle considère qu'est privée d'effet une convention de forfait jours fondée sur des stipulations conventionnelles qui « *ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* »¹¹⁸⁷. Si elles n'ont pas été intégrées dans l'attendu de principe de la Cour, l'amplitude raisonnable et la bonne répartition dans le temps du travail deviennent à partir de 2012¹¹⁸⁸ des éléments dont on doit s'assurer.

L'amplitude est définie par la Cour de cassation comme le « *temps séparant la prise de poste de sa fin* »¹¹⁸⁹ ; notion et préoccupation absentes du droit du temps de travail,

¹¹⁸⁵ A. LYON-CAEN, Le forfait-jours, ou les épices du pluralisme, *Dr. ouvrier* 2012, p. 171 : visa contrastant avec « la précision et l'ascétisme du pourvoi ».

¹¹⁸⁶ *Contra* E. RICHARD, Forfait jours : l'accord collectif au secours de la loi, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723 : il est permis néanmoins de se demander si la force de l'affirmation du principe n'entre pas finalement en décalage avec la solution elle-même.

¹¹⁸⁷ Soc. 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *Bull.* n° 250.

V. aussi Soc. 19 déc. 2018, n° 17-18.725, Publié, M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* 2019, 470, p. 14 ; M. MORAND, *JCP S* 2019, 7, p. 30 ; N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, *JCP G* 2019, p. 50.

¹¹⁸⁸ Soc. 29 juin 2011, précité : sur l'accord de métallurgie, voir M.-F. MAZARS, P. FLORES, La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, 1499.

¹¹⁸⁹ Soc. 23 sept. 2009, n°07-44.226. V. aussi la définition comme l'intervalle existant entre deux repos journaliers successifs ou entre un repos hebdomadaire et le repos journalier immédiatement précédent ou suivant

l'amplitude maximale de 13 heures est déduite de l'obligation d'un repos d'au moins 11 heures consécutives. Invoquer l'amplitude dans le cadre du forfait jours renvoie au besoin d'un encadrement horaire de la journée de travail, indépendamment de ce qui constituerait, dans la journée, du temps de travail effectif. L'existence de cette prise en compte est pertinente et nécessaire dans le cadre du forfait jours. Elle permet notamment, en négatif, de garantir le respect des heures consécutives de repos quotidien et hebdomadaire¹¹⁹⁰. Alors que le législateur de 2016 intègre pour partie les éléments de jurisprudence dans le code du travail¹¹⁹¹, la notion jurisprudentielle d'amplitude raisonnable n'y figure pas, de façon regrettable.

B- LE RESPECT DE DURÉES RAISONNABLES

425. À partir de l'arrêt du 29 septembre 2011, la Cour de cassation exige de l'accord collectif qui encadre la conclusion de conventions de forfait jours d'assurer la garantie du respect de limitation de la durée du travail et de repos. Mais le type de « *limitation* » visée a évolué au fil de la jurisprudence, allant des « durées maximales de travail » aux « durées raisonnables de travail », en passant par la formulation hybride des « durées maximales raisonnables ». Ainsi, depuis une série d'arrêts en 2017¹¹⁹², la Cour de cassation impose que les stipulations de l'accord collectif « *assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* »¹¹⁹³. Pour cerner ce qu'implique le respect de durées raisonnables, il faut en établir la nature (1) avant de chercher à les identifier (2).

(Soc. 13 juin 2012, n° 11-12.875, *Bull.* n° 185 ; Crim. 11 mai 1982, n° 81-93.406).

¹¹⁹⁰ A. FABRE, Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnancement, *Les Cahiers sociaux* 2013, n° 257, n° 111r9.

¹¹⁹¹ L'article L. 3121-60 du code du travail dispose que « *l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail* ».

¹¹⁹² Soc. 5 oct. 2017, n° 16-23.106 à 16-23.111, Publiés.

¹¹⁹³ Voir depuis 2017 par exemple : Soc. 8 nov. 2017, n° 15-22.758, *Bull.* n° 191, note P. ROZEC, *JCP G* 2017, 2389 ; 17 janv. 2018, n° 16-15.124, *Bull.* n° 2, note F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2018, n° 305, p. 149 ; 4 nov. 2020 n° 18-24.887, inédit ; 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié.

1- La nature des durées raisonnables : une limite adaptable

426. En exigeant la garantie du respect de « *durées raisonnables de travail* », la Cour de cassation mobilise le standard du « raisonnable », qu'elle appliquait déjà au sein de la réglementation du forfait jours à la charge et l'amplitude de travail¹¹⁹⁴.

Le « raisonnable » est l'archétype du standard¹¹⁹⁵, qui peut se définir comme « *une certaine catégorie d'expressions normatives caractérisées par l'absence de toute prédétermination et l'impossibilité de les appliquer sans procéder au préalable à une appréciation ou à une évaluation, c'est-à-dire en plaçant le fait auquel on les rapporte sur une échelle des valeurs* »¹¹⁹⁶. À la lumière de cette définition du standard, la possibilité que le raisonnable constitue une limite ne semble pas nécessairement fermée¹¹⁹⁷, pour peu qu'on admette qu'elle ne puisse pas être prédéterminée et nécessite une appréciation ou une évaluation. Cela fait reconsidérer l'opposition entre des durées maximales quantitatives et des durées raisonnables qualitatives¹¹⁹⁸, avec le quantitatif « *dont la propriété est d'être mesurable* » et le qualitatif qui « *concerne la nature des choses* »¹¹⁹⁹.

427. La notion de durée raisonnable est difficile à cerner. Elle nécessite de revenir sur ce que le « raisonnable » implique.

¹¹⁹⁴ Voir par exemple Soc. 26 sept. 2012 n° 11-14.540, *Bull.* n° 250.

¹¹⁹⁵ Sur le standard du raisonnable : H. RAMPARANY-RAVOLORIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse, t. I et II, Poitiers, 2009, spéc. t I, n° 2 ; S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980, p. 120 ; G. KHAIRALLAH, *Le raisonnable en droit privé français*, RTD civ. 1984, p. 439 ; L. FLAMENT, *Le raisonnable en droit du travail*, *Dr. soc.* 2007, p. 16 ; C. PERELMAN, « Usage et abus des notions confuses », dans *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, LGDJ, 1984, p. 8 ; X. MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », dans *Le raisonnable en droit administratif : actes du colloque de Toulouse*, S. THERON (dir.), Éd. l'Épilogue, 2016, p. 6.

¹¹⁹⁶ P. OURLIAC, « Standard juridique », dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 581.

¹¹⁹⁷ *Contra* F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2019, n° 26 (note sous Soc. 6 nov. 2019, n° 18-19.752, Publié) : elle semble opposer les deux, en considérant qu'« *un maximum n'est pas "raisonnable", c'est une limite* ».

¹¹⁹⁸ J.-B. COTTIN, *Forfait-jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs*, *JCP S* 2015, 1065 ; F. FAVENNEC-HERY, *Qualité de vie au travail et temps de travail*, *Dr. soc.* 2015, p. 113.

¹¹⁹⁹ CNRTL, « Qualitatif » et « Quantitatif », définitions consultées en ligne en 2023.

Le raisonnable pourrait se définir comme ce qui est conforme à la raison, au sens d'une valeur, et comporte alors une dimension subjective. Il est à distinguer du rationnel, qui impose quant à lui logique et cohérence¹²⁰⁰. Ainsi, le standard du raisonnable « *vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acceptation de ce terme* »¹²⁰¹. Autrement dit, « *lorsque le droit renvoie au raisonnable, il offre au regard extérieur le soin d'apprécier ce qui est le raisonnable, [...] [il] se soumet ainsi à la vision collective de ce qui est communément admis* »¹²⁰². Plus simplement, le droit positif use du standard pour permettre une adaptation de la norme aux différentes situations, offrant une souplesse du fait de sa non-prédétermination¹²⁰³.

La durée raisonnable de travail va être déterminée au regard du contexte. Mais cela n'empêche pas une détermination de la durée raisonnable qui fera office de *limite*, exprimée de manière quantitative. Autrement dit, il est possible de soutenir que la durée raisonnable est *quantifiée* par une approche *subjective*. Quantifiées, par une opération sans cesse à reproduire, les durées raisonnables doivent être conçues comme une limite. Il reste que cette approche n'est pas celle qui ressort de l'interprétation dominante du droit positif.

2- L'identification des durées raisonnables : des limites non préétablies

428. Si les durées raisonnables de travail constituent une limite, celle-ci se distingue de la limite posée par les durées maximales de travail. Ces deux durées ont la même nature de limite, c'est-à-dire d'être indépassable. Mais la spécificité des durées raisonnables est de ne pas être figées par une donnée numérique. Pourtant, certains cherchent laborieusement à figer la durée raisonnable du travail en l'identifiant à une quantité prédéterminée. Certains l'identifient à la limite ultime des 60 heures hebdomadaires jusqu'où peut travailler un salarié

¹²⁰⁰ « *Le rationnel en droit correspond à l'adhésion à (...) la logique et la cohérence (...). Alors que le raisonnable (...), caractérise la décision elle-même, le fait qu'elle soit acceptable ou non par l'opinion publique, que ses conséquences soient socialement utiles ou nuisibles, qu'elle soit perçue comme équitable ou impartial* » (C. PERLEMAN, *The rational and the reasonable*, in *The New Rethoric and the Humanities*, Reidel, Dordrecht, 1979, p. 217).

¹²⁰¹ X. MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du " raisonnable " ? », dans *Le raisonnable en droit administratif : actes du colloque de Toulouse*, S. THERON (dir.), Éd. l'Épitoge, 2016, p. 6.

¹²⁰² A. AARNIO, *Le Rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, LGDJ, 1992, p. 230.

¹²⁰³ X. MAGNON, *op. cit.*, p. 6.

avec autorisation de l'inspecteur du travail¹²⁰⁴, d'autres l'identifient aux 78 heures jugées par le CEDS comme déraisonnables¹²⁰⁵. En contradiction manifeste avec la décision du CEDS qui a jugé justement qu'une durée hebdomadaire de 78 heures était déraisonnable, ces seuils identifiés sont particulièrement élevés. Au-delà de cette appréciation, des durées ainsi envisagées sont à exclure du seul fait que la durée raisonnable n'est pas fixée préalablement ni figée.

429. Dans un arrêt de 2014¹²⁰⁶ et pendant presque trois ans, la Cour de cassation use d'une formulation étrange : l'accord collectif doit garantir le respect de « *la durée maximale raisonnable de travail* ». L'expression a surpris par son hybridité, jugée absurde¹²⁰⁷ ou, du moins, étonnante¹²⁰⁸. Selon une première interprétation, garantir le respect de « *la durée maximale raisonnable* » de travail revient à admettre un dépassement raisonnable aux durées maximales de travail¹²⁰⁹. Contraire à la notion de *maximale*, cette hypothèse s'évacue immédiatement. Une seconde interprétation fait du raisonnable une condition supplémentaire, la durée maximale raisonnable se situerait en-deçà de la durée maximale. Elle ferait office de palliatif de l'absence d'un volume horaire du travail des salariés en forfait jours, en limitant ledit volume. Si cette interprétation aurait revêtu une utilité certaine, l'expression de « durée maximale raisonnable de travail », en succédant à celle de « durées maximales », a surtout permis de glisser vers la seule exigence de « *durées raisonnables* ».

¹²⁰⁴ Y. PAGNERRE, J. VERNERET, Forfait en jours : de l'illicéité à la sécurisation des dispositifs conventionnels, *JCP S* 2019, 1351.

¹²⁰⁵ P.-H. ANTONMATTEI, Forfait-jours : le jours d'après, *Les Cahiers du DRH* 2011, n° 180.

¹²⁰⁶ Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, note G. PIGNARRE, *RDT* 2015, p. 195, note F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2015, p. 104, note P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n° 597.

¹²⁰⁷ Not. F. BERGERON-CANUT, *op. cit.*, 2015. *Contra* F. DUCLOZ, P. FLORES, La sauvegarde du forfait-jours : le juge et la combinaison des normes, *RDT* 2016, p. 140 : l'arrêt du 17 décembre 2014 « *lève l'ambiguïté* ».

¹²⁰⁸ D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 1053.

¹²⁰⁹ M. MORAND, Forfait-jours : un accord exemplaire, *JCP S* 2016, 1361 ; Forfait-jours : un autre accord exemplaire, *JCP S* 2017, 1267.

II- LES « DURÉES MAXIMALES » : UNE OPTION ENVISAGÉE, UNE OCCASION MANQUÉE

430. Alors que la loi prévoit sans conteste que les salariés ayant conclu une convention de forfait jours ne sont pas soumis aux dispositions légales relatives notamment aux durées maximales¹²¹⁰, les « *durées maximales de travail* » apparaissent sous la plume des juges. Une fois l'étonnement passé, cette référence des juges aux durées maximales laisse place à l'interprétation quant à leur identification (A). Bien qu'abandonnée, cette référence éphémère permet de s'interroger durablement sur l'opportunité d'imposer, même pour les salariés en forfait jours, le respect de durées maximales de travail (B).

A- LA RÉFÉRENCE ÉPHÉMÈRES AUX « DURÉES MAXIMALES DE TRAVAIL »

431. Dans son arrêt phare du 29 juin 2011, la Cour de cassation mobilise une notion qu'on pensait enterrée dans le cadre du forfait jours, les « *durées maximales de travail* ». Inattendue (1), la mobilisation de cette référence a donné lieu à une tentative d'identification des seuils de ces durées maximales (2).

1- Le retour inattendu d'une limite horaire du travail

432. Dans son arrêt du 29 juin 2011¹²¹¹, la Cour de cassation impose à l'accord collectif de garantir le respect des « *durées maximales de travail* ». La décision fait suite aux condamnations de la France par le Comité européen des droits sociaux¹²¹². Alors que ce dernier exigeait la fixation d'une « *durée raisonnable au travail hebdomadaire* », termes de la Charte sociale européenne¹²¹³, la Cour de cassation choisit d'aller au-delà de ce qu'exigeait la

¹²¹⁰ C. trav. art. L. 3121-62.

¹²¹¹ Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *D.* 2011, p. 1830, note B. VAN CRAEYNEST, P. MASSON, *RDT* 2011, p. 474, chron. M.-F. MAZARS, S. LAULOM, C. DEJOURS, *RDT* 2011, p. 481, note M. MORAND, *JCP S* 2011, 1333, note F. FAVENNE-HERY, *RJS* 2011, p. 587, chron. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2012, p. 901, note E. RICHARD, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n°447, note D. BAUGARD, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11.

¹²¹² V. Paragraphe 624.

¹²¹³ L'article 2 §1 de la Charte sociale européenne fait état de « durée raisonnable de travail ».

stricte prise en compte de la condamnation européenne en invoquant des « *durées maximales de travail* »¹²¹⁴.

Le retour des « durées maximales de travail » sur la scène du forfait jours est loin d'être anodin, la loi les dispensant expressément de l'application des dispositions légales sur les durées maximales. Ainsi, la référence jurisprudentielle aux durées maximales de travail a pu déconcerter.

433. Pour certains, ces durées ne pouvaient être qu'exprimées en jours¹²¹⁵, évaluées sur l'année ou le mois¹²¹⁶ – il est vrai que la possibilité de renoncer individuellement à des jours de repos¹²¹⁷ implique de penser une limite du nombre de jours travaillés sur l'année. Néanmoins, au vu du visa de la Cour de cassation et des décisions du CEDS qui ont motivé la décision française, il est évident que les durées maximales visées par la Cour de cassation s'expriment en heures¹²¹⁸, ce que confirme au demeurant la Cour dans son rapport annuel de 2014¹²¹⁹.

2- La tentative d'identification des durées maximales de travail

434. La loi prévoit que les dispositions légales qui fixent et imposent le respect des durées maximales de travail, quotidiennes et hebdomadaires, ne s'appliquent pas aux salariés en forfait jours¹²²⁰. La Cour de cassation ne pouvant statuer *contra legem*¹²²¹, le respect des durées maximales visées par la jurisprudence ne saurait s'y assimiler.

¹²¹⁴ Des auteurs estiment à l'inverse qu'exiger le respect d'une durée raisonnable est *plus exigeant* que le seuil d'une durée maximale (Voir A. FABRE, *JCP S* 2021, 1292).

¹²¹⁵ P.-H. ANTONMATTÉI, Forfait-jours : le jours d'après, *Les Cahiers du DRH* 2011, n° 180.

¹²¹⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, *RJS* 2011, p. 587.

¹²¹⁷ C. trav. art. L. 3121-59.

¹²¹⁸ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, Le forfait-jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011, *JCP S* 2011, 1332 ; D. BAUGARD, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11 (note sous 29 juin 2011, n° 09-71.107, Publié, précité) ; A. FABRE, Le forfait-jours sur l'année dans les conventions et accords collectifs de travail, *Cah. soc.* 2013 n° 111t7 ; P. LOKIEC, La déconnexion du temps de travail et de la rémunération, *Dr. ouvrier* 2012, p. 207.

¹²¹⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps*, 2014, p. 164.

¹²²⁰ C. trav. art. L. 3121-62.

¹²²¹ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.*, 2011, 1332. *Contra* D. BAUGARD, *op. cit.*, 2011, p. 11 : si la Cour de cassation avait voulu réimposer les durées maximales exclues par le code de travail, elle l'aurait fait tout

Tenant de les identifier, certains prétendent qu'elles outrepasseraient éventuellement les durées maximales légales¹²²². D'autres envisagent qu'il puisse s'agir de durées maximales fixées par les négociateurs sociaux¹²²³. Toutefois, dans son arrêt du 29 juin, la Cour de cassation a considéré en l'espèce que l'accord collectif garantissait le respect des durées maximales alors même que l'accord n'en stipulait aucune. Un des auteurs propose alors une « *solution combinatoire* » : d'après la décision de la Cour de cassation, les durées maximales légales s'appliqueraient aux forfait jours à défaut de durées maximales conventionnelles¹²²⁴. Autrement dit, les durées maximales légales seraient comme supplétives. Cette solution ne convainc pas, au vu de la dérogation légale aux durées maximales légales dont le forfait jours fait l'objet. Il nous apparaît plus concevable d'écarter l'application des dispositions légales fixant les durées maximales, en raison d'une soi-disant incompatibilité avec l'autonomie des salariés dans l'organisation de leur emploi du temps, que de les rendre supplétives.

435. En fin de compte, les durées maximales légales sont bien hors-jeu du régime du forfait jours. Est-ce à dire que cette position vaut pour les durées maximales en elles-mêmes ? Ou ne serait concernée que la dimension *légale* des durées maximales et le régime qui lui est afférent ? C'est vers cette deuxième hypothèse que nous tendons.

B- L'OPPORTUNITÉ DE L'APPLICATION DE DURÉES MAXIMALES DE TRAVAIL

436. Bien qu'abandonnée par les juges, l'application de durées maximales de travail se trouve justifiée, sans crainte de dénaturer le forfait jours (1). Cette justification doit nous interroger. Elle nous fait formuler une hypothèse, sur l'articulation entre durées maximales et forfait jours, et défendre une nouvelle réglementation (2).

simplement.

¹²²² F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2015, n° 277, p. 448 (note sous Soc. 7 juill. 2015, n° 13-26.444, inédit); *BJT* 2016, n° 289, p. 494; M. MORAND, *JCP S* 25 oct. 2016, 1361 ; *JCP S* 5 sept. 2017, 1267.

¹²²³ F. FAVENNEC-HERY, *RJS* 8-9/11, p. 589 ; D. BAUGARD, *op. cit.*, p. 11.

¹²²⁴ *Ibid.*

1- L'application de durées maximales de travail justifiée

437. L'intronisation par la Cour de cassation en 2011 des « durées maximales » au sein du régime du forfait jours a donné lieu à des réactions doctrinales dévoilant une certaine approche du forfait jours. Le respect de durées maximales a en effet paru inconcevable « *dans un mécanisme qui dispense l'employeur et le salarié d'une comptabilité horaire* »¹²²⁵, à moins qu'il ne soit question de « *durées maximales d'un troisième type* »¹²²⁶ quantifiées de façon subjective. Pour d'autres plus radicaux, la réintroduction de durées maximales ferait perdre au forfait jours toute son utilité, qui résiderait dans l'inapplication des durées maximales¹²²⁷, ou du moins son intérêt principal¹²²⁸.

438. Ces réflexions nous mènent à une question finalement essentielle : l'inapplication des dispositions légales fixant des durées maximales a-t-elle été prévue pour permettre aux salariés en forfait jours de les dépasser ? Comme à chaque fois dans l'interprétation du régime du forfait jours, il importe de se rapporter à sa justification. Le forfait jours se justifie par l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps et, selon la catégorie de salariés, l'impossible prédétermination du temps de travail¹²²⁹ ou l'absence d'horaires collectifs¹²³⁰. Le forfait jours n'est donc à aucun moment justifié par une durée du travail supposée supérieure aux maximum légaux¹²³¹. Évidemment, l'analyse juridique se confronte à la réalité, qui dévoile des durées du travail au-delà des seuils maximum légaux¹²³². Mais cette réalité-ci

¹²²⁵ F. FAVENNEC-HÉRY, *Gaz. Pal.* 10 sept. 2011, p. 14.

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ P.-H. ANTONMATTÉI, Forfait-jours : le jours d'après, *Les Cahiers du DRH* 2011, n° 180.

¹²²⁸ L. de MONTAVALON, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, LGDJ, 2021, p. 114.

¹²²⁹ Non cadres.

¹²³⁰ Cadres.

¹²³¹ *Contra* G. VACHET, Conditions d'application du régime du forfait-jours, *JCP S* 2008, 1104 : pour lui le forfait-jours aurait justement pour utilité de dépasser 10 heures de travail quotidiennes et 48 heures de travail hebdomadaires. Il précise même que, pour les salariés en forfait jours qui travaillent à l'intérieur de l'entreprise et sont soumis plus ou moins aux horaires, l'application du forfait-jours n'a pour objet que d'échapper aux durées maximales.

¹²³² DARES, analyses, n° 048, Les salariés au forfait-jours sont mieux rémunérés, *JCP S* 2015, p. 281 : travail en moyenne d'une durée de 44,6 heures par semaine et 39% des cadres déclarent des durées de travail hebdomadaires supérieures à 50 heures.

n'est pas inscrite dans la raison d'être du forfait jours, et ne saurait être prise comme une donnée du droit positif. Plus encore, face à des durées du travail dépassant 48 heures, la réponse juridique, au nom de la protection du droit à la santé des salariés, doit être d'y remédier au mieux.

2- Pour des durées maximales de travail sans le régime légal associé

439. Justifiée, l'existence de durées maximales pour les salariés en forfait jours n'a peut-être pas été remise en cause *en elle-même* pour la réglementation du forfait jours (a). Une telle hypothèse, qu'il reste à vérifier, laisserait entrevoir la défense possible d'une certaine application de durées maximales, dégagée de ce qui motiverait la neutralisation des dispositions légales relatives aux durées maximales (b).

a- À l'origine de la dérogation : l'absence de remise en cause des seuils en eux-mêmes

440. Dans son rapport de 2014 consacré au Temps, la Cour de cassation tente de répondre « *aux interrogations d'une partie de la doctrine quant à l'éventuelle réintroduction d'un décompte horaire du temps de travail* »¹²³³. Selon elle, la Chambre sociale n'a pas imposé « *de manière expresse le respect des durées maximales [...] comme condition de validité des forfaits en jours* », en ajoutant que « *c'est par le suivi et le contrôle de l'organisation et de la charge de travail que passe le respect des durées maximales raisonnables pour assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié* ». Dans un numéro d'équilibriste, la Cour de cassation entend rassurer à demi-mots. Elle semble refuser d'abandonner le respect « *des durées maximales* », dont elle rappelle au passage leur finalité de « *protection de la santé et de sécurité du salarié* » tout en assurant de la spécificité du forfait jours. Elle ne rejette pas l'application des durées maximales mais le décompte horaire, en précisant comment s'assurer du respect des durées maximales pour garantir la protection de la santé et de la sécurité du salarié¹²³⁴.

Ainsi, la Cour de cassation ne remet pas en cause l'existence de seuils maximaux mais questionne les moyens mis en œuvre pour veiller à leur respect. Semble pris en considération le fait que le contrôle du temps de travail des salariés en forfait jours ne saurait être identique

¹²³³ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps*, 2014, p. 164.

¹²³⁴ *Ibid.*

à celui des autres salariés. Jouent certainement le fait que l'emploi du temps des salariés en forfait jours n'est pas fixé par l'employeur de la même façon que celui des autres salariés et qu'un contrôle patronal strict risquerait d'atténuer la réalité de l'autonomie de celles et ceux en forfait jours¹²³⁵.

b- Pour l'application des seuils sans le régime légal associé ?

441. L'application de la législation relative aux durées maximales implique d'en appliquer également le régime, c'est-à-dire la réglementation relative au contrôle de la durée du travail et les sanctions afférentes. Or, en forfait jours, les salariés sont dans une situation d'autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps qui interfère très certainement sur les modalités de contrôle de la durée du travail. Nous pourrions défendre que c'est justement cette différence de modalités qui dicte à la fois l'exclusion des durées maximales légales de travail et leur réhabilitation par la voie jurisprudentielle. Les durées maximales légales sont associées à un régime légal, lourd de conséquences : contrôle et décompte stricts, preuve incombant entièrement à l'employeur¹²³⁶ et sanctions administratives¹²³⁷ et pénales¹²³⁸. Ce régime peut apparaître disproportionné vis-à-vis du forfait jours caractérisé par l'autonomie des salariés dans la gestion de leur emploi du temps et par une durée du travail souvent imprévisible. Ainsi, l'exclusion légale des dispositions légales relatives aux durées maximales pour les salariés en forfait jours n'aurait pas pour objet d'autoriser un dépassement de ces durées¹²³⁹. Mais à des moyens de contrôle différents, doivent répondre des régimes différents. L'exclusion par la loi du respect des dispositions légales relatives aux durées maximales pour les salariés en forfaits jours permet d'écarter l'application du régime attaché à cette réglementation. Réhabiliter le respect de durées maximales par la jurisprudence permet d'échapper au régime légal des durées maximales¹²⁴⁰.

¹²³⁵ V. Paragraphe 497.

¹²³⁶ Application de la directive 2003/88/CE.

¹²³⁷ C. trav. art. L. 8115-1 1°.

¹²³⁸ C. trav. art. R. 3124-3.

¹²³⁹ *Contra* G. VACHET, Conditions de validité du forfait-jours, *JCP E* 2014, 1495.

¹²⁴⁰ Dans ce sens, voir ce que l'article L. 212-15-3 du code du travail prévoyait pour les salariés en forfait heures sur l'année : l'accord collectif pouvait substituer des limitations journalières et hebdomadaires à celles prévues par la loi, « à condition de prévoir des modalités de contrôle de l'application de ces nouveaux maxima

L'hypothèse de durées substitutives aux durées maximales légales pour justifier d'un régime de contrôle distinct fait d'ailleurs penser à ce que la loi du 19 janvier 2000 avait prévu pour le forfait annuel en jours, et ce qu'a supprimé la loi du 20 août 2008¹²⁴¹, disposant que l'accord collectif de mise en place pouvait « *déterminer des limites journalières et hebdomadaires se substituant* » aux durées maximales légales. L'accord devait alors « *prévoir des modalités de contrôle de l'application de ces nouveaux maxima conventionnels et de déterminer les conditions de suivi* ».

Alors que l'exigence de durées maximales se justifiait envers les salariés en forfait jours, tant au regard de l'enjeu à assurer le respect du droit à la santé et au repos que du fondement juridique du forfait jours, la Cour de cassation n'a pas su résister aux pressions doctrinales et des praticiens.

conventionnels et de détermination les conditions de suivi de l'organisation et de la charge de travail ». Cette réglementation éclaire spécialement sur le fait que le régime légal est attaché aux limites légales : la substitution conventionnelle suffit à détacher l'application du régime et de le substituer également à un autre.

¹²⁴¹ La loi du 20 août 2008 restreint certes cette possibilité de substitution mais ouvre en même temps la possibilité de conclure un forfait en heures aux salariés, non cadres ni même nécessairement itinérants, « *qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* ». Elle est donc loin de représenter une loi restrictive du dispositif du forfait en heures.

CONCLUSION DE CHAPITRE

442. La limitation du travail par le temps est en revanche sérieusement attaquée par le dispositif du forfait jours qui prévoit une dérogation à la réglementation des durées maximales de travail. Son champ d'application n'a eu de cesse de s'élargir. L'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps est le critère central. Il a remplacé celui de l'impossible prédétermination de la durée du temps de travail. Il fait craindre un glissement du forfait jours. Le télétravail en témoigne, certains défendant qu'il implique en lui-même cette autonomie, alors que l'activité est censée être inchangée – il s'agit même d'un critère du télétravail. De plus, afin de limiter strictement la dérogation que constitue le forfait jours, le critère d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps doit être apprécié rigoureusement. C'est ce à quoi tente de se livrer, relativement, la jurisprudence française. Le critère doit par ailleurs être interprété à la lumière du droit de l'Union européenne qui permet de déroger aux durées maximales de travail en cas de « pouvoir de décision autonome ». Cela apparaît plus restrictif que la notion française.

Parce qu'il déroge à la réglementation des durées maximales de travail, le forfait jours est d'abord apparu dépourvu d'une véritable limitation du travail par le temps. La limitation par le nombre de jours se contente en fait de prévoir une détermination contractuelle de la prestation du salarié. Quant à l'application des durées minimales de repos, elle ne limite pas à proprement parler le travail, qui peut s'exercer dans l'amplitude quotidienne des 13 heures restantes. Suite aux condamnations de la France par le CEDS, certains ont critiqué une mauvaise foi du comité qui procédait à un calcul fictif pour mettre en avant une durée manifestement excessive. C'est pourtant le propre du droit de réfléchir dans l'absolu, et dès lors que le droit autorise une telle durée du travail, celle-ci doit être considérée comme possible aux yeux du juriste. Exigée pour assurer le respect de la santé des salariés en forfait jours, l'instauration d'une limite temporelle du travail en forfait jours est venue de la Cour de cassation. Au fil des arrêts, la terminologie s'est arrêtée sur l'exigence d'assurer des durées raisonnables. Si celles-ci se déterminent au regard du contexte, elles se devraient toutefois de fonctionner comme une limite, quantifiée par une opération sans cesse à reproduire. Cette approche n'est pourtant pas celle qui ressort de l'interprétation dominante du droit positif. Plus radicales que ces durées raisonnables, des durées maximales de travail ont été envisagées par la Cour de cassation. Difficiles à identifier, et objets de critiques multiples, elles ont finalement été abandonnées. Mais cette tentative force à se demander si la dérogation prévue aux durées maximales de travail légales a été prévue pour permettre aux salariés en forfait

jours de les dépasser. Le forfait jours n'apparaît à aucun moment justifié par une durée du travail supposée supérieure aux maxima légaux. Il pourrait utilement être suggéré que les limites prévues par les durées maximales de travail légales s'appliquent aux salariés en forfait jours, mais avec un régime éventuellement différent. Ce régime légal de contrôle et de sanction peut en effet apparaître inadéquat ou disproportionné vis-à-vis du forfait jours, caractérisé par l'autonomie des salariés dans l'organisation de leur emploi du temps. Ainsi, la dérogation aux dispositions légales relatives aux durées maximales de travail n'aurait pas pour objet d'autoriser un dépassement de ces durées, mais de les exonérer du régime afférent. Réhabiliter le respect de durées maximales de travail par la jurisprudence permettrait de maintenir les limitations que ces durées maximales organisent, tout en échappant à leur régime légal de contrôle et de sanction.

CONCLUSION DU TITRE 2

443. Le décompte du temps de travail, en quantifiant le temps de travail, permet de s'assurer d'une limitation du travail par le temps. Pour apprécier l'intérêt et la nécessité, il a fallu interroger la pertinence de la limitation du travail par le temps. Or, celle-ci s'avère absolument nécessaire.

Une telle limitation se justifie par le besoin de circonscrire l'exercice du pouvoir, qui constitue un temps d'exception. Limiter le travail par le temps doit permettre de garantir un temps hors de toute subordination. Cela doit également permettre de garantir et protéger, en lui-même, un temps de repos. Celui-ci se construit en opposition au temps de travail, et dans une stricte binarité, si bien que déterminer et décompter l'un revient à déterminer et décompter l'autre.

Dans cet objectif de limiter le travail par le temps, les durées maximales de travail et minimales de repos fonctionnent comme des interdits, adressés à l'employeur qui encourt des sanctions en cas de violation. Dans une approche à part, la durée légale du travail vise moins à limiter le travail qu'à inciter à sa réduction et à son partage, en en constituant néanmoins un encadrement temporel.

444. Nécessaire, la limitation du travail par le temps n'est pas forcément suffisante pour limiter et encadrer pleinement le travail.

La remise en cause de la capacité du temps à limiter le travail doit être à chaque fois examinée. Ainsi, doit être fortement nuancée la crainte d'une porosité des frontières temporelles qui rendrait presque impuissant le temps à limiter le travail. Concernant la survenance du travail en dehors des plages horaires prévues, il ne s'agit pas d'une porosité mais d'une multiplication des frontières. Temps de travail et temps de repos persistent à être séparés l'un de l'autre, par le critère de la subordination. Il en va de même avec la multiplication des lieux de travail. Rien ne change dans ce qui permet de qualifier le temps de travail effectif, la subordination. Loin d'une impuissance, ces situations appellent à une vigilance redoublée dans le décompte du temps de travail, en dehors des plages et des lieux attendus. Cette exigence du décompte du temps de travail peut même participer du fait de rendre visibles ces temps de travail.

En revanche, il existe bien des dimensions du travail que le temps ne saisit pas, et ne saurait donc limiter. L'intensité du travail n'est, d'une part, pas perceptible par le temps. Des outils complémentaires au temps existent et permettent de saisir une dimension de l'intensité

du travail, finalement en appréciant avec plus de relief le temps de travail lui-même. D'autre part, la disponibilité du salarié, lorsqu'elle ne suffit pas à qualifier le temps de travail effectif ou l'astreinte, n'est nullement saisie. La multiplication et la facilitation de sollicitations professionnelles, qui échappent à la qualification d'astreinte pour peu que le salarié ne soit pas formellement obligé de répondre, doivent inciter à imaginer une reconnaissance juridique à cette forme de disponibilité.

445. Cette limitation du travail par le temps, assurée par le décompte du temps de travail, est amoindrie par le dispositif du forfait jours qui exonère les salariés des durées maximales de travail et de la durée légale. Or, le champ d'application du forfait jours s'est sensiblement élargi. D'abord justifié par l'impossible prédétermination de la durée du temps de travail, critère strict et adéquat au regard du forfait jours, ce dernier dépend désormais quasiment de la seule autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, critère vague et susceptible d'être instrumentalisé aux fins de conclure une convention de forfait jours.

Il reste alors à apprécier le plus strictement possible le critère de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, ce à quoi la jurisprudence s'attelle partiellement. Ce resserrement se justifie par la nature dérogatoire du forfait jours et l'enjeu immense que représente l'étendue de son champ d'application en droit du temps de travail. Notons que malgré une tentative de faire entrer le télétravail, en lui-même, dans le dispositif du forfait jours, le droit positif résiste pour l'instant à une telle idée, injustifiée.

446. Néanmoins, le dispositif du forfait jours n'est pas complètement dénué de limitations temporelles. Il n'est pas question ici de la limitation du travail par les jours, qui ne pose aucune difficulté et qui constitue surtout une bien trop faible limitation du travail par le temps, par le seul jeu des congés et des jours minimums de repos.

Au-delà d'une simple limitation du travail en jours, le forfait jours est concerné par l'exigence de respecter des durées raisonnables, *horaires*, toujours sur l'impulsion et la gouverne du droit européen et de la jurisprudence française. Ces durées raisonnables doivent agir en limites, même si le fait de n'être ni préétablies ni définies les rendent moins fonctionnelles que des durées maximales de travail. Il est particulièrement dommageable qu'aucune des durées maximales de travail ne soit prévue. Envisagées un bref temps par la jurisprudence, et alors que la loi exclut l'application des dispositions relatives aux durées maximales dans le cadre du forfait jours, elles ont posé de réelles questions sur leur identité et leurs seuils, en donnant l'impression d'une impasse. Pourtant, une solution consisterait à

mobiliser les mêmes seuils que les durées légales, mais avec un régime différent, permis par l'exclusion des dispositions légales qui les prévoient.

CONCLUSION PARTIE 1

447. La nécessité du décompte du temps de travail se révèle par celles de la mesure et de l'encadrement du travail par le temps de travail.

448. Le temps de travail c'est d'abord la prestation du salarié, l'objet de son obligation. Au vu de ce que représente le contrat de travail, dans lequel la force de travail du salarié est « activée » par l'effet de la subordination, la prestation du salarié ne peut être *que* le temps de travail. Le salarié s'engage à exécuter un travail sous subordination pendant *un temps donné*. Ainsi, c'est à une obligation de résultat qu'est soumis le salarié, dont l'objet est *déterminé* : le temps subordonné. L'obligation du salarié consiste à exécuter le temps de travail. Le temps de travail doit être décompté afin de s'assurer de l'exécution par le salarié de son obligation mais aussi, en contrepartie, pour justifier le versement du salaire par l'employeur, causé par le temps travaillé. Malgré l'existence de rémunérations indépendantes du temps travaillé, la règle selon laquelle *tout le temps subordonné doit être rémunéré* demeure stricte et simple. Le lien entre versement du salaire et temps travaillé n'est ni distendu ni compliqué. Pour savoir ce qui est dû au titre d'un tel salaire, il faut absolument savoir combien de temps a été travaillé.

449. Le temps de travail peut aussi constituer la base du salaire, souvent préférée. Ici, il s'agit seulement d'une possibilité. Le salaire peut être aussi basé sur la tâche ou le rendement. Ainsi, cause et base du salaire ne se confondent pas. Entre temps et tâche, il se joue le risque de la durée d'exécution d'un travail donné, pesant sur le salarié avec le salaire à la tâche et sur l'employeur avec le salaire au temps. Dans ce cas-là cependant, ce risque est réduit lorsque la quantité de travail produite dans un temps donné, c'est-à-dire le rendement, parvient à être prédite. Or la difficulté grandissante de cette prédiction, notamment dans un monde du travail moins industrialisé, motive certainement les discours et évolutions juridiques accordant de l'importance à la rémunération à la tâche et promouvant activement le forfait jours. Ce dernier distend le temps travaillé et le salaire. Dans la rémunération, il y a en effet tout un enjeu autour de l'unité de temps choisie, dès lors que, plus elle est petite, plus elle exige une prévisibilité *précise* de la quantité de travail produite dans cette unité temporelle. Derrière le salaire au temps, c'est donc la question du risque de la durée d'exécution du travail qui est en jeu.

Il ressort globalement que si cause et base du salaire n'ont effectivement pas à s'accorder, il semblerait plus cohérent et justifié que la base s'accorde bien avec la cause du salaire.

Mais, même au-delà du salaire au temps, et pour l'ensemble du salariat, l'obligation de respecter le SMIC, ou un salaire minimum pour les travailleurs à domicile, force à une expression du travail et du salaire sous forme non seulement temporelle mais horaire. Cette réglementation indique, plus largement, la possibilité de ramener un travail à un nombre d'heures, même en absence d'horaires déterminés.

Avec le salaire au temps, et dans tous les cas au titre de la réglementation du SMIC, le décompte du temps de travail s'avère nécessaire pour calculer le montant du salaire dû et pour le comparer, ramené à l'heure, au salaire horaire minimum.

450. Le décompte du temps de travail permet également de s'assurer et de participer à la limitation du travail par le temps. Il garantit, en complément, les temps de repos obligatoires et les temps nécessaires au droit au repos et au droit à une vie personnelle.

De plus en plus de situations nourrissent l'idée que le temps ne serait plus efficace pour limiter le travail, dès lors que le travail peut se manifester facilement, pour la plupart des métiers, n'importe quand et n'importe où. Mais cela ne remet en rien en cause ce qu'est le temps de travail, c'est-à-dire le temps subordonné, qui constitue la prestation du salarié, et dans lequel il est privé de sa liberté. Si ce temps de travail se trouve éventuellement dispersé, il n'en est pas moins toujours clairement défini. Non seulement ces temps doivent être décomptés, mais, de plus, le décompte du temps de travail participe à les rendre visibles et dûment reconnus comme temps de travail.

Que le temps de travail ne puisse pas, et cela a toujours été le cas, saisir toutes les dimensions du travail, doit faire conclure non pas à son manque de pertinence à limiter le travail mais seulement à son insuffisance à limiter toutes les dimensions du travail. Il reste nécessaire de limiter le travail dans sa dimension temporelle, qui en représente une facette majeure.

Dans cette fonction de limitation du travail, le temps se trouve attaqué par le dispositif du forfait jours, qui organise une exclusion aux règles de limitations temporelles. La limite en jours n'assure pas les fonctions remplies par la limitation horaire, parmi lesquelles la protection de la santé et l'encadrement de la subordination vis-à-vis des autres temps de vie. Il reste que l'exigence de respecter des « *durées raisonnables* » réintroduit une dimension horaire salubre, qu'il faut néanmoins parvenir à mobiliser.

451. La détermination, au sens de l'identification, du temps de travail est centrale dans la construction et le fonctionnement du contrat de travail. Les appréciations évolutives à son égard témoignent plus d'une volonté de s'extraire de son carcan, protecteur du salarié à plus d'un titre, que d'une pertinence amoindrie du temps pour mesurer et limiter le travail. Afin que le temps puisse assurer toutes les fonctions qui lui sont attribuées, et qu'il est seul à pouvoir remplir, le décompte du temps de travail s'avère incontournable pour quantifier le temps et, on l'a dit, le rendre visible.

452. Une fois démontrés l'importance et les enjeux du décompte du temps de travail, faisant conclure à sa nécessité en droit du travail, il faut se pencher sur la place qu'il occupe en lui-même dans le droit du travail, en examinant son obligation dans le droit du travail. L'obligation de décompter le temps de travail devra être appréciée à la lumière de la nécessité que constitue le décompte du temps de travail.

PARTIE 2 : L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

453. Dans la première partie, nous avons démontré que le décompte du temps est nécessaire pour s'assurer d'un ensemble de droits et d'obligations du salarié et de l'employeur, aussi essentiels que l'exécution de leurs prestations respectives ou le respect de la santé du salarié et de sa vie personnelle. Dans cette seconde partie, nous étudions et évaluons l'obligation de décompter le temps de travail. On examine ici les droits et obligations qui participent à rendre obligatoire le décompte du temps de travail, soit qu'ils l'imposent ou qu'ils y incitent soit qu'ils y aident en offrant une connaissance du temps de travail.

Ainsi, pour cerner l'importance du décompte du temps de travail, il faut désormais étudier, non plus ce qui le fonde et le nécessite, mais ce qui l'impose et l'organise.

454. Le décompte du temps de travail s'impose par l'obligation de l'employeur de décompter le temps de travail. Cette obligation doit être exécutée très largement, avec des moyens multiples.

Il s'agira d'abord d'apprécier la force et l'assise de cette obligation. Cette dernière subit plusieurs remous, notamment avec le télétravail et le forfait jours, le premier invoqué parfois en vue d'atténuer l'obligation de décompter, le second y étant parvenu en droit positif. Cette appréhension actuelle de l'obligation de décompte se doit d'être critiquée à l'aune de la nécessité qu'est le décompte du temps de travail.

Après avoir appréhendé l'obligation de décompter, il s'agira d'étudier comment le décompte du temps de travail est mis en œuvre. Le principe est un décompte *a posteriori*, c'est-à-dire cherchant à établir le temps travaillé. L'impératif de décompter le temps de travail doit ici certainement composer avec un ensemble de réglementations visant à encadrer le pouvoir de l'employeur de contrôle. Cette étude dévoile également l'originalité de dispositifs qui organisent un décompte *a priori* du temps à travailler, lorsque l'exécution du temps de travail se fait en dehors de tout contrôle de l'employeur. Ces dispositifs témoignent de l'existence de réponses juridiques à l'ambition de décompter le temps de travail dans toutes les situations.

Le décompte du temps de travail peut également s'appuyer sur des outils supplémentaires, assurant finalement une forme d'exécution indirecte de l'obligation de décompte. Ces outils répondent à un encadrement temporel du travail moins évident et qui

attendent utilement un renforcement de la qualité du décompte du temps de travail. On appréciera dans ce sens le droit à la déconnexion et la charge de travail.

Dans le cas particulier du forfait jours, le dispositif retenu est moins une aide qu'un procédé alternatif, en lieu et place du décompte du temps de travail. C'est par le suivi de la charge de travail que le droit ambitionne de suivre le temps de travail, loin cependant d'être à la hauteur et d'assurer les fonctions qui incombent au décompte du temps de travail.

Ainsi, le décompte du temps de travail se réalise en droit positif par l'exécution de l'obligation de décompter le temps de travail, qu'elle soit effectuée de façon directe ou plus détournée (Titre 1).

455. L'obligation de l'employeur de décompter le temps de travail prend corps également à travers le contentieux du temps travaillé. La loi organise en effet un partage de la preuve, à l'avantage du salarié.

Afin de déterminer dans quelle mesure cet aménagement probatoire soumet l'employeur à devoir justifier d'un décompte du temps de travail, consolidant grandement son obligation de décompte, il s'agit d'abord d'apprécier le rôle probatoire qui incombe au salarié. La réglementation prévue par la loi et installée par la Cour de cassation semble l'exonérer assurément d'un devoir probatoire. Néanmoins, ce contentieux est marqué par une position de refus des juges du fond rendant la jurisprudence parfois confuse, toujours abondante. Dans ce contentieux, le salarié est autorisé à produire une multitude d'éléments, ce qui le rend, si non responsable, acteur du décompte de son temps. Il s'agira d'essayer de déterminer clairement, parmi l'ensemble de ces décisions et leurs évolutions, le rôle conféré au salarié.

De son côté, l'employeur se trouve à devoir justifier d'un décompte du temps de travail du salarié. Son rôle probatoire se lit certainement à la lumière de son obligation légale de décompter le temps de travail, ce que nous nous attellerons de montrer. La force de son implication et de sa responsabilité probatoires s'évaluent par ailleurs au vu du traitement réservée à sa carence dans l'administration de la preuve, que nous étudierons donc avec un regard critique.

Ainsi, le contentieux du temps travaillé appelle l'employeur, et le salarié, à décompter le temps de travail (Titre 2).

TITRE 1 : L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

456. Décompter le temps de travail est une obligation. C'est son exécution qui sera maintenant étudiée.

457. Il convient d'aborder l'exécution de l'obligation de décompter le temps de travail elle-même, autrement dit son exécution directe. On s'intéressera d'abord à comment elle est énoncée et appréhendée par le droit du travail. Ici encore, la réglementation du forfait jours se distingue, tout décompte horaire ayant été rejeté, alors même que cela n'a rien d'évident. Le décompte horaire semble aujourd'hui mis en cause dans le cadre du télétravail, restant à voir ce qu'il en est véritablement en droit positif.

Une fois l'obligation de décompter le temps de travail posée et cernée, il s'agira d'étudier sa mise en œuvre. On se demandera dans quel cadre l'obligation de décompter le temps de travail est, et doit être, exécutée, et à quel encadrement elle est soumise. À côté du décompte classique *a posteriori*, qui cherche à déterminer le temps *travaillé*, il reste à ajouter l'existence d'un mécanisme original de décompte *a priori* qui cherche à quantifier le temps à *travailler*. On se demandera comment un tel décompte *a priori* se met en œuvre, et dans quelle mesure il permet de remplir les différentes fonctions attribuées au décompte du temps de travail (Chapitre 1).

458. Aux côtés de cette exécution directe, il existe également des outils qui permettent, indirectement, de s'assurer de la réalité du temps travaillé et d'aider ainsi au décompte du temps de travail. Plus précisément, il s'agira de déterminer dans quelle mesure de tels outils peuvent être mobilisés afin de renforcer le décompte du temps de travail, tant dans sa fiabilité que dans sa crédibilité.

À la différence de ces outils qui viennent s'ajouter au décompte du temps travail, il est important d'étudier également le procédé de suivi du temps de travail des salariés en forfait jours qui vient plutôt remplacer le décompte, du moins dans sa dimension horaire. On appelle suivi du temps de travail le suivi du temps de travail à travers le suivi de la charge de travail, seule à être prévue par la loi relative au forfait jours. On examinera si ce suivi du temps de travail représente une alternative efficace à l'absence de décompte horaire.

Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'outils supplémentaires ou d'un procédé alternatif au décompte du temps de travail, il conviendra de se demander si nous faisons face ici à une forme d'exécution détournée du décompte du temps de travail (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'EXÉCUTION DIRECTE DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

459. Au vu de l'ampleur et de l'importance de ce qui justifie le décompte du temps de travail, celui-ci doit être obligatoire et donner lieu à une exécution directe. Par exécution directe, on entend le fait d'avoir pour objet de décompter le temps de travail. C'est ce que retient le droit positif qui fait de l'exécution directe du décompte du temps de travail une obligation, adressée à l'employeur. Dans un premier temps, il revient de se pencher sur l'étendue et la force de cette obligation. On cherchera à voir comment cette obligation est consacrée en droit positif et comment elle est traduite concrètement. Il s'agira également de se demander dans quelle mesure l'obligation de décompter le temps de travail est résistante aux différentes remises en cause qui l'atteignent (Section 1). Une fois cernée cette obligation, il conviendra, dans un second temps, d'étudier la mise en œuvre du décompte du temps de travail selon les différents modes de travail. Ceux-ci donnent lieu à deux grandes catégories de décompte, le décompte *a posteriori* et le décompte *a priori*, cherchant à mesurer respectivement le temps travaillé et le temps à travailler (Section 2).

SECTION 1 : L'APPRÉHENSION DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

460. L'obligation de décompte du temps de travail des salariés s'adresse à l'employeur. Les dispositions législatives, codifiées aux articles L. 3171-1 et L. 3171-2 du code du travail, n'entretiennent là-dessus aucune ambiguïté. Le premier article dispose que « *l'employeur affiche les heures auxquelles commence et finit le travail ainsi que les heures et la durée des repos* », en précisant ensuite la teneur de l'affichage en cas d'aménagement du temps de travail. Le second dispose quant à lui au premier alinéa que « *lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés* ». L'employeur est donc sans conteste le destinataire de ces différentes obligations de décompte. Il l'est également des déclinaisons réglementaires, aux articles D. 3171-1 à D. 3171-10 du code du travail qui, si elles n'identifient pas expressément l'employeur, le visent en ce qu'elles se rattachent aux dispositions légales.

L'obligation de décompte du temps de travail se trouve assurée en droit positif (I), même si elle subit des mises en cause dans deux situations de travail particulières que sont le forfait jours et le télétravail (II). Ces remises en cause doivent s'apprécier au regard justement de l'importance et de l'assurance de l'obligation de décompte du temps de travail en droit du travail.

I- L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL ASSURÉE

461. L'obligation de décompte du temps de travail par l'employeur se trouve doublement assurée. Elle l'est d'abord par son affirmation dans le droit du travail, spécialement par les juges (A). Elle l'est ensuite par la réglementation relative à la vérification de son exécution (B).

A- L'AFFIRMATION DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

462. L'obligation de décompter le temps de travail est affirmée comme une obligation essentielle (1), développée en pratique différemment selon que les salariés sont soumis à l'horaire collectif ou non (2).

1- L'énoncé d'une obligation essentielle

463. Le caractère essentiel de l'obligation de l'employeur de décompter le temps de travail s'illustre d'une part par le traitement qu'en font la loi et les juges, en consacrant et conservant son rang d'ordre public (a). Ce caractère essentiel s'impose d'autre part du fait des droits fondamentaux que l'obligation vise à garantir, et qui en exige une qualité particulière (b).

a- Une obligation d'ordre public

464. Pour saisir l'exigence du décompte du temps de travail, les tentatives de contournement de celui-ci sont éloquentes. Elles témoignent à la fois qu'un tel contournement représente un enjeu et que l'interdire constitue, pour l'instant, la réponse juridique apportée par les juges. C'est dans cette démarche que la distribution directe, de prospectus et autres gratuits, s'invoque utilement. Régime particulier, le droit de la distribution directe a été le terrain d'une

offensive contre le droit commun du décompte du temps de travail, contrée à deux reprises par le Conseil d'État.

Un décret du 4 janvier 2007 ambitionne le premier de contourner le droit au décompte pour « *les salariés concernés par les conventions collectives ou accords de branche étendus prévoyant une quantification préalablement déterminée du temps de travail reposant sur des critères objectifs et fixant les modalités de contrôle de la durée du travail* ». Pour ces salariés, il pourra être dérogé à l'article D. 3171-8 du code du travail relatif aux registres et documents obligatoires concernant les salariés qui ne suivent pas le même horaire collectif. Le décret est annulé par le Conseil d'État¹²⁴². La portée de la décision n'est pas limitée à la distribution directe, mais concerne plus globalement, « *l'articulation entre le règlement et l'accord collectif, en matière de réglementation du contrôle du temps de travail, à vocation tout à fait générale* »¹²⁴³. D'un côté, l'article L. 3121-67 du code du travail liste les matières relatives à la durée du travail dont les modalités d'application sont déterminées par décrets, et parmi lesquelles figurent les mesures de contrôle du temps de travail. De l'autre côté, l'article L. 3121-78 du code du travail autorise des dérogations conventionnelles à certaines dispositions réglementaires¹²⁴⁴, parmi lesquelles ne figurent pas les mesures de contrôle. Au regard de ces deux règles¹²⁴⁵, le Conseil d'État conclut que les dérogations conventionnelles « *ne peuvent pas concerner les mesures de contrôle du temps de travail* ». En visant les « *mesures* » de contrôle du temps de travail alors que le décret litigieux prenait soin de parler des « *modalités* » de contrôle, le Conseil d'État admet implicitement que l'objet du décret ne se limite pas aux seules modalités¹²⁴⁶ mais en embrasse également les mesures¹²⁴⁷. Plus clairement en revanche, le Conseil d'État confirme l'exclusion des mesures de contrôle de la durée du travail du champ conventionnel.

Une seconde tentative est amorcée par un décret du 8 juillet 2010¹²⁴⁸. De nouveau, le Conseil d'État annule le décret¹²⁴⁹, énonçant ici que la dérogation à l'obligation de décompter

¹²⁴² CE 11 mars 2009, n° 303396, *Lebon* 2009, *D.* 2009, p. 956, M. VÉRICEL, *RDT* 2009, p. 523

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ Il s'agissait respectivement des alinéas 1 et 2 de l'article L. 212-2 du code du travail.

¹²⁴⁵ Au moment du contentieux, ces règles figurent à l'article D. 212-2 du code du travail.

¹²⁴⁶ C. trav. art. art. D. 3171-8 (C. trav. anc. art. L.212-21).

¹²⁴⁷ C. trav. art. L. 3171-2 (C. trav. anc. art. L. 620-2 alinéa 3).

¹²⁴⁸ Le décret instituait l'article R. 3171-9-1 du code du travail qui entendait aussi écarter l'application des dispositions de l'article D. 3171-8 aux distributeurs ou porteurs de documents, se suffisant de la quantification

le temps de travail effectif relève des principes fondamentaux du droit du travail et, donc, de la compétence de la loi au titre de l'article 34 de la Constitution. La décision est plus simple ; elle peut toutefois être interprétée comme un appel du pied au législateur¹²⁵⁰.

465. Concernant le forfait heures¹²⁵¹, la jurisprudence judiciaire est venue affirmer qu'une telle convention ne saurait dispenser l'employeur des obligations de décompte, énonçant que « *la circonstance que le personnel d'encadrement ait disposé d'une latitude suffisante dans l'organisation de ses horaires ne dispensait pas l'employeur des obligations prévues par l'article L. 620-2 du Code du travail [alinéa 3]* »¹²⁵², aujourd'hui L. 3171-2 du code du travail.

b- Une obligation au service de l'effet utile de droits fondamentaux et d'une fiabilité et objectivité indispensables

466. Le droit du décompte du temps de travail est largement affirmé et développé par la loi française, à travers les obligations concrètes de l'employeur d'établir les divers documents du décompte, les conserver et les fournir éventuellement en justice. Une décision de la Cour de justice de l'Union européenne vient apporter un peu de profondeur à la réglementation du décompte du temps de travail. Dans une décision remarquable du 14 mai 2019¹²⁵³, la Cour de justice affirme que « *l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du*

préalable du temps de travail établie à partir de critères objectifs et qui impose seulement à l'employeur de remettre « *au salarié, avant chacune de ses missions, le document qui évalue a priori sa durée de travail à partir des critères susmentionnés* », « *tenu à la disposition de l'inspecteur du travail ou du contrôleur du travail pendant un an* ». La sanction pénale de la méconnaissance par l'employeur de l'établissement et de la remise du document susvisé, et de son éventuelle non-présentation à l'inspecteur du travail, était établie par l'article R. 3173-4 du code du travail.

¹²⁴⁹ CE, 28 mars 2012, n° 343072.

¹²⁵⁰ Voir F. MOREL, *JCP E* 2012, 1332 (note sous CE, 28 mars 2012, n° 343072).

¹²⁵¹ Ou son équivalent antérieur aux années 2000.

¹²⁵² Crim. 14 déc. 1993, n° 93-81.404, *Bull. crim.* n° 387. V. aussi Crim. 10 sept. 2002, n° 02-80.102, inédit ; 24 sept. 2002, n° 02-80.101, inédit ; 3 déc. 2002 n° 02-81.473, n° 02-81.474, n° 02-80.103, n° 02-80.100, inédits, M. RICHEVAUX, *Dr. ouvrier* 2003, p. 214. Même jurisprudence pour l'article D. 3171-8 du code du travail (C. trav. anc. art. D. 212-21). Voir Crim. 27 mai 1999, n° 98-85.284, inédit.

¹²⁵³ CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18, note P. BAILY, *Gaz. Pal.* 2019, n° 31, p. 40, note M. MINÉ, *RDT* 2019, p. 491, obs. E. LAFUMA, *RJS* 8-9/2019, note F. BENOIT-ROHMER, *RTD eur.* 2020, p. 332, note T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP E* 2020, 1328.

travail journalier effectué par chaque travailleur », en présentant tout au long de sa décision les fondements d'une telle affirmation.

Le litige national opposait une organisation syndicale espagnole à l'entreprise Deutsche Bank et au Gouvernement espagnol. Le syndicat a saisi la Cour centrale d'Espagne afin de faire constater l'obligation de l'entreprise d'établir un système d'enregistrement du temps de travail journalier effectué par les salariés – permettant de vérifier le respect des horaires de travail et l'obligation de transmettre aux représentants syndicaux les informations sur les heures supplémentaires mensuelles¹²⁵⁴. La Cour centrale décide de surseoir à statuer et de poser trois questions préjudicielles à la CJUE. Cette dernière les regroupe en la question unique de savoir si l'ensemble des articles visés¹²⁵⁵ « *doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui [...] n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur* »¹²⁵⁶. Les articles de la directive 2003/88 portent sur les repos, journalier et hebdomadaire et la durée maximale hebdomadaire¹²⁵⁷. L'article 31 §2 de la Charte porte sur le droit à une limitation de la durée maximale et de repos. Enfin, les articles de la directive 89/391 concernent la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et le rôle des représentants syndicaux en la matière. Ainsi, les questions préjudicielles posées par la Cour centrale espagnole rattachent déjà l'obligation de décompte à la problématique de l'effectivité des limites du temps de travail. Ces questions s'inscrivent en fait dans la droite ligne de la jurisprudence existante de la Cour de justice qui accorde une attention particulière à l'effectivité des limitations de la durée du travail¹²⁵⁸. La Cour de justice prend d'ailleurs le soin dans sa décision du 14 mai de rappeler l'ensemble de sa jurisprudence affirmant l'impératif de garantir « *la pleine effectivité de la directive 2003/88* » et « *l'effet utile de ces droits* », au vu de l'objectif essentiel de la directive de garantir une protection efficace des

¹²⁵⁴ *Ibid.*, Point 19.

¹²⁵⁵ Articles 3, 5, 6, 16 et 22 de la directive 2003/88, combinés aux articles 4 §1, 11 §3 et 16 §3 de la directive 89/391 et 31 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹²⁵⁶ CJUE 14 mai 2019, C-55/18 précitée, Point 29.

¹²⁵⁷ Respectivement article 3, 5 et 6, et leurs éventuels ajustement, avec une période de référence modulable pour l'appréciation du repos hebdomadaire (article 16) et une dérogation possible à la durée maximale hebdomadaire prévue à l'article 6 qui prévoit un nouvel maximum (article 22).

¹²⁵⁸ V. Paragraphe 314.

conditions de vie et de travail des travailleurs, de leur sécurité et de leur santé¹²⁵⁹. Elle annonce clairement que « *c'est à la lumière de ces considérations générales qu'il convient d'examiner si, et dans quelle mesure, la mise en place d'un système permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur est nécessaire pour assurer le respect effectif de la durée maximale hebdomadaire de travail ainsi que des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire* »¹²⁶⁰.

À la question posée, la Cour répond par l'affirmative, en considérant d'abord « *qu'en l'absence d'un tel système, il n'est [pas] possible de déterminer de façon objective et fiable [...] le nombre d'heures de travail ainsi effectuées par le travailleur* »¹²⁶¹ pour soutenir ensuite que « *la détermination objective et fiable du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire est essentielle pour établir, d'une part, si la durée maximale hebdomadaire de travail [...] a été respectée [...] et, d'autre part, si les périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire [...] ont été respectées* »¹²⁶² au cours de périodes définies. Ne pouvoir établir ces éléments revient en fait à ne pouvoir garantir l'effet utile des droits conférés par la directive et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour conclut qu'« *afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur* ». Ce point de la décision constitue certainement le cœur de la solution de la Cour de justice. Restreinte aux termes de la question préjudicielle posée, la Cour ne peut reprendre en revanche dans son dispositif la caractérisation, pourtant très importante, du système de mesure comme « *objectif, fiable et accessible* », et se limite à considérer que les différents articles visés « *doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un États membres qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur* ».

¹²⁵⁹ CJUE 14 mai 2019, C-55/18 précitée, Points 40 à 43.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, Point 46.

¹²⁶¹ *Ibid.*, Point 47.

¹²⁶² *Ibid.*, Point 49.

Ainsi, la Cour de justice rappelle l'impératif de garantir l'effet utile des droits du salarié à une limitation de la durée du travail. Elle admet que cela n'est pas garanti à défaut d'un certain système de mesure de la durée du travail *objectif, fiable et accessible*¹²⁶³. Le rôle de la mesure du temps de travail dans le respect des droits fondamentaux est ainsi affirmé. Notons que conférer un tel rôle à la mise en place d'un système de mesure de la durée du travail a pour effet certain d'en faire une obligation générale¹²⁶⁴. Sont définies les caractéristiques que ce décompte doit utilement revêtir pour assurer un tel rôle de la mesure du temps de travail : objectivité, fiabilité et accessibilité. Ces exigences européennes doivent guider l'appréciation du droit français du décompte, soit qu'elles valident et appuient les dispositions existantes soit qu'elles incitent à les remettre en cause ou les interpréter de façon conforme.

467. Une récente décision de la Cour de cassation a pu utilement mobiliser la décision de la Cour de justice de l'Union européenne. L'Union générale des ingénieurs cadres et techniciens de la CGT fait grief à l'arrêt de cour d'appel de la débouter de sa demande tendant à ordonner à la société de mettre en place un dispositif de contrôle du temps de travail et d'assurer un suivi mensuel du volume horaire comptabilisé. La cour d'appel relève que la CGT pointe une « *carence structurelle du système de déclaration des heures supplémentaires* » et admet que le mécanisme était illicite. Cependant, elle considère que « *le seul fait que le logiciel de déclaration soit défaillant n'empêche pas les salariés de faire une déclaration par tout autre moyen* » et en conclut « *qu'aucun manquement de l'employeur n'est donc caractérisé* ». De façon encore plus critiquable, la cour d'appel se fonde sur le fait que l'existence de négociation au niveau de l'entreprise sur la durée du travail et des moyens de son contrôle pour en déduire l'absence de manquement de l'employeur. L'arrêt est cassé par la Cour de cassation. Aux côtés du visa de l'article L. 4121-1 du code du travail sur l'obligation de sécurité et de l'affirmation selon laquelle les différentes prescriptions de la directive 2003/88/CE « *constituent des règles de droit social d'une importance particulière* », comme

¹²⁶³ Cette décision trouve un écho par ailleurs dans une récente proposition de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur le droit à la déconnexion, en 2021 dont l'article 3 prévoit d'imposer aux États membres de veiller notamment à ce « *que les employeurs mettent en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur* » (Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit à la déconnexion).

¹²⁶⁴ E. LAFUMA, *RJS* 8-9/2019 (obs. sous CJUE 14 mai 2019, C-55/18, précité).

« prescription minimale pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé »¹²⁶⁵, elle se réfère à l'arrêt de la CJUE du 14 mai 2019 en mettant en exergue le besoin d'assurer « l'effet utile » des droits prévus par la directive européenne. La Cour de cassation en conclut alors à l'absence de base légale de la décision de la cour d'appel dès lors que « ni la faculté ouverte aux salariés de procéder par eux-mêmes aux déclarations d'heures supplémentaires ni l'ouverture de négociations collectives n'étaient de nature à caractériser que l'employeur avait satisfait à son obligation de contrôle de la durée du travail ». Publiée sur une autre problématique, cette décision n'a pas été commentée sur l'aspect du décompte du temps de travail¹²⁶⁶. Il s'agit désormais de suivre les prochaines décisions, qui attireront peut-être davantage l'œil du juriste.

2- La traduction pratique de l'obligation selon le type d'horaires

468. Une fois énoncé que le décompte du temps de travail constitue une obligation essentielle, il convient de voir comment celle-ci se développe en pratique. Ici, il ne s'agit pas encore de s'intéresser à la mise en œuvre du décompte¹²⁶⁷, mais de voir comment l'impératif de décompter le temps de travail se traduit en obligations pratiques selon le type d'horaires. Cette traduction est différente suivant que les salariés travaillent selon le même horaire collectif (a) ou non (b).

a- Le décompte en horaire collectif : l'affichage

469. L'horaire collectif s'entend comme « tout horaire appliqué uniformément à une collectivité déterminée, l'ensemble des salariés de l'établissement ou une partie seulement de ceux-ci »¹²⁶⁸. L'horaire collectif ne signifie pas horaire unique dans l'entreprise¹²⁶⁹, comme en

¹²⁶⁵ CJCE, 26 juin 2001, C-173/99, *Bectu*, points 43 et 47 ; 1^{er} déc. 2005, C-14/04, *Dellas*, précité, point 49 ; reprise par la Cour de cassation : Soc. 17 fév. 2010, n° 08-43.212, inédit, note F. DUMONT *JCP S* 2010, 1170.

¹²⁶⁶ Sur la possibilité du cumul entre l'entretien professionnel et l'entretien d'évaluation : obs. M. ROUSSEL, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2023, n° 957, obs. H. NASOM-TISSANDIER, *Juris. soc. Lamy* 2023, p. 16, note A. CHARBONNEAU, *Bull. du travail* 2023, n° 9.

¹²⁶⁷ V. *infra*.

¹²⁶⁸ Circ. DRT n° 93-9 du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret n° 92-1323 du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail, art. 2.

¹²⁶⁹ O. DRAGUE, De quelques aspects de l'horaire journalier de travail, *Dr. soc.* 1981, p. 621.

témoigne également l'article D. 3171-1 du code du travail qui envisage le cas de « *tous les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe* » qui travaillent selon un horaire collectif.

Sont soumis à un horaire collectif les salariés qui doivent respecter des horaires similaires à un collectif de travail, à une unité de travail donnée et identifiée comme telle. L'existence d'un horaire collectif est reconnue dès lors que les horaires journaliers de début et de fin, ainsi que la pause méridienne, sont fixés précisément pour l'ensemble ou partie des membres de chaque équipe, quand bien même un tableau de service indique la répartition individuelle entre les jours travaillés ou non entre salariés¹²⁷⁰.

470. Réglementé depuis une loi du 2 novembre 1892¹²⁷¹, le contrôle de la durée du travail en horaire collectif consiste en des obligations d'affichage des horaires, auxquels sont censés être strictement embauchés les salariés qui y sont soumis, ce qu'un éventuel contrôle de l'inspection du travail peut venir vérifier. L'obligation d'affichage des heures de début et de fin de travail figure à la fois à l'article L. 3171-1 et à l'article D. 3171-1 du code du travail. Elle y remplit toutefois un rôle différent. À l'article L. 3171-1, l'affichage par l'employeur « *des heures auxquelles commence et finit le travail ainsi que les heures et la durée des repos* » fait office d'information des salariés, sans précision de si les salariés sont soumis ou non à l'horaire collectif ; il n'est d'ailleurs question de cette distinction nulle part du côté des dispositions législatives relatives au contrôle de la durée du travail. Du côté réglementaire en revanche, c'est dans la sous-section relative aux salariés travaillant selon le même horaire collectif que l'article D. 3171-1 dispose quant à lui que « *lorsque tous les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe travaillent selon le même horaire collectif, un horaire établi selon l'heure légale indique les heures auxquelles commence et finit chaque période de travail* ». L'article suivant énonce que ces indications doivent être datées, signées et affichées en caractères lisibles, ainsi qu'apposées de façon apparente sur chacun des lieux de travail¹²⁷². L'obligation d'afficher sur tous les lieux de travail a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1995¹²⁷³. En toute logique, toute modification de l'horaire collectif doit donner lieu, avant son application, à une rectification affichée dans les mêmes conditions¹²⁷⁴.

¹²⁷⁰ Soc. 18 mai 2005, n° 03-14.059, inédit.

¹²⁷¹ Applicable d'abord seulement aux femmes et aux enfants.

¹²⁷² C. trav. art. D. 3171-2.

¹²⁷³ Crim. 17 janv. 1995, n° 94-80.081, *Bull. crim.* n° 22, obs. G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *RSC* 1995, p. 365.

¹²⁷⁴ C. trav. art. D. 3171-3.

L'ensemble de ces précisions vise à s'assurer de la fiabilité du document et de sa réalité avec le lieu de travail, dans la philosophie de l'arrêt de la Cour de justice de 2019.

471. L'horaire collectif n'est pas forcément un horaire fixe. Entrent dans la catégorie de l'horaire collectif les horaires prévus en cas d'aménagement du temps de travail, susceptibles de varier par définition d'une période à l'autre. Toujours dans une optique d'information des salariés, l'article L. 3171 alinéa 2 du code du travail dispose qu'en cas d'aménagement du temps de travail¹²⁷⁵, l'affichage comprend la répartition de la durée du travail dans le cadre de cette organisation¹²⁷⁶. À l'instar de l'affichage classique, c'est la partie réglementaire qui en précise les modalités, disposant à l'article D. 3171-5 du code du travail que l'affichage, à défaut de précision conventionnelle contraire, indique le nombre de semaines que comporte la période de référence et pour chacune l'horaire de travail et la répartition de la durée du travail ; avec ici aussi une obligation d'affichage en cas de changements de durées ou d'horaires, dans le respect du délai de prévenance supplétif de sept jours ou celui fixé par accord. Supprimée en 2008, une disposition ajoutait qu'en cas de modulation, l'affichage comportait le programme indicatif¹²⁷⁷, remplissant une fonction d'information des salariés de l'horaire envisagé et non pas d'affichage de l'horaire réel.

La réglementation de l'horaire collectif envisage également le travail en relais, roulement ou équipes successives. L'article D. 3171-7 du code du travail impose que soit affichée la composition nominative de chaque équipe, dont les salariés mis à disposition par une

¹²⁷⁵ Avant l'unification sous un dispositif unique, les articles alinéas 1, 2 et 3 de l'article D. 212-19 du code du travail prévoyaient respectivement le contenu de l'affichage pour les cycles (nombre de semaines et pour chacune la répartition de la durée du travail), la modulation (le programme indicatif) et les JRTT (les dates fixées et leurs modifications).

¹²⁷⁶C. trav. art. L. 3171-2, alinéa 2 : renvoie aux conditions fixées à l'article L. 3121-44 du code du travail, c'est-à-dire au seul cas d'aménagement du temps de travail par accord collectif et non également à l'article D. 3121-27 du code du travail sur l'aménagement du temps de travail par décision unilatérale. À l'inverse, un décret (D. 18 nov. 2016, n° 2016-1553, art. 6) est venu modifier l'article D. 3171-5 du code du travail, qui précise le contenu de l'affichage en cas d'aménagement du temps de travail, afin de bien prévoir le double renvoi aux articles L. 3121-44 et D. 3121-27.

¹²⁷⁷ C. trav. art. D. 3171-6, abrogé par un décret du 4 novembre 2008. Aujourd'hui, le programme indicatif n'est abordé qu'au niveau des dispositions supplétives de la réglementation de l'aménagement du temps de travail, à l'article D. 3121-27, alinéa 2 qui dispose que « *l'employeur établit le programme indicatif de la variation de la durée du travail. Ce programme est soumis pour avis, avant sa première mise en œuvre, au comité social et économique, s'il existe* ».

entreprise de travail temporaire, ou qu'elle soit inscrite sur un registre tenu constamment à jour et mis à disposition de l'agent de contrôle de l'inspection du travail et du CSE.

472. Ainsi, toute la réglementation relative à l'horaire collectif, dans sa fonction de contrôle de la durée du travail, s'évertue à ce que l'affichage permette d'identifier précisément la durée du travail et sa répartition, à laquelle les salariés concernés sont soumis.

Si le respect de l'horaire collectif et l'affichage auquel il donne lieu doivent participer d'un décompte du temps de travail, comme exposé ci-dessus, il est admis d'émettre un doute quant à la conformité de cette réglementation avec les exigences formulées par la CJUE d'un moyen de mesure fiable et objectif¹²⁷⁸. Avec l'individualisation et l'hétérogénéisation du temps de travail, phénomènes par lesquels un lieu de travail est susceptible d'être traversé par la présence de salariés sur des plages horaires bien plus larges que les horaires de chacun, il est dans tous les cas certain que la fonction de décompte accordée à l'affichage de l'horaire collectif est moins assurée qu'à l'époque du modèle de l'usine et de la synchronisation temporelle comme norme où la présence des salariés hors horaire collectif était censée être exceptionnelle. Il semble légitimement soutenable que le droit actuel du décompte hors horaire collectif puisse se généraliser à l'ensemble des salariés¹²⁷⁹.

b- Le décompte hors horaire collectif : l'enregistrement ou le relevé

473. D'après l'article L. 3171-2 du code du travail, disposition unique d'une section intitulée « registres et documents obligatoires », « *lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés* ». Une fois encore¹²⁸⁰, la disposition législative présente la règle générale de l'établissement de ces « *documents nécessaires au décompte de la durée du travail* ». Le processus de décompte est abordé par les dispositions réglementaires. D'après l'article D. 3171-8 du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service, un atelier ou une équipe ne travaillent pas selon le même horaire

¹²⁷⁸ J. CAVALLINI, L'influence du droit de l'Union européenne sur la durée du travail en France, *JCP S* 2019, 46 ; N. LÉGER, La preuve du temps effectivement travaillé, *Dr. soc.* 2022, p. 27.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ *Idem* pour décompte en cas d'horaire collectif.

collectif, la durée du travail de chaque salarié concerné est décomptée « *quotidiennement, par enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies* » et « *chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié* ».

Quant aux moyens d'y procéder, la règle est claire, cela se fait « *selon tous moyens* ». Rappelant bien qu' « *aucune forme particulière n'est imposée à l'employeur pour le décompte obligatoire* » concernant les salariés non occupés selon un horaire collectif, la circulaire du 17 mars 1993 – précisant la mise en œuvre du décret du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail – ajoute que « *le document doit cependant avoir été prévu à l'effet d'enregistrer la durée quotidienne* »¹²⁸¹. Par ailleurs, décompter les « *heures de début et de fin* » de *chaque période de travail* ne consiste pas à décompter l'amplitude d'une journée de travail mélangée de temps de travail effectif et de pauses, sans quoi l'information recherchée de la durée du temps travaillé ne serait fournie. C'est ce qu'a pu utilement indiquer un arrêt du 25 janvier 2000 reprochant à un dispositif de pointage de n'enregistrer que l'amplitude sans enregistrer également les périodes de pause qui aurait permis de déterminer la part du temps de travail effectif¹²⁸². Il faut bien décompter *chaque période de travail*.

474. La possibilité dérogatoire aux modalités fixées à l'article D. 3171-8 du code du travail a été abordée dans le cadre du contentieux administratif relatif à la distribution directe. Alors que le Conseil d'État se prononce sur la question des mesures de décompte¹²⁸³, il examine également celle des modalités de contrôle du temps de travail. Il invalide toute détermination conventionnelle des modalités de contrôle du temps de travail, à défaut pour le décret de « *préciser les conditions dans lesquelles cette détermination doit intervenir* ». On comprend alors qu'une détermination conventionnelle des modalités de contrôle est permise pour peu que le décret en précise les conditions. Les conclusions du rapporteur public allaient également en ce sens¹²⁸⁴, en se fondant à la fois sur la compétence générale des négociateurs

¹²⁸¹ Circ. DRT n° 93-9 du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret n° 92-1323 du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail – article 4.1.

¹²⁸² Crim. 25 janv. 2000, n° 98-85.266, *Bull.* n° 39.

¹²⁸³ V. Paragraphe 464.

¹²⁸⁴ L. DEREPAS, Les conditions de renvoi du décret à la négociation collective, *Sem. soc. Lamy* 2009, N° 1405.

sociaux pour définir les conditions d'emploi et de travail¹²⁸⁵ et sur le principe de faveur consacré par la loi. Affirmant que « *l'existence d'un système permettant d'établir pour chaque salarié le décompte exact de son temps de travail effectif relève de l'ordre public* »¹²⁸⁶, le rapporteur considère qu'un décret pourrait renvoyer à l'accord collectif le soin de réglementer les « *modalités de contrôle* » à la condition que le principe de faveur soit respecté, c'est-à-dire que le décret s'assure de garanties au moins équivalentes à celles réglementaires¹²⁸⁷. Il aurait donc fallu que le décret s'assure que le mécanisme conventionnel organise un système effectif de décompte et d'enregistrement du temps de travail¹²⁸⁸. Permettre une adaptation des modalités de contrôle de la durée du travail à des modes de travail particuliers est une position qui semble toute légitime. Cependant, la démarche est délicate dès lors que mesures et modalités ne sont pas strictement indépendantes, les secondes étant au service des premières. Autrement dit, la détermination des modalités de contrôle de la durée du travail ne saurait atténuer ou dénaturer la mesure dont elle est censée assurer la mise en œuvre.

475. Enfin, précisons que l'article D. 3171-9 du code du travail permet de ne pas appliquer l'article D. 3171-8 du code du travail pour les salariés en forfaits heures quand les conventions qui les prévoient fixent elles-mêmes des « *modalités de contrôle de la durée du travail* ». Il est ici vraiment étonnant que la dérogation réglementaire autorisée pour les salariés en forfait heures ne prévoit pas davantage les conditions dans lesquelles la détermination des modalités de mesure intervient, ni ne s'assure *a fortiori* que l'accord collectif prévoit un système de mesure effectif. Cette différence de traitement entre les deux

¹²⁸⁵ Qu'il fonde sur l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et l'ancien article L. 131-1 du code du travail. Il renvoie aussi à la jurisprudence constitutionnelle qui autorise que soit renvoyé à la négociation collective le soin de « *préciser après une concertation appropriée les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (Cons. const. 25 juill. 1989 n° 89-257 DC ; 16 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 9).

¹²⁸⁶ L. DEREPA, *op. cit.*, N° 1405.

¹²⁸⁷ Dans la droite ligne de la jurisprudence constitutionnelle : *garanties au moins équivalentes aux garanties légales* (par exemple Cons. const. 6 nov. 1996, n° 97-383 DC, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*).

¹²⁸⁸ Le rapporteur public proposant d'annuler le décret par manque de « *garanties d'effectivité du décompte individuel du temps de travail au moins équivalentes aux garanties réglementaires* ».

dispositions, une en vigueur et une autre annulée, s'explique certainement par le simple fait que la disposition relative au forfait heures n'a pas été contestée.

B- LA VÉRIFICATION DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

476. Affirmer l'existence de l'obligation de décompter le temps de travail ne suffit pas. S'assurer de son effectivité impose aussi de vérifier que des moyens sont déployés pour garantir son respect. C'est dans cet objectif que le droit organise différents contrôles de son exécution (1) et prévoit plusieurs sanctions (2).

1- Le contrôle de l'exécution de l'obligation de décompte

477. Le contrôle de l'exécution du décompte du temps de travail poursuit au moins deux objectifs selon la personne qui l'effectue. Le contrôle par le salarié vise pour celui-ci à vérifier et à disposer de ses droits relatifs au temps travaillé (a). Le contrôle par l'inspecteur du travail vise quant à lui à certifier le décompte, élément essentiel lorsque le décompte est procédé par voie d'affichage (b).

a- Le contrôle par le salarié : vérifier et disposer de ses droits

478. Les heures décomptées par l'employeur, par la voie de l'affichage ou par l'établissement de documents individuels, doivent être tenues à la connaissance des salariés. Pour l'horaire collectif, en plus de l'affichage, qui informe déjà collectivement, un certain nombre de mentions doivent figurer sur un document annexé au bulletin de paie. Elles concernent les heures supplémentaires, avec le « *nombre d'heures de repos compensateur de remplacement et de contrepartie obligatoire en repos porté à leur crédit* », et, une fois accumulées sept heures, la mention de l'ouverture du droit au repos et de l'obligation de le prendre dans les deux mois¹²⁸⁹. S'ajoute pour les salariés ne travaillant pas selon l'horaire collectif la mention du cumul des heures supplémentaires accomplies¹²⁹⁰. Ce document peut être établi sous format électronique « *lorsque des garanties de contrôle au moins équivalentes sont*

¹²⁸⁹ C. trav. art. D. 3171-11.

¹²⁹⁰ C. trav. art. D. 3171-12.

maintenues ». L'accès au document, ainsi que sa conservation, doit être garanti. Il offre au salarié un moyen de contrôle sur le décompte de son temps de travail. Ce contrôle a au moins deux finalités. Il s'agit d'abord pour le salarié d'avoir un regard sur son temps travaillé, afin non seulement d'être simplement informé mais également de vérifier la concordance entre les heures comptabilisées et celles réellement travaillées¹²⁹¹. L'employeur doit veiller à assurer ce droit de vérification¹²⁹². Il s'agit ensuite de pouvoir disposer des droits liés à ces heures comptabilisées, converties en repos qu'il reste à poser¹²⁹³.

479. Les juges veillent au respect de la délivrance de ces informations. La Cour de cassation exige des juges qu'ils recherchent, lorsque le salarié n'a pas pris ses jours de repos, si l'employeur l'avait informé de ses droits¹²⁹⁴. À défaut, le salarié a droit à des dommages et intérêts et à des rappels de salaire pour les heures non posées ni rémunérées¹²⁹⁵.

Un contrôle du décompte est également prévu en faveur des représentants des salariés, le CSE pouvant consulter les documents établis pour comptabiliser le temps de travail des salariés ne travaillant pas selon l'horaire collectif¹²⁹⁶.

b- Le contrôle par l'inspecteur du travail : certifier le décompte par l'affichage

480. Le contrôle exercé par l'inspection du travail dans le cadre précis de l'horaire collectif et de son affichage revêt une fonction bien particulière : celle de certifier la fonction de

¹²⁹¹ « Information-vérification » (B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, coll. « Nouvelles bibliothèques de thèses », Dalloz, 2013, p. 173.

¹²⁹² Voir la circulaire de 1993 : « *s'agissant de l'enregistrement par procédé mécanique ou informatique, il est fréquent que le mode de traitement ne permette pas une lecture directe de l'information saisie, ce qui rend nécessaire la mise en place d'un moyen permettant au salarié de s'assurer, au moment du pointage, de la concordance entre l'horaire réel et l'horaire enregistré* » (Circ. DRT n° 93-9 du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret n° 92-1323 du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail, art. 4.1., al. 7).

¹²⁹³ On pourrait ici les rattacher à « l'information-autonomie » d'ailleurs (B. DABOSVILLE, *op. cit.*, p. 237)

¹²⁹⁴ Soc. 16 janv. 2002, n° 99-45.728, inédit.

¹²⁹⁵ Soc. 16 mars 1999, n° 96-45.812, n° 96-45.813, *Bull.* n° 114, J. COLONNA, *JCP G* 2001, 1015. V. aussi Soc. 22 fév. 2006, n° 03-45.385, *Bull.* n° 83 ; 29 mars 2017, n° 16-13.845 à 16-13.852, inédits.

Cette demande se prescrit logiquement à partir du moment où le salarié a eu connaissance de ses droits, voir : Soc. 6 avril 2011, n° 10-30.664, inédit ; 13 fév. 2013, n° 11-26.901, inédit ; 8 oct. 2014, n° 13-16.849, n° 13-16.840, inédits ; 6 janv. 2021, n° 19-14.522, inédit.

¹²⁹⁶ C. trav. art. L. 3171-2.

décompte du temps de travail. Tenue informée de l'horaire collectif, directement par le tableau d'affichage quand elle se déplace mais également par le duplicata de l'affiche qui doit lui être adressé¹²⁹⁷, l'inspection du travail se doit de vérifier le respect de la réglementation de la durée du travail et de l'horaire collectif pour les salariés qui y sont soumis. L'affichage doit être établi, et son duplicata envoyé pour chacun des lieux de l'entreprise¹²⁹⁸. Comme le notait, en 1905, Monsieur Alfasa dans un rapport devant l'Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, des « *limites devront être fixées d'avance et, afin qu'aucune fraude ne soit possible, ce règlement, cet horaire devra être affiché pour être connu de tous, déposé à la mairie comme garantie de sa stabilité, et communiqué à l'inspecteur du travail afin qu'il lui soit loisible, arrivant à n'importe quel moment, de pouvoir constater si la loi est observée* »¹²⁹⁹.

481. La réglementation de l'affichage et du contrôle assure une fonction de décompte par la règle figurant à l'alinéa 2 de l'article D. 3171-1 selon laquelle « *aucun salarié ne peut être employé en dehors de l'horaire collectif, sous réserve des dispositions sur heures supplémentaires et dérogation permanente* ». Par cette interdiction, le contrôle de l'inspection du travail prend corps. Il consiste à vérifier la concordance entre l'horaire affiché et la présence des salariés au travail. Par cette interdiction et par la seule éventualité du contrôle de l'inspection du travail, l'horaire affiché est censé refléter la réalité du temps travaillé.

Relevons néanmoins la réserve faite par la référence aux heures supplémentaires et à la dérogation permanente à l'horaire collectif. Celle-ci atténue fortement la force de l'horaire collectif comme norme, totale et *visuelle* dans un atelier ou un service, et complique d'autant le contrôle de l'inspection du travail. Hormis cette réserve non négligeable, l'horaire collectif se doit d'être appliqué strictement aux salariés qui y sont soumis, au risque sinon de perdre tout son rôle de décompte présupposé. Cet impératif fut remis en cause au tout début du XX^{ème} siècle, peu de temps après l'introduction même de la réglementation, par une jurisprudence de la Cour de cassation en date du 27 avril 1900¹³⁰⁰ selon laquelle le fait

¹²⁹⁷ C. trav. art. D. 3171-4.

¹²⁹⁸ C. trav. art. D. 3171-4. Crim. 17 janv. 1995, n° 94-80.081, *Bull. crim.* n° 22, précité.

¹²⁹⁹ G. ALFASSA, *Le contrôle de la durée du travail*, rapport devant l'Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, Paris, Félix Alcan, 1905, p. 8.

¹³⁰⁰ P. OURMET, *Le contrôle de la durée du travail*, thèse Faculté de droit de l'Université de Paris, A. Pedone Paris, 1910, p. 46 et s.

d'employer des ouvriers après l'heure fixée et affichée de clôture n'est ni défendu ni puni par la loi dès lors qu'est établi que la durée du travail n'est pas dépassée. Autrement dit, faire travailler en dehors des horaires affichés n'était plus une infraction en soi. Vivement critiquable, cette jurisprudence concernant l'affichage mettait à mal le contrôle de la durée du travail par l'inspecteur du travail à travers les horaires effectués¹³⁰¹. Cette jurisprudence n'a plus cours, et l'obligation de respecter l'horaire collectif est affirmée quand bien même les écarts à l'horaire collectif ne modifieraient pas la durée du travail¹³⁰².

2- Les sanctions de l'inexécution

482. Parmi les sanctions du manquement de l'employeur à son obligation de décompter le temps de travail, il nous faut distinguer celles qui viennent constater et sanctionner ledit manquement (a) et celles qui sanctionnent le refus de l'employeur de se soumettre au contrôle de l'inspection du travail (b).

a- Le manquement aux obligations de décompte

483. Le contrôle du respect des obligations de décompte peut donner lieu à des sanctions pénales. Ne pas procéder à l'affichage des heures de travail, comme l'impose l'article L. 3171-1 du code du travail, ni établir les documents nécessaires au décompte de la durée du travail des salariés ne travaillant pas selon l'horaire collectif, comme l'impose l'article L. 3171-2 du même code, est passible d'une amende prévue pour les contraventions de 4^{ème} classe¹³⁰³. D'après l'article R. 3173-2 du code du travail qui la prévoit, cette amende est due autant de fois que de salariés sont employés dans des conditions susceptibles d'être

¹³⁰¹ M. DESPAUX, *Rapports sur l'application des lois réglementant le travail en 1904*, Paris, Imprimerie Nationale, 1905, p. 39 : « *Le tableau d'emploi du temps qui était d'une si grande utilité à l'inspecteur n'a plus désormais aucune valeur depuis les arrêts de la Cour de cassation* » [arrêts du 27 avril 1900]. V. aussi G. ALFASSA, *op. cit.*, p. 10 et s.

¹³⁰² Soc. 19 déc. 2007, n° 05-45.360, inédit.

¹³⁰³ C. trav. art. R. 3173-2. Sur le non-établissement des documents nécessaires au décompte de la durée du travail.

¹³⁰³ Crim. 7 sept. 1999, n° 98-85.468, *Bull. crim.* n° 183 : Des arrêts simples où la Cour de cassation considère que l'employeur est coupable car il devait établir les documents nécessaires au décompte de la durée du travail (C. pén. art. L. 620-2, 3).

sanctionnées. La Cour de cassation vient le confirmer concernant l'absence d'affichage de l'horaire collectif¹³⁰⁴, situation qui par hypothèse concerne l'ensemble des salariés soumis à l'horaire collectif et entraîne donc un nombre équivalent d'amendes¹³⁰⁵. De plus, d'après l'article L. 8115-1 du code du travail, et sous réserve de l'absence de poursuites pénales, un avertissement ou une amende administrative est encouru par l'employeur. Sur rapport de l'inspection du travail, la sanction est prononcée par l'autorité administrative en cas de manquement à « *l'article L. 3171-2 relatif à l'établissement d'un décompte de la durée du travail et aux dispositions réglementaires afférentes* »¹³⁰⁶.

484. Un arrêt du Conseil d'État du 1^{er} février 2023 attire particulièrement l'attention, concernant la situation de salariés officiellement soumis à l'horaire collectif mais qui ne le sont pas *dans les faits*. Sur le fondement de quelle réglementation l'employeur va-t-il être sanctionné ? La violation de l'horaire collectif affiché, ou bien le manquement aux obligations de décompte individuels pour des salariés qui ne suivent pas l'horaire collectif ? L'Administration du travail choisit en l'espèce la deuxième option et sanctionne l'employeur sur la base de l'article L. 8115-1 du code du travail relatif au manquement aux obligations de décompte du temps de travail des salariés qui *ne sont pas soumis à l'horaire collectif*. Elle se fonde sur *la réalité* des horaires effectués par les salariés pour déterminer si ces derniers sont soumis ou non à l'horaire collectif. Elle procède finalement à une sorte de « *requalification du dispositif horaire appliqué* »¹³⁰⁷, en appliquant le régime de décompte afférent et sanctionnant l'employeur en conséquence.

Cette position est désavouée par les juges administratifs du fond et le Conseil d'État, pour qui un employeur ne peut être sanctionné d'un manquement à l'obligation d'établir un décompte individuel, applicable pour les salariés non soumis à des horaires collectifs, *pour des salariés dont le travail est organisé selon l'horaire collectif*¹³⁰⁸. Pour le rapporteur public,

¹³⁰⁴ Soc. 22 janv. 1991, n° 90-80.034, inédit.

¹³⁰⁵ La contravention est au maximum de 750 euros (C. pén. art. 131-13).

¹³⁰⁶ C. trav. art. L. 3171-2, 3°.

¹³⁰⁷ P. ADAM, L'horaire collectif de travail : fait ou norme (patronale) ? *Dr. soc.* 2023, p. 564.

¹³⁰⁸ CE 1^{er} fév. 2023, n° 457116, Recueil Lebon 2023 (pour information, l'intérêt de l'arrêt est d'appliquer le principe de légalité criminelle aux sanctions administratives venant frapper le non-respect par l'employeur de ses obligations en matière de décompte (renvoie F. DUQUESNE, Le pouvoir de sanction de l'Administration sous l'emprise du principe de légalité des délits et des peines, *JCP S* 2023, 1068).

la solution se veut logique : « *un employeur ayant opté pour un horaire collectif n'est tenu que par les obligations qui en découlent* »¹³⁰⁹. Mais cette fausse évidence masque la vraie question, à savoir à partir de quand, ou plutôt de quoi, détermine-t-on si un salarié travaille selon l'horaire collectif. Au vu de la réponse apportée, et pour reprendre les termes de Monsieur Patrice Adam qui l'a très bien exposé, l'horaire collectif est perçu par les juges non comme un « fait » mais comme une « *norme patronale d'organisation du travail* »¹³¹⁰.

Cela peut éventuellement protéger le salarié en imposant le respect de l'horaire collectif dès lors qu'il est censé y être soumis. Mais, le contentieux laisse plutôt penser que l'employeur pourrait échapper aux obligations de décompte individuel de salariés, et aux sanctions de leur manquement, en prétendant qu'ils sont soumis à l'horaire collectif. L'hypothèse est d'autant plus redoutable que seul le manquement aux obligations de décompte individuel est passible d'une amende administrative¹³¹¹. Si Monsieur Patrice Adam envisage l'hypothèse sans grande crainte en invoquant l'outil de la fraude à la loi, l'on est cependant autorisé à douter de l'inoffensivité de cette jurisprudence. Ajoutons d'ailleurs que les dispositions relatives au contrôle de la durée du travail visent les salariés qui *travaillent* ou non selon le même horaire collectif, ce qui suggère une appréciation à partir de la *réalité du travail*. Il s'agirait alors de considérer, concernant le contrôle de la durée du travail, que les salariés qui ne travaillent pas *de fait* selon l'horaire collectif doivent avoir leur temps de travail décompté selon les règles du décompte individuel ; tout en rappelant qu'ils sont pourtant censés être soumis à l'horaire collectif.

b- Le refus de se soumettre au contrôle de l'inspection du travail

485. Le décompte du temps de travail, et la durée du travail établie, doit pouvoir être contrôlé par l'inspection du travail à tout moment. Concernant les obligations d'affichage, l'employeur se soumet *a priori* au contrôle de l'inspection du travail, en devant lui envoyer un duplicata sous peine de sanction¹³¹². Concernant les obligations de décompte individuel, l'employeur

¹³⁰⁹ Concl. Rapporteur Public, M. Skrzyrbak (cité par P. ADAM, L'horaire collectif de travail : fait ou norme (patronale) ? Dr. soc. 2023, p. 564).

¹³¹⁰ P. ADAM, L'horaire collectif de travail : fait ou norme (patronale) ? Dr. soc. 2023, p. 564.

¹³¹¹ C. trav. art. L. 8115-1.

¹³¹² Crim. 22 janv. 1991, n° 90-80.034, inédit ; 17 janv. 1995, n° 94-80.081, Bull. n° 22, obs. G. GIUDICELLI-DELAGÉ, RSC 1995, p. 365.

encourt une amende pénale dès lors qu'il empêche l'inspection du travail d'exercer son contrôle. D'après l'article L. 3171-3 du code du travail, « *l'employeur tient à la disposition de l'agent de contrôle les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié* »¹³¹³. Il doit conserver les documents permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié pendant un an, ou pendant la durée de la période de référence en cas d'aménagement du temps de travail¹³¹⁴. Maladroite, cette précision doit s'entendre comme élargissant la période de conservation des documents au-delà d'un an si besoin. Elle a en effet été ajoutée par la loi du 8 août 2016, qui a ouvert la possibilité d'aménagement du temps de travail sur une période allant jusqu'à trois ans. En revanche, cette précision ne saurait justifier une durée de conservation inférieure à un an pour les aménagements du temps de travail infra annualisation. À défaut de tels documents tenus à disposition de l'inspection du travail, l'article R. 3173-3 du code du travail dispose de son côté que « *le fait de ne pas présenter à l'inspection du travail les documents permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3171-3, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe* ». Bien plus dissuasif que cette amende qui s'élève au maximum à 450 euros¹³¹⁵, l'article L. 8114-1 du code du travail prévoit que faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un agent de contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 37.500 euros d'amende. Ont été ainsi jugées constitutives d'un tel délit d'obstacle la fourniture de renseignements volontairement inexacts¹³¹⁶, la manipulation dans la comptabilisation pour masquer les heures supplémentaires¹³¹⁷ ou encore la présentation de documents dépourvus de sincérité et d'exactitude¹³¹⁸.

Concernant plus largement le *refus* de montrer les documents permettant de comptabiliser les heures travaillées, il semble que la Cour de cassation se livre à une appréciation au regard des injonctions répétées adressées à l'employeur de présenter les documents et de régulariser la situation¹³¹⁹. Autrement dit, le refus est caractérisé à partir de plusieurs injonctions laissées

¹³¹³ Depuis la loi du 25 juill. 1985 n° 85-772, art. 64.

¹³¹⁴ C. trav. art. D. 3171-6.

¹³¹⁵ C. pén. art. 131-13.

¹³¹⁶ Crim. 3 janv. 1985, n° 84-94.199, *Bull.* n° 6.

¹³¹⁷ Crim. 4 fév. 1992, n° 91-81.992, inédit.

¹³¹⁸ Crim. 30 mars 1999, n° 98-80.598, inédit.

¹³¹⁹ Crim. 4 juin 1991, n° 90-81.159, *Bull.* n° 237, obs. C. LAZERGUES, *RSC* 1992, p. 104 ; 5 mars 2002, n° 01-

sans suite, laissant donc à l'employeur une chance de régulariser la situation – ce qui n'est pourtant ni prévu par les textes ni forcément souhaitable car permettant potentiellement l'établissement rétroactif de documents dont la sincérité serait légitimement questionnable. Reste que la prise en considération de la répétition des injonctions est éventuellement susceptible de freiner la caractérisation du délit d'obstacle. En revanche, la présence de l'élément intentionnel est facilement reconnue. La chambre criminelle de la Cour de cassation juge en effet que « *le seul fait de s'être volontairement placé dans l'impossibilité de satisfaire à ses obligations suffit même sans manœuvre à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction* »¹³²⁰.

II- L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL MISE EN CAUSE

486. En ce qu'elle exige de la part de l'employeur un contrôle du temps de travail, l'obligation de décompte est mise en cause lorsque ce contrôle du temps de travail est supposé trop difficile. Une telle mise en cause, d'abord par la doctrine, a concerné le forfait jours et prend aujourd'hui comme cible le télétravail. Dans le premier cas, la mise en cause s'est concrétisée par le rejet du décompte *horaire* du temps de travail (A). Dans le second, elle ne trouve, pour l'instant, pas de réalité juridique, et incite, à l'inverse, à un rappel clair de l'obligation (B).

A- LE REJET ASSUMÉ DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTÉ HORAIRE POUR LE FORFAIT JOURS

487. Dans le cas du forfait jours, la remise en cause de l'obligation s'est traduite par le rejet, largement partagé, du décompte horaire (1). Un tel décompte semblait pourtant envisageable, pour peu d'en préciser la nature et les modalités (2).

82.866, inédit ; 8 nov. 2005, n° 05-81.269, *Bull.* n° 285, note F. BOUSEZ, *JCP S* 2006, 37, note A. BUGADA, *JCP E* 2007, 1290.

¹³²⁰ Crim. 10 sept. 2002, n° 02-80.102, inédit ; 24 sept. 2002, n° 02-80.101, inédit ; 3 déc. 2002 02-81.474, n° 02-81.473, n° 02-80.103, n° 02-80.100, inédits, obs. M. RICHEVAUX, *Dr. ouvrier* 2003, p. 214. V. aussi plus tôt : Crim. 14 nov. 1991, n° 90-87.389, inédit ; 27 mai 1999 n° 98-85.284, inédit, *Dr. ouvrier* 2000, p. 37.

1- Le décompte horaire rejeté

488. En forfait jours, il a été fait le choix de décompter le temps de travail exclusivement en jours (a), amoindrissant grandement la finalité protectrice du décompte sur le plan de la santé. Le décompte horaire a donc quant à lui été rejeté, décision qui a révélé au passage une certaine conception du forfait jours (b).

a- Le choix du décompte exclusif en jour

489. Concernant le forfait jours, rien n'est prévu dans le versant législatif du titre VII de la troisième partie du code du travail relatif au « *contrôle de la durée du travail et des repos* ». Dans son versant réglementaire en revanche, l'article D. 3171-10 du code du travail dispose que la durée de travail des salariés en forfait jours « *est décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié* ». Imposant un décompte en jours et annuel, la disposition se distingue doublement de la norme du décompte quotidien et de la récapitulation hebdomadaire du nombre d'heures travaillées, telle qu'exprimée à l'article D. 3171-8 du code du travail. À noter que le contenu de l'article D. 3171-10 est identique depuis l'instauration du forfait jours¹³²¹. Ce décompte des jours peut être manuel ou automatique, par exemple en badgeant à l'entrée du bâtiment de travail.

490. Parmi la réglementation du code du travail relative au forfait jours, l'article L. 3121-65, I, 1° dispose que « *l'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées* », qui, « *sous la responsabilité de l'employeur, [...] peut être renseigné par le salarié* ». Il s'agit d'une disposition supplétive, qui s'applique à défaut de précisions conventionnelles relatives aux « *modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié* » ou aux « *modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise* ». Il apparaît que ce que la disposition vient suppléer n'a pas à voir avec le décompte des jours travaillés. Ainsi, l'employeur ne doit établir un tel « *document de contrôle* » relatif aux journées ou demi-journées travaillées que dans le cas d'un accord

¹³²¹ C. trav. anc. art. L. 212-15-3, III.

collectif insuffisant au regard principalement de l'encadrement de la charge de travail. Cette articulation qui date de 2016 succède au vide créé par le législateur de 2008, supprimant l'ancien article L. 212-15-3 III selon lequel la convention de forfait précise « *les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées et la prise des journées ou demi-journées de repos* ». Il est regrettable que la partie du code du travail spécifique au forfait jours ne fasse pas figurer parmi ses dispositions d'ordre public l'obligation du décompter les jours travaillés, quitte ensuite à renvoyer à la négociation collective et aux dispositions supplétives la détermination de ses modalités.

Figurant parmi les règles de contrôle de la durée du travail, l'article D. 3171-10 du code du travail remplit un rôle minimal. Il assure au moins l'exigence d'un décompte, déduite de la « récapitulation » des journées travaillées qu'un suivi régulier doit assurément avoir précédé.

491. L'article D. 3171-16 du code du travail indique que les documents permettant de comptabiliser le nombre de jours de travail accomplis par les salariés en forfait jours doivent être gardés trois ans à disposition de l'inspection du travail. Dès lors que le document à établir est une récapitulation annuelle des journées ou demi-journées travaillées, le contrôle du nombre de jours travaillés s'effectue à la fin de l'année. Il semble alors adéquat que les documents soient tenus à disposition de l'agent de contrôle de l'inspection du travail plus longtemps que les documents de décompte des autres salariés qui doivent être gardés un an.

492. De ces réglementations, il semble acté que le décompte en forfait jours se résume aux jours travaillés. C'est d'ailleurs ce qu'affirme clairement la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2014 où elle considère que « *le décompte du temps de travail ne se fait plus en heures mais en jours* »¹³²². Il est évident que le décompte du temps de travail servant de base à la rémunération ne se fait pas en heures mais en jours, ce qui est l'objet même du forfait jours. Mais en affirmant que le décompte du temps du travail ne se fait plus en heures, la Cour de cassation et la réglementation actuelle du forfait jours réduisent le décompte à sa fonction de détermination de la rémunération. Or le décompte ne se limite pas à cette seule fonction. Il sert également à mesurer le temps de travail afin de s'assurer du respect de la santé et de la sécurité des travailleurs, mis en péril par de très longues durées du travail.

¹³²² Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2014, p. 164.

b- Le rejet du décompte horaire, un révélateur

493. Le droit positif exonère le régime du forfait jours de tout décompte horaire. Ce choix législatif est fortement validé par une partie de la doctrine. Les arguments avancés pour rejeter le décompte horaire révèlent une approche idéologique du forfait jours. Il est question d'idéologie dès lors que ces discours doctrinaux ne décrivent pas la justification et les caractéristiques réelles du forfait jours mais appliquent leur vision de ce qu'ils en imaginent ou souhaitent.

Le discours est centré autour de l'idée d'une inapplicabilité du décompte¹³²³, dont il reste à préciser la signification. En effet, il ne s'agit pas ici de la problématique de la faisabilité *matérielle* du décompte – c'est-à-dire de savoir si les salariés en forfait jours peuvent être outillés et disposés à décompter les heures –, mais de savoir si le décompte même des heures a un sens en lui-même. L'idée n'émane pas de la difficile prédétermination de la durée du travail et de l'autonomie dans la gestion de l'emploi du temps qui empêcheraient la réalisation d'un décompte mais du fait que des heures travaillées ne seraient pas toujours tout à fait des heures de travail. Le forfait jours permettrait par exemple de mettre un terme à « *l'insoluble question des temps pour les nombreuses activités qui ne sont vraiment ni du temps de travail ni du temps de repos* »¹³²⁴ ou alors qu'« *eu égard au degré d'autonomie, les dépassements individuels de l'horaire collectif ne sont pas du travail effectif, n'étant pas commandé* »¹³²⁵. L'objet du forfait jours ne devient plus de s'adapter à une autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps du salarié qui le soustrait à un cadre horaire strict mais de *disqualifier* des temps de temps de travail effectif. Sans encombre, d'autres confessent directement voir dans l'objectif du forfait jours le fait d'exclure tout rappel d'heures supplémentaires¹³²⁶.

¹³²³ A. TEYSSIER, Le droit de la durée du travail des cadres au forfait-jours, *JCP E* 2002, 1684.

¹³²⁴ B. BOSSU, « L'objet de l'acte collectif », dans *Le temps en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), coll. « Colloques », Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 55.

¹³²⁵ J. BARTHÉLÉMY, Relations du salaire et des temps de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 581.

¹³²⁶ P. ROZEC, Le contentieux de la durée du travail : de la preuve des heures au suivi de la charge de travail, *Cah. soc.* 2014, n° 113.

2- Le décompte horaire envisageable

494. Alors qu'il est rejeté par le droit positif, le décompte horaire en forfait jours s'avérerait possible, tant d'un point de vue pratique qu'au regard de son objet (a). Ceci étant dit, exécuter le décompte horaire n'en serait pas pour autant complètement anodin et nécessiterait de penser à ne pas en amoindrir la réalité de l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps (b).

a- Le décompte horaire possible : faisabilité et non dénaturation

495. Le forfait jours se fonde sur une prévision *a priori* du temps de travail très difficile voire impossible, qu'il soit expressément question de l'impossible prédétermination du temps de travail¹³²⁷ ou de l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps. De cette invisibilité du temps à *travailler* il semble avoir été déduit une invisibilité du temps *travaillé*. Or l'état de la connaissance du temps de travail *a priori* n'indique rien en lui-même sur celui du temps de travail *a posteriori*. Pourtant, une confusion est « *entretenu entre la prédétermination du temps que va prendre l'accomplissement d'une tâche donnée, difficile dans certaines situations professionnelles, et le décompte a posteriori de la durée effective du travail qu'il est en pratique toujours possible de mesurer* »¹³²⁸. En effet, à l'inverse d'une telle confusion, il s'agit de souligner que rien n'implique matériellement que la prédétermination difficile du temps de travail empêche le décompte de la durée du travail effectivement effectuée¹³²⁹. De son côté, l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, définie au plus strictement comme une grande liberté d'organisation de son temps de travail¹³³⁰, ne saurait empêcher en elle-même un décompte *a posteriori* du temps de travail¹³³¹. Il est en effet toujours possible *concrètement* de procéder à un décompte individuel des temps travaillés¹³³². *A minima*, un décompte de l'amplitude, et en négatif des heures de repos consécutives,

¹³²⁷ Pour les salariés non-cadres, et originellement pour les cadres entre 2000 et 2003.

¹³²⁸ P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661 (note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301).

¹³²⁹ A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 414.

¹³³⁰ Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, Publié, précité.

¹³³¹ P. LOKIEC, le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418 ; M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

¹³³² S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190.

pourrait être réalisé, sans même avoir à préjuger à l'intérieur de cette amplitude de ce qui constitue du temps de travail ou non¹³³³.

496. En plus d'être faisable en pratique, un décompte horaire du forfait jours n'apparaît pas comme une « dénaturation » du forfait jours comme certains auteurs le défendent pourtant¹³³⁴. En effet, le forfait jours organise la forfaitisation de la rémunération sur la base des jours travaillés, déconnectant ainsi la rémunération du nombre d'heures travaillées. L'objet du forfait jours est précisément cette déconnexion. Le forfait jours fait obstacle à une rémunération basée sur le nombre d'heures travaillées, c'est-à-dire à un décompte horaire qui aurait pour fonction de déterminer la rémunération. En revanche il n'empêche pas le décompte horaire qui se cantonnerait à s'assurer du respect de la protection de la santé des salariés¹³³⁵. Envisager le décompte horaire comme une dénaturation participe activement à la confusion entre le « décompte-base de rémunération » et le « décompte-outil de contrôle ». Autrement dit encore, rien n'impose que les heures *décomptées* soient *rémunérées*. Ainsi, ni la justification du forfait jours – autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps ou, dans sa conception plus stricte, impossible prédétermination de la durée du travail – ni son objet – la déconnexion entre rémunération et heures travaillées – ne sont remis en cause juridiquement par un décompte horaire circonscrit à la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

b- Un décompte horaire délicat : une réelle autonomie à assurer

497. Envisageable matériellement et juridiquement, le décompte horaire du temps de travail n'est pas pour autant neutre dans la mise en œuvre du forfait jours. En effet, dès lors qu'il s'apparenterait à un *contrôle* de l'employeur sur l'organisation du salarié de son emploi du

¹³³³ G. FRANÇOIS, L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour, *Dr. soc.* 2022, p. 11.

¹³³⁴ F. FAVENNEC-HERY, Défense et illustration du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494 : « la conception même du forfait-jours substitue un décompte en jours à un calcul horaire » et qu'une réinsertion d'une comptabilisation horaire serait comme « contre nature ». De la même autrice : Temps de travail, la pression du droit européen, *Sem. soc. Lamy* 2022, n° 1985. Plus implicitement : A. LYON-CAEN, Le forfait-jours, ou les épices du pluralistes, *Dr. ouvrier* 2012, p. 172 : le forfait jours, tel qu'il a été légalisé, « a pour effet de dispenser d'un décompte du temps de travail ».

¹³³⁵ V. not. M.-F. MAZARS, P. FLORES, La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1499.

temps, il pourrait s'avérer délicat au regard de l'autonomie du salarié à garantir¹³³⁶. Le risque d'une évaluation par l'employeur de l'organisation par le salarié de son temps de travail, même officieuse et tacite, fragilise la réalité de l'autonomie.

Il nous faut ici prendre en compte la « dualité » de l'autonomie dans le cadre du forfait jours. Condition de la *mise en place* du forfait jours, l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps occupe une fonction de justification. Mais, dans la *mise en œuvre* du forfait jours, l'autonomie joue aussi un rôle pour le salarié de *contrepartie* au forfait jours¹³³⁷. S'il va sans dire que le forfait jours représente un avantage certain pour l'employeur, cela est loin d'être évident pour le salarié. Cependant, plusieurs avis et positions convergent pour assurer d'un certain attachement des salariés au principe du dispositif, principalement du fait de l'autonomie promise¹³³⁸.

Est-ce à dire que les cadres, et plus généralement les salariés en forfait jours, ne comptent pas leurs temps ou qu'ils y seraient réfractaires ? En réponse à ces interrogations, le sociologue Jens Thoemmes fournit une typologie des cadres en fonction de leur rapport à la mesure du temps : les cadres sereins, les cadres individualisés et les cadres résistants. Si les premiers ne formulent pas de critiques ni d'attentes au regard de la situation de leur temps de travail et semblent se satisfaire de l'absence de décompte, les seconds accepteraient l'absence de décompte pour peu que leur statut leur permette de grimper dans l'échelle sociale professionnelle, là où les troisièmes perçoivent le décompte de la durée du travail comme protecteur¹³³⁹. Ces « cadres résistants » n'attendent pas du décompte d'être *contrôlés* mais bel et bien d'être *protégés*. Ainsi, les cadres ne sauraient être appréhendés comme un ensemble

¹³³⁶ J. BARTHÉLÉMY, En finir avec le psychodrame des forfaits en jours, *Les Cahiers du DRH*, 1^{er} sept. 2014, n° 212 ; Le soi-disant forfait tous horaires, *JCP E* 1999, 14 ; Le professionnel libéral et les 35 heures, *Dr. soc.* 2000, p. 485.

¹³³⁷ V. not. Hubert Rose (J. BARTHELEMY, H. ROSE, L'arrêt Blue green en débat, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327) : « on peut penser que, pour la chambre sociale, la véritable contrepartie de la convention de forfait-jours, par laquelle le salarié renonce contractuellement à la plupart des garanties légales liées à la durée du travail, doit être une réelle sur ses horaires et la durée de son travail ».

¹³³⁸ J.-E. RAY, Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979 ; B. VAN CRAYNEST, P. MASSON, Comment réglementer le temps de travail des cadres, *RDT* 2011, p. 474.

¹³³⁹ J. THOEMMES, La mesure des temps des cadres : une solution pour sortir des difficultés professionnelles ? *Temporalités* 2012 [en ligne].

uniforme dans leur rapport à leur temps de travail. De plus, à l'intérieur même de sous-catégories dévoilées, ce rapport au temps n'est pas toujours univoque.

498. Envisager l'exercice d'une forme de décompte horaire du temps de travail des salariés en forfait jours doit se concilier étroitement avec la considération de l'autonomie à assurer. Concrètement, cela dicte des modalités de décompte horaire adaptées, très certainement individualisées¹³⁴⁰, dont le mode déclaratif apparaît non seulement pertinent au regard de cet objectif mais également adéquat au vu du rapport de confiance caractérisant le statut du forfait jours¹³⁴¹. L'objet du décompte horaire peut également être pensé, en privilégiant un seul décompte de la durée quotidienne ou hebdomadaire travaillée, sans avoir nécessairement à indiquer les *horaires*. En effet, le décompte horaire n'exige pas d'indiquer les horaires de début, de pause, de reprise et de fin du travail. Le décompte se limitant à préciser le nombre d'heures travaillées minimiserait l'immixtion de l'employeur dans la gestion du temps des salariés.

B- LE MAINTIEN FRAGILE DU DÉCOMPTE HORAIRE EN TÉLÉTRAVAIL

499. Le télétravail a connu un essor évident lors de la crise sanitaire de 2020¹³⁴². Conciliant la recherche du maintien de l'activité économique et la réponse à l'urgence sanitaire, ce mode d'organisation s'est en effet élargi soudainement¹³⁴³ au-delà du profil socio-professionnel type¹³⁴⁴ et, à l'issue des confinements, il est sorti de sa marginalité. Alors que l'opposition à

¹³⁴⁰ P. LOKIEC, Les transformations du droit du temps de travail -Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

¹³⁴¹ *Contra* F. FAVENNEC-HÉRY, Qualité de vie au travail et temps de travail, *Dr. soc.* 2015, p. 113.

¹³⁴² B. GÉNIAUT, Covid-19 et télétravail, *Dr. soc.* 2020, p. 607.

¹³⁴³ Avant mars 2020, une étude chiffre la population active télétravailleuse entre 3 à 7%, comparés à 30% pendant le confinement (Etude Ifop pour la fondation Jean Jaurès, mars 2020). Au printemps 2021, environ un quart des salariés télétravaillaient au moins un jour par semaine (DARES, Enquêtes ACEMA – Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre, avril, mai et juin 2021).

¹³⁴⁴ Majoritairement des cadres (61%. Source : DARES Analyses, Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? nov. 2019, n° 051), à temps plein, à des postes à responsabilités, avec un niveau de formation initiale élevé, ayant entre 35 et 50 ans, hommes, de zone urbaine (E. VAYRE, « Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social », dans *Le travail humain*, PUF, 2019, vol. 82, p. 1). V. aussi J. PRALONG, M. PERETTI-N'DIAYE, Télétravail, compétences et modes de coordination, *Dr. ouvrier*

son égard liait à la fois le personnel d'encadrement et les syndicats¹³⁴⁵, il se présente de plus en plus comme une réalité avec laquelle composer. Le télétravail n'a cependant pas attendu 2020 pour être pensé, réglementé et pratiqué. Plusieurs rapports lui sont consacrés, avec diverses catégorisations du travail à distance¹³⁴⁶.

Aujourd'hui, le télétravail « désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication »¹³⁴⁷.

Le télétravail se caractérise par un enchevêtrement de normes. Reprenant en grande partie un accord-cadre européen du 16 juillet 2002, l'Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 a longtemps constitué sa seule source juridique jusqu'à ce qu'il soit prévu par le législateur en 2012. Impulsée par la « loi Travail » de 2016¹³⁴⁸, une concertation entre

mars 2021, p. 142 : présentation d'une étude qui analyse un groupe de 317 télétravailleurs entre 2009 et 2019, dont il ressort que les salariés en CDI et en télétravail à temps complet depuis au moins trois ans sont : majoritairement des cadres (57%), des salariés d'entreprise de plus de 1000 salariés (56%), du secteur des services (46%) et dont l'âge moyen est de 34 ans.

¹³⁴⁵ Culture du présentisme et crainte de voir menacer leur fonction d'encadrement sur site pour les premiers, inquiétude vis-à-vis de l'éclatement du collectif et de l'isolement des travailleurs pour les second (J.-P. DURAND, « Télétravail à domicile et retour au mythe pastoral », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Éd. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 55).

¹³⁴⁶ Définition restrictive car excluant du télétravail le salarié, souvent cadre, qui travaille le soir ou le week-end à partir de son ordinateur (T. BRETON, *Le Télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Rapport remis au ministre de l'Intérieur, La Documentation française, 1994, p. 15) ; distinction faite entre le télétravail à domicile, le travail nomade et le travail en télécentres et en réseaux (P. MOREL-À-L'HUISSIER, *Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l'économie française*, Rapport remis au Premier ministre, 2006), nomenclature qu'on retrouve dans le rapport du Forum des droits sur l'internet en 2004 (Forum des droits sur l'internet, *Le télétravail en France*, 2004, p. 8). Inspiré, l'ANI de 2005 distingue le télétravail en réseaux (le manager est dans un autre site), dans des locaux partagés (télécentres, ne modifie pas en profondeur car le travail s'effectue sur un lieu déterminé distinct de la vie privée du salarié), nomade (depuis n'importe quel lieu, pas nouveau pour les commerciaux ou agents techniques d'intervention) et à domicile.

¹³⁴⁷ C. trav. art. L. 1222-9.

¹³⁴⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 57.

négociateurs sociaux s'ouvre en 2017¹³⁴⁹. En 2017, et contre les conclusions de cette concertation, le Gouvernement, par voie d'ordonnance¹³⁵⁰, choisit de libéraliser davantage le régime juridique du télétravail, en supprimant notamment l'obligation de l'encadrement contractuel¹³⁵¹. Face aux demandes syndicales, une négociation parvient à s'ouvrir en 2020 qui se conclut sur un second ANI en novembre de la même année. Sont aujourd'hui en vigueur l'ANI de 2005, celui de 2020, la loi issue des ordonnances de 2017 et, possiblement, des accords collectifs, d'entreprise ou de branche. Le droit commun du travail s'applique également, aucune dérogation n'étant prévue. Alors que l'ANI de 2005 est en grande partie toujours en vigueur¹³⁵², les dispositions de 2020 s'y adjoignent, ou s'y substituent pour celles le précisant¹³⁵³. La loi n'ayant vocation qu'à constituer un socle minimal, les deux ANI s'y ajoutent en principe. Bien que susceptibles de dérogations¹³⁵⁴, ces deux ANI représentent une norme à laquelle il peut donc utile de se référer.

500. Le rapport entre télétravail et temps de travail et son décompte fait couler beaucoup d'encre. Si sa réglementation rappelle à plusieurs reprises l'obligation de décompte qui s'impose aussi aux télétravailleurs, cela ne se fait pas sans ambiguïté (1). Celle-ci, ainsi que

¹³⁴⁹ Validés par l'ensemble des organisations syndicales et patronales, sept enjeux du télétravail y sont identifiés : clarification des règles juridiques applicables, articulation entre télétravail régulier occasionnel et informel, organisation du temps de travail, droit à la déconnexion, protection des données personnelles, mobilité et diversité des lieux de télétravail, impact sur l'encadrement de proximité.

¹³⁵⁰ Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017.

¹³⁵¹ On parle communément du télétravail « de gré à gré », pratique prisée de l'employeur, conduisant généralement à un télétravail en mode dégradé, mis en exergue par la crise sanitaire.

¹³⁵² Seuls quelques secteurs professionnels sont exclus.

¹³⁵³ L'article 2.3 de l'ANI de 2020 remplace les articles 2 et 3 de l'ANI de 2005 (est concernée la réglementation sur la période d'adaptation et de réversibilité – l'ANI de 2020 impose désormais que le salarié retrouve respectivement son poste dans l'entreprise ou son emploi tel qu'il résulte de son contrat de travail – mais aussi et surtout la formalisation individuelle du télétravail pour laquelle la signature d'un avenant, et même de tout document écrit, n'est plus obligatoire).

¹³⁵⁴ Si le verrouillage par l'ANI de 2005 d'une large partie de ses dispositions vaut face aux accords de branche (C. trav. L. 2252-1 : sur l'articulation entre l'accord de branche et l'ANI. ANI 2005, art. 12 : sur verrouillage de la définition du télétravail et des dispositions des articles 2, 4, 6, et 7 alinéa 1, 8, 9, 10 et 11, du principe de réversibilité et d'insertion.), les accords d'entreprise peuvent en revanche déroger défavorablement tant à l'ANI de 2005 qu'à celui de 2020.

l'absence de justification juridique à toute remise en cause du décompte classique du temps de travail, exige une affirmation sans équivoque (2).

1- Le rappel ambigu de l'obligation de décompte

501. Simple organisation du travail, le télétravail n'implique pas en lui-même des variations dans l'organisation du temps de travail. Contrairement à d'autres formes de travail qui modifient l'organisation du temps de travail tel que le forfait jours ou l'annualisation, le télétravail ne permet à lui seul aucune dérogation. S'il peut être dérogé au droit du temps de travail pour un télétravailleur, ce ne sera que parce qu'il est par ailleurs assujéti à un régime qui l'autorise. Ainsi, en principe, le télétravailleur est soumis à l'ensemble du droit du temps de travail, sans exception. Le législateur de 2012 impose qu' « à défaut d'accord collectif applicable, le contrat de travail ou son avenant précise les modalités de contrôle du temps de travail »¹³⁵⁵. Au vu de sa rédaction, la disposition pouvait s'interpréter comme exigeant de l'accord collectif, lorsqu'il existe, de prévoir de telles modalités. L'explicitant, le législateur de 2017 liste des clauses à prévoir dans l'éventuel accord ou charte, parmi lesquelles les modalités de contrôle du temps de travail. Cependant, tout en renforçant l'encadrement conventionnel du télétravail, les ordonnances de 2017 amenuisent l'encadrement contractuel, supprimant l'obligation supplétive de prévoir ces modalités de contrôle par le contrat de travail¹³⁵⁶. De son côté, l'ANI du 26 novembre 2020 se contente de renvoyer à la loi pour le contenu de l'accord collectif ou de la charte¹³⁵⁷. Guidé comme la loi par la volonté de se passer d'avenant contractuel, l'ANI de 2020 énumère toutefois des éléments sur lesquels peuvent « notamment » être informés les salariés par écrit¹³⁵⁸ : les modalités de contrôle de la durée du travail n'y figurent pas.

Ainsi, la réglementation laisse entrevoir une position dont il ressort que le contrôle du temps de travail demeure un principe *mais* qu'il serait pertinent dans le cadre du télétravail d'en prévoir des modalités particulières.

¹³⁵⁵ C. trav. art. L. 1222-9.

¹³⁵⁶ Auquel s'ajoute la formalisation entre employeur et salarié qui peut dorénavant se faire « par tout moyen » et non plus nécessairement par avenant au contrat de travail (C. trav. L. 122-9 alinéa 4).

¹³⁵⁷ ANI 26 nov. 2020, art. 2.1 : « Rappel des fondements juridiques du télétravail ».

¹³⁵⁸ *Ibid.*, art. 2.3.2 : Forme de l'accord.

502. On retrouve une approche similaire avec la réserve d'interprétation faite à l'occasion de l'extension de l'ANI de 2005. L'arrêté du 30 mai 2006 conditionne l'extension de l'ANI à « *l'application des dispositions de l'article L. 212-1-1 du code du travail, aux termes desquelles il appartient à l'employeur de veiller au respect de la réglementation sur le temps de travail, notamment en s'assurant de la fiabilité du système de décompte des heures supplémentaires, même si le salarié gère librement ses horaires de travail* »¹³⁵⁹. Autrement dit, la réserve d'interprétation affirme que même pour les télétravailleurs qui seraient amenés à gérer librement leurs horaires, il appartient toujours à l'employeur de veiller au respect de la réglementation sur le temps de travail. Elle exprime alors le refus d'un assouplissement de la réglementation sur le temps de travail dans le cadre du télétravail. Mais en exprimant un tel refus, la réserve d'interprétation peut également surprendre dès lors que la réglementation du télétravail n'exonère pas l'employeur de ses obligations en matière de durée du travail et de contrôle. Elle doit se comprendre comme une remarque préventive, face à une ambiguïté perçue autour du télétravail. On pense notamment à l'article 9 de l'ANI de 2005, qui stipule que la charge de travail et les délais d'exécution doivent « *permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale du travail et les temps de repos* », pouvant sembler faire peser l'obligation sur le salarié en lieu et place de l'employeur sur lequel elle pèse pourtant¹³⁶⁰.

2- L'opportunité d'une affirmation univoque

503. D'idées reçues en suggestions législatives, l'obligation de décompte subit, dans le cadre du télétravail, une tentative de remise en cause non seulement injustifiée tant sur le plan juridique que pratique (a), mais également à contre-courant de l'utilité du décompte face à une situation qui porte particulièrement en elle le risque d'invisibiliser le travail du salarié (b).

a- Une tentative injustifiée de remise en cause de l'obligation de décompte

504. Depuis 2017, l'article L. 1222-9 du code du travail impose à l'accord collectif ou, à défaut, à la charte élaborée par l'employeur, de préciser notamment « *les modalités de*

¹³⁵⁹ Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail, JORF n°132 du 9 juin 2006, Texte n° 86, modifié par arrêté du 15 juin 2006 (JORF n°145 du 24 juin 2006, Texte n° 64).

¹³⁶⁰ Dans ce sens-là : P. BAILLY, La mesure nécessaire du temps de travail, *Gaz. Pal.* 2019, p. 40.

contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ». L'utilisation du « ou » suggère une alternative entre le contrôle du temps de travail et la régulation de la charge de travail, là où l'ancienne formulation sur la formalisation contractuelle ne visait que les modalités de contrôle du temps de travail. L'ANI de novembre 2020 ne reprend pas à son compte cette alternative entre contrôle du temps de travail et régulation de la charge de travail et rappelle que « *les dispositions du code du travail imposent à l'employeur de contrôler la durée du travail du salarié* ». Légalement, aucune dérogation n'est prévue afin d'exclure les télétravailleurs des dispositions relatives au contrôle du temps de travail ou d'en aménager l'exécution. Il reste que, par l'alternative qu'il présente entre contrôle du temps et régulation de la charge dans les clauses à prévoir, le législateur ouvre une brèche et révèle une certaine vision du télétravail, pour l'instant sans traduction effective en droit positif.

505. Déjà en 1994, le rapport de Thierry Breton envisage que l'évaluation du temps télétravaillé se fasse au moyen du calcul du temps « *raisonnablement* » nécessaire pour réaliser la tâche impartie¹³⁶¹, à l'instar du travail à domicile¹³⁶². Presque dix ans plus tard, Monsieur Jean-Emmanuel Ray décrit toujours la durée du travail comme « *l'Himalaya juridique du télétravail* »¹³⁶³. Dix années plus tard à nouveau, il admet cependant que le respect de la durée du travail puisse « *paradoxalement* » être plus facile que dans l'entreprise¹³⁶⁴. L'auteur sous-entend donc toujours une contradiction entre le respect du temps de travail et la présence du salarié en dehors du lieu de l'entreprise. Une telle conception interpelle alors même que les possibilités techniques de contrôle à distance sont connues, et se perfectionnent¹³⁶⁵. Elle exprime une remise en cause du décompte horaire du travail, comme en témoigne par ailleurs la confusion entretenue par ces mêmes auteurs entre télétravail et forfait jours. À défaut d'une nécessité pratique, cette conception reflète une nouvelle approche de la quantification du travail souhaitée. À contre-courant d'une telle

¹³⁶¹ T. BRETON, *Le Télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Rapport remis au ministre de l'Intérieur, La Documentation française, 1994, p. 180.

¹³⁶² V. Paragraphe 5499 et s.

¹³⁶³ J.-E. RAY, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ?* *Dr. soc.* 2012, p. 443. V. aussi du même auteur : *Contrôler la durée du travail...chez soi ?* *Dr. soc.* 2022, p. 21.

¹³⁶⁴ *Ibid.* ; v. du même auteur : *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, *Dr. soc.* 1992, p. 525.

¹³⁶⁵ V. dès 2006 : A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006, p. 411 ; L. ENJOLRAS, B. SOURBES, *Autonomie du salarié et lieu de travail*, *Bull. Joly du Travail* 2022, n° 11, p. 61.

approche doctrinale, la réalité des accords d'entreprise révèle une très faible présence de la question du contrôle du temps de travail, avec notamment une déclaration des horaires de travail dans un logiciel préexistant¹³⁶⁶.

b- Le décompte pour réduire le risque d'une invisibilisation du travail

506. Avec le télétravail, l'indifférenciation des lieux de vie participe d'un processus d'indifférenciation des différents temps de vie¹³⁶⁷, ou du moins de confusion inévitable pour les personnes des salariés. Cette indifférenciation des lieux comporte le risque d'*invisibiliser* le travail et le temps de travail associé. Dispersées et parfois brèves, les interventions professionnelles ne seront pas forcément jugées par les personnes concernées comme du temps de travail à décompter. Certains salariés seraient également susceptibles de considérer qu'il s'agit ici d'un travail qu'ils auraient dû effectuer pendant leurs horaires et que ne pas y être parvenu est de leur responsabilité individuelle. L'invisibilisation du travail aux yeux des travailleurs ne doit pas se jumeler avec l'invisibilisation des temps de travail. Dès lors qu'ils se trouvent caractérisés, ces temps doivent être décomptés. Tout le temps travaillé doit être décompté¹³⁶⁸. En principe, le caractère régulier ou exceptionnel des interventions professionnelles ne saurait être pris en compte pour qualifier le temps de travail effectif¹³⁶⁹. Ici, le décompte du temps de travail peut jouer le rôle de révélateur, au-delà de son rôle comptable plus classique.

¹³⁶⁶ C. TEYSSIER, Télétravail au domicile, une approche juridique des mutations en cours, *Dr. soc.* 2023, p. 38 : l'auteur a étudié cent accords d'entreprise, et seulement une dizaine traite de la question du contrôle du temps de travail.

¹³⁶⁷ F. LEDERLIN, Télétravail : un travail à distance du monde, *Etudes nov.* 2020, p. 35 ; pour une critique plus large sur la confusion entre les temps, voir L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, p. 237.

¹³⁶⁸ G. LOISEAU, La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463 : « *déconnexion suivie d'une reconnexion implique d'instaurer des règles de décompte du temps de travail intégrant la discontinuité du temps d'activité pour quantifier le travail additionnel à domicile* ».

¹³⁶⁹ Peu importe, en principe, que cela soit exceptionnel. *Contra* C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26 : pour l'auteur, c'est seulement si les connexions impromptues du salarié deviennent régulières que le « *principe de réalisme* » devrait pousser le juge à requalifier les temps en temps de travail.

507. Il revient à l'employeur de décompter le temps de travail, au titre d'obligations légales spécifiques de contrôle du temps de travail et de son obligation générale de garantir la santé des salariés. L'incertitude autour des heures travaillées exige de l'employeur une vigilance particulière. On y trouve l'ambivalence du décompte du temps de travail pour l'employeur. En effet, il représente pour lui à la fois un devoir et une protection qui lui permet de s'assurer du respect des durées maximales et repos minimum, dont il serait tenu responsable de la violation¹³⁷⁰.

SECTION 2 : LA MISE EN ŒUVRE DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

508. Le décompte du temps de travail se fait en principe *a posteriori*. L'objet du décompte est alors *le temps travaillé* (I). Si le temps travaillé se doit ainsi normalement d'être mesuré, il en va différemment dans le cas très particulier du travail à domicile. L'obligation de décompte du temps de travail n'en est pas pour autant écartée, mais celui-ci change seulement d'objet pour se porter sur *le temps à travailler*. Étudier cette réglementation spécifique nous apprend d'abord, en soi, ce qu'il en est du décompte pour le travail à domicile mais nous enseigne aussi et surtout qu'un décompte demeure envisageable et organisé par le droit même lorsque l'exécution du travail prive d'un contrôle direct sur l'activité (II).

I- LE DÉCOMPTE A POSTERIORI : LA MESURE DU TEMPS TRAVAILLÉ

Le décompte du temps de travail *a posteriori* consiste, de toute évidence, à mesurer le temps travaillé. Il est la forme attendue pour répondre à l'obligation de décompte énoncée plus tôt. S'intéresser à sa mise en œuvre consiste d'abord à décrire le cadre dans lequel cette mise en œuvre a et doit avoir lieu, autrement dit à en décrire l'environnement (A). Dans ce cadre ainsi dessiné, il s'agit ensuite d'étudier l'encadrement appliqué à la mise en œuvre du décompte du temps de travail, c'est-à-dire comment il doit être mis en œuvre et ce qui peut être fait, autrement dit les règles qui s'appliquent dans la mise en œuvre (B).

A- LE CADRE DE MISE EN ŒUVRE DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

¹³⁷⁰ C. trav. art. R. 3124-3 et R. 3135-1 : autant de sanctions que de nombre de salariés dépassant les maxima.

509. Le décompte du temps de travail prend une forme différente selon les horaires pratiqués. Il ne s'agit plus ici de déterminer le type de décompte mis en œuvre¹³⁷¹, mais de préciser le cadre dans lequel intervient la mise en œuvre du décompte du temps de travail. Ce cadre est double. Il y a d'une part le cadre qui accompagne, en pratique, la mise en œuvre du décompte (1). Il y a d'autre part le cadre prescrit par le droit (2).

1- Le cadre existant de la mise en œuvre du décompte

510. La mise en œuvre du décompte intervient dans un certain cadre temporel, de l'horaire collectif à l'individualisation des temps de travail, qui implique un certain rapport au temps et au contrôle (a). Dans le cas du décompte individuel et l'hypothèse de la pointeuse, la mise en œuvre du décompte produit elle-même un certain cadre, le décompte jouant alors plusieurs rôles (b).

a- Le cadre d'inscription de la mise en œuvre du décompte : le principe de l'horaire collectif en baisse au profit de l'individualisation des horaires

511. Relatif aux salariés qui travaillent selon le même horaire collectif¹³⁷², l'article L. 3171-1 du code du travail dispose que « *l'employeur affiche les heures auxquelles commence et finit le travail ainsi que les heures et la durée des repos* » et, en cas d'aménagement du temps de travail, « *l'affichage comprend la répartition de la durée du travail dans le cadre de cette organisation* ». En tant qu'elle ouvre le titre VIII du livre Ier de la partie 3 du code du travail qui porte sur le contrôle de la durée du travail et des repos, cette disposition relative à l'horaire collectif est présentée par le code du travail comme le principe.

512. Sans nécessairement générer la violence induite par le modèle fordiste qui faisait de l'horaire collectif un outil de discipline et de contrôle puissant¹³⁷³, le modèle de l'horaire collectif assure certainement une clarté et une étanchéité du temps de travail, pratiques pour son décompte. Il représente toutefois de plus en plus une rigidité de l'organisation du temps

¹³⁷¹ V. Paragraphe 468 et s.

¹³⁷² Dès lors que la disposition suivante porte sur la situation où « *tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif* ».

¹³⁷³ V. Paragraphe 13.

de travail, que les employeurs, soumis aux logiques de marché éloignées de celles de la période industrielle fordiste¹³⁷⁴, veulent contourner.

513. Depuis les années 1980, se développent des dispositifs d'individualisation du temps de travail, qui s'ajoutent à la généralisation du travail en équipe pour faire face à la réduction du temps de travail¹³⁷⁵ et à la logique du « juste à temps » qui entraîne de la flexibilisation¹³⁷⁶.

Les salariés qui ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail sont soumis à des horaires individuels ou des horaires communs différenciés au sein de la même unité de travail. Sont concernés ceux qui bénéficient d'une liberté sur l'heure d'arrivée et de sortie, d'un horaire individualisé avec des plages horaires variables, ceux à temps partiel ou encore ceux en forfait en heures.

Ce paysage du monde du travail participe au recul de l'horaire collectif et implique alors de porter une attention particulière à la pratique du décompte individuel.

b- Le cadre produit par la mise en œuvre du décompte individuel : l'archétype de la pointeuse et ses rôles multiples

514. L'image la plus classique du décompte individuel est certainement celle de la pointeuse. Celle-ci permet utilement d'appréhender les différents rôles que peut jouer le décompte individuel du temps de travail. Il peut s'agir à la fois d'un outil pour appliquer la réglementation et en contrôler le respect par l'employeur mais aussi d'un outil de contrôle du respect des horaires par le salarié. Dans cette visée du contrôle du respect des horaires par le salarié, il a pu être montré un recul de la pointeuse au profit de feuilles de présence, du contrôle par l'encadrement ou encore de l'autocontrôle¹³⁷⁷. Plus encore, la pointeuse a aussi fini par être parfois perçue par les employeurs comme une entrave à l'organisation flexible du travail¹³⁷⁸. Du point de vue des cadres dans certains secteurs, elle a représenté un outil

¹³⁷⁴ F.-X. DEVETTER, F. DE CONINCK, Une transformation des temps de travail, *Temporalités* 2012 [en ligne] ; P. BOUFFARTIGUE, J. BOUTEILLER, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012, p. 78.

¹³⁷⁵ J. FREYSSINET, *Le temps de travail en miettes. 20 ans de politique de l'emploi et de négociation collective*, Les Éditions de l'Atelier, 1997, p. 22.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, p. 96.

¹³⁷⁷ O. DRAGUE, De quelques aspects de l'horaire journalier de travail, *Dr. soc.* 1981, p. 621.

¹³⁷⁸ N. CIANFERONI, La pointeuse à l'épreuve de la dilatation des temps dans la grande distribution, *Temporalités* 2020 [en ligne].

encombrant qui les astreignait au respect des prescriptions légales, frein pour atteindre les objectifs fixés par leur hiérarchie ¹³⁷⁹.

515. L'éclatement de l'horaire collectif a nécessité cependant de nouveaux outils de décompte du temps de travail¹³⁸⁰, et pointeuses et logiciels de gestion des horaires ont été des solutions certaines¹³⁸¹. La mise en place d'une pointeuse a pu représenter une libération pour certains salariés, délivrés de la pression du moindre retard. Elle a pu consister pour d'autres à un assouplissement des horaires : « *les gens se jugent moins du fait qu'il y a la pointeuse* »¹³⁸². Le revers de l'outil serait toutefois le fait que cela induit de *tout compter*, jusqu'à la moindre pause¹³⁸³.

516. Par ailleurs, l'enregistrement des heures, et notamment par la pointeuse, a également été reconnue par la Cour de cassation comme un indicateur permettant de conclure à l'accord implicite de l'employeur à la réalisation des heures supplémentaires¹³⁸⁴. De plus, dans un arrêt rendu en 2018, l'utilisation de la pointeuse a pu servir à démontrer qu'un travailleur était bien sous la direction et le contrôle d'une entreprise utilisatrice et à conclure au lien de subordination entre eux¹³⁸⁵.

517. À noter enfin que si le choix de l'emplacement de la pointeuse relève du pouvoir de direction de l'employeur¹³⁸⁶, la qualification de temps de travail effectif ne saurait dépendre exclusivement du pointage. Ainsi, le trajet à la pointeuse est susceptible de constituer un temps de travail effectif. Le juge, qui conserve son pouvoir de qualification, a donc pu décider

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ A. MASSON, M. PÉPIN, RTT et enjeux organisationnels, *Travail et Emploi* 2000, n° 83.

¹³⁸¹ F. de CONINCK, H. DELAHAY, G. CARGUE, J.-P. GALLAND, Les transformations du travail collectif, l'impact de l'aménagement et de la réduction du temps de travail dans une administration, *Sociétés contemporaines* 2006, n° 61, p. 119.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ Soc. 16 mai 2007, n° 05-45.154, inédit ; 5 juin 2008, n° 07-40.808, inédit ; 2 juin 2010, n° 08-40.628, *Bull.* n° 124 ; 31 janv. 2012, n° 10-21.750, inédit ; 15 mars 2012, n° 10-27.626, inédit ; 28 juin 2017, n° 16-12.260, inédit ; 7 fév. 2018, n° 16-22.964, inédit ; 8 juill. 2020, n° 18-23.366, note M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *JCP S* 2020, 3030.

¹³⁸⁵ Soc. 22 mars 2018, n° 16-28.641, inédit.

¹³⁸⁶ Soc. 13 juill. 2004, n° 02-15.142, *Bull.* n° 205.

tour à tour que le temps du vestiaire à la pointeuse constituait¹³⁸⁷ ou non¹³⁸⁸ un temps de travail effectif. Autrement dit, l'existence d'une pointeuse ne porte pas atteinte à la logique de qualification du temps de travail effectif qui n'appartient pas aux parties mais dépend de la réalité d'exécution.

2- L'exigence d'un cadre à la mise en œuvre du décompte individuel, le choix des moyens pour y entrer

518. Dans la mise en œuvre du décompte individuel, pour les salariés qui ne sont pas soumis à l'horaire collectif, le droit laisse le choix à l'employeur concernant le système de décompte. En pratique, le contrôle du temps de travail serait davantage choisi, par rapport notamment à l'option de l'auto-déclaration (a). Dans tous les cas, ce libre choix doit s'effectuer dans un cadre qui permet d'assurer la fiabilité et l'infalsifiabilité du décompte (b).

a- Le libre choix du système de décompte, une tendance au contrôle ?

519. Selon le Ministère du travail, dans sa circulaire du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret sur le contrôle de la durée du travail, « aucune forme particulière n'est imposée à l'employeur pour le décompte obligatoire », considérant par exemple qu' « il peut s'agir d'un cahier, d'un registre, d'une fiche, d'un système de badge »¹³⁸⁹. En effet, rien dans la loi ni ses décrets d'application n'impose, ni même n'indique, de moyens de décompte. En revanche, la circulaire précise que « le document doit cependant avoir été prévu à l'effet d'enregistrer la durée quotidienne ».

Dans sa circulaire du 3 mars 2000, le Ministère distingue trois types de système de décompte envisageables¹³⁹⁰ : un système reposant sur un enregistrement automatique, notamment informatique, un système reposant sur un enregistrement manuel et un système

¹³⁸⁷ Soc. 4 nov. 2009, n° 07-44.690, inédit : le temps de déplacement en costume entre le vestiaire et le lieu de pointage était la conséquence de l'organisation imposée par l'employeur et durant ce trajet les salariés pouvaient recevoir des directives etc.

¹³⁸⁸ Soc. 31 oct. 2007, n° 06-13.232, *Bull.* n° 182 (V. aussi Soc. 7 juin 2006, n° 04-43.456, inédit : le temps entre l'entrée de l'entreprise et la pointeuse ne constitue pas un temps de travail effectif).

¹³⁸⁹ Circ. DRT n° 93-9 du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret n° 92-1323 du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail, art. 4.1.

¹³⁹⁰ Circ. DRT n° 2000-3, 3 mars 2000, fiche 24.

auto-déclaratif. La Cour de cassation accepte l'existence d'un système de décompte hybride, comme en témoigne un arrêt de 2005 où elle valide la cour d'appel qui a reconnu la licéité d'un système d'enregistrement par badgeage jusqu'à une amplitude maximale fixée par accord auquel venait s'ajoutait un décompte manuel pour les heures travaillées au-delà, dès lors que le décompte répondait aux exigences de fiabilité et d'infalsifiabilité requises par la loi¹³⁹¹.

520. La circulaire de 2000 souligne que l'auto-déclaratif est particulièrement adapté pour les « *salariés itinérants dont le lieu de travail est par définition mobile et qui disposent d'une grande autonomie dans la gestion de leur emploi du temps* » – remarque bienvenue face à une loi silencieuse à leur sujet¹³⁹² et un décompte du temps de travail forcément délicat. Mais la circulaire de 1993 envisageait plus largement le mode auto-déclaratif comme une modalité pour tout salarié de réaliser le décompte, par le biais manuel ou mécanique¹³⁹³. Il reste que le badgeage demeure la norme dans de nombreuses professions¹³⁹⁴. Aujourd'hui, en faveur d'un management basé sur la confiance, l'auto-déclaratif est également mis en avant pour le temps télétravaillé¹³⁹⁵.

Une telle promotion de l'auto-déclaratif ne se retrouve pas nécessairement dans la pratique, qui laisse voir une large part faite au contrôle, témoignant que les entreprises se saisissent des outils de surveillance¹³⁹⁶. Certains recommandent spécialement un contrôle à

¹³⁹¹ Soc. 11 mai 2005, n° 03-17.494, inédit.

¹³⁹² Crim. 7 sept. 1999, n° 98-85.468, inédit : refus de toute dérogation.

¹³⁹³ Circ. DRT n° 93-9 du 17 mars 1993 relative à la mise en œuvre du décret n° 92-1323 du 18 décembre 1992 sur le contrôle de la durée du travail, art. 4.1. : « *L'employeur peut être amené à demander aux salariés d'enregistrer eux-mêmes, manuellement [...] ou par procédé mécanique ou informatique, leur temps de travail* ».

¹³⁹⁴ Dans le transport, l'industrie ou dans le commerce de détail (tout au moins pour les établissements d'une certaine taille), le remplissage manuel de relevés horaires contresignés par les salariés est en principe obligatoire dans les hôtels cafés restaurants, la CCN prévoyant même un modèle de relevé horaires.

¹³⁹⁵ H. GUYOT, *Le télétravail : état des lieux : pour un mécanisme déclaratif et automatique* ; B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, rapport du ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2015, p. 56 préconisation n° 26 ; B. GAURIAU, *Le suivi du télétravail*, *JCP S* 2020, 3017.

¹³⁹⁶ Etudes « *The Virtual Floorplan : New Rules for a New Era of Work* », par le cabinet Vanson Bourne, nov. 2021 : d'après cette étude, parmi les entreprises qui ont ou vont mettre en place une surveillance, 37% utilisent des logiciels de surveillance des mails, 45% des outils collaboratifs, 36% des connexions internet, 25% de la géolocalisation, 24% de la vidéosurveillance.

partir des outils professionnels du salarié, allant du contrôle des connexions Internet à une surveillance via la webcam du télétravailleur¹³⁹⁷, comme si l'employeur se *devait* de « *cyber-surveiller* »¹³⁹⁸. Le télétravail constitue alors une « *incitation* »¹³⁹⁹ pour les entreprises à utiliser des dispositifs de surveillance informatique, plus intrusifs que la surveillance physique, comme des logiciels de surveillance avec un suivi en temps réel¹⁴⁰⁰, des captures d'écran ou encore l'enregistrement des mouvements de la souris d'ordinateur¹⁴⁰¹. L'employeur est ainsi amené parfois à contrôler davantage le télétravailleur que le salarié dans l'enceinte de l'entreprise¹⁴⁰². Cette réalité contraste avec le ressenti des télétravailleurs de bénéficier de davantage d'autonomie en télétravail¹⁴⁰³. L'autonomie, l'autodiscipline et la confiance, que la pratique du télétravail favoriserait¹⁴⁰⁴, semblent, à première vue, ne pas aller

V. aussi B. FOURNIER, H. GUYOT, Le télétravail, *JCP S* 2011, 1072 : le temps de travail ressort notamment d'informations éparpillées, telles l'envoi de mails, le temps passé en visioconférence ou encore par des appels téléphoniques.

¹³⁹⁷ P. COEFFARD, A. THOUVENIN, La promotion du télétravail, *JCP S* 2018, 1334 ; M. EMERAS, Le domicile du salarié, *JCP S* 2015, 1012.

¹³⁹⁸ Dans le sens de devoir cyber-surveiller : J.-E. RAY, Droit du travail et TIC (I), *Dr. soc.* 2007, p. 140 ; L. PÉCAULT-RIVOLIER, Travail à domicile, télétravail : une réponse adaptée à la question de la conciliation vie professionnelle/vie familiale ? *AJ Famille* 2013, p. 212).

¹³⁹⁹ L. TASKIN, Les enjeux du télétravail pour l'organisation, *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, p. 90. V. aussi intervention d'Amandine Brugière de l'Anact lors d'une Conférence de la CNIL le 9 novembre 2020 sur la tentation d'utiliser les outils de reporting et de traçabilité.

¹⁴⁰⁰ V. DEVOS, L. TASKIN, Entre individualisation et autonomie contrôlée et nouvelles formes d'organisation du temps et de l'espace, *Revue Française de Gestion* 2005, n° 31, p. 92.

¹⁴⁰¹ H. GUYOT, La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire, *JCP S* 2020, 3016.

¹⁴⁰² G. ÉTIEVANT, Les impacts du numérique sur l'organisation du travail et les conditions de travail, *Dr. ouvrier* 2017, p. 828 : les « GAFAs » (Google, Amazon, Facebook et Apple) vantent et communiquent l'autonomie alors que ce qui se développent sont bien davantage le contrôle et les méthodes dites de *reporting*.

¹⁴⁰³ Tel qu'il ressort des enquêtes, notamment celles – nombreuses – réalisées pendant le premier confinement en mars 2020 (Malakoff Humanis, Baromètre annuel Télétravail et Organisations hybrides, 2022 : 38% des salariés en mars puis 44% en mai considèrent qu'ils ont plus d'autonomie en télétravail). V. aussi E. VAYRE, « Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social », dans *Le travail humain*, PUF, 2019, vol. 82, p. 1.

¹⁴⁰⁴ L. TASKIN, D.-G. TREMBLAY, Comment gérer des télétravailleurs ? *Gestion*, 2010, 88. Il reste que le management à distance ne vise pas à se limiter à ces principes, et réfléchit également à d'autres modes impliquant par exemple un contrôle à partir de comptes rendus d'activité réguliers etc. V. FERNANDEZ, C. GUILLOT, L. MARRAUD, Télétravail et travail à distance équipé. Quelles compétences, tactiques et

de pair avec le contrôle à distance. Cependant, des chercheurs en gestion défendent que la hausse de l'autonomie entraîne une hausse du contrôle dans le but justement d'encadrer l'autonomie¹⁴⁰⁵. « *Capacité de l'individu à initier et réguler ses propres actions, s'adaptant à des situations changeantes* »¹⁴⁰⁶ d'après le vocabulaire managérial, l'autonomie ainsi définie n'apparaît pas antinomique avec le contrôle par l'employeur. En revanche, la protection de la vie personnelle du salarié s'avère mise en danger par cette surveillance et ce contrôle¹⁴⁰⁷. Il reste que les technologies modernes de l'information et de la communication représentent assurément un moyen efficace de surveillance¹⁴⁰⁸, au service notamment d'un contrôle du temps de travail. Si cela renforce les problématiques d'encadrement de la surveillance¹⁴⁰⁹, cela témoigne également de la possibilité et de la facilité concrètes à mesurer le temps travaillé.

521. Le libre choix de l'employeur, une fois mis en place un système de décompte, s'impose aux salariés. Commet ainsi une faute disciplinaire le salarié qui refuse de pointer¹⁴¹⁰, qui falsifie une feuille de pointage¹⁴¹¹, qui fraude¹⁴¹² ou encore qui pointe à la place d'un autre

pratiques professionnelles ? *Revue française de gestion* 2014, p. 40.

¹⁴⁰⁵ V. DEVOS, L. TASKIN, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁰⁶ J.-F. CHANTLAT, *L'individu dans l'organisation*, Presses Universitaires de Laval, 2003, p. 43.

¹⁴⁰⁷ P. WAQUET, *Droit du travail et NTIC, Dr. soc.* 2002, p. 10.

M.-E. BOBILLIER-CHAUMON, Evolutions techniques et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité, *Le travail humain*, 2003, p. 161 : les outils informatiques font perdre de l'autonomie aux travailleurs du fait de l'interdépendance et des communications permanentes auxquelles ils sont contraints.

¹⁴⁰⁸ C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26 ; B. BOSSU, Nouvelles technologies et surveillance du salarié, *RJS* 2001, p. 663 ; E. JEANSEN, Les outils numériques dans la relation individuelle de travail, *JCP S* 2018, 1049.

¹⁴⁰⁹ V. Paragraphe 524 et s.

¹⁴¹⁰ Soc. 7 juin 1972, n° 71-40.711, *Bull.* n° 406 ; 22 juill. 1982, n° 80-41.012, *Bull.* n° 504 ; 17 nov. 1998, n° 96-44.198, inédit.

¹⁴¹¹ Soc. 27 fév. 1997, n° 95-41.151, inédit ; 21 oct. 1998, n° 96-43.277, inédit. V. aussi Soc. 16 mai 2013, n° 12-15.582, inédit (un salarié a usé de ses fonctions pour entrer des données inexactes dans le système de gestion des pointages du personnel pour majorer au profit de son frère le nombre d'heures travaillées, en manquant alors à son obligation de loyauté, rendant impossible son maintien dans l'entreprise).

¹⁴¹² Soc. 18 mai 2005, n° 03-41.320, inédit ; 29 juin 2005, n° 02-46.798, inédit.

salarié¹⁴¹³. N'est en revanche pas constitutif d'une faute grave le fait d'utiliser, sans intention frauduleuse, une pointeuse plutôt qu'une autre¹⁴¹⁴.

b- Un choix contraint par une exigence de fiabilité et d'infalsifiabilité du décompte

522. Si les moyens du décompte sont libres, ils se doivent néanmoins d'être fiables et infalsifiables. La Cour de justice de l'Union européenne le rappelle dans son arrêt du 14 mai 2019¹⁴¹⁵, dans lequel elle précise que les États membres ont certes une marge d'appréciation pour définir les modalités concrètes de mise en œuvre d'un système de décompte mais que celui-ci doit être fiable et objectif¹⁴¹⁶.

L'exigence figure en droit du travail français à l'article L. 3171-4 du code du travail qui, une fois énoncées les obligations respectives de l'employeur, du salarié et du juge dans le cadre d'un litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, dispose que « *si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable* ». Le législateur a donc fait le choix de penser la règle au regard de la preuve du temps de travail¹⁴¹⁷, là où elle aurait eu sa place en amont, au niveau des dispositions précédentes sur le décompte lui-même. De plus, la condition ne s'exprime expressément dans la loi que vis-à-vis du décompte automatique. Certes, il est à craindre justement des éventuelles modifications, c'est-à-dire la falsifiabilité du document de décompte – qu'il s'agisse d'un écrêtement périodique et automatique d'heures excédant certains paramètres de logiciel¹⁴¹⁸, d'une manœuvre de l'employeur ou encore d'une manipulation d'un salarié. À noter que cette disposition a été

¹⁴¹³ Soc. 23 fév. 2000, n° 97-45.356, inédit ; 10 janv. 2001, n° 98-45.102, inédit.

¹⁴¹⁴ Soc. 3 fév. 2010, n° 08-41.904, inédit.

¹⁴¹⁵ CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18, note P. BAILY, *Gaz. Pal.* 2019, n° 31, p. 40, note M. MINÉ, *RDT* 2019, p. 491, obs. E. LAFUMA, *RJS* 8-9/2019, note F. BENOIT-ROHMER, *RTD eur.* 2020, p. 332, note T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP E* 2020, 1328.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, Point 60.

¹⁴¹⁷ Sur le lien entre fiabilité et preuve, autour de la notion de vraisemblance, voir D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance*, *RTD civ.* 1993, p. 499.

¹⁴¹⁸ Situation à laquelle se réfère la circulaire du 3 mars 2000 (Circ. DRT n° 2000-3, 3 mars 2000 fiche 24).

ajoutée par la loi Aubry II de 2000¹⁴¹⁹, en prévision alors d'une recherche de contournement de la réduction effective du temps de travail.

523. Toutefois, la condition de fiabilité et d'infalsifiabilité vaut, logiquement, pour tous les systèmes de décompte. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt du 10 juin 2001¹⁴²⁰, dans lequel la Cour de cassation met en exergue le manque de fiabilité d'un décompte, manuel, établi par les salariés qui s'exposaient par ailleurs à des sanctions disciplinaires s'ils faisaient apparaître une durée de travail hebdomadaire excédant 42h30. Si, à l'inverse de la cour d'appel, la Cour de cassation admettait que le décompte puisse être réalisé par les salariés eux-mêmes, elle s'est fondée en revanche sur l'absence de fiabilité pour valider la décision des juges du fond de condamner l'employeur pour omission de documents de décompte conformes aux prescriptions légales¹⁴²¹. Cette condition ressort également de l'arrêté d'extension de l'ANI du 19 juin 2005 relatif au télétravail qui souligne l'obligation de l'employeur de veiller au respect de la réglementation sur le temps de travail, « *notamment en s'assurant de la fiabilité du système de décompte des heures supplémentaires, même si le salarié gère librement ses horaires de travail* », en se référant à la disposition légale précitée aujourd'hui codifiée à l'article L. 3171-4 du code du travail. L'arrêté d'extension ne reprend pas la précision légale relative à l'utilisation d'un système d'enregistrement automatique, ce qui suggère que la fiabilité du système de décompte des heures de travail est exigée au-delà de la seule utilisation d'un système d'enregistrement automatique. Particulièrement adéquate dans le cadre du télétravail, la généralisation de la fiabilité du décompte doit être défendue.

B- L'ENCADREMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

524. La mise en œuvre du décompte du temps de travail des salariés implique d'une manière ou d'une autre de contrôler le temps de travail, ce qui peut d'une part amener l'employeur à surveiller les salariés et d'autre part induire un traitement de données à caractère personnel avec des régimes spécifiques à respecter.

¹⁴¹⁹ C. trav. anc. art. L. 121-1-1, alinéa 1^{er} (ajouté par l'article 1 de la loi du 19 janvier 2000).

¹⁴²⁰ Crim. 19 juin 2001, n° 00-86.867, inédit, J.-E. TOURREIL, *Juris. soc. Lamy* 2001, n° 87.

¹⁴²¹ J.-E. TOURREIL, *ibid.*

525. Le lien de subordination, qui caractérise toute l'exécution du contrat de travail, donne le droit à l'employeur de surveiller les salariés au lieu et durant le temps de travail¹⁴²². Comme toujours, qui dit droit de l'employeur dit pouvoir sur le salarié. Pouvoir de contrôle, ou « *pouvoir d'investigation* », il s'agit du « *pouvoir d'effectuer des recherches visant à connaître ce qui existe ou ce qui s'accomplit au sein de son entreprise* »¹⁴²³. Le contentieux de la surveillance sur le lieu et le temps de travail porte quasi-exclusivement sur des litiges disciplinaires, en ce qu'elle est mobilisée pour établir des faits éventuellement fautifs reprochés au salarié. Mais de façon plus classique et quotidienne, la surveillance permet aussi tout simplement à l'employeur de contrôler le salarié dans le processus de son travail. Le contrôle des horaires et la mesure du temps de travail entrent dans cette prérogative patronale¹⁴²⁴.

526. Lorsque la technique de surveillance engendre un traitement automatisé des données relatives aux salariés, elle nécessite le respect d'un certain nombre de règles et principes d'origine légale et du droit de l'Union européenne (1). Par ailleurs, plusieurs modes de contrôle du temps de travail, par lesquels l'employeur s'assurerait du décompte, sont restreints voire interdits par la jurisprudence (2).

1- L'utilisation de dispositifs d'enregistrement encadrée

527. L'employeur doit respecter un certain nombre de règles s'il procède à un décompte de la durée du travail qui implique un « *dispositif* » ou un « *traitement* » de données à caractère personnel (a), guidées par une logique de « *responsabilité* » de l'employeur qui n'est pas sans influence sur la force des obligations qui lui sont faites (b).

¹⁴²² Soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, inédit ; 7 juin 2006, n° 04-43.866, inédit ; 4 juill. 2012, n° 11-30.266, inédit.

¹⁴²³ B. DABOSVILLE, La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur, *RDT* 2020, p. 491.

¹⁴²⁴ G. LOISEAU, *JCP S* 2012, p. 32.

a- Droit du travail et RGPD : une collecte d'informations à caractère personnel encadrée

528. La collecte d'informations à caractère personnel se trouve encadrée spécifiquement par le droit du travail (i), et, plus généralement, par le Règlement européen de protection des données (RGPD) de l'Union européenne et par la loi française Informatique et Libertés (ii)

i- *L'encadrement de l'enregistrement du temps de travail ou de l'activité des salariés par le droit du travail*

529. D'après l'article L. 1222-4 du code du travail, « aucune information concernant personnellement le salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». La réglementation porte ici sur un dispositif entendu au sens large et emporte une obligation d'information des salariés. Ses contours ont été dessinés dans le cadre du contentieux relatif à la licéité de la preuve. Depuis son arrêt *Néocel* du 20 novembre 1991, la Cour de cassation énonce de façon constante¹⁴²⁵ que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »¹⁴²⁶. Appliquée au décompte de la durée du travail, cette jurisprudence peut concerner directement un décompte automatique, au moyen par exemple

¹⁴²⁵ Depuis, V. not. : Soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull.* n° 164, p. 119 ; 4 fév. 1998, n° 95-43.421, *Bull.* n° 64 ; 14 mars 2000, *Bull.* n° 101, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2000, p. 555, obs. C. PUIGELIER, *JCP* 2001, 10472 ; 15 mai 2001, n° 99-42.219, *Bull.* n° 167 ; 15 mai 2001, n° 99-42.937, *Bull.* n° 168, obs. L. SEGUIN, *Juris. soc. Lamy* 2001, 81, p. 13, obs. C. CHARBONNEAU, *Bull. du travail* 2001, 132, p. 297 ; 23 nov. 2005, n° 03-41.401, *Bull.* n° 333, obs. C. PUIGELIER, *JCP S* 2006, 23, note J. MOULY, *Dr. soc.* 2006, p. 227 ; 18 mars 2008, n° 06-45.093, *Bull.* n° 64, obs. C. RADE, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2008, 299, note A. MARTINEL, P. ADAM, P. WAQUET, *Sem. soc. Lamy* 2008, p. 5, note S. NOUREDINE, *Bull. du travail* 2008, p. 280, note B. BOSSU, *JCP S* 2008, 28 ; 16 déc. 2008, n° 07-43.993, inédit ; 2 fév. 2011, n° 10-14.263, inédit, note B. BOSSU, *JCP S* 2011, 1313 ; 16 mars 2011, n° 09-43.204, inédit ; 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *Bull.* n° 2, obs. V. STULZ, *Sem. soc. Lamy* 2012, p. 11, note G. LOISEAU, *JCP S* 2012, 1305, note A. GARDIN, *RDT* 2012, p. 223 ; 4 juill. 2012, n° 11-30.266, *Bull.* n° 208, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 2012, 1505 ; 26 juin 2013, n° 12-16.564, inédit.

¹⁴²⁶ Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120, inédit, concl. Y. CHAUVY, *D.* 1992, p. 73, rapp. P. WAQUET, *Dr. soc.* 1992, p. 28, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 1992, p. 365.

Le principe a également été affirmé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans le cadre d'un contentieux en droit de la concurrence : « les enregistrements réalisés à l'insu des personnes ne peuvent constituer des preuves en matière civile » (Ass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull.* n° 1).

d'un système d'enregistrement de la présence du salarié ou de son passage par l'entrée et la sortie de l'entreprise – pauses décomptées. Elle peut concerner aussi, indirectement, un décompte manuel à partir de la surveillance faite des salariés. Le dispositif d'« *enregistrement* » est entendu largement par la Cour de cassation¹⁴²⁷, sans besoin que celui-ci ne soit technologique. Il suffit que le contrôle dépasse la seule surveillance directe et visuelle exercée par l'employeur ou par un supérieur hiérarchique de l'entreprise¹⁴²⁸, pour laquelle il n'a pas à informer préalablement les salariés¹⁴²⁹. Ainsi, la Cour de cassation oppose la « simple surveillance », résultant d'une observation directe¹⁴³⁰, à la surveillance mettant en œuvre des moyens ou des technologies de contrôle de l'activité du salarié¹⁴³¹. Pour distinguer les cas où la Cour de cassation exige une information préalable des autres, il a pu être proposé que les juges admettent une sorte de « *présomption de compétence* », selon laquelle les salariés seraient présumés être au courant de l'existence et de la pratique des moyens de contrôle « standards »¹⁴³², et que seules les techniques particulières devraient faire l'objet d'une information préalable¹⁴³³. En plus d'être contraire à une jurisprudence de la Cour

¹⁴²⁷ Voir par exemple (sur le recours à un enquêteur, vigile, ou agent mandaté par l'employeur pour contrôler les salariés) : Soc. 4 fév. 1998, n° 95-43.421, *Bull.* n° 64 ; 23 nov. 2005, n° 03-41.401, *Bull.* n° 333 ; 15 mai 2001, n° 99-42.219, *Bull.* n° 167 ; 18 mars 2008, n° 06-45.093, *Bull.* n° 64, précité. Sur cette question, V. not. J.-C. PLANQUE, Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ? *D.* 2002, 2292.

¹⁴²⁸ Soc. 26 avril 2006, n° 04-43.582, *Bull.* n° 145, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP S* 2006, 1444 ; 5 nov. 2014, n° 13-18.427, *Bull.* n° 255, obs. L. CASAUX-LABRUNEE, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2014, 592, note Y. PAGNERRE, *JCP E* 2014, p. 46, 1163, note D. BOULMIER, *Dr. soc.* 2015, p. 81, note J. ICARD, *Bull. du travail* 2015, p. 19, note B. BOSSU, *JCP S* 2015, p. 29.

¹⁴²⁹ Voir B. BOSSU, *ibid.* : « la solution doit être approuvée sans réserve : il est légitime pour un employeur de vérifier que le salarié exécute bien le travail pour lequel il est rémunéré ». *Idem* : Y. PAGNERRE, *op. cit.*, 1163.

¹⁴³⁰ J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2003, p. 225 (note sous Soc. 26 nov. 2002). V. aussi dans ce sens-là, B. BOSSU, Nouvelles technologies et surveillance du salarié, *RJS* 9/2001, p. 663. *Contra* Jean-Claude Planque qui est critique et y devine une brèche dans la jurisprudence protectrice des salariés (J.-C. PLANQUE, Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ? *D.* 2002, 2292).

¹⁴³¹ D. CORRIGNAN-CARSIN, *op. cit.*, 1444 ; A. BAREGE, B. BOSSU, Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié, *JCP S* 2012, 1393.

¹⁴³² Par exemple la surveillance à partir de la messagerie professionnelle à laquelle l'employeur a accès : Soc. 1^{er} juin 2017, n° 15-23.522, note J.-S. LIPSKI, *JCP S* 2017, 1248.

¹⁴³³ Pour un auteur qui s'en inquiète : C. RADÉ, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26. À l'inverse, un auteur y voit une juste prévalence du principe de loyauté sur l'obligation formelle de déclaration : E. JEANSEN, Les outils numériques dans la

européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁴³⁴, cette interprétation néglige le critère qui semble bien plus déterminant du contenu auquel l'employeur a accès. Alors que l'information préalable s'impose pour l'enregistrement¹⁴³⁵ ou l'écoute¹⁴³⁶ de conversations téléphoniques, elle est facultative pour l'accès au relevé des communications téléphoniques¹⁴³⁷ ou pour l'installation d'un commutateur téléphonique permettant d'identifier et mémoriser les numéros appelés et la durée des appels¹⁴³⁸. Or rien n'indique que l'enregistrement via un commutateur soit plus connu *a priori* par les salariés que celui des appels téléphoniques. Mais alors que, dans le premier cas, les paroles sont effectivement enregistrées ou écoutées, dans l'autre le contenu se limite à des données chiffrées. Somme toute, c'est exactement ce qu'indique la jurisprudence *Néocel* – tout enregistrement de paroles ou d'images à l'insu des salariés doit faire l'objet d'une information préalable –, peu important la présumée connaissance du salarié de ces techniques. Ceci étant dit, si la jurisprudence conserve une cohérence entre le principe posé en 1991 et ses applications, son champ d'application apparaît plus étroit que celui de l'article L. 1222-4 du code du travail dont la stricte lecture exigerait une information préalable dans tous les cas où une information personnelle est collectée par un dispositif. Concernant le décompte du temps de travail, et selon la jurisprudence, les enregistrements chiffrés comme le nombre ou les horaires de connexion seraient exemptés d'information préalable, à l'inverse de captation de voix ou d'images des salariés, par exemple au moyen d'une webcam. Ajoutons enfin qu'en précisant que l'obligation d'information de l'enregistrement s'impose « *quels qu'en soient les motifs* », la Cour de cassation accorde de l'importance au résultat du dispositif, indépendamment de son

relation individuelle de travail, *JCP S* 2019, 1049.

¹⁴³⁴ CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08 : subordonne la surveillance de la messagerie professionnelle du salarié par l'employeur à des conditions préalables : le salarié doit avoir été informé de la possibilité d'un contrôle ; la surveillance du salarié est soumise au respect d'une obligation de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle doit être nécessaire à la satisfaction de l'objectif poursuivi.

¹⁴³⁵ Soc. 14 mars 2000, n° 98-42.090, *Bull.* n° 101.

¹⁴³⁶ Soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.993, inédit.

¹⁴³⁷ Relevé de communication téléphonique fourni par France Telecom (Soc. 15 mai 2001, 99-42.937, *Bull.* n° 168).

¹⁴³⁸ Soc. 29 janv. 2008, n° 06-45.279, inédit.

objectif¹⁴³⁹. La Cour de cassation limite toutefois l'étendue de sa jurisprudence, y excluant les endroits où les salariés ne sont pas censés aller¹⁴⁴⁰.

530. Par ailleurs, l'article L. 2312-38 du code du travail dispose que le CSE doit être « *informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* »¹⁴⁴¹. Appliquant à la lettre le fait que l'information-consultation s'impose dès que les moyens ou techniques permettent un contrôle de l'activité, la Cour de cassation ne se cantonne pas à la finalité du dispositif pour exiger l'implication du CSE¹⁴⁴². À défaut, l'employeur s'exposerait non seulement à des sanctions pénales pour délit d'entrave¹⁴⁴³ mais également à l'illicéité de la preuve qu'il chercherait à rapporter¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁹ Même si des arrêts ont pu laisser penser l'inverse, qu'il fallait que l'objet du dispositif soit de surveiller les salariés (par exemple Soc. 18 juill. 2001, n° 98-43.485, inédit : arrêt non publié et porte sur le secret bancaire particulièrement protégé. V. aussi Soc. 31 janv. 2001, n° 98-44.290, *Bull.* n° 28 ; mais surtout Soc. 26 juin 2013, n° 12-16.564, inédit).

Sur le principe de finalité : Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23.483, *Bull.* n° 2, note G. LOISEAU, *JCP S* 2012, 1122, note A. GARDIN, *RDT* 2012, p. 223. La Cour utilisait l'article 8 CEDH et la jurisprudence européenne. Pour Grégoire Loiseau, ce fondement expliquerait que la Cour de cassation ait longtemps considéré comme un mode de preuve licite des enregistrements réalisés au moyen d'un dispositif de surveillance qui n'était pas utilisé pour contrôler l'activité des salariés, ce qui exonérerait d'une information préalable aux salariés (voir en sens : Soc. 19 avril 2005, n° 02-46.295, *Bull.* n° 141, J.-F. CESARO, *JCP S* 2005, 1032). Mais cette jurisprudence est en décalage avec les principes posés par L 1978 et RGPD qui exigent d'informer du moment où le système de vidéosurveillance *est susceptible de capter l'image* même si installé à d'autres fins (G. LOISEAU, L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, *JCP S* 2021, 1305).

¹⁴⁴⁰ Voir Soc. 31 janv. 2001, n° 98-44.290, *Bull.* n° 28, obs. L. MAUREL-GUIGNOT, *Gaz. Pal.* 2002, p. 50, note C. PUIGELIER, *JCP E* 2001, 1145, obs. L. SEGUIN, *Juris. soc. Lamy* 2001, p. 18. Voir E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, coll. « Thémis Droit », PUF, 2015, p. 652.

¹⁴⁴¹ Depuis Loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992, art ; 28 (ancien article L. 432-2-1) ; voir par exemple Soc. 31 janv. 2001, n° 98-44.290, précité.

¹⁴⁴² Voir par exemple Soc. 7 juin 2006, n° 04-43.966, *Bull.* n° 206, obs. G. AUZERO, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2006, n° 220.

¹⁴⁴³ C. trav. art. L. 2317-1.

¹⁴⁴⁴ Soc. 7 juin 2006, n° 04-43.866, Publié. L'illicéité peut être soulevée directement par les délégués du personnel qui ont un intérêt à faire écarter un élément de preuve obtenu en violation de l'article L. 2313-2 (Soc. 10 déc. 1997, n° 95-42.661, inédit, sur cet arrêt E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *op. cit.*, p. 651.

531. Au-delà de cette formalité préalable de l'information des salariés et de leurs représentants, une collecte ou tout traitement d'informations personnelles du salarié doit se conformer à l'article L. 1121-1 du code du travail selon lequel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* », auquel s'ajoute également au niveau du droit commun l'article 9 du code civil qui protège la vie privée des personnes.

Concernant le télétravail, les ANI de 2005 et 2020 insistent chacun sur l'exigence que les moyens de surveillance éventuellement mis en œuvre soient pertinents et proportionnés à l'objectif poursuivi. Plus encore, il semble que la présence du télétravailleur dans des lieux de vie personnelle doit absolument être prise en compte pour apprécier la proportionnalité de toute mesure de surveillance ; le respect des principes de loyauté et de proportionnalité de la surveillance doit être réfléchi spécifiquement à la dimension intrusive de la surveillance d'un télétravailleur¹⁴⁴⁵. En effet, la surveillance du salarié intervient alors dans un environnement personnel et intime¹⁴⁴⁶. Un auteur a pu également avancer que le pouvoir de contrôle de l'employeur se fondait en partie sur son *droit de propriété* de l'entreprise et perdait alors de sa superbe hors de son enceinte¹⁴⁴⁷. Si l'on partage l'intention de l'auteur, et qu'il faudrait que le droit de contrôler s'atténue en même temps que le droit de propriété de l'employeur, le terrain de la protection de la vie personnelle du salarié semble à l'heure actuelle plus pertinent – le fondement du pouvoir de contrôle par le droit de propriété ayant peu de traduction en droit positif. Il revient aux juges d'appliquer le principe de la justification et de la proportionnalité entre le contrôle recherché de l'activité des salariés et de leur temps de travail et l'atteinte à la vie personnelle susceptible d'être provoquée.

Dans la même logique, l'article 8 de la CEDH peut également être invoqué en ce qu'il vise à garantir le respect de la vie privée. Concernant un dispositif de surveillance, la Cour

¹⁴⁴⁵ Voir par exemple intervention d'Eric Delisle de la CNIL lors de la Conférence de la CNIL le 9 novembre 2020 : suite au confinement où on a vu un « *emballement un peu flagrant* » nous dit-il sur ces techniques de surveillance. V. aussi le Q/R de la CNIL édité le 12 novembre.

¹⁴⁴⁶ Domicile « *sanctuaire de l'intimité de la vie privée* » (J.-E. RAY, De la sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p. 5). V. aussi C. TEYSSIER, Télétravail au domicile : une approche juridique des mutations en cours, *Dr. soc.* 2023, p. 38.

¹⁴⁴⁷ C. RADE, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26.

européenne des droits de l'homme considère dans son arrêt *Barbulescu*, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, que le respect de la vie privée s'évalue notamment au regard de l'existence d'une information donnée par l'employeur aux salariés sur les mesures de surveillance, de l'étendue de la mesure de surveillance, du degré d'intrusion dans la vie privée, de l'existence de motifs pour la justifier et de la possibilité ou non de mettre en place un moyen moins intrusif¹⁴⁴⁸. Cette dernière condition est susceptible de conduire le juge à restreindre très fortement, voire interdire, certains procédés de contrôle de l'activité et du temps de travail des salariés¹⁴⁴⁹. Cependant, dès l'arrêt *Barbulescu* de 2017¹⁴⁵⁰, et davantage encore dans l'arrêt *Lopez Ribalda* de 2019, l'exigence d'information préalable, tout en étant affirmée, semble dans le même temps atténuée par la primauté faite à l'idée de proportionnalité dans l'atteinte faite au respect de la vie privée.

ii- L'encadrement de l'enregistrement du temps de travail ou de l'activité des salariés par le « RGPD » et par la loi Informatique et Libertés

532. En droit français, la loi du 6 janvier 1978¹⁴⁵¹ dite loi Informatique et Libertés¹⁴⁵² a longtemps été seule à réglementer la problématique des « *informations nominatives* ». Modifiée¹⁴⁵³ en 2004¹⁴⁵⁴, par la transposition tardive de la directive européenne de 1995¹⁴⁵⁵, la

¹⁴⁴⁸ CEDH 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Barbulescu c/ Roumanie*, note J.-F. RENUCCI, *D.* 2017, p. 1709, chron. A. AYNÈS, J.-D. BRETZNER, *D.* 2019, p. 157, note B. DABOSVILLE, *Dr. soc.* 2018, p. 455. Voir récemment CEDH 17 oct. 2019, n° 1874/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne* (la Cour conclut au respect de l'article 8 concernant une mesure de vidéosurveillance dans un supermarché dès lors que les soupçons de vols constituaient un motif légitime et que les caméras n'avaient été installées que dans des lieux ouverts au public).

¹⁴⁴⁹ *V. infra.*

¹⁴⁵⁰ CEDH 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Barbulescu c/ Roumanie*, précité.

¹⁴⁵¹ En 1971, projet de Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus (Safari), qui aboutit à la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 et à la création de la CNIL.

¹⁴⁵² L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁴⁵³ Pour Jean Frayssinet, la loi de 2004 procède à une réécriture de la loi de 1978 : J. FRAYSSINET, La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 : continuité et/ou rupture ? *RLDI* 1^{er} oc. 2005, n° 9. *Contra* Y. BASIRE, J. SABBAH, *RDT* 2018, p. 680 (note sous Soc. 13 juin 2018, n° 16-25.301, *Bull.* n° 113).

¹⁴⁵⁴ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

loi porte ensuite sur les « *données à caractère personnel* ». Modifiée en 2018¹⁴⁵⁶, la loi intègre la nouvelle réglementation issue du Règlement général de protection des données¹⁴⁵⁷ (RGPD) du droit de l'Union européenne, abrogeant la directive de 1995. À noter que le RGPD est lui-même traversé par une inspiration de l'existant français¹⁴⁵⁸. C'est désormais la loi de 1978 ainsi modifiée et le RGPD lui-même qui constituent le cadre réglementaire de protection du « *traitement de données à caractère personnel* » auquel est susceptible de se confronter un dispositif de décompte de la durée du travail ou de contrôle de l'activité des salariés utile au décompte.

Avant d'en présenter le régime, il revient d'abord classiquement de déterminer les éléments de qualification de la réglementation. Concernant celle du traitement de données à caractère personnel, il nous faut d'abord définir une donnée à caractère personnel puis le traitement qui s'y rapporte. Une donnée à caractère personnel est définie, très largement¹⁴⁵⁹, comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* »¹⁴⁶⁰. Dans un arrêt du 30 mai 2013¹⁴⁶¹, la Cour de justice de l'Union européenne

¹⁴⁵⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁴⁵⁶ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

¹⁴⁵⁷ Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Pour une présentation très claire du RGPD, voir : *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, C. de TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), coll. « CRIDS », Larcier, 2018.

¹⁴⁵⁸ M.-F. MAZARS, W. EL BOUGEMAOU, Maîtriser le socle du droit de la protection des données pour aborder l'application du Règlement européen, *RDT* 2018, p. 298.

¹⁴⁵⁹ C. De TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », Titre 2 dans *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, C. de TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), coll. « CRIDS », Larcier, 2018, p. 60.

Pour des illustrations de la jurisprudence de la CJUE qualifiant très largement les « données à caractère personnel », voir O. TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, coll. « Droit administratif », Bruylant, 2020, p. 58.

¹⁴⁶⁰ RGPD, art. 4.1.

¹⁴⁶¹ CJUE 30 mai 2013, *Wortzen*, C-342/12 (concernant la demande d'accès, par l'Autorité des conditions de travail portugaise, au registre du temps de travail des travailleurs de l'entreprise).

est notamment interrogée sur le fait de savoir si un registre du temps de travail, qui comporte l'indication pour chaque salarié des heures de début et de fin du travail et les interruptions ou pauses, relève de la notion de « *données à caractère personnel* ». La Cour répond par l'affirmative, en considérant avec évidence que ce sont bien là des « *informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable* »¹⁴⁶² – expression utilisée par la directive européenne alors applicable¹⁴⁶³, mais qui a été reprise en substance par le RGPD.

Un traitement de données à caractère personnel correspond à « *toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que la limitation, l'effacement ou la destruction* »¹⁴⁶⁴. Autrement dit, le traitement de données à caractère personnel est défini très largement, qu'il soit automatisé ou manuel¹⁴⁶⁵, et comprend sans conteste la collecte ou l'enregistrement des données liées directement ou indirectement à la durée du travail.

533. À un tel traitement de données à caractère personnel s'applique tout un régime décliné dans le RPGD et repris en partie par la loi du 6 janvier 1978 telle que modifiée en 2018. Enumérés à l'article 4 de la loi¹⁴⁶⁶, quatre grands principes se dégagent.

Premier principe, les données doivent être « *traitées de manière licite, loyale et transparente* ». La loyauté et la transparence renvoient notamment à l'information des salariés¹⁴⁶⁷. Un arrêt de la Cour de cassation de 2018 est venu préciser, à l'instar de la Cour de

¹⁴⁶² Renvoie not. : CJUE 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, point 64 ; 16 déc. 2008, *Huber*, C-524/06, point 43 ; 7 mai 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, point 42.

¹⁴⁶³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, précitée, art. 2.

¹⁴⁶⁴ Règl. n° (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil 27 avr. 2016, art. 4, § 1 ; L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 2 mod. par L. 2018-493, 20 juin 2018 ; art. 2 de la directive.

Pour une reconnaissance par le juge français, voir par exemple : Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523, Publié : exploitation des fichiers de journalisation, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'art 2 de la loi de 1978, donc devait être soumises aux formalités préalables.

¹⁴⁶⁵ O. TAMBOU, *op. cit.*, 2020, p. 73.

¹⁴⁶⁶ Tel que modifié par l'article 1 de l'ordonnance du 12 décembre 2018 n° 2018-1125.

¹⁴⁶⁷ V. aussi Loi du 6 janv. 1978, modifié par la Loi du 20 juin 2018 2018, art. 32.

justice de l'Union européenne sept ans plus tôt¹⁴⁶⁸, que la loyauté n'exige qu'une information globale à l'ensemble des salariés et unique, et non, comme le syndicat l'invoquait, une information individuelle et systématique à chaque collecte¹⁴⁶⁹. Si la considération de faciliter le traitement administratif du recueil de données par l'entreprise se conçoit¹⁴⁷⁰, une autre considération tout autant pragmatique consiste à souligner qu'une telle information globale n'atteindrait pas toujours l'objectif de tenir au courant *effectivement* le salarié. Quant à la transparence, notion ajoutée en 2018 de par le RGPD, elle dicte notamment une information étendue de l'ensemble des droits du salarié, afin de lui permettre une maîtrise sur ses données¹⁴⁷¹.

Le deuxième est un principe de finalité selon lequel les données doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes* ». Couplé à l'obligation de loyauté, il implique que les salariés soient informés, en plus de l'existence de moyens ou techniques de collecte, des finalités de celles-ci¹⁴⁷².

Le troisième principe est celui dit de « *minimisation des données* » selon lequel elles doivent être « *adéquates, pertinentes et, au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées, limitées à ce qui est nécessaire* »¹⁴⁷³. Ce principe rejoint étroitement la règle énoncée à l'article L. 1121-1 du code du travail.

Enfin, le quatrième est un principe de sécurité, selon lequel les données doivent être « *traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris de protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction* », etc. À ces principes s'ajoutent celui de la licéité, déjà évoqué aux côtés de celui de loyauté et de transparence, mais davantage précisé à l'article 5 de la loi de 1978 qui

¹⁴⁶⁸ CJUE 5 mai 2011, aff. C-543/09.

¹⁴⁶⁹ Soc. 13 juin 2018, n° 16-25.301, *Bull.* n° 113, note B. BOSSU, *JCP S* 2018, 1266, obs. H. CIRAY, *Dalloz Actualité* 2 juill. 2018, note Y. BASIRE, J. SABBAH, *RDT* 2018, p. 680.

¹⁴⁷⁰ H. CIRAY, *op. cit.*, 2018.

¹⁴⁷¹ Identité et coordonnées du responsable du traitement de données, finalités, base légale, caractère obligatoire ou facultatif du recueil de données, destinataires des données, durée de conservation, droits des personnes concernées, droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL (RGPD, art. 13).

¹⁴⁷² CNIL, *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, La Documentation française, 2022, p. 22. Pour un manquement à l'obligation d'information des personnes dès lors qu'il manque l'indication quant aux finalités poursuivies : Délib. CNIL 2009-201 du 16 avril 2009.

¹⁴⁷³ RGPD, art. 5.

dispose qu'un traitement de données à caractère personnel n'est licite que s'il remplit au moins une des conditions suivantes parmi lesquelles être « *nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis* » ou avoir reçu le « *consentement de la personne concernée* »¹⁴⁷⁴.

L'ensemble de ces principes doit être respecté par le responsable du traitement. Mais si l'énoncé de ces principes se présente comme rigoureux, la méthode de contrôle s'avère plus douteuse.

b- Une logique de responsabilité de l'employeur

534. Si le RGPD s'est limité, par rapport à l'existant français de 1978, à approfondir et étoffer les éléments à communiquer aux salariés et sur lesquels leur assurer une relative maîtrise, il a en revanche profondément modifié la logique de contrôle du respect de ces obligations.

Auparavant¹⁴⁷⁵, tout traitement automatisé de données devait faire l'objet d'une déclaration *préalable* auprès de la CNIL – Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, créée par la loi de 1978. Étaient par exemple concernés les systèmes de badgeage¹⁴⁷⁶. Le défaut de déclaration autorisait notamment le salarié à ne pas se plier au système de traitement de données¹⁴⁷⁷, dans une sorte de « *résistance légitime* »¹⁴⁷⁸.

Avec le RGPD et sa traduction dans la loi française, cette obligation est supprimée. Notons que la loi française aurait pu maintenir cette déclaration préalable, comme une condition supplémentaire au RGPD en ce qui concerne les traitements de données français. D'ailleurs, la relation de subordination qui lie salariés et employeur aurait justifié le maintien de cette déclaration préalable au moins à deux titres. En effet, la subordination fragilise d'une part le consentement des salariés au traitement de leurs données. Elle offre d'autre part

¹⁴⁷⁴ Dans les conditions mentionnés au 11 de l'article 4 et article 7 du RGPD.

¹⁴⁷⁵ À partir de 2004 : Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 22, 23 et 24.

¹⁴⁷⁶ Voir par exemple : Délib. CNIL n° 02-001 du 8 janv. 2002 ; préjudice de ne pas avoir fait la déclaration à la CNIL (Soc. 7 juin 1995, n° 91-44.919, 91-44.921, *Bull.* n° 184).

¹⁴⁷⁷ Soc. 6 avril 2004, n° 01-45.227, *Bull.* n° 103, note P. ADAM, *Dr. ouvrier* 2004, p. 378, obs. J.-E. TOURREIL, *Juris. soc. Lamy* 2004, N° 145.

¹⁴⁷⁸ P. ADAM, *Dr. ouvrier* 2004, p. 378.

énormément de données à l'employeur susceptibles d'être utilisées sur le plan disciplinaire. Il reste que, désormais, la déclaration préalable à la Commission n'est plus de mise¹⁴⁷⁹.

535. La logique devient celle de la responsabilisation de l'employeur – et plus généralement du responsable du traitement – qui doit pouvoir démontrer à tout moment la conformité avec le RGPD des traitements dont il est responsable¹⁴⁸⁰. Le terme anglais d' « *accountability* » est parfois préféré car traduisant davantage l'idée de « rendre des comptes » que celui français de responsabilité¹⁴⁸¹. Selon l'article 24 §1 du RGPD, « *le principe de responsabilité impose au responsable du traitement de met[tre] en œuvre des mesures techniques et organisationnelles¹⁴⁸² appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au RGPD* ». Dans cette logique, « *l'assujetti devient l'agent de légalité* »¹⁴⁸³.

536. Cette logique compose avec une élévation de la sanction encourue. L'employeur est responsabilisé et n'a plus besoin d'une déclaration préalable, mais, en cas de contrôle ou de plainte, si la non-conformité au RGPD est avérée il risque alors une lourde sanction. La CNIL demeure l'instance qui veille à cette conformité, autorisée à prononcer des sanctions administratives¹⁴⁸⁴, auxquelles s'ajoute surtout une amende égale à 2% du chiffre d'affaires mondial ou de 10 millions, doublée lorsque n'est pas respecté le droit d'accès ou le droit à

¹⁴⁷⁹ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, art. 11.

¹⁴⁸⁰ Voir F. FAVENNEC-HERY, Données personnelles et responsabilité, *JCP S* 2020, 2030.

¹⁴⁸¹ C. De TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », Titre 3 dans *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, C. de TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), coll. « CRIDS », Larcier, 2018, p. 117.

¹⁴⁸² Parmi lesquelles notamment la mise en place d'un « DPO », délégué à la protection des données, qui remplace l'ancien CIL, correspondant informatique et libertés, et qui n'est obligatoire que dans certains cas de traitement à grande échelle ou de données sensibles. Sur cette question, V. not. : F. GABROY, Le statut du délégué à la protection des données en droit du travail, *RDT* 2022, p. 625 ; voir la décision du Conseil d'État du 21 octobre 2022 (n° 459254) par laquelle il admet qu'un DPO puisse être salarié et donc subordonné à l'employeur (pour un regard critique voir P. ADAM, Le délégué à la protection des données : indépendant et... subordonné ! *Dr. soc.* 2023, p. 373).

¹⁴⁸³ M.-A FRISON-ROCHE, « Du Droit de la régulation au Droit de la compliance », dans *Régulation, Supervision, Compliance*, M.-A FRISON-ROCHE (dir.), Série *Régulations*, Dalloz, 2017, p. 1.

¹⁴⁸⁴ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, art. 7.

l'effacement¹⁴⁸⁵, et une sanction civile de la réparation du dommage¹⁴⁸⁶. Si pour certains auteurs, la nouvelle économie du droit de la protection des données est largement positive¹⁴⁸⁷, il est autorisé d'être plus prudent dans notre jugement dès lors que l'effectivité des principes posés dépendra des contrôles opérés, ce que l'avenir révélera. La force de la sanction a par ailleurs des chances d'être amoindrie sur le terrain du droit à la preuve, dès lors qu'un élément illicite n'entraîne plus nécessairement son irrecevabilité¹⁴⁸⁸, ce qui incitait pourtant l'employeur à garantir la licéité des éléments récoltés.

2- Des dispositifs de contrôle restreints ou interdits

537. Même dans le respect des règles liées à l'utilisation de dispositifs d'enregistrement, certains dispositifs de contrôle du temps de travail sont interdits pour contrôler le temps de travail et ne peuvent donc servir au décompte (a). De façon moins absolue, le système de géolocalisation fait l'objet d'un encadrement à part, autorisé pour contrôler le temps de travail mais de façon strictement subsidiaire (b).

a- Des systèmes interdits pour contrôler le temps de travail

538. Des dispositifs de contrôle de l'activité des salariés et du temps de travail se trouvent interdits au nom de l'atteinte disproportionnée portée aux droits fondamentaux des salariés. Ils peuvent l'être en raison du mode du dispositif, comme c'est le cas de la surveillance constante (i), mais aussi en raison de la nature des données collectées, comme le badge avec photo et la biométrie (ii).

i- Interdiction en raison du mode du dispositif : la surveillance constante

539. La surveillance constante est interdite, en raison du mode du dispositif. Dans un arrêt du 23 juin 2021, une fois rappelé l'article L. 1121-1 du code du travail, la Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel qui a considéré que le dispositif de surveillance constante

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, art. 55 et 83-6.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, art. 85.

¹⁴⁸⁷ M.-F. MAZARS, La protection des données personnelles des salariés : le changement c'est maintenant ! *RDT* 2018, p. 498.

¹⁴⁸⁸ V. Paragraphe 774.

du salarié, par une caméra dans la cuisine où il travaillait seul, était « *attentatoire à la vie personnelle du salarié et disproportionné au but allégué par l'employeur de sécurité des personnes et des biens* » – ce dont elle déduisait l'inopposabilité des éléments de preuve apportés¹⁴⁸⁹. Si l'employeur est autorisé à surveiller directement le salarié, en continu, une surveillance technique diffère en ce qu'elle voit *tout*, tel un panoptique¹⁴⁹⁰, et sauvegarde ce qu'elle voit¹⁴⁹¹. Contrairement à un arrêt rendu en 2011¹⁴⁹², qui avait pu être critiqué en ce que la Cour de cassation n'avait pas fait primer la considération de la personne au travail sur l'objectif de contrôle¹⁴⁹³, cette décision de 2021 vient affirmer qu'un dispositif de surveillance permanente ne peut être autorisé même pour assurer la sécurité des personnes et des biens, but poursuivi par l'entreprise en l'espèce. Par une interprétation stricte de l'arrêt, on peut seulement considérer qu'ici le but allégué n'était pas suffisant pour contrebalancer l'atteinte au droit à la vie privée portée par la vidéosurveillance constante¹⁴⁹⁴. Ainsi, d'autres buts seraient susceptibles de justifier un tel dispositif. Au demeurant, on peut supposer que, si la sécurité des biens et des personnes n'est pas suffisante pour contrebalancer l'atteinte aux droits du salarié, peu d'objectifs le soient, et certainement pas le contrôle de la durée du travail.

De son côté, la CNIL défend clairement, et depuis longtemps, qu'une surveillance permanente des salariés est interdite, *sauf* en cas d'impératif de sécurité des lieux et des personnes¹⁴⁹⁵. Cette interdiction sous forme de principe peut laisser entendre qu'une surveillance constante est *en elle-même* disproportionnée¹⁴⁹⁶. Elle l'est dans tous les cas pour le contrôle de la durée du travail.

¹⁴⁸⁹ Soc. 23 juin 2021, n° 19-13.856, Publié, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 843, note C. MATHIEU, *Dr. ouvrier* 2021, p. 496, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, nte V. ORIF, *Gaz. Pal.* 2021, p. 56.

¹⁴⁹⁰ P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 843.

¹⁴⁹¹ M. GRÉVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? *Dr. soc.* 1995, p. 329 : « *la caméra enregistre tout, stocke les informations avec une fiabilité excluant l'oubli et le caractère "instantané" d'une surveillance humaine* ».

¹⁴⁹² Soc. 2 fév. 2011, n° 10-14.263, inédit, note B. BOSSU, *JCP S* 2011, 1313.

¹⁴⁹³ G. LOISEAU, *JCP S* 2012, 1122 (note sous Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *Bull.* n° 2).

¹⁴⁹⁴ P. ADAM, *op. cit.*, p. 843.

¹⁴⁹⁵ Délib. CNIL n° 2008-155 du 29 mai 2008 ; n° 2009-201 du 16 avril 2009 ; n° 2012-465, 3 janv. 2013 ; n° 2019-025, 5 nov. 2019.

¹⁴⁹⁶ M. GRÉVY, Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux

La solution de 2021 rendue pour un dispositif de vidéosurveillance doit pouvoir s'appliquer aux dispositifs de surveillance constante tels que les « keylogger » et autres logiciels qui demandent de cliquer sur la souris d'ordinateur ou prendre des photos à intervalles réguliers. Il s'agit de techniques de contrôle de l'activité, dans le but notamment de vérifier le respect des horaires ou de la durée du travail, qui peuvent séduire les employeurs pour surveiller leurs salariés en télétravail. L'interdiction du recours à de tels logiciels est formulée d'ailleurs par la CNIL¹⁴⁹⁷.

ii- Interdiction en raison de la nature des données collectées : le badge avec photo et la biométrie

540. Sont concernés ensuite des traitements de données en raison de la nature des données collectées. Toujours dans une optique de protéger la vie privée et la personne du salarié, la CNIL a pu se positionner contre un système de badgeage avec la photo des détenteurs des badges – pour empêcher la pratique de badger à la place d'un collègue – en considérant que les données ainsi collectées n'étaient pas « *adéquates, pertinentes [ni] limitées à ce qui est nécessaire* »¹⁴⁹⁸. Alors que le but recherché en l'espèce est de contrôler les horaires de travail, les données collectées sont interdites en ce qu'elles outrepassent ce but, en vertu ici d'une logique d'adéquation.

541. De façon plus inhérente encore à la nature des données récoltées, le recours à la biométrie est extrêmement fermé. Il s'agit, selon le RGPD, de « *données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactylographiques* ». « *Données sensibles* », le RGPD en interdit en principe la collecte, en énumérant toutefois une dizaine d'exceptions telles qu'être nécessaires au contrôle de l'accès aux lieux de travail ou nécessaires à la sauvegardes d'intérêts vitaux¹⁴⁹⁹. Le contrôle et décompte du temps de travail

droits de la personne, *Dr. ouvrier* 2010, p. 80 ; voir déjà quinze ans plus tôt, de la même autrice : *Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? Dr. soc.* 1995, p. 329.

¹⁴⁹⁷ Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail, sept. 2021.

¹⁴⁹⁸ Communiqué du 27 août 2020.

¹⁴⁹⁹ RGPD, art. 9 §2, L. 6 janv. 1978, mod. par L. 20 juin 2018 2018-493, art. 6 et 9 : interdiction des données biométriques sauf pour dix exceptions énumérées.

n'ont incontestablement pas leur place parmi ces exceptions. En pratique, la CNIL exclut effectivement l'utilisation de tout dispositif biométrique à des fins de gestion des horaires des salariés, sauf à démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles fondées sur un impératif de sécurité¹⁵⁰⁰.

b- Un système subsidiaire pour contrôler le temps de travail : la géolocalisation

542. Abordée dans une délibération de la CNIL de 2006, la géolocalisation y est présentée comme un dispositif permettant « *aux employeurs privés ou publics de prendre connaissance de la position géographique, à un instant donné ou en continu, des employés par la localisation d'objets dont ils ont l'usage (badge, téléphone mobile) ou des véhicules qui leur sont confiés* »¹⁵⁰¹.

C'est dans un arrêt rendu le 3 novembre 2011, très remarqué, que la Cour de cassation initie sa jurisprudence restreignant « *l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail* » qu'elle ne juge « *licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen et n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail* »¹⁵⁰². Si le cas d'espèce l'amenait d'abord sur le terrain du détournement de finalité du dispositif¹⁵⁰³, la Cour de cassation consacre ici de façon

La réglementation sur la biométrie qui figurait avant à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 n° 78-17 n'a pas été remise en cause par le RGPD.

¹⁵⁰⁰ CNIL Délib. n° 2016-186, n° 2016-187 ; 30 juin 2016 ; n° 2018-009, 6 sept. 2018 ; n° 2019-001 ; 10 janv. 2019 (dans cette dernière délibération, la CNIL ne mentionne plus dans la liste des utilisations totalement prohibées celle ayant pour finalité de contrôler des horaires de travail).

¹⁵⁰¹ CNIL Délib. n° 2006-066, 16 mars 2006.

¹⁵⁰² Voir Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Bull.* n° 24, note J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2012, p. 61, note S. BARADEL, P. MASANOVIC, *Dr. ouvrier* 2012, p. 153, note C. MATHIEU, *Dr. ouvrier* 2013, p. 326, note B. BOSSU, T. MORGENROTH, *RDT* 2012, p. 156, obs. P. FLORÈS, *Justice et Cour de cassation* 2012, p. 195.

Pour une prise en compte par la CNIL : V. aussi délibération de la CNIL n° 2006-066 du 16 mars 2006 : la première prise en compte de la géolocalisation est venue de la CNIL. Depuis, il est acté que la géolocalisation ne peut être utilisée pour contrôler le temps de travail que « *lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens* ». (sur la CNIL : A. GARDIN, Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi, *RDT* 2015, p. 544).

¹⁵⁰³ La cour d'appel se fondait là-dessus pour juger illicite le dispositif (V. note B. BOSSU, T. MORGENROTH, *RDT* 2012, p. 156).

bien plus essentielle un principe de « *subsidiarité* »¹⁵⁰⁴ : pour contrôler la durée du travail, la géolocalisation n'est autorisée qu'à défaut d'un autre moyen de contrôle possible¹⁵⁰⁵. Elle confirme sa jurisprudence dans un arrêt du 17 décembre 2014¹⁵⁰⁶, et à nouveau en janvier 2018¹⁵⁰⁷, où elle met ici en application son principe selon lequel la géolocalisation n'est *jamais* justifiée pour contrôler les horaires d'un salarié qui dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. Certains y ont vu une précision inutile en considérant qu'un salarié qui ne dispose pas de liberté dans l'organisation de son travail ne saurait être concerné par la géolocalisation¹⁵⁰⁸. Or c'est justement vis-à-vis d'un salarié qui n'est pas libre dans l'organisation de son travail, et qui serait amené à exercer une part de son travail hors des locaux de l'entreprise, que l'employeur pourrait être amené à envisager la géolocalisation afin de surveiller et contrôler le temps de travail du salarié. Autrement dit, la géolocalisation répond justement à l'absence de liberté du salarié dans l'organisation de son travail.

En 2017, une seconde pierre est posée par le Conseil d'État¹⁵⁰⁹, saisi à l'encontre d'une délibération de la CNIL¹⁵¹⁰. Alors que la société reproche à la CNIL de s'être fondée, pour

¹⁵⁰⁴ P. FLORES, *Justice et Cour de cassation* 2012, p. 195 (obs. sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Bull.* n° 24).

¹⁵⁰⁵ Sur l'utilisation de la géolocalisation à d'autres fins, voir la récente jurisprudence européenne, qui témoigne d'une approche permissive envers l'employeur : CEDH 13 déc. 2022, *Florindo c/ Portugal*, n° 26968/16, chron. J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *Dr. soc.* 2023, p. 330 : valide le recours à un système de géolocalisation mis sur une voiture de fonction donc transmettant des informations hors temps de travail, la Cour a opté, dans la droite ligne de sa jurisprudence inaugurée avec ses arrêts *Barbulescu* et *Lopez Ribalda*, pour un contrôle de mise en balance de l'atteinte à la vie privée et de l'intérêt de l'entreprise à contrôler, ici l'état des dépenses (cons. 124). V. not. sur l'arrêt *Florindo* : chron. J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *Dr. soc.* 2023, p. 330 : les auteurs espèrent que « *cet arrêt n'influencera pas la Cour de cassation française qui, jusque-là, a adopté, en matière de géo-localisation du salarié, une position nettement plus protectrice du salarié que la CEDH* ».

¹⁵⁰⁶ Soc. 17 déc. 2014, 13-23.645, inédit.

¹⁵⁰⁷ Soc. 18 janv. 2018, n° 16-20.618, inédit (s'ajoutait la problématique de l'information préalable). V. aussi Soc 20 déc. 2017, n° 16-12.569, inédit : avait bien informé donc ne justifiait pas la prise d'acte.

¹⁵⁰⁸ Dans ce sens-là : C. RADÉ, À propos de la géolocalisation des salariés : la CNIL et la Cour de cassation à l'unisson *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n° 462 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, La géolocalisation des salariés, *JCP E* 2011, 1926 ; J.-E. RAY, De la géo-localisation à la télé-localisation, *Dr. soc.* 2012, p. 6 ; B. BOSSU, T. MORGENROTH, *RDT* 2012, p. 156 (note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Bull.* n° 24). V. aussi B. BOSSU, *JCP S* 2019, 1038 (sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit).

¹⁵⁰⁹ CE 15 déc. 2017, req. n° 403776, *Lebon*, concl. A. BRETONNEAU, *AJDA* 2018, p. 402, note M.-C. SARRAZIN, *Dr. ouvrier* 2018, p. 702.

¹⁵¹⁰ La CNIL applique logiquement la jurisprudence judiciaire : elle applique l'article L. 1121-1 du code du

écarter la possibilité de la géolocalisation, sur l'existence d'un autre système de contrôle du temps de travail déclaratif et moins efficace, le Conseil d'État décide¹⁵¹¹ d'amplifier le caractère subsidiaire de la géolocalisation. Tout en reprenant à son compte la jurisprudence de sa consœur de l'ordre judiciaire, la Haute Cour de l'ordre administratif ajoute « *qu'il importe peu que les autres moyens de contrôle utilisables soient moins efficaces que la géolocalisation* ». On peut ainsi lire que « *l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation* » (nous soulignons).

Poursuivant le jeu de symétrie améliorée, salué¹⁵¹², la Cour de cassation adopte dans un arrêt du 19 décembre 2018¹⁵¹³ une solution à l'image de celle du Conseil d'État. Alors que le syndicat Sud PTT préconise l'usage de la pointeuse mobile, et qu'étaient également praticables un système auto-déclaratif et un contrôle par un responsable d'enquêtes, la cour d'appel rejette l'argument de dispositifs alternatifs à la géolocalisation en tant qu'elle les juge non adaptés au but recherché. Toujours au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail, la Cour de cassation juge quant à elle « *que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail (...) n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace* ». Elle casse l'arrêt d'appel pour manque de base légale dès lors que les juges du fond n'ont pas caractérisé « *que le système de*

travail et considère que « *le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen* » (CNIL Délib. n° 2015-165, 4 juin 2015, note A. GARDIN, *RDT* 2015, p. 544).

¹⁵¹¹ Et peut-être sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH et de son arrêt *Barbulescu* (CEDH 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Barbulescu c/ Roumanie*, précité) protégeant, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la vie privée des salariés face à l'objectif de surveillance (M.-C. SARRAZIN, *Dr. ouvrier* 2018, p. 705 note sous CE 15 déc. 2017, req. n° 403776, *Dr. ouvrier* 2018, p. 702).

¹⁵¹² A. BRETONNEAU, *AJDA* 2018, p. 402 (concl. sous CE 15 déc. 2017, req. n° 403776) : la rapporteur public préconise au Conseil d'État d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation. J. ICARD, *BJT* fév. 2019, p. 15 (note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit) : l'auteur juge très remarquable que Cour de cassation et Conseil d'État se soient alignés.

¹⁵¹³ Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit, note M. VÉRICEL, *RDT* 2019, p. 644, note B. BOSSU, *JCP S* 2019, 1038, obs. H. de BRIER, *Gaz. Pal.* 2019, p. 58, note J. ICARD, *BJT* fév. 2019, p. 15. Mieux que l'arrêt de 2018 (Soc. 18 janv. 2018, n° 16-20.618, inédit, précité) car la Cour de cassation ajoute la nouvelle formulation du Conseil d'État.

géolocalisation mis en œuvre par l'employeur était le seul moyen permettant d'assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés ». De cette jurisprudence bien établie¹⁵¹⁴, il ressort que la géolocalisation n'est autorisée qu'en cas *d'impossibilité absolue* de recourir à un autre moyen¹⁵¹⁵. Plusieurs auteurs ont parlé d'une illicéité de principe¹⁵¹⁶, et de la prévalence du respect des droits fondamentaux sur la praticité des nouvelles technologies pour contrôler le temps de travail¹⁵¹⁷. Au vu de la formulation jurisprudentielle retenue, très fermée, on attend effectivement de voir dans quelle situation les juges admettront l'absence de *tout autre moyen de contrôle de la durée du travail*, non seulement pour des secteurs qui fonctionnaient de fait sans ces technologies auparavant et parvenaient à décompter la durée du travail¹⁵¹⁸ mais également dès lors que l'auto-déclaratif semble dans la plupart des cas *envisageable*.

II- LA FICTION DU DÉCOMPTE A PRIORI : LA QUANTIFICATION PRÉALABLE DU TEMPS À TRAVAILLER

543. La figure ancienne du travailleur à domicile – plus souvent travailleuse¹⁵¹⁹ – s'est progressivement éloignée de notre champ de vision¹⁵²⁰. Construit historiquement plus comme

¹⁵¹⁴ Voir depuis : Soc. 16 déc. 2020, n° 19-10.007, inédit, chron. M. BOURGEOIS, L. THIBIERGE, *JCP E* 2021, 1331 (La cour d'appel a relevé qu'il existait des dispositifs au sein de la société pour contrôler le temps de travail du personnel d'exploitation itinérant, moins intrusifs que la géolocalisation, ce dont il résultait que le recours à ce dispositif n'était pas justifié). V. aussi Soc. 22 mars 2023, n° 21-22.852, inédit.

¹⁵¹⁵ M. VÉRICEL, *RDT* 2019, p. 644 (note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit). V. aussi avant la jurisprudence : J.-E. RAY, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 1077.

¹⁵¹⁶ *Ibid.* ; M.-C. SARRAZIN, *Dr. ouvrier* 2018, p. 702 (note sous CE 15 déc. 2017, req. n° 403776, *Dr. ouvrier* 2018, p. 702).

¹⁵¹⁷ B. BOSSU, *JCP S* 2019. 1038 (note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit).

¹⁵¹⁸ H. de BRIER, *Gaz. Pal.* 2019, p. 58 (note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit).

¹⁵¹⁹ Enquête Emploi INSEE 1975 : les femmes représentent à l'époque près de 90% des ouvriers et employés à domicile.

¹⁵²⁰ En France, le nombre de travailleurs à domicile diminue à partir de la fin de la Première Guerre mondiale, (Y. DELORME-ROUSSELOT, *Le travail à domicile*, Paris, impr. de M. Lavergne, 1941, p. 11), puis plus drastiquement entre 1960 à 1980 où il passe de 116.000 à 34.000 (G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 11^{ème} éd., 1982, p. 558).

variable d'ajustement que contre l'usine¹⁵²¹, le travail à domicile permettait de réagir aux fluctuations auxquelles ne pouvait répondre le système rationalisé de l'usine ou de l'atelier¹⁵²². Pouvant sembler archaïque, le travail à domicile s'est en fait surtout délocalisé hors de nos frontières et est par ailleurs sous-déclaré sur notre territoire¹⁵²³. Il n'a pas disparu complètement pour autant dans les pays dits occidentaux¹⁵²⁴, où il affiche en fait une figure nouvelle, modernisée et vantée pour l'autonomie et la liberté qu'il offrirait¹⁵²⁵. Originellement manuel, il est aujourd'hui aussi intellectuel, à l'instar du travail de traduction.

Notons de suite que si le travail à domicile entretient un lien de filiation évident avec le télétravail¹⁵²⁶, il s'en distingue assurément sur le plan juridique : là où le télétravailleur est « un travailleur comme les autres », le travailleur à domicile figure à la fameuse partie 7 du code du travail¹⁵²⁷. Le travailleur à domicile est ainsi soumis à un statut spécifique qui, sans

¹⁵²¹ S'il a pu être considéré au début du XX^{ème} siècle que le travail à domicile tendait à remplacer le travail en usine, le recul historique indique plutôt une cohabitation des deux (Rapport le Pic, *Le travail à domicile en France*, 1906, p. 8).

¹⁵²² À la fois « victime de cette rationalisation (cf. son dépérissement en volume) et comme son complément indispensable car il compense sa rigidité » (J.-P. DURAND, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, *Travail et emploi* 1985, p. 34). V. aussi B. COURAULT, *Le travail à domicile en 1981*, *Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi*, PUF, 1982 ; C. REY, *Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des NTIC*, *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2001, n° 13, pp. 173-193 (le domicile « comme moyen de flexibilité pour pallier les variations de la production ») ; G. DUVEAU, *La vie ouvrière en France sous le Second Empire*, Gallimard, 1946 ; M. HAICAUT, « Travail et travailleurs à domicile », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Éd. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 45).

¹⁵²³ Voir J.-P. DURAND, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, étude effectuée pour le compte du Ministère du travail, convention n° 1788/267, Université Limoges, 1980, p. 4.

¹⁵²⁴ C. LIPSIG MUMME. La renaissance du travail à domicile dans les économies développées, *Sociologie du travail*, juill.-sept. 1983, pp. 313-335 ; M. LALLEMENT, Une forme d'emploi : le travail à domicile, *L'emploi l'entreprise et la société* 1990, p. 191.

¹⁵²⁵ I. LAURENT-MERLE, Le travail à domicile en Europe : mythe et réalité, *JCP S* 2005, 1396.

¹⁵²⁶ Télétravail et travail à domicile s'inscrivent, du moins à première vue, dans un sillage commun, en dehors des portes de l'entreprise et du regard physique de l'employeur. Voir C. REY, F. SITNIKOFF, Télétravail à domicile et nouveaux rapports au travail, *Revue Interventions économiques*, 2006, en ligne.

¹⁵²⁷ P.-Y. VERDKINDT, À propos du télétravail et du télétravailleur...après la loi du 22 mars 2012, *Les Cahiers du DRH* 2012, n° 187.

s'assimiler entièrement au salariat, lui permet de bénéficier d'une grande part de sa réglementation.

544. La réglementation du travail à domicile résonne avec celle, plus moderne, de la distribution directe¹⁵²⁸. Celle-ci consiste en la distribution de journaux gratuits et de publicités dans les boîtes à lettres. Bénéficiant d'une liberté dans l'exécution de la prestation, les salariés peuvent en principe choisir leurs créneaux horaires pour peu de distribuer les documents fournis dans un certain délai¹⁵²⁹. Des contrôles de la part de l'employeur peuvent être réalisés¹⁵³⁰, sur le terrain, en inspectant par exemple l'état des boîtes aux lettres et en interrogeant le voisinage, ou à distance, vérifiant auprès des destinataires que les documents leur ont bien été distribués¹⁵³¹. Au-delà de ces contrôles inopinés visant à s'assurer que le travail est effectivement réalisé, il s'agit de se pencher sur l'évaluation du temps de travail. Le dispositif est réglementé par la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004¹⁵³². Nous nous intéresserons ici à l'article 2 du chapitre IV de la CCN, qui concerne « *l'activité de distribution en dehors des locaux de l'entreprise et hors d'un collectif de travail* »¹⁵³³. La réglementation est précisée par un contentieux jurisprudentiel foisonnant, d'une part sur le temps partiel, notamment modulé¹⁵³⁴, et d'autre part, et c'est cela qui nous intéresse ici, sur la quantification du temps de travail.

¹⁵²⁸ Selon Madame Christine Neau-Leduc il s'en inspire (C. NEAU-LEDUC, *Dr. soc.* 2013, p. 614, note sous Soc. 16 juin 2010, 08-42.758, *Bull.* n° 144). À l'origine, ces travailleurs sont qualifiés d'indépendants (D. ASQUINAZI-BALLEUX, A. BUGADA, C. MORIN, G. VACHET, Quel avenir pour les distributeurs de prospectus et de journaux gratuits en boîte aux lettres ? *JCP E* 2003, 1664), puis l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est amenée à admettre l'état de subordination dans lequel ils se trouvent, l'enjeu en l'espèce étant l'assujettissement au régime général de la Sécurité sociale (Ass. Plén., A. JEAMMAUD, *D.* 1977, p. 173). Cette décision est reprise et généralisée par la chambre sociale de la Cour de cassation (Soc. 27 fév. 1992, n° 89-18.421, inédit).

¹⁵²⁹ B. BOUBLI, Le SMIC dans les professions à horaire prédéterminé : l'exemple des distributeurs de prospectus, *JCP S* 2005, 1346.

¹⁵³⁰ D. ASQUINAZI-BALLEUX, A. BUGADA, C. MORIN, G. VACHET, Quel avenir pour les distributeurs de prospectus et de journaux gratuits en boîte aux lettres ? *JCP E* 2003, 1664.

¹⁵³¹ Des entreprises se spécialisent même dans le contrôle au service d'autres enseignes.

¹⁵³² Après plus de dix ans de négociations entre le Syndicat national de la Distribution Directe, côté patronal, et les cinq confédérations représentatives au niveau national, côté syndical.

¹⁵³³ CCN de la distribution directe du 9 février 2004, art. 2.2.1.2.

¹⁵³⁴ Il s'agit d'un contentieux majeur car le contrat à temps partiel, et plus précisément à temps partiel modulé,

545. Au-delà de la désuétude certaine du travail à domicile, et de la marginalité de la distribution directe, leur réglementation recouvre aujourd'hui un intérêt particulier eu égard au discours montant d'un contrôle du temps de travail de plus en plus compliqué. Ce discours s'appuie d'une part sur l'extension du télétravail et du travail à distance qui priverait l'employeur de ses capacités de contrôle. Il invoque d'autre part la généralisation d'un management centré sur l'autonomie¹⁵³⁵ qui ferait perdre sa pertinence à la mesure du temps de travail¹⁵³⁶. Si ces arguments sont plus idéologiques que matériellement fondés – le contrôle à distance du temps de travail se pratiquant sans souci et l'autonomie n'empêchant pas un décompte *a posteriori* du temps travaillé –, ils n'en demeurent pas moins actifs dans l'évolution souhaitée du droit du travail, et portent en eux la volonté d'un retour au travail à la tâche. Étudier les solutions trouvées dans le cadre du travail à domicile et de la distribution directe pour exprimer *en temps* des tâches à réaliser s'avère donc particulièrement intéressant.

En effet, la réglementation du travail à domicile et celle de la distribution directe révèlent une appréciation originale du temps du travail. À défaut de contrôle de l'activité réelle, du fait de la liberté d'exécution dans le travail, le droit a opté pour une fixation *a priori* des temps d'exécution. Il s'agit finalement d'une forme *de décompte a priori* du temps de travail, qui permet d'appliquer la réglementation relative à une rémunération minimale, mais également d'encadrer d'une façon ou d'une autre la durée du travail. Pour cela, les temps d'exécution sont déterminés *a priori*, dans une démarche forcément abstraite mais dans le but de refléter au moins la réalité des temps travaillés (A). Afin d'en vérifier la détermination et d'en informer les travailleurs, ces temps d'exécution doivent faire l'objet de plusieurs mentions, dont le défaut doit être pallié ou sanctionné d'une façon ou d'une autre (B).

est le contrat « type » du secteur.

¹⁵³⁵ V. par exemple M. LALLEMENT, *Le travail sous tensions*, 2^{ème} éd., Sciences Humaines Éditions, 2018, p. 66.

¹⁵³⁶ Parmi tous les articles de l'auteur sur le sujet, et défendant cette vision, voir par exemple : J.-E. RAY, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ? Dr. soc.* 2012, p. 443.

A- LA DÉTERMINATION A *PRIORI* DES TEMPS D'EXÉCUTION : LA RECHERCHE INABOUTIE DE REFLÉTER LA RÉALITÉ

546. Le droit du travail à domicile, comme celui de la distribution directe, se compose d'un ensemble de réglementation et de procédures qui visent à déterminer des temps d'exécution, préalablement à l'exécution du travail, qui s'approcheraient au mieux de la réalité des temps qui sont en réalité travaillés (1). Au-delà de certains commentaires à faire à la réglementation en elle-même, des lacunes importantes sont à constater dans sa mise en œuvre, tant du côté du traitement de l'inobservation de la réglementation que de celui du niveau des temps effectivement fixés (2).

1- Des temps d'exécution abstraits à visée réaliste

547. La détermination des temps d'exécution repose sur une réglementation qui organise une conversion des tâches en temps, à la recherche d'un « modèle temps » qui s'approcherait le plus possible des temps réels (a). Dans cette perspective, des acteurs considérés compétents en la matière sont mobilisés (b).

a- Le principe de la conversion d'une tâche en temps et la recherche de « modèles temps »

548. Le principe de la conversion d'une tâche en temps, et la recherche de « modèles temps » qui l'accompagne, est initié et posé par le droit du travail à domicile (i). Cette convention est, plus tard, remobilisée et sophistiquée par le droit de la distribution directe (ii.)

i- *Le principe posé par le droit du travail à domicile*

549. À défaut de décompte du temps travaillé, la réglementation du travail à domicile s'attelle à déterminer les « temps d'exécution » des travaux fournis aux travailleurs. Pour cela, les tâches sont converties en heures de travail. Cela s'inscrit expressément dans la perspective de la rémunération et plus précisément dans la finalité de s'assurer d'une rémunération minimale. La réglementation relative à la détermination des temps d'exécution est ainsi codifiée à une section relative aux *Salaires*, dont elle forme la première sous-section, suivie de la sous-section sur la détermination du salaire.

La détermination des temps d'exécution compose avec deux objectifs, difficilement conciliables en apparence. Premièrement, elle fait face à un mode de travail particulier dans

lequel le temps de travail réalisé n'est pas décompté, et n'a pas à l'être. La détermination de ces temps d'exécution, avec toujours en perspective le respect d'une rémunération minimale qu'elle sert à fixer, n'a pas et ne peut pas coller exactement au temps réellement travaillé. Secondement, elle aspire, au regard de sa finalité, à construire un « modèle temps » qui doit correspondre au mieux à une forme de réalité, aux temps d'exécution supposés des autres salariés. On parle aussi d'un temps de référence¹⁵³⁷. Chaque travailleur s'écartera réellement de ce temps de référence en fonction de ses capacités, de son expérience, de son degré de concentration ou encore de son outillage, mais les temps d'exécution fixés visent à être les plus probables possibles, et cela d'autant plus à grande échelle.

550. On peut se demander si une telle conversion est envisageable pour tout type de travail à domicile. La réglementation du travail à domicile diverge selon que les temps d'exécution vont être fixés par la convention collective ou par l'Administration.

Concernant les temps d'exécution fixés par la convention collective de branche, la loi vise seulement les « travaux en série » et « ceux qui peuvent être préalablement décrits »¹⁵³⁸. Si les « travaux en série » relèvent d'une matérialité objective, le fait de pouvoir « être préalablement décrits » laisse une place à l'appréciation des négociateurs sociaux pour conclure ou non sur leur compétence. Soulignons de plus que se limiter au cas où les temps peuvent être préalablement décrits réduit l'ambition et l'impulsion à convertir une tâche en temps. On aurait pu, à l'inverse, partir de la nécessité de convertir une tâche en temps pour exiger, autant que possible, que le travail puisse être préalablement décrit.

À défaut d'accord conclu, et pour les travaux qui ne relèvent pas de la compétence de la branche, il revient au préfet¹⁵³⁹ de fixer les temps d'exécution¹⁵⁴⁰. Ici, tous les travaux sont concernés, sans condition.

¹⁵³⁷ Voir Soc. 30 nov. 2005, n° 03-42.491, inédit : mentionne le « temps normal d'exécution de référence ».

¹⁵³⁸ C. trav. art. L. 7422-1.

¹⁵³⁹ En principe, le préfet est compétent (C. trav. art. R. 7522-1), le ministre ne peut intervenir qu'en cas de carence et seulement pour certaines activités (C. trav. art. L. 7422-3 et R. 7422-6).

¹⁵⁴⁰ Sur les différents niveaux de fixation des temps d'exécution, à propos de l'arrêt du 10 mai 2007, voir D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007, p. 1177 (obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73).

ii- *Le principe repris et sophistiqué par le droit de la distribution directe*

551. La conversion de tâche en temps est opérée également dans le cas de la distribution directe de prospectus et de journaux gratuits, réglementée conventionnellement depuis 2004. La convention collective de branche¹⁵⁴¹ institue notamment « *une quantification au préalable de l'ensemble des missions à accomplir, en fonction de critères associés à un référencement horaire du temps de travail* ». Le droit du temps de travail de la distribution directe se distingue profondément de celui du travail à domicile du fait que cette quantification préalable n'exonère pas du décompte du temps de travail¹⁵⁴². Ceci étant dit, les deux prétendent atteindre une pré-quantification du temps de travail réaliste.

552. Le droit de la distribution directe se distingue aussi dans la précision de sa réglementation relative à la conversion temporelle des tâches. L'annexe III de la convention collective de branche vise à déterminer les « *cadences* », en fonction des secteurs de distributions. Huit types de secteur se dessinent, sous-ensembles de trois grandes catégories d'environnement, l'urbain, le sur-urbain et le rural. Ils se définissent principalement à partir de la part d'habitat collectif, d'habitat individuel et la zone où se situe le secteur. Pour définir la cadence, plusieurs paramètres sont pris en compte parmi lesquels la topographie du secteur et le nombre total de boîtes à lettres, les problèmes d'accessibilité en zone urbaine (horaires, codes, passes) mais aussi en zone rurale, la prévention des risques (zone urbaine sensible, présence d'animaux dangereux), la prise en compte des problèmes de stationnement et enfin le ratio entre le nombre de points de dépôts et le nombre de points de distribution¹⁵⁴³. Un tableau se construit et détermine pour un poids de « *poignée* » le « *nombre de boîtes aux lettres distribuées par heure* ». Cela est ensuite multiplié par le volume de distribution confié. Les activités annexes, liées à la préparation ou au chargement, font aussi l'objet d'une quantification. C'est sur ces bases qu'est établie la rémunération¹⁵⁴⁴.

La mécanique se résume donc à des missions définies précisément, puis quantifiées en temps de travail, sur la base duquel la rémunération est fixée. Alors que la distribution directe

¹⁵⁴¹ CCN de la distribution directe du 9 février 2004.

¹⁵⁴² V. Paragraphe 769 et s.

¹⁵⁴³ V. II Détermination des cadences annexe III de la CCN.

¹⁵⁴⁴ « *Le distributeur perçoit une rémunération assise sur la base de la grille de correspondance prévue à l'annexe III pour le volume de distribution confié* ».

se définit parfois par son *mode de rémunération*¹⁵⁴⁵, à la pièce ou à la tâche selon l'expression, la mécanique dessine davantage une rémunération à l'heure¹⁵⁴⁶, qui découle en revanche d'un décompte particulier.

b- La mobilisation d'acteurs considérés compétents

553. Si la rémunération minimale est abstraite, la méthode de fixation doit chercher à lui donner des contours fidèles à des réalités concrètes. C'est ce qui justifie la mobilisation d'acteurs considérés compétents. D'après l'article L. 7422-1 du code du travail, « *dans les branches professionnelles employant des travailleurs à domicile, le tableau des temps nécessaires à l'exécution des travaux en série et de ceux qui peuvent être préalablement décrits pour les divers articles et les diverses catégories de travailleurs est établi par les conventions ou accords collectifs de travail* » ; ce n'est qu'à défaut que l'autorité administrative prend la main¹⁵⁴⁷. De façon assez précoce en droit du travail, la primauté est donc donnée aux négociateurs sociaux¹⁵⁴⁸. Sans être précisé textuellement, il ressort que les conventions ou accords collectifs de travail visés sont pris au niveau de la branche, ce que confirme la disposition suivante qui mentionne la convention ou accord *étendu*. L'ancienneté du dispositif peut expliquer que la convention de branche, pendant longtemps quasi exclusive, demeure l'acte conventionnel unique.

À défaut d'une telle convention ou accord collectif, il revient à l'autorité administrative de dresser « *le tableau des temps d'exécution des travaux* ». La compétence est accordée normalement au préfet¹⁵⁴⁹, le ministre n'intervenant qu'en cas de carence et pour certaines activités¹⁵⁵⁰. S'il demeure décisionnaire, le préfet doit toutefois requérir l'avis d'une commission départementale professionnelle¹⁵⁵¹. Il s'agit d'un procédé ancien, qui fait

¹⁵⁴⁵ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP S* 2019, 1257 (note sous Soc. 5 juin 2019, n° 17-23.228, Publié).

¹⁵⁴⁶ En ce sens : M. MORAND, *JCP S* 2019, 1310 (note sous Soc. 18 sept. 2019, n° 17-31.274, Publié).

¹⁵⁴⁷ Sur les différents niveaux de fixation des temps d'exécution : D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007, p. 1177 (obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73).

¹⁵⁴⁸ P. CHAUMETTE « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Ed. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 72.

¹⁵⁴⁹ C. trav. art. R. 7522-1 (auparavant, il était d'ailleurs directement visé par L. 721-11 du code du travail).

¹⁵⁵⁰ C. trav. L. 7422-3 et R. 7422-6. Voir un arrêt Soc. 25 nov. 1970 N° 69-12.747, *Bull.* n° 660.

¹⁵⁵¹ À l'origine (loi de 1915) : conseil du travail normalement compétent (créé par le décret du 17 sept. 1900)

intervenir employeurs et travailleurs dans la détermination des temps d'exécution. La commission est composée paritairement de six membres, employeurs et travailleurs à domicile, désignés « *selon la nature de l'industrie* »¹⁵⁵², désormais sans présidence du juge professionnel¹⁵⁵³. L'adéquation de la commission au cas traité est rappelée par la disposition réglementaire selon laquelle celle-ci « *peut varier, d'une part, selon la nature des travaux pour lesquels elle est consultée, d'autre part, pour une même branche d'activité, selon qu'elle est appelée à émettre un avis sur les temps d'exécution des travaux ou sur les salaires et les frais d'atelier* ». Dès lors qu'il s'agit de fixer des temps d'exécution propres à certains travaux, requérant une appréciation très concrète, mobiliser ces acteurs du travail apparaît pertinent. Toujours selon la nature de l'activité, les membres de la commission sont désignés par le préfet, après consultation des organisations patronales et de travailleurs représentatives au niveau national ainsi que de l'Administration du travail¹⁵⁵⁴. La consultation n'impose pas au préfet de se tenir aux propositions faites par lesdites organisations, même si l'intérêt de les outrepasser semble assez faible. On aurait toutefois pu donner le pouvoir aux organisations de nommer directement les membres de la commission. Mais le préfet a surtout « le dernier mot » sur l'établissement du tableau des temps d'exécution. Autrement dit, l'avis des organisations est purement consultatif, alors qu'un avis conforme aurait pu être utilement prévu¹⁵⁵⁵.

Les organisations professionnelles disposent par ailleurs d'un droit de sollicitation. Elles peuvent demander à l'autorité administrative, cette fois-ci le ministre chargé du Travail¹⁵⁵⁶, de

divisé par sections, et en nombre paritaire entre 6 et 12 personnes au total avec des élections spécifiques qui en choisissent les membres. Ce n'est qu'à défaut de conseil du travail, dans le champ professionnel ou géographique donné, que d'autres instances sont mobilisées, le comité de salaire et le comité professionnel d'expertise, respectivement compétent pour la fixation du taux horaire et du temps d'exécution. Le comité de salaire est constitué dans le chef-lieu du département et composé de 4 ouvriers ou ouvrières et 4 patrons exerçant dans ces industries. Ils sont choisis par les présidents et vice-présidents des conseils de prud'hommes et à défaut par le président du tribunal civil (article 33 f). Le comité professionnel d'expertise est composé de deux fois moins de membres paritaires, et présidé également par le juge de paix.

¹⁵⁵² C. trav. art. R. 7422-1.

¹⁵⁵³ Voir note de bas de page 1544, les comités supplétifs étaient présidés par le juge de paix.

¹⁵⁵⁴ C. trav. art. R. 7422-2 (C. trav. anc. art. R.721-6).

¹⁵⁵⁵ À l'instar de l'article R. 7422-7 du code du travail qui exige un avis *conforme* de la commission dans le cas où la comparaison est possible avec des salariés de la même profession, et simple avis dans le deuxième cas.

¹⁵⁵⁶ C. trav. art. R 7422-6.

fixer des temps d'exécution de certains travaux à domicile¹⁵⁵⁷. Elles partagent ce droit avec « *toute personne intéressée* » et avec le ministre qui peut s'en charger d'office. La fixation intervient toujours après consultation d'une commission paritaire, départementale ou nationale selon l'étendue du territoire concerné¹⁵⁵⁸.

La mobilisation de la commission est centrale pour s'assurer d'une approche experte dans l'établissement de ces temps. Or l'ensemble de ces dispositions ne s'applique que lorsque l'autorité administrative devient compétente, la commission faisant office finalement d'auxiliaire au préfet ou au ministre. Mais, en cas, prioritaire, d'établissement du tableau des temps d'exécution par convention ou accord collectif¹⁵⁵⁹, l'intervention de la commission disparaît. Pourtant, les acteurs de la négociation risquent d'être moins spécialisés que les membres d'une commission spéciale de fixation de ces temps. Il est regrettable que cette commission ne doive pas être sollicitée lorsque les temps d'exécution sont établis par convention de branche. En effet, la confiance suggérée dans la négociation de branche n'est pas suffisante pour se priver d'une expertise spécifique, essentielle dans le cas du travail à domicile qui forme un îlot du droit du travail.

554. Du côté de la distribution directe, chaque cadence de distribution, affectée à chaque secteur, est « *validée par le responsable du site de distribution* ». Si la cadence est établie à partir des critères définis conventionnellement, le « dernier mot » revient ainsi à l'employeur. Les institutions du personnel sont intégrées au processus. À défaut de mise à jour depuis les ordonnances de 2017, la réglementation fait toujours référence au Comité d'Hygiène de Santé et des Conditions de travail (CHSCT), censé se voir communiquer trimestriellement une série d'informations¹⁵⁶⁰ et participer aux décisions d'action à mettre en œuvre si des dérives sont

¹⁵⁵⁷ C. trav. art. L. 7422-3 (anciennement article L. 721-13, formulations identiques).

¹⁵⁵⁸ Pourquoi cette précision n'est pas faite pour le cas, « classique », de fixation des temps d'exécution ?

Quand c'est dans un cadre *a priori*, cela doit être donc fait au niveau du département. « *Certains travaux à domicile* » peuvent en revanche, ici, voir leur temps d'exécution fixés à un niveau supérieur.

L'article précise aussi que la composition est fixée « *dans chaque cas* » par arrêté du ministre chargé du travail. On suppose que lorsque le préfet est compétent, c'est logiquement un arrêté préfectoral qui est pris.

¹⁵⁵⁹ C. trav. art. L. 7422-1.

¹⁵⁶⁰ Voir III Mise en œuvre et contrôle Annexe III de la CCN : les données communiquées au CHSCT sont : nombre de secteurs pour lesquels la fourchette haute/basse a été utilisée et dispersion des secteurs au sein des fourchettes ; effet sur la quantification de la charge globale de travail sur l'entité ; motifs des utilisations des fourchettes ; nombre de contestations et suites données.

constatées, puis à l'ancien Comité d'entreprise informé des actions de correction envisagées. On peut considérer, au regard de la réglementation actuellement en vigueur, que ces communications, informations et participations doivent être dorénavant adressées au CSE, en impliquant la Commission Santé Sécurité et Conditions de travail (CSSCT) lorsqu'elle existe. Ces interventions ne s'assimilent cependant pas à *un pouvoir de décision* face à des cadences.

2- Des lacunes qui éloignent de la réalité des temps travaillés

555. En admettant que les mécanismes de conversion des tâches en temps, pour le travail à domicile, et de pré-quantification des temps, pour la distribution directe, aspirent à déterminer au mieux les temps qui vont être travaillés, il nous faut en évaluer la réussite. Or celle-ci apparaît mitigée au vu à la fois de l'exercice de la détermination des temps d'exécution qui donne lieu à une sous-évaluation (a) et du traitement juridique de l'absence de fixation des temps d'exécution qui n'assure que partiellement le travailleur de ses droits (b).

a- L'exercice de la détermination des temps d'exécution : la sous-évaluation des temps

556. La détermination des temps d'exécution, avec celle du taux horaire de base, vise à fixer une rémunération minimale. La détermination du taux horaire de base est faite comparativement à l'ouvrier ou salarié « *d'habilité moyenne* »¹⁵⁶¹, du moins lorsque l'autorité administrative fixe ce taux horaire. Au contraire, aucun élément de comparaison n'est prévu pour fixer les temps nécessaires à l'exécution d'une tâche.

On doit se tourner vers la pratique pour tenter d'y voir plus clair sur l'état de la détermination de ces temps. D'après un rapport sur le travail à domicile rendu au ministère du Travail en 1980, les temps d'exécution « *sont calculés au plus serré* » et « *traduisent bien plus un rapport de forces que le temps effectivement nécessaire à l'exécution d'un objet* »¹⁵⁶². Ce rapport de force laisse toute la place à l'arbitraire patronal, au détriment de l'ambition d'approcher au plus près d'un temps d'exécution représentatif de la réalité¹⁵⁶³. Or, les temps d'exécution servant principalement à établir le salaire minimum des travailleurs à domicile, c'est-à-dire une garantie de ressources pour vivre. Il aurait été plus adéquat de se référer,

¹⁵⁶¹ C. trav. art. L. 7422-6.

¹⁵⁶² *Ibid* ; M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89.

¹⁵⁶³ G. LYON-CAEN, *Le salaire, t.2 Droit du travail*, G.H. Camerlynck (dir.), 2^{ème} éd., 1981, p. 207.

comme pour le taux horaire de base, à un travailleur d'habileté moyenne, voire plus basse encore. En effet, fixer ces temps « *au plus serré* » lèse l'ensemble des travailleurs qui mettent en moyenne plus du temps à réaliser leur travail¹⁵⁶⁴. Autrement dit, la finalité de la réglementation étant de garantir une protection minimale, et vitale, il apparaît important de se donner une « marge d'erreur » dans la détermination des temps, tout à l'inverse d'un calcul au plus serré.

À cela s'ajoute que le travailleur à domicile n'est pas dans les mêmes conditions d'exécution que le travailleur en atelier ou en usine, à qui on prétend pourtant le comparer. Il est notamment privé de l'usage des outils industriels et de l'organisation collective de la production. Contrairement au télétravail¹⁵⁶⁵, rien n'indique que le travailleur à domicile suive la même productivité qu'en entreprise. Aligner les travailleurs à domicile sur la productivité de l'usine éloignerait d'autant plus les temps fixés de la réalité. Ces décalages incitent les travailleurs à domicile à intensifier leur travail pour parvenir à la rémunération minimale escomptée¹⁵⁶⁶.

557. Par ailleurs, le mécanisme de fixation est largement tombé en désuétude. Une fois fixés, les temps d'exécution ont été très peu modifiés, ce qui les rend inévitablement moins représentatifs des temps réels qu'ils ambitionnent pourtant de refléter¹⁵⁶⁷. En effet, la réglementation actuelle relative à la détermination des temps d'exécution est identique à celle établie il y a plusieurs décennies¹⁵⁶⁸. Celle sur la détermination du taux horaire est extrêmement proche. La diversification des tâches et la multiplication des opérations

¹⁵⁶⁴ *Ibid.* : il se réfère notamment à la Convention Collective de Branche de l'Industrie Textile qui prévoyait que : « *le rendement normal se définit par référence au rythme optimum qu'un salarié normalement constitué, qualifié et entraîné pour l'emploi, peut soutenir pendant la durée du travail en libérant toute son activité* ».

¹⁵⁶⁵ Hausse de la productivité de 22% en moyenne (Enquête Greenworking, Le télétravail dans les grandes entreprises françaises. Comment la distance transforme nos modes de travail, Rapport remis au Ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, mai 2012 ; hausse reconnue dans le Diagnostic paritaire relatif au télétravail du 22 sept. 2020 sur le télétravail).

¹⁵⁶⁶ J.-P. DURAND, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, étude effectuée pour le compte du Ministère du travail, convention n° 1788/267, Université Limoges, 1980, p. 2.

¹⁵⁶⁷ M.-P. COUPILLAUD, *op. cit.*, p. 89 ; P. BURNEL, *Travail à domicile. Télétravail*, Éd. Liaisons, 2011, p. 126.

¹⁵⁶⁸ C. trav. anc. art. L. 721-10 (sauf une modification avec la loi n° 82-957 du 13 nov. 1982, art. 28 : « *convention ou accords collectifs* »).

effectuées par chaque travailleur participent à l'inapplication des conventions collectives ou arrêtés préfectoraux¹⁵⁶⁹. De plus, le mécanisme de fixation de ces temps apparaît plus approprié aux activités artisanales et industrielles¹⁵⁷⁰, pour lesquelles il a été pensé. Pour les activités à dominante intellectuelle ou artistique, la fixation *a priori* de ces temps semble plus délicate. Les stipulations des conventions collectives ou des arrêtés préfectoraux et ministériels ne sont plus appliquées face à des temps d'exécution qui ont perdu leur aspect standardisé¹⁵⁷¹. La rémunération s'est mise alors à être fixée unilatéralement par l'employeur, phénomène marqué par une tendance à une réduction des délais et une intensification du travail¹⁵⁷².

558. Ce phénomène de sous-estimation se retrouve également dans la pré-quantification à l'œuvre dans la distribution directe. Les représentants du personnel et l'inspection du travail ont ainsi pu révéler que les « *quantifications préalables définies par la convention collective ne remplissent pas le principe de portée générale de la rémunération au minimum du SMIC pour toute heure travaillée* »¹⁵⁷³, du fait d'une sous-estimation des temps nécessaires aux différentes tâches. Le recours semble n'être envisageable qu'au cas par cas, au regard du temps réellement travaillé d'un salarié donné, là où une solution collective, de l'ordre d'une révision de la convention collective, serait bienvenue.

b- En cas de non-détermination des temps d'exécution : une solution palliative insuffisante

559. Dans un arrêt inédit rendu le 30 novembre 2005¹⁵⁷⁴, la Cour de cassation a dû se prononcer sur la situation où « *le temps normal d'exécution de référence pour un objet n'était*

¹⁵⁶⁹ I. LAURENT-MERLE, Le travail à domicile en Europe : mythe et réalité, *JCP S* 2005, 1396.

¹⁵⁷⁰ Exemple : industrie de la ganterie de peau, très détaillé (P. BURNEL, *op. cit.*, p. 127).

¹⁵⁷¹ I. LAURENT-MERLE, Le travail à domicile en Europe : mythe et réalité, *JCP S* 2005, 1396.

¹⁵⁷² *Ibid.* ; C. REY, Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des NTIC, *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2001, n° 13, p. 185.

¹⁵⁷³ T. RENARD, Précompter n'est pas décompter, *Dr. soc.* 2009, p. 721.

L'organisation syndicale SUD relève des exemples d'incohérences dans les éléments relatifs à la pré-quantification, par exemple le temps de trajet en zone urbaine, calculé sur une moyenne de 60km/heure. Des inspecteurs du travail le constatent également.

¹⁵⁷⁴ Soc. 30 nov. 2005, n° 03-42.491, inédit.

pas évalué et que les bases de la rémunération n'avaient pas été négociées ». Sur la base qui était utilisée en l'espèce, le travailleur percevait une rémunération inférieure à celle d'un ouvrier en atelier. La Cour de cassation rappelle que le salarié doit bénéficier du « salaire minimum » pour l'horaire mensuel tel qu'il résulte du constat par huissier du temps moyen d'exécution d'une pièce¹⁵⁷⁵. La solution de la Cour permet que le travailleur lésé puisse revendiquer le bénéfice du salaire minimum qu'il aurait normalement dû percevoir. Or cette solution-ci n'est plus retenue dans l'arrêt du 10 mai 2007, quant à lui publié et multiplement commenté¹⁵⁷⁶ où la Cour de cassation demeure silencieuse sur la façon de déterminer les temps d'exécution manquants. La solution de l'arrêt de 2007 fragilise le caractère d'ordre public des modalités de rémunération définies par le code du travail¹⁵⁷⁷, dans la mesure où leur violation n'emporte pas une mise en conformité, qui s'exigeait pourtant. Mobiliser l'autorité administrative pour la soumettre à l'obligation de fixer les temps d'exécution était une solution envisageable. Notons d'ailleurs que, jusqu'en 1955, les inspecteurs du travail étaient compétents pour fixer les temps d'exécution lorsque le préfet ne l'avait pas fait¹⁵⁷⁸. En l'état actuel du droit, l'incurie conventionnelle et administrative n'est pas correctement palliée alors qu'elle lèse potentiellement le travailleur à domicile.

B- LES MENTIONS RELATIVES AUX TEMPS D'EXÉCUTION ET LE RAPPORT À LA RÉALITÉ DES TEMPS TRAVAILLÉS

560. Les travailleurs à domicile doivent être informés des temps d'exécution, dès lors notamment que ceux-là déterminent les salaires minima et permettent de prédire, plus ou moins, le temps nécessaire à la réalisation du travail demandé. Il s'agit ici de se demander dans quelle mesure ces mentions relatives aux temps d'exécution circonscrivent ce qui sera considéré et rémunéré *in fine* comme du temps de travail. Autrement dit, il s'agit d'interroger le rapport entre les mentions relatives aux temps d'exécution et la réalité des temps travaillés. La réponse varie selon que ces mentions ont été établies effectivement ou non.

¹⁵⁷⁵ Sur la preuve par huissier V. not. : C. SAINT-DIDIER, La preuve par huissier devant le conseil de prud'hommes, *Sem. soc. Lamy* 2006, N° 1286.

¹⁵⁷⁶ Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, précité.

¹⁵⁷⁷ *Contra* N. DAUXERRE, Rémunération minimale du travailleur à domicile, *JCP S* 2007, 255.

¹⁵⁷⁸ J.-P. DURAND, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, étude effectuée pour le compte du Ministère du travail, convention n° 1788/267, Université Limoges, 1980, p. 80.

L'établissement en bonne et due forme des mentions relatives aux temps d'exécution ne laisse, pour le travail à domicile, aucune place à la réalité du temps travaillé, au contraire du droit de la distribution de prospectus (1). En revanche, en cas d'absence de ces mentions, la réalité des temps travaillés fait surface (2).

1- L'établissement des mentions obligatoires relatives aux temps d'exécution : la possibilité d'une distorsion avec la réalité des temps travaillés

561. Les temps d'exécution fixés *a priori* doivent être mentionnés sur le bulletin ou carnet de travail du salarié. Cette mention intervient préalablement à l'exécution du travail, laissant d'abord entrevoir une volonté d'informer le salarié, sans nécessairement d'ambition de décrire la réalité du temps de travail (a). Pourtant, cette mention préalable se révèle être la référence au temps de travail même *après* l'exécution du travail. Autrement dit, elle ambitionne bien finalement d'identifier le temps travaillé, en assumant la fiction de ce temps. Proche dans le mécanisme de fixation préalable, cette fiction n'est en revanche pas retenue pour le temps de travail des distributeurs de prospectus (b).

a- Les temps d'exécution fixés *a priori* : des mentions préalables à l'exécution du travail

562. Le travailleur à domicile se voit remettre comme seul document un bulletin ou carnet de travail¹⁵⁷⁹. Il doit mentionner, parmi d'autres éléments¹⁵⁸⁰, « *la nature et la quantité du travail, la date à laquelle il est donné, les temps d'exécution, les prix à façon ou les salaires applicables* »¹⁵⁸¹. Le document consiste à informer préalablement des tarifs pratiqués et de la rémunération due en fonction du nombre d'ouvrages réalisés, afin que le travailleur soit au courant des éléments constitutifs de son salaire¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁹ C. trav. art. L. 7421-2.

¹⁵⁸⁰ Également : le nom et l'adresse de l'établissement ou les noms, prénoms et adresse du donneur d'ouvrage ; la référence de l'organisme ou organismes auxquels le donneur d'ouvrage verse les cotisations de sécurité sociale et le numéro d'immatriculation sous lequel ces cotisations sont versées ; le numéro d'inscription au registre du commerce ou au registre des métiers ; la nature et la valeur des fournitures imposées au travailleur ainsi que les frais d'atelier et accessoires ; le cas échéant, la date à laquelle le travail doit être livré.

¹⁵⁸¹ C. trav. art. R. 7421-1, 4° (C. trav. anc. art. L. 721-7 et R. 721-2).

¹⁵⁸² L. DRAI, Travail à domicile et télétravail, *LexisNexis*, fascicule 3-24.

Établi au moins en deux exemplaires, le bulletin est vraisemblablement remis au travailleur au moment de la commande des travaux, et complété et remis à nouveau au moment de la livraison du travail fini¹⁵⁸³.

563. Le donneur d'ouvrage doit de plus afficher un ensemble d'éléments dans les locaux d'attente et dans ceux où s'effectuent la remise des matières premières ou des objets et la livraison¹⁵⁸⁴ des articles achevés. Parmi eux, doivent être mentionnés les temps d'exécution des travaux à domicile, accompagnés des arrêtés préfectoraux et ministériels fixant les temps d'exécution et les salaires de référence. Les temps d'exécution retenus par le donneur d'ouvrage ne peuvent être inférieurs à ces temps arrêtés par l'exécutif. Ils peuvent en théorie être supérieurs, dès lors que le donneur d'ouvrage choisirait, ou serait contraint par un rapport de force favorable aux travailleurs, d'estimer que les ouvrages nécessitent plus de temps que ceux ainsi arrêtés. À la mention des temps d'exécution s'ajoutent celles des prix à façon ou salaires applicables à ces travaux et des frais d'atelier et frais accessoires.

À défaut d'affichage, le donneur d'ouvrage encourt une amende prévue pour les contraventions de troisième classe. L'amende vient sanctionner l'ignorance dans laquelle a été tenu chaque travailleur à domicile. Faible¹⁵⁸⁵, la sanction doit pouvoir être prononcée autant de fois que de travailleurs sont concernés¹⁵⁸⁶.

b- L'écart entre les temps d'exécution fixés *a priori* et les temps réellement travaillés

564. Dans le droit du travail à domicile, l'écart entre les temps d'exécution fixés *a priori* et les temps réellement travaillés n'est pas comblé. En d'autres termes, la fiction portée par ces temps d'exécution est irrécusable (i). Au contraire, la réglementation de la distribution de

¹⁵⁸³ Cette logique est confortée d'ailleurs par la réglementation initiale qui, dans la loi de 1915, explicitait que le bulletin est remis « *au moment où une ouvrière reçoit du travail à exécuter* », le reste des mentions étant ajouté au moment de la livraison (Loi du 10 juill. 1915). V. aussi Soc. 19 oct. 2005, 03-47.343, inédit.

¹⁵⁸⁴ L'article parle soudainement de réception, en opérant un changement de perspective du travailleur au donneur d'ouvrage.

¹⁵⁸⁵ Amende forfaitaire de 68 euros, pouvant être minorée à 45 euros ou majorée à 180 euros en fonction du délai de paiement.

¹⁵⁸⁶ À l'instar de ce que la réglementation prévoit expressément concernant par exemple la violation de la rémunération minimale : C. trav. art. R. 7422-14 : l'amende de 4^{ème} classe qui vient sanctionner la violation de la règle de la rémunération minimale est « *prononcée autant de fois qu'il y a de travailleurs concernés* ».

prospectus, qui partage le mécanisme d'une quantification temporelle préalable de tâches à accomplir, exige quant à elle que les temps *réellement travaillés* soient mentionnés puis, donc, rémunérés (ii).

i- Une fiction irrécusable dans le droit du travail à domicile

565. Les éléments qui doivent être mentionnés sur le bulletin de travail le sont au moment de la fourniture des travaux. À la livraison du travail, d'autres éléments doivent être mentionnés sur le bulletin¹⁵⁸⁷, parmi lesquels la date de livraison, le montant des prix à façon ou encore toutes les sommes avancées par le travailleur. La mention relative aux temps d'exécution n'est pas confirmée ou amendée au moment de la livraison du travail. C'est alors « comme si » les temps définis *a priori* correspondaient aux temps réellement travaillés. N'est ainsi pas prise en compte la réalité de l'exécution du travail. Si une pièce a été ratée et qu'il a fallu la refaire, le temps d'exécution n'en est pas augmenté. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 22 juin 1994 illustre clairement que le temps de travail est supposé à partir des seules mentions du bulletin de travail en énonçant que ces mentions « *sont de nature à permettre d'établir le temps de travail et la rémunération perçue par le travailleur à domicile* »¹⁵⁸⁸.

Le bulletin fait finalement office de preuve du temps de travail, et, outre l'exemplaire remis au travailleur, un bulletin doit être conservé pendant au moins cinq ans par le donneur d'ouvrage¹⁵⁸⁹, pour pouvoir être présenté en cas de demande de l'inspecteur du travail¹⁵⁹⁰.

ii- L'exigence de mentionner et de rémunérer les temps réellement travaillés pour la distribution directe

566. Le droit de la distribution directe s'apparente au droit du travail à domicile sur la fixation *a priori* du temps à travailler. L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 5 juin 2019 en témoigne¹⁵⁹¹. Rémunérée des seules heures pré-quantifiées, une distributrice soutenait avoir travaillé davantage. Condamné en appel, l'employeur défend que la

¹⁵⁸⁷ C. trav. art. R. 7421-2.

¹⁵⁸⁸ Soc. 22 juin 1994, n° 89-42.461, inédit.

¹⁵⁸⁹ C. trav. art. R. 7421-3.

¹⁵⁹⁰ C. trav. art. R. 7421-4.

¹⁵⁹¹ Soc. 5 juin 2019, n° 17-23.228, Publié, *D.* 2019, p. 1232, note T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP S* 2019, 1257.

travailleuse avait reconnu, par avenant, « *l'absence de distorsion entre la durée quantifiée conventionnellement et la durée réellement effectuée* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi sur le terrain du travail dissimulé et sur le fondement de l'article L. 8221-5 du code du travail. Selon le 2° de cet article, est réputé relever du travail dissimulé le fait « [...] *de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli* », sauf à ce que cela résulte « *d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie* ». Se posait en fait à la Cour la question de savoir si la pré-quantification conventionnelle du temps de travail pouvait justifier de mentionner sur le bulletin de paie « *un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli* », du fait qu'elle serait un « *accord d'aménagement du temps de travail* » faisant figure d'exception au titre de l'article L. 8221-5 2° du code du travail. La Cour de cassation répond, implicitement, par la négative et soulève que « *l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué* » et conclut que « *la persistance de l'employeur à décompter le temps de travail en se fondant exclusivement sur la quantification préalable des missions confiées ou accomplies par le distributeur caractérisait l'élément intentionnel du travail dissimulé* ». Refusant de faire de la pré-quantification conventionnelle du temps de travail une exception au délit de travail dissimulé, la chambre sociale de la Cour de cassation prend ses distances avec la Chambre criminelle¹⁵⁹². La solution de la Chambre sociale ne peut être qu'approuvée. D'une part, le dispositif conventionnel de quantification préalable du temps de distribution directe ne fait, tout simplement, pas partie des accords d'aménagement du temps de travail prévus par le « *titre II du livre Ier de la troisième partie* »¹⁵⁹³. D'autre part, ce qui motive les exceptions légales au délit de travail dissimulé¹⁵⁹⁴ ne se retrouve pas dans la quantification préalable de la distribution directe. En effet, du côté de l'aménagement du temps de travail *stricto sensu*, il

¹⁵⁹² Crim. 16 avril 2013, n° 12-81.767, inédit, B. INES, *D.* 30 avril 2013, H. GUICHAOUA, *Dr. ouvrier* 2013, p. 510 (déjà mis en application par Crim. 24 fév. 1998, n° 96-84.536, M. RICHEVAUX, *Dr. ouvrier* 1998, p. 278).

¹⁵⁹³ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP S* 2019, 1257 (sous Soc. 5 juin 2019, n° 17-23.228, Publié, précité) : pour l'autrice, les juges auraient pu envisager éventuellement de rattacher la sous-déclaration au dispositif du temps partiel modulé.

¹⁵⁹⁴ J.-Y. FROUIN, V. MALABAT, Définition du travail dissimulé : dialogue ou opposition des chambres sociale et criminelle ? *Dr. pénal* sept. 2014, n° 9, dossier 4.

s'agit de prendre en compte l'existence d'une partie du temps de travail¹⁵⁹⁵ dont le décompte aux fins de rémunération a lieu sur une période de référence susceptible de dépasser le mois, sur lequel le salaire est habituellement versé¹⁵⁹⁶. L'objet de l'aménagement du temps de travail est donc précisément de déconnecter la rémunération mensuelle du nombre d'heures réellement travaillées dans le mois, ce qui nécessitait d'autoriser une distorsion entre la mention sur le bulletin de paie et le nombre d'heures de travail réellement accomplies¹⁵⁹⁷. Du côté du forfait jours, le décompte horaire est écarté au profit d'un seul décompte en jours, ce qui rend évidente l'application de l'exception prévue par l'article L. 8221-5 2°. Dans les deux cas, il n'y a pas dissimulation de travail : dans le premier, chaque heure est de toute manière rémunérée, et dans le second ce sont les jours qui sont rémunérés et qui ont donc à figurer sur le bulletin de paie. À l'inverse, admettre que la quantification préalable du temps de travail dans la distribution directe puisse écarter la constitution du délit de travail dissimulé, en cas d'un nombre d'heures de travail mentionné sur le bulletin de paie inférieur à celui des heures réellement travaillées, reviendrait à admettre que des heures de travail travaillées puissent ne pas être payées¹⁵⁹⁸. Optant pourtant pour cette solution, la jurisprudence de la Chambre criminelle semble d'autant plus critiquable que le secteur de la distribution de prospectus et autres gratuits est particulièrement touché par le travail dissimulé¹⁵⁹⁹. Ainsi, dans la distribution directe, la quantification préalable du temps de travail se cantonne à informer préalablement le salarié du temps de travail possible.

2- En cas d'absence de mentions relatives aux temps d'exécution : la survenance de la réalité du temps travaillé

567. En principe, les temps d'exécution *a priori*, mentionnés préalablement sur le bulletin de travail sans rectification à la livraison des travaux par le travailleur à domicile, n'ont pas à se confronter à la réalité du temps travaillé. Toutefois, la réalité du temps travaillé réapparaît dans au moins deux situations, toutes les deux liées à l'absence de mentions relatives aux

¹⁵⁹⁵ Les heures travaillées au-delà de la durée légale sur la semaine, en cas de lissage de la rémunération, et seulement leur majoration sinon.

¹⁵⁹⁶ C. trav. art. L. 3242-1 et suivants.

¹⁵⁹⁷ H. GUICHAOUA, *Dr. ouvrier* 2013, p. 510 (note sous l'arrêt Crim. 16 avr. 2013, n° 12-81.767, inédit).

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*

temps d'exécution. Cette absence ne saurait priver le salarié d'établir la réalité du temps de travail (a). Elle justifie par ailleurs la présomption simple de temps complet et doit, à ce titre, laisser à l'employeur la possibilité de la renverser en invoquant une relative réalité du temps de travail (b).

- a- La possibilité d'établir les heures travaillées à défaut de mentions relatives aux temps d'exécution

568. Un arrêt rendu le 22 juin 1994¹⁶⁰⁰ répond à la situation d'absence de mentions relatives aux temps d'exécution. En admettant que le bulletin de travail n'indiquait pas le temps d'exécution, une cour d'appel se bornait à relever que le travailleur n'apportait pas de preuve du temps travaillé. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en rappelant que les mentions obligatoires sur le bulletin « *sont de nature à permettre d'établir le temps de travail et la rémunération perçue par le travailleur à domicile* ». Elle affirme¹⁶⁰¹ ensuite que « *l'employeur ne peut tirer parti de la faute qu'il a commise en n'établissant pas de tels documents et que le salarié doit être autorisé à faire procéder, au besoin par voie d'expertise, à des investigations auprès de l'employeur* ». La Cour indique ainsi qu'une des façons d'établir le nombre d'heures est de recourir à un expert. Bien plus tard, un arrêt du 28 septembre 2011¹⁶⁰² valide la décision d'appel qui, partant du donneur d'ouvrage qui ne faisait figurer aucun temps d'exécution dans le carnet de travail et au vu du délai d'exécution d'une semaine, conclut, par une appréciation souveraine, que « *compte tenu de la nature et des quantités de commandes à réaliser par semaine par le salarié[,] que celui-ci avait droit à des majorations de rémunérations dont elle a fixé le montant au vu des éléments fournis par les parties* ». Il s'agit ici d'une appréciation in abstracto du travail fourni au regard du délai imparti. Dans l'arrêt du 10 mai 2007, déjà aperçu¹⁶⁰³, les juges d'appel se fondaient sur les heures de connexion d'une télévendeuse pour déterminer les heures de travail accomplies, ce qu'a validé la Cour de cassation. Plus que tous les autres, cet arrêt témoigne de la possibilité, dans le cadre d'un litige, de se fonder sur la réalité des temps d'exécution.

¹⁶⁰⁰ Soc. 22 juin 1994, n° 89-42.461, *Bull.* n° 211.

¹⁶⁰¹ Elle l'avait déjà jugé dans un arrêt inédit du 10 juillet 1990 (Soc. 10 juill. 1990, n° 87-42.791, inédit).

¹⁶⁰² Soc. 28 sept. 2011, n° 09-41.496, inédit.

¹⁶⁰³ Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, précité.

b- La présomption de temps complet à défaut de mentions relatives aux temps d'exécution : la réalité du temps de travail considéré

569. Alors que le travail à domicile s'avère compatible avec le travail à temps partiel¹⁶⁰⁴, l'absence de mentions relatives aux temps d'exécution entraîne une présomption de travail à temps complet. Cette conséquence de l'absence de mentions relatives aux temps d'exécution a été retenue pour la première fois dans un arrêt du 19 octobre 2005¹⁶⁰⁵. La Cour de cassation se réfère à deux dispositions. Elle renvoie d'une part à l'article L. 721-6, selon lequel les travailleurs à domicile bénéficient des *dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés*. Par-là, elle se réfère indirectement au droit du travail à temps partiel, qu'elle aurait pu choisir de viser par ailleurs. Elle rappelle ensuite l'obligation d'établir un bulletin de travail dans le cadre du travail à domicile, insistant, parmi les mentions à y faire figurer, sur « *la nature et la quantité de travail, la date à laquelle il est donné, les temps d'exécution, les prix de façon ou les salaires applicables* ». À défaut d'écrit et de ces mentions, la Cour de cassation valide la position des juges du fond qui ont considéré que le contrat est présumé à temps complet. Elle précise qu' « *aucun élément ne permettait de déterminer le nombre d'heures de travail accomplies dès lors que le temps d'exécution pour chaque pièce confiée n'était pas connu* ». Plus tard, dans un arrêt du 3 novembre 2010, publié au bulletin¹⁶⁰⁶, la Cour de cassation casse pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui a débouté la travailleuse de sa demande de requalification en temps plein. Dès lors que n'était pas établi le respect des obligations relatives au bulletin du travail¹⁶⁰⁷, la cour d'appel aurait dû déduire « *une présomption simple de travail à temps complet* ». Ici encore, la Cour de cassation choisit de

¹⁶⁰⁴ Soc. 16 déc. 2005, n° 03-30.390, inédit, A. MARTINON, *JCP S* 2006, 1339 ; confirmé par Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, précité.

L'article L7411-1 du code du travail, anciennement L. 721-6, dispose en effet que « *les dispositions du présent code sont applicables aux travailleurs à domicile, sous réserve des dispositions du présent livre* », et rien n'empêche parmi les dispositions spécifiques au travail à domicile l'application du droit du travail à temps partiel (Circ. min. 3 mars 2000, fiche n° 1 rappelle d'ailleurs que les travailleurs à domicile font partie du champ d'application de la durée légale).

¹⁶⁰⁵ Soc. 19 oct. 2005, 03-47.343, inédit.

¹⁶⁰⁶ Soc. 3 nov. 2010, n° 09-40.255, *Bull.* n° 253.

¹⁶⁰⁷ C. trav. art. L. 7421-1 (l'établissement du bulletin de travail), art. L. 7421-2 (en deux exemplaires et à conserver pendant 5 ans) et art. R. 7421-1 à R. 7421-3 (une liste de mentions à indiquer).

viser à la fois les dispositions relatives à l'établissement d'un bulletin du travail¹⁶⁰⁸ et la disposition selon laquelle les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés¹⁶⁰⁹. Loin de s'exclure¹⁶¹⁰, droit du travail à temps partiel et droit du travail à domicile se combinent. Si le manquement se constate au regard de la réglementation relative au bulletin de travail, la réglementation du travail à temps partiel indique la marche à suivre, c'est-à-dire la présomption de temps complet. Notons que, passée devant la cour d'appel de renvoi, l'affaire revient devant la Cour de cassation qui rejette cette fois-ci le pourvoi. Selon l'arrêt du 12 juin 2014¹⁶¹¹, la cour d'appel a justifié sa décision en relevant que la relation de travail était fondée sur un contrat de travail écrit, à temps partiel, et que l'employeur avait établi les documents comportant les mentions exigées par les articles L. 7421-2, R. 7421-1 et R. 7421-2 du code du travail. Quelques arrêts ont été depuis rendus, sans bouleversement. La Cour de cassation a pu ainsi rappeler l'appréciation souveraine des juges du fond sur la présence des mentions¹⁶¹² ou, plus simplement encore, réitérer la solution selon laquelle l'absence de bulletin entraîne la présomption de travail à temps complet¹⁶¹³. Or, face à une telle présomption *simple*, il doit appartenir à l'employeur, en application de la réglementation relative au temps partiel, « *de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, 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* »¹⁶¹⁴.

¹⁶⁰⁸ Vu les articles L. 7413-2, L. 7421-1, L. 7421-2 et R. 7421-1 à R. 7421-3 du code du travail.

¹⁶⁰⁹ C. trav. anc. art. L. 721-6 (suite à la recodification de 2007, la disposition a été scindée et la partie qui nous intéresse a été reproduite à l'actuel article L. 7411-1).

¹⁶¹⁰ Dans le sens de la réglementation du travail à temps partiel qui aurait dominé la solution : T. LAHALLE, Application de la législation du travail aux travailleurs à domicile, *JCP S* 2011, 1123.

¹⁶¹¹ Soc. 12 juin 2014, 13-10.632, inédit.

¹⁶¹² *Ibid.*

¹⁶¹³ Soc. 27 sept. 2018, n° 17-21.390, inédit : en l'absence de fixation du salaire horaire, du temps d'exécution des travaux et de l'établissement d'un bulletin ou carnet de travail, le travailleur a droit à une rémunération au moins égale au SMIC sur la base d'un travail à *temps complet*.

¹⁶¹⁴ Voir récemment Soc. 29 mars 2023, n° 21-23.491, inédit. Jurisprudence constante (voir par exemple Soc. 10 déc. 2008, n° 06-45.433, inédit). Voir J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, p. 214.

CONCLUSION DE CHAPITRE

570. L'obligation de décompter le temps de travail s'impose à l'employeur. Elle doit procéder d'un système de mesure de la durée du travail, objectif, fiable et accessible, comme le rappelle la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit français du décompte doit être évalué à l'aune de ces exigences.

L'affichage de l'horaire collectif a longtemps eu un rôle central comme moyen de décompte du temps de travail. Avec l'éloignement du modèle de l'usine et de la synchronisation temporelle, avec l'individualisation et de l'hétérogénéisation des temps de travail, cette fonction de décompte accordée à l'affichage de l'horaire collectif a été fortement réduite. Le droit actuel du décompte hors horaire collectif est même parfois présenté comme appelé à se généraliser à l'ensemble des salariés.

Dans la logique d'une ample dérogation, le forfait jours ne donne lieu qu'à une obligation de décompter les journées travaillées. Or le décompte horaire répond à une nécessité de limitation du travail par le temps, à laquelle les salariés en forfait jours n'ont pas de raison d'échapper. En pratique, le décompte horaire serait faisable matériellement, la difficile prédétermination du temps à travailler n'empêchant pas le décompte du temps travaillé. Ce décompte n'apparaît pas non plus comme une « dénaturation » du forfait jours, définie par une déconnexion de la rémunération et du nombre d'heures travaillées : le décompte horaire peut se cantonner à s'assurer du respect de la protection de la santé des salariés sans chercher à quantifier le salaire. Ici encore, la confusion est entretenue entre forfait jours et télétravail, rendant opportune l'affirmation de l'obligation de décompter le temps télétravaillé. L'invisibilisation du travail aux yeux des travailleurs ne doit pas se jumeler avec l'invisibilisation des temps de travail. Dès lors qu'ils se trouvent caractérisés, ces temps doivent être décomptés. Tout le temps travaillé doit être décompté.

571. Concernant les modalités du décompte du temps de travail, l'individualisation du temps de travail participe à une tendance au contrôle. En ce qu'il porte notamment le risque d'une atteinte au droit à la vie privée des salariés, le contrôle du temps de travail doit être encadré. Le respect des principes de loyauté et de proportionnalité de la surveillance doit de plus être réfléchi spécifiquement vis-à-vis de la dimension intrusive de la surveillance d'un télétravailleur. Plusieurs modes de contrôle à des fins de décompte sont soit interdits, soit fortement restreints. La surveillance constante n'est par exemple autorisée que de façon très limitée, et elle doit assurément s'entendre comme interdite pour contrôler la durée du travail.

De son côté, la géolocalisation n'est autorisée qu'en cas d'impossibilité de recourir à un autre moyen.

L'étude de la mise en œuvre de l'obligation de décompter le temps de travail dévoile l'existence d'un décompte *a priori* du temps de travail. Prévus historiquement pour le travail à domicile, et plus récemment pour la distribution directe de prospectus et autres gratuits, la prédétermination des temps d'exécution intervient dans le cadre d'un travail dépourvu de contrôle de son exécution. La détermination de ces temps d'exécution n'a pas à exprimer exactement le temps réellement travaillé. Mais elle aspire à construire un « modèle temps » qui doit correspondre au mieux aux temps d'exécution supposés des autres salariés. On peut parler d'un temps de référence, dont chaque travailleur s'écarte plus ou moins en fonction de multiples facteurs intervenant dans l'exécution du travail. Cette détermination préalable du temps de travail souffre certes de lacunes, parmi lesquelles une sous-quantification des temps. Cette pré-quantification n'empêche pas en elle-même de procéder à une évaluation réelle du temps travaillé, notamment en cas de contentieux. Abstrait, ce décompte cherche néanmoins, plus ou moins en fonction de sa réglementation, à approcher la réalité du temps travaillé. Ce mode original de décompte *a priori* a l'immense mérite d'attester de la possibilité de procéder à une forme de décompte du temps de travail, même sans contrôle dans l'exécution du travail. Même hors de tout contrôle sur l'exécution de la tâche, le décompte du temps de travail demeure possible. Ceci permet de confirmer que l'obligation de décompter s'applique bien à tout temps de travail, même non contrôlé. L'impossibilité du décompte direct impose simplement le passage par l'évaluation forfaitaire, par le décompte *a priori*.

CHAPITRE 2 : L'EXÉCUTION INDIRECTE DE L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL

572. L'obligation de décompte du temps de travail donne lieu, de façon pleine et entière, à une exécution directe de celui-ci. Cela signifie qu'un tel décompte doit en principe être suffisant à établir la durée du temps travaillé – ou à travailler, dans le cas particulier du travail à domicile. Cependant, l'évolution du cadre d'exécution du travail est susceptible de *fragiliser* le décompte dès lors que le temps de travail n'est plus toujours cantonné dans des plages horaires strictes et un lieu de travail unique. Cette fragilisation porte moins sur l'exercice du décompte que sur son résultat : le décompte reste exigé et faisable, mais les possibilités multiples et diffuses d'exécution du travail sont susceptibles de faire douter de sa véracité. Des outils, *supplémentaires* au décompte, participent à s'assurer de la réalité du temps travaillé. À ce titre, ils sont utilement mobilisables pour renforcer la fiabilité et la crédibilité du décompte (Section 1).

L'existence de mécanismes ainsi liés au décompte du temps de travail, sans s'y apparenter, renvoie également au régime du forfait jours. L'articulation avec le décompte du temps de travail n'y est pas la même. En effet, le mécanisme ne vient pas ici s'ajouter au décompte mais le « remplacer ». Il s'agit d'un procédé *alternatif*, rendu nécessaire par l'absence d'obligation de décompte du temps de travail des salariés en forfait jours. Sans pouvoir être assimilé à un décompte, le procédé de suivi devrait permettre d'établir une certaine réalité du temps de travail (Section 2).

Dans un genre et une finalité très différents, ces outils supplémentaires et ce procédé alternatif peuvent éventuellement se concevoir comme une forme d'exécution détournée du décompte du temps de travail.

SECTION 1 : DES OUTILS SUPPLÉMENTAIRES POUR S'ASSURER DE LA RÉALITÉ DU TEMPS TRAVAILLÉ

573. Utilisé en supplément au décompte, dans la volonté de s'assurer de la réalité du temps travaillé, deux outils sont principalement mobilisables. D'un côté, l'exercice du droit à la déconnexion est susceptible, selon les modalités qu'on en retient, d'empêcher que le temps de travail ne « déborde » des plages horaires travaillées et décomptées. Il permettrait alors de renforcer la fiabilité du décompte du temps de travail (I). D'un autre côté, la mesure de la

charge de travail offre un autre regard sur le temps travaillé en ce qu'elle traduit, notamment¹⁶¹⁵, une durée du travail. Sa mesure vient certifier la crédibilité du décompte du temps de travail (II).

I- L'EXERCICE DU DROIT À LA DÉCONNEXION POUR RENFORCER LA FIABILITÉ DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

574. La déconnexion doit être pensée afin de réduire, voire d'empêcher, les interventions professionnelles en dehors des temps de travail prévus. Au-delà de la problématique de l'existence d'une « télé-disponibilité » et de l'altération du temps de repos engendrée¹⁶¹⁶, ces interventions compliquent le décompte du temps de travail. Plus encore, elles peuvent en fragiliser la véracité, dès lors que ces temps travaillés ne seraient pas toujours dûment décomptés. La déconnexion doit aider à éviter ces deux écueils. Qu'il soit question du champ d'application d'un droit à la déconnexion (A) ou de la teneur de ce dernier (B), on constate un décalage entre l'importance et l'utilité de ce droit et le traitement qui lui est réservé par le droit positif. Bien que celui-ci reconnaisse et organise un certain droit à la déconnexion, la réglementation en vigueur mérite d'être renforcée pour lui donner la place et la force nécessaires.

A- VERS UNE GÉNÉRALISATION D'UN DROIT À LA DÉCONNEXION

575. Le droit à la déconnexion est d'abord pensé et construit pour des salariés dans une situation qui les amènerait particulièrement à travailler au-delà des limites de la durée du travail ou de plages horaires définies. Sont concernés les salariés en forfait jours et ceux en télétravail (1). Au-delà de ces modes de travail particuliers, le droit à la déconnexion doit être pensé et appliqué de façon plus large à l'ensemble des salariés, (2).

1- Une problématique spécifique à certains salariés

576. La problématique de la déconnexion se pose particulièrement pour certains salariés. Pour les salariés en forfait jours, c'est l'autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et

¹⁶¹⁵ Sur l'intensité du travail que la charge de travail traduit : v. Paragraphe 362.

¹⁶¹⁶ V. Paragraphe 374 et s.

l'absence en pratique de décompte horaire qui motivent la reconnaissance d'un droit à la déconnexion afin d'encadrer un minimum la journée de travail. Pour les salariés en télétravail, elle est motivée par le besoin d'affirmer des frontières temporelles, fragilisées par l'exécution du travail sur des lieux de vie personnelle. Pensé pour la première fois dans le cadre de la réglementation du forfait jours, le droit à la déconnexion y occupe une place importante (a). La place qu'il occupe dans la réglementation du télétravail est en revanche assez faible, bien qu'on puisse envisager de la renforcer par le biais d'un mécanisme voisin propre à la réglementation du télétravail (b).

a- La déconnexion comme condition de validité du forfait jours

577. D'après l'article L. 3121-64 II 3° du code du travail, l'accord collectif de mise en place du forfait jours doit déterminer « *les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L. 2242-17* ». Il ne s'agit pas ici seulement d'une obligation de négocier, mais bien d'une obligation de conclure. Celle-ci se présente comme une condition de validité de l'accord de mise en place du forfait jours.

Cependant, la loi du 8 août 2016 est venue prévoir un dispositif supplétif qui correspond en fait à un *palliatif* d'un accord collectif insuffisant. Venant profondément remettre en cause la force obligatoire de la disposition qui la précède, l'article L. 3121-65 II dispose en effet qu' « *à défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3° du II de l'article L. 3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés* ». Il ajoute que « *dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L. 2242-17* ». En d'autres termes, l'absence conventionnelle des modalités d'exercice du droit à la déconnexion peut être palliée par l'employeur. Il lui suffira de les définir lui-même, pourvu que, « *dans les entreprises d'au moins cinquante salariés* », elles soient conformes à la charte mentionnée à l'article L. 2242-17 7° relative au droit à la déconnexion. L'élaboration d'une telle charte n'étant pas limitée aux entreprises d'au moins 50 salariés¹⁶¹⁷, on comprend mal pourquoi ce seuil est prévu ici.

¹⁶¹⁷ Le champ d'application est : les entreprises concernées par la négociation sur les modalités du droit à la déconnexion, c'est-à-dire celles pourvues d'une ou plusieurs sections syndicales, et qui n'ont pas dérogé par accord aux thèmes de négociation obligatoire.

- b- Une trop faible prise en compte de la déconnexion dans le télétravail, compensée par les plages de joignabilité ?

578. Le télétravail fait profondément écho à la problématique de déconnexion, en tant qu'organisation de la *connexion* professionnelle à distance¹⁶¹⁸. Alors qu'elle se pose avec une acuité particulière vis-à-vis des télétravailleurs, la problématique de la déconnexion occupe très peu de place dans la réglementation du télétravail. Absent des dispositions légales et de l'ANI de 2005, le droit à la déconnexion ne figure que dans l'ANI du 26 novembre 2020¹⁶¹⁹ et son traitement y est doublement décevant. D'une part, à l'image de l'ensemble du texte plus incitatif que prescriptif, l'ANI énonce seulement que « *la mise en place du télétravail prend en compte le droit à la déconnexion* » (nous soulignons). D'autre part, l'énoncé qui suit se limite en fait à une redite du régime légal relatif aux négociations obligatoires générales quant aux modalités d'exercice du droit à la déconnexion¹⁶²⁰. Ainsi, la réglementation spécifique au télétravail ne réserve pas au droit à la déconnexion une place à part, qu'il aurait méritée.

579. Néanmoins, les télétravailleurs ne sont pas totalement démunis vis-à-vis du droit à la déconnexion, d'autres biais juridiques étant mobilisables. Ils sont en effet concernés par la réglementation générale du droit à la déconnexion et, pour ceux en forfait jours, par la réglementation afférente. Il reste qu'on ne saurait se satisfaire de ces deux issues, l'une n'étant pas assez solidifiée par le droit positif¹⁶²¹, et l'autre ne valant pas pour l'ensemble des télétravailleurs. Plus encore, dans les deux cas, la réglementation n'est pas pensée au regard des problématiques propres au télétravail.

580. La réglementation du télétravail prévoit cependant un outil juridique particulier, susceptible d'organiser une forme de déconnexion. Il s'agit de l'obligation pour l'employeur

¹⁶¹⁸ La rigueur juridique impose d'ailleurs que soit considéré comme télétravailleur tout salarié se connectant via les technologies modernes pour effectuer un travail qu'il aurait pu faire dans les locaux, même si l'exercice est ponctuel et bref ; l'absence éventuel d'encadrement et de formalisation de la pratique ne la disqualifie pas de télétravail mais rend fautif l'employeur de ne pas l'avoir encadré ni formalisé.

¹⁶¹⁹ ANI 26 nov. 2020, art. 3.1.3.

¹⁶²⁰ *Ibid.* : le droit à la déconnexion « *lequel doit faire l'objet d'un accord ou d'une charte traitant de ses modalités de mise en œuvre, dans les conditions prévues par les dispositions du code du travail relatives à la négociation obligatoire en entreprise. Le droit à la déconnexion a pour objectif le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale du salarié* ».

¹⁶²¹ V. *infra*.

de fixer des plages horaires durant lesquelles le salarié peut être contacté par l'employeur. Présente dans l'ANI de 2005, cette obligation est reprise par l'ANI de 2020. Identifiée initialement par la loi comme d'ordre public, et devant être fixée en concertation avec le salarié¹⁶²², l'obligation est déplacée en 2016 au niveau des clauses à prévoir par accord collectif ou par charte – lorsqu'il ou elle existe¹⁶²³. Même en l'absence d'accord ou de charte, la fixation de ces plages horaires conserve toute sa pertinence. Pourtant, la loi reste muette dans cette situation, dans laquelle elle aurait d'ailleurs pu maintenir l'idée de concertation avec le salarié. Reste qu'en l'absence d'accord d'entreprise, les deux ANI, qui s'appliquent alors pleinement, imposent la fixation desdites plages horaires. En d'autres termes, l'obligation de fixer ces plages horaires s'appliquera dans tous les cas, par l'effet de la loi en cas d'accord collectif ou de charte, ou par application des ANI en leur absence. En revanche, reste dérogeable l'idée de concertation qui, figurant seulement dans les deux ANI, peut être supprimée par accord d'entreprise¹⁶²⁴.

2- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés

581. Si le droit à la déconnexion est spécifiquement prévu pour les salariés en forfait jours et en télétravail, il représente une problématique commune à l'ensemble des salariés. Il l'est d'une part au regard de la loi qui vise le droit à la déconnexion parmi les négociations annuelles obligatoires (a) et il l'est aussi et surtout au regard de sa finalité de protection du droit au repos qui concerne tous les salariés (b).

¹⁶²² L'article L. 1222-10 du code du travail liste ce à quoi « *outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail* ». En 2012, le 5° de l'article était : « *5° De fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter* ».

¹⁶²³ C. trav. art. L. 1222-9 II, 4°.

¹⁶²⁴ L'accord de branche n'y est pas autorisé car l'article 12 de l'ANI de 2005 a verrouillé notamment son article 6 où figure l'obligation, verrouillage qui ne vaut plus que face à l'accord de branche (C. trav. art. L. 2252-1 du code du travail).

- a- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés au regard de la loi

582. Concernant l'ensemble des salariés, le droit à la déconnexion est prévu légalement depuis 2016¹⁶²⁵. Envisagé seulement à travers les négociations annuelles obligatoires, il s'intègre en principe dans la négociation sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail. Sont concernées « *les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives* »¹⁶²⁶, indépendamment de la taille de l'entreprise et de la présence de délégué syndical¹⁶²⁷. Mais l'obligation de négocier « *les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion* »¹⁶²⁸ est supplétive¹⁶²⁹. En effet, un accord collectif est censé fixer la périodicité, le contenu et les thèmes des négociations obligatoires. Ainsi, ces modalités n'auront pas toujours à être négociées.

Suite à une négociation infructueuse, les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion devront néanmoins être définies, dans une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique¹⁶³⁰. Cette précision n'a été prévue vis-à-vis de la négociation sur la qualité de vie qu'à propos de la déconnexion, témoignant d'une certaine attention du législateur à son égard.

¹⁶²⁵ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 55.

¹⁶²⁶ C. trav. art. L. 2242-1.

¹⁶²⁷ Contrairement à ce qu'affirme le site officiel <https://travail-emploi.gouv.fr>. Dans ce sens : D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 1741 ; S. BÉAL, C. TERRENOIRE, Négociation obligatoire dans l'entreprise (2e partie) Dispositions supplétives et possibilités d'aménagements conventionnels après l'ordonnance n° 2017-1385, *JCP E* 2017, 1700.

¹⁶²⁸ C. trav. art. L. 2242-17.

¹⁶²⁹ C'est l'article L. 2242-17 du code du travail qui énumère les 8 thèmes de négociation sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail. C. trav. art. L. 2242-11 : un accord peut modifier les thèmes, la périodicité, le contenu, le calendrier, les lieux des réunions et les modalités de suivi. C. trav. art. L. 2242-1 d'ordre public : fréquence peut être réduite par accord jusqu'à 4 ans minimum.

¹⁶³⁰ C. trav. art. L. 2242-17, 7°.

b- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés au regard de sa finalité

583. La problématique du droit à la déconnexion se pose à l'ensemble des travailleurs au titre de la protection du droit au repos et du droit à une vie personnelle. C'est à travers cette finalité que la loi relative aux négociations annuelles obligatoires le présente comme « *en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale* »¹⁶³¹. Ce dernier pouvant se concevoir comme « *un droit au repos numérique* »¹⁶³², la protection du droit au repos en est logiquement une préoccupation centrale. De son côté, la protection du droit à une vie personnelle¹⁶³³ y ajoute une dimension plus qualitative et permet de penser la prévisibilité du temps, problématique sous-jacente au droit à la déconnexion en ce qu'il doit offrir au salarié la certitude de ne pas avoir à travailler sur des temps de vie personnelle.

584. La connexité entre ces droits fondamentaux et le droit à la déconnexion peut s'apprécier de plusieurs façons. Des auteurs ont considéré qu'elle rendait inutile la consécration d'un droit à la déconnexion, qui se déduirait tout simplement du droit au repos¹⁶³⁴ et dont il s'agirait plutôt de renforcer les modalités de mise en œuvre. Cette critique pointe justement un des fondements du droit à la déconnexion. Elle peut se renverser, en faveur d'une consécration du droit à la déconnexion. En effet, ce droit peut s'entendre justement comme une modalité de protection du droit au repos et à une vie personnelle, c'est-à-dire un outil pour assurer l'effectivité de ces droits. Moins qu'atténuer sa pertinence, reconnaître le droit à la déconnexion comme dérivé de ces droits fondamentaux doit amener à le renforcer.

585. Ainsi, le champ réel d'application du droit à la déconnexion dépasse celui délimité strictement par les dispositions qui le mentionnent. Il s'étend à l'ensemble des salariés, comme droit à ne pas être connecté en dehors du temps de travail prévu, afin de garantir

¹⁶³¹ C. trav. art. L. 2242-17, 7°.

¹⁶³² T. DAILLER, L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail, *LPA* 2017, n° 124j5, p. 6.

¹⁶³³ V. Paragraphe 299 et s.

¹⁶³⁴ L. de MONTVALON, Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ? *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1743 ; T. DAILLER, *op. cit.* 2017 ; M. HAUTEFORT, Organiser les conditions du droit à la déconnexion, *Les cahiers du DRH* 2017, 241, p. 8.

absolument leur droit au repos et à une vie personnelle et, pour ce qui nous concerne, de s'assurer de la véracité du décompte du temps de travail des salariés.

Finalement, qu'il s'agisse du cas général ou spécifique au forfait jours, alors que la négociation semble d'abord privilégiée pour déterminer les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion, une voie à la réglementation unilatérale par l'employeur persiste à être aménagée, sans encadrement légal. Si cette issue n'apparaît guère satisfaisante, en l'absence d'obligations substantielles minimales, les modalités d'exercice du droit à la déconnexion se doivent toutefois d'être abordées.

B- POUR UNE CONCEPTION DU DROIT À LA DÉCONNEXION DAVANTAGE TOURNÉE VERS LE DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

586. Le droit à la déconnexion pourrait renforcer la garantie et la fiabilité du décompte du temps de travail, à condition toutefois que sa teneur permette au salarié et à l'employeur de garantir efficacement les limites temporelles du travail du salarié. En premier lieu, on peut se demander ce que le droit à la déconnexion implique pour le salarié, en appréciant notamment s'il permet au salarié d'être injoignable (1). En second lieu, le droit à la déconnexion implique également pour l'employeur de devoir le faire respecter. Or, de ce point de vue, le penser en lien avec l'obligation de décompter le temps de travail s'avérerait performant (2).

1- Un droit d'être injoignable pour garantir les limites temporelles du travail

587. Parmi plusieurs formes de déconnexion envisageables, le droit à la déconnexion consiste, en l'état actuel, juridique comme pratique, au droit à ne pas être connecté. Il s'agit d'une version minimale du droit à la déconnexion qui mériterait d'être revue dans l'objectif de renforcer son efficacité à garantir les limites temporelles du travail (a). Face à cette insuffisance du droit à la déconnexion à remplir une telle fonction, on est tenté de s'intéresser à d'autres formes de déconnexion. On en trouve dans la réglementation du télétravail avec les plages de joignabilité. L'utilité de celles-ci, au regard de la problématique du décompte du temps de travail, se révèle toutefois limitée (b).

a- Le droit de ne pas être connecté, une efficacité à renforcer

588. Pour produire tous ses effets, le droit à la déconnexion doit offrir une coupure totale de l'exercice du lien de subordination¹⁶³⁵. Il doit garantir au salarié qu'il ne sera pas amené à travailler en dehors de ses horaires, qu'ils soient fixes ou variables. Ces qualités vont dépendre de la définition donnée au droit à la déconnexion et surtout des modalités correspondantes. Seul à s'y atteler, l'ANI de 2020 définit le droit à la déconnexion, sans grande audace toutefois, comme « *le droit pour tout salarié de ne pas être connecté à un outil numérique professionnel en dehors de son temps de travail* »¹⁶³⁶. Cette définition, en périphrase, manque de substance. Le droit de ne pas être connecté n'emporte pas les mêmes effets selon qu'il se traduit simplement comme le droit de ne pas répondre aux sollicitations professionnelles ou le droit d'être totalement coupé des TIC, qui implique alors la mise en suspension de la relation professionnelle¹⁶³⁷. C'est en faveur de la première traduction que la jurisprudence a envisagé un *proto* droit à la déconnexion. Non sollicitée depuis la consécration légale du droit à la déconnexion, la Cour de cassation considérait dans un arrêt de 2004 que « *le fait [pour un salarié] de n'avoir pu être joint en dehors de ses horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif* »¹⁶³⁸. La Cour affirme ici le droit pour le salarié de se soustraire à l'autorité de son employeur en dehors du temps de travail. Elle appréhende le droit à la déconnexion par le prisme disciplinaire¹⁶³⁹. Cette lecture *a minima* s'avère en réalité absolument nécessaire pour que ces temps ne soient pas qualifiés d'astreinte, définie précisément par le caractère fautif ou non du fait de ne pas répondre¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁵ Cette coupure s'assure par une déconnexion *matérielle*, à laquelle ne saurait s'opposer la difficulté d'une « déconnexion intellectuelle » qui se dérobe, fatalement, à l'encadrement juridique (Voir J.-E. RAY, Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^{ème} siècle, *Dr. soc.* 2002, p. 939).

Sur l'exigence d'une coupure totale du lien de subordination : v. Paragraphe 289 et s.

¹⁶³⁶ ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail, art. 3.1.3.

¹⁶³⁷ Voir T. DAILLER, *op. cit.*, 2017.

¹⁶³⁸ Soc. 17 fév. 2004, n° 01-45.889, inédit.

¹⁶³⁹ G. BÉLIER, Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *Dr. soc.* 1998, p. 530 : perçoit dans la définition du travail effectif l'importance du droit disciplinaire, c'est-à-dire savoir si l'employeur a le pouvoir de sanctionner le salarié.

¹⁶⁴⁰ V. Paragraphe 373.

589. Techniquement, trois grands types de déconnexion sont envisageables : choisie, régulée et contraignante¹⁶⁴¹. La déconnexion contraignante empêchera la connexion, par un accès bloqué à la messagerie à certains horaires ou la restitution des outils de travail par exemple. L'impossibilité de se connecter renforce les frontières temporelles, bien qu'elle n'empêche pas le salarié de travailler à partir de ses outils personnels. Elle porte par ailleurs le risque d'amoindrir une certaine forme d'autonomie dans l'organisation du temps qui peut être souhaitée par une partie des travailleurs. La régulation passera davantage par des dispositifs de limitation ou de désincitation de la connexion, en évitant par exemple la méthode du « *reporting* » trop régulier ou en différant l'envoi des mails¹⁶⁴². Au regard des éléments de droit positif déjà évoqués, la déconnexion choisie constitue une modalité minimale à respecter¹⁶⁴³.

Plus engageant serait le droit à être *injoignable* en dehors du temps de travail¹⁶⁴⁴. Ici, il ne s'agit pas d'interdire au salarié l'accès aux outils de travail, mais d'empêcher que l'employeur ne le contacte. Cela empêcherait que le salarié soit soumis à la pression et à la *possibilité* de travailler, notamment pour faire face à une surcharge de travail qu'il choisirait d'alléger en travaillant en dehors de ses horaires au détriment de son droit au repos et à une vie personnelle.

b- Le droit d'être injoignable tout en travaillant, une utilité limitée

590. Envisagées dans le cadre juridique du télétravail, les plages de contact sont censées être les seuls moments où l'employeur peut joindre le salarié. Reprenant à son compte l'obligation prévue par l'ANI de 2005, le législateur de 2012 ajoute qu'il s'agit de plages horaires sur lesquelles l'employeur peut « *habituellement* » contacter le salarié¹⁶⁴⁵. Formulation reprise par

¹⁶⁴¹ Voir F. JAUREGUIBERRY, *Rapport sur la déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication*, ANR, 2014 [en ligne].

¹⁶⁴² Préconisation n° 26 du « Rapport Mettling », et exemple de l'entreprise Renault (B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, rapport du ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2015, p. 31).

¹⁶⁴³ Cela peut par exemple se traduire par des guides de bonne pratique (G. LOISEAU, *La déconnexion*, *Dr. soc.* 2017, p. 463) ou par des formations ou une sensibilisation des salariés à la question (J. SCHWARTZ, *Les dispositifs de mise en œuvre du droit à la déconnexion*, *Cah. soc.* 2017, n° 121f5, p. 48).

¹⁶⁴⁴ GR-PACT, *Pour un autre droit du temps de travail*, *Dr. soc.* 2016, p. 422.

¹⁶⁴⁵ C. trav. art. L. 1222-10 5°. Ne figurait pas dans le projet de loi initiale et a été introduit lors des débats

l'ANI de 2020, elle autorise, en creux, une joignabilité en dehors de ces plages pourvue qu'elle soit *inhabituelle*. Ceci étant dit, cette idée d'habitude ne figure pas dans l'ANI de 2005. Ainsi, à défaut d'accord ou de charte qui reprendrait la formulation législative, l'ANI de 2005, plus favorable, prime¹⁶⁴⁶ et il n'est alors jamais permis à l'employeur de contacter le salarié en dehors des plages de contact. En revanche, en cas d'accord ou de charte se référant à la loi, cet ajout adverbial vient brouiller la démarcation temporelle que ces plages horaires sont censées assurer. En l'absence de critères légaux ou réglementaires sur les cas « inhabituels » où le salarié pourrait être contacté, on devra s'en remettre soit aux éventuelles précisions conventionnelles soit à la discrétion de l'employeur¹⁶⁴⁷.

591. Plus encore, ces plages de joignabilité n'ont pas pour objet de borner pleinement le temps de travail. En effet, si elles épousent exactement les horaires de travail, elles ont peu d'intérêt. Les horaires correspondent déjà en un temps de contact possible ; elles agiraient comme une réaffirmation de principe. Elles ne peuvent pas dépasser les horaires, sauf à déclencher le régime de l'astreinte. Elles n'ont alors d'intérêt que si elles sont *inférieures* à la durée du travail du salarié et offrent des temps de concentration de travail préservés des interruptions par l'employeur¹⁶⁴⁸. Elles peuvent être d'autant plus intéressantes quand elles organisent et encadrent des horaires en partie décalés. Prenons le cas d'un salarié télétravailleur qui disposerait d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps – sans pour autant que celle-ci ne justifie la conclusion de forfait jours – et qui travaillerait 7 heures par jour. La plage de joignabilité pourrait utilement être réduite à 5 heures, par exemple, laissant 2 heures à exécuter librement par le salarié. Autrement dit, fixer une plage de joignabilité permet de définir librement certaines heures de travail sans pour autant risquer une disponibilité permanente¹⁶⁴⁹, tout en assurant à l'employeur la joignabilité du salarié sur les plages horaires fixées¹⁶⁵⁰.

parlementaires (trouver la source).

¹⁶⁴⁶ C. trav. L. 2251-1.

¹⁶⁴⁷ Seul un contrôle par le juge, *a posteriori*, serait alors susceptible de considérer que l'employeur n'aurait pas dû outrepasser les frontières de joignabilité définies par ces plages.

¹⁶⁴⁸ Dans ce sens : L. de MONTVALON, L. ENJOLRAS, Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs, *RDT* 2023, p. 606.

¹⁶⁴⁹ Dans ce sens : H. GUYOT, Le télétravail codifié, *JCP S* n° 19, 8 mai 2012, 1204. Mais l'avocat se contredit lui-même dans un article l'année suivante dans lequel il précise expressément sur les plages horaires à fixer

592. Afin que les plages de disponibilité ne soient pas l'occasion d'éclater les horaires des télétravailleurs, l'ANI de 2020 précise que les plages de contact sont définies « *en cohérence avec les horaires de travail en vigueur dans l'entreprise* »¹⁶⁵¹. Au-delà d'une formulation sujette à interprétation, un accord d'entreprise¹⁶⁵² peut y déroger. Précisons que l'ANI de 2005 stipule que la fixation des plages de joignabilité se fait par l'employeur « *en concertation avec le salarié* »¹⁶⁵³, pour éviter certainement que ces plages ne représentent un *pouvoir* supplémentaire de l'employeur sur le temps de vie des salariés. Supprimée du texte de loi en 2017, cette obligation de concertation est cependant reprise par l'ANI de 2020.

593. Ainsi, les plages de joignabilité correspondent à du temps de travail mais ne circonscrivent pas la durée du travail. Elles n'impliquent rien d'ailleurs quant aux horaires auxquels les heures restantes de travail sont effectuées. Ces plages de joignabilité remplissent plusieurs fonctions liées à la durée du travail mais ne bornent pas pleinement la durée du travail.

2- L'employeur responsable du droit à la déconnexion et l'intérêt à le faire respecter

594. Si le droit à la déconnexion a comme sujet le salarié, il s'adresse cependant à l'employeur. Celui-ci a en effet l'obligation de le faire respecter (a). Cette obligation est d'autant plus renforcée et percutante en liant la problématique de la déconnexion à celle du décompte du temps de travail (b).

qu' « *il ne s'agit pas de fixer ses horaires de travail mais de préciser les périodes au cours desquelles le lien avec l'entreprise n'empiétera pas sur sa vie privée* » (H. GUYOT, Le télétravail : état des lieux, *JCP S* 2013, 1382).

¹⁶⁵⁰ J.-E. RAY, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ? Dr. soc.* 2012, p. 443 (« *fixer des horaires fixes où il [le salarié] doit être joignable exactement comme au bureau le protège a contrario de coups de fils et courriels intempestifs en dehors* »).

¹⁶⁵¹ ANI du 26 novembre 2020, art. 3.1.

¹⁶⁵² Contrairement à un accord de branche (C. trav. art. L. 2252-1).

¹⁶⁵³ ANI 19 juin 2005, art. 6.

a- L'obligation de l'employeur de respecter le droit à la déconnexion

595. Parler d'un *droit* à la déconnexion aiguille vers le bénéficiaire du droit, ici le salarié. Un certain nombre d'auteurs militent pour la reconnaissance d'un *devoir* de déconnexion du salarié¹⁶⁵⁴. Le responsabiliser reviendrait à le pénaliser doublement, par la sanction de la connexion interdite et par la charge de travail qui l'y incite voire l'y pousse¹⁶⁵⁵. Le salarié serait finalement soumis à deux pressions contradictoires, celle de la loi qui lui interdirait une connexion et celle de l'employeur qui pourrait l'y pousser. Cela constituerait surtout un transfert de responsabilité de la protection des droits fondamentaux qui incombe à l'employeur et dont le droit à la déconnexion est une modalité. En d'autres termes, si le droit à la déconnexion s'exerce par le salarié¹⁶⁵⁶, il doit se comprendre comme s'adressant à l'employeur, en témoigne d'ailleurs « *la grammaire du pouvoir* »¹⁶⁵⁷ utilisée.

596. Se pose ainsi la question de savoir si le droit à la déconnexion du salarié représente un devoir de l'employeur. De façon structurelle, d'abord, c'est à lui de s'assurer que la charge de travail et les délais d'exécution permettent au salarié d'exercer son droit à la déconnexion¹⁶⁵⁸. Plus formellement, ensuite, s'il se soustrait à l'obligation de négocier sur les modalités à la

¹⁶⁵⁴ H. GUYOT, Le travailleur face au numérique, *Dr. ouvrier* 2017, p. 119 ; L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique, *JCP S* 2016, 1310 ; V. PONCIF, « Transformation numérique et vie au travail » : les pistes du Rapport Mettling, *RDT* 2016, p. 185 ; J.-E. RAY, Actualité des TIC – Tous connectés, partout, tout le temps ? *Dr. soc.* 2015, p. 516 ; M.-B. BOURGEOIS, L. TOURANCHET, X. ALAS-LUQUETAS, Le droit à la déconnexion, *JCP S* 2017, 24 ; É. PUJOL, Déconnexion : plus qu'un droit, un devoir partagé, *D.* 2017 ; G. LOISEAU, La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463 ; B. METTLING, *op. cit.*, 2015, p. 21 (qui envisage une « *coresponsabilité du salarié et de l'employeur* »).

¹⁶⁵⁵ M. HAUTEFORT, Organiser les conditions du droit à la déconnexion, *Les Cahiers du DRH* 2017, 241, p. 8 ; F. JAUREGUIBERRY, *Rapport sur la déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication*, ANR, 2014 [en ligne], p. 5 : « *les cadres n'arrivent que rarement à se déconnecter des TIC. Soit parce qu'ils ne peuvent pas le fait (car devant constamment rester à l'écoute du pouls de l'entreprise ou du service), soit parce qu'ils pensent que les TIC leur font économiser du temps et que se déconnecter équivaldrait donc à trop en perdre ou à se couper d'opportunités* ».

¹⁶⁵⁶ C. trav. art. L. 2242-17 : les modalités à négocier sont celles de l'exercice *par* le salarié de son droit à la déconnexion.

¹⁶⁵⁷ C. MATHIEU, Le droit à la déconnexion : une chimère ? *RDT* 2016, p. 592.

¹⁶⁵⁸ M.-B. BOURGEOIS, L. TOURANCHET, X. ALAS-LUQUETAS, Le droit à la déconnexion, *JCP S* 2017, 1199.

déconnexion, lorsque cela s'avérerait obligatoire, il s'expose à la responsabilité des préjudices subis par les salariés et les organisations syndicales¹⁶⁵⁹. Plus largement, enfin, l'obligation de l'employeur s'apprécie à travers son obligation de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* »¹⁶⁶⁰. Garantir le droit à la déconnexion constitue en effet une « *mesure nécessaire* »¹⁶⁶¹ à prendre par l'employeur afin de remplir son obligation de sécurité¹⁶⁶².

597. En admettant que le droit à la déconnexion constitue une obligation à l'encontre de l'employeur, on peut se questionner sur l'un des outils de mise en œuvre prévu par la loi : la charte d'entreprise. Celle-ci doit être élaborée par l'employeur et définir les modalités d'exercice du droit quand les négociations n'ont pas abouti. Mais quelle en est la valeur juridique ?¹⁶⁶³ Traditionnellement, la charte d'entreprise fait partie du monde de l'éthique, *a priori* éloignée du droit¹⁶⁶⁴. Toutefois, support du « plein exercice » du droit à la déconnexion, orienté notamment vers la protection de la santé, cette charte se doit de bénéficier d'une certaine valeur juridique¹⁶⁶⁵. Une circulaire de la DGT de 2008 laisse entendre un

¹⁶⁵⁹ Soc. 13 nov. 2008, n° 07-44.874, inédit. Voir D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 1747 : considère que les organisations syndicales devraient pouvoir présenter une demande en référé pour trouble résultant d'un refus d'ouvrir la négociation. Voir déjà Soc. 13 juill. 1988, n° 86-16.302, *Bull.* n° 454.

¹⁶⁶⁰ C. trav. art. L. 4121-1 ; directive n° 89/391 du 12 juin 1989, art. 5. La jurisprudence est constante à partir de 1987 (Crim. 11 juin 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 610).

¹⁶⁶¹ Il s'agit de l'expression utilisée à l'article L. 4121-1 du code du travail, qui fait dire que l'obligation de sécurité en vertu de la loi n'est bien, aussi forte soit elle, qu'une obligation de moyens.

¹⁶⁶² M. HAUTEFORT, Organiser les conditions du droit à la déconnexion, *Les Cahiers du DRH*, 2017, 241, p. 8 ; J. SCHWARTZ, Les dispositifs de mise en œuvre du droit à la déconnexion, *Cah. soc.* 2017, n° 121f5, p. 48 ; G. LOISEAU, La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463.

¹⁶⁶³ Voir P.-H. ANTONMATTÉI, P. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, déposé 6 mars 2007 auprès du ministre du Travail, Documentation française 2007 ; des mêmes auteurs, pour une synthèse de leur rapport, *Dr. soc.* 2007, p. 522 ; N. CAUSSE, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français*, PUAM, 2000.

¹⁶⁶⁴ Voir N. CAUSSE, *La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2000 ; D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges Despax*, 2002, Presse Universitaire de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 125.

¹⁶⁶⁵ Dans ce sens-là : C. MATHIEU, Le droit à la déconnexion : une chimère ? *RDT* 2016, p. 592 ; G. LOISEAU, *op. cit.*, 2017, p. 463 ; P. MASSON, Le droit du travail à l'épreuve du numérique, *Dr. ouvrier* 2015, p. 695.

rapprochement avec la valeur juridique du règlement intérieur¹⁶⁶⁶. Plus encore, lorsqu'il existe un règlement intérieur, l'article L. 1321-5 du code du travail dispose qu'en est une adjonction tout « *document comportant des obligations générales et permanentes* » notamment sur la santé et la sécurité¹⁶⁶⁷. Les modalités du droit à la déconnexion répondant en partie à des problématiques de santé et de sécurité, il semble que la charte du droit à la déconnexion puisse être considérée comme adjointe au règlement intérieur. Ce dernier est défini par la Cour de cassation comme un « *acte réglementaire de droit privé [qui] s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise* »¹⁶⁶⁸. Pourtant, si on admet que le droit à la déconnexion ne représente une obligation que pour l'employeur et ne saurait « *s'imposer* » au salarié, alors l'engagement unilatéral qui ne peut créer que des avantages¹⁶⁶⁹ s'avère plus adapté. Des auteurs considèrent qu'elle relève à la fois du règlement intérieur et de l'engagement unilatéral, selon, pour un premier auteur, que les obligations s'adressent au salarié ou à l'employeur¹⁶⁷⁰ et, pour un second, qu'elles visent le respect de la vie personnelle

Contra B. METTLING, *op. cit.*, 2015, p. 21 : explique que cette charte ne peut être assimilée au règlement intérieur et n'a qu'une valeur de « *bon vecteur pédagogique* ».

¹⁶⁶⁶ Circ. DGT n° 2008/22 du 19 nov. 2008, BO Emploi, travail, formation professionnelle, cohésion sociale n° 12, 30 nov. 2008 : en la distinguant du règlement intérieur quant à son champ, la définition donnée laisse entendre que la charte en partagerait en revanche la valeur juridique.

¹⁶⁶⁷ C. trav. art. L. 1321-5 : « *Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 [qui porte sur la santé et la sécurité] et L. 1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérées comme des adjonctions à celui-ci* ». Cette disposition, anciennement codifiée à l'article L. 122-34 du code du travail, est créée par la Loi n° 82-689 du 4 août 1982 (art. 1), contre la pratique patronale de contournement du régime du règlement intérieur en adoptant dans d'autres notes la réglementation en relevant pourtant.

¹⁶⁶⁸ Soc. 25 sept. 1991, n° 87-42.396, *Bull.* n° 381, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1992, *Grands arrêts*, n° 177 ; 17 oct. 2018, n° 17-16.465, inédit, note J. MOULY, *Dr. soc.* 2019, p. 90.

Avant 1982 (Loi n° 82-689 du 4 août 1982, JORF 6 août 1981), un débat doctrinal opposait la thèse du règlement intérieur comme émanation contractuelle à celle inscrite dans une approche institutionnelle selon laquelle le salarié, en entrant dans l'entreprise, accepte tacitement d'être soumis au règlement intérieur. A. JEAMMAUD, Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du règlement intérieur, *Dr. soc.* 1985, p. 480 : il y voit une « *délégation de compétence normatrice* » par le législateur à l'employeur. Dans ce sens, voir A. SUPIOT, La réglementation patronale de l'entreprise, *Dr. soc.* 1992, p. 215.

¹⁶⁶⁹ Soc. 23 oct. 1991, *Bull.* n° 433.

¹⁶⁷⁰ G. LOISEAU, La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463.

ou de la santé¹⁶⁷¹. On penche davantage en faveur du premier, pour les raisons évoquées de la nature de ces deux normes et du droit à la déconnexion qui ne saurait, en l'état du moins, être créateur d'obligations pour le salarié.

b- L'obligation de respecter le droit à la déconnexion à rattacher au décompte du temps de travail

598. Par son origine dans l'ANI du 19 juin 2013 sur la *Qualité de vie au travail* et son rattachement légal aux négociations obligatoires sur ce thème, le droit à la déconnexion est d'abord pensé juridiquement à travers la problématique de la qualité de vie au travail. Il consiste principalement en un *choix* laissé au salarié d'être déconnecté¹⁶⁷². Or pour que le « choix » existe, il faut que la charge de travail permette la déconnexion¹⁶⁷³. Ce lien entre déconnexion et charge de travail transparaît avec pertinence dans la définition donnée de la *charge* de travail, sous entendue ici comme une surcharge, comme l'« *intensité des attentes formulées par l'employeur/supérieur hiérarchique/collègues/clients, que le salarié n'est plus en situation de satisfaire, sur le temps/lieu de travail, et qu'il tente de résoudre, hors temps de travail/à domicile* »¹⁶⁷⁴. Rappelons que dès lors que la charge de travail, déterminée en principe par l'employeur, nécessite de travailler hors des horaires habituels de travail, ce temps doit normalement être qualifié de temps de travail. On peut se demander alors si l'une des façons de garantir le droit du salarié à la déconnexion n'est pas de penser davantage le « droit de la connexion », entendu comme l'obligation pour l'employeur de décompter tous les temps de connexion comme temps de travail. Le présenter sous cet angle peut avoir pour effet de renforcer l'implication de l'employeur dans le fait de garantir la déconnexion des salariés. Cette approche transparaît d'ailleurs dans la récente proposition de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur le droit à la déconnexion de 2021. Son article 3, intitulé « droit à la déconnexion », prévoit d'imposer aux États membres de veiller « à ce que les employeurs prennent les mesures nécessaires pour fournir aux travailleurs les moyens d'exercer leur droit à la déconnexion » et « mettent en œuvre le droit

¹⁶⁷¹ C. MATHIEU, Le droit à la déconnexion : une chimère ? *RDT* 2016, p. 592.

¹⁶⁷² V. Paragraphe 589.

¹⁶⁷³ Entretien du président de l'ANACT : H. LANOUZIERE, De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés, *Sem. soc. Lamy* n° 1755, 6 fév. 2017.

¹⁶⁷⁴ C. WILLMANN, La déconnexion des salariés : un droit « mou », aux forts enjeux, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 684.

à la déconnexion d'une manière équitable, licite en transparente ». Entre ces deux obligations, les employeurs devraient « [mettre] en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du travail journalier effectué par chaque travailleur »¹⁶⁷⁵.

En supportant pleinement les conséquences d'une surcharge de travail, l'employeur retrouverait un rôle actif dans la mesure et l'encadrement du travail. Ainsi, le droit à la déconnexion gagnerait profondément en consistance et en cohérence d'être rattaché à la thématique du temps de travail, et à sa négociation¹⁶⁷⁶.

II- LA MESURE DE LA CHARGE DE TRAVAIL POUR CERTIFIER LA CRÉDIBILITÉ DU DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

599. La notion de charge de travail fait encore peu partie du référentiel législatif¹⁶⁷⁷. Saisie par le prisme de la protection de la santé des salariés, la notion est d'abord conçue dans une approche qualitative du travail, qui cherche plus à traduire le contenu et la qualité du travail qu'à le quantifier. La mesure de la charge remplit alors une fonction complémentaire au décompte du temps de travail¹⁶⁷⁸. Cependant, la charge de travail entretient également un lien plus direct avec le temps de travail. En effet, la notion de charge de travail traduit, en partie, une quantité temporelle de travail (A). En cela, elle remplit une fonction de révélation du

¹⁶⁷⁵ Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit à la déconnexion.

¹⁶⁷⁶ Voir A. FABRE, Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise, l'âge de raison ? *Dr. soc.* 2015, p. 882.

¹⁶⁷⁷ Seuls six articles du code du travail, dont un article réglementaire, renvoient à la charge de travail : les articles L. 1222-9 et L. 1222-10 du code du travail sur le télétravail (accord collectif ou charte doit déterminer la régularité de la charge de travail et un entretien annuel doit porter dessus) ; art. L. 2312-26 sur la consultation du CSE sur les forfaits jours dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ; art. L. 3121-64 et -65 sur le forfait-jours ; art. R. 4542-9 sur l'évaluation des risques liés à l'utilisation des écrans, avec l'objectif de réduire la charge de travail sur un écran.

En jurisprudence, peu d'arrêts emploient expressément la notion de « charge de travail ». V. là-dessus : S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106.

¹⁶⁷⁸ V. Paragraphe 362.

temps de travail, supplémentaire au décompte du temps de travail soit qu'elle vienne le confirmer, le suppléer, le contredire ou le qualifier (B).

A- LA NOTION DE LA CHARGE DE TRAVAIL COMME QUANTITÉ TEMPORELLE DE TRAVAIL

600. Pour pouvoir affirmer que la charge de travail traduit, même imparfaitement, une quantité temporelle de travail, et faire ainsi de sa mesure un outil supplémentaire au décompte, il convient de déterminer la relation entre charge et temps de travail. Le lien entre ces deux quantités doit d'abord être accepté (1). Il doit ensuite être précisé et mener vers l'affirmation d'une conversion temporelle de la charge de travail (2).

1- Le lien entre charge de travail et durée du travail

601. Le lien entre charge de travail et temps de travail nécessite d'être reconnu, parmi d'autres approches de la charge de travail (a), et généralisé à l'ensemble du droit de la durée du travail (b).

a- Reconnaître un lien entre charge de travail et durée du travail

602. La charge de travail est appréhendée d'abord par le prisme de la protection de la santé¹⁶⁷⁹. La thèse de Monsieur Luc de Montvalon sur la charge de travail en témoigne, en étudiant la notion par « *une approche renouvelée du droit de la santé du travail* », ce que réitère un travail plus récent sur la charge de travail à l'ère du numérique, sous-titrée « *réflexion sur la santé au travail* »¹⁶⁸⁰. Vis-à-vis de la santé, le droit vise à évaluer, réguler et limiter l'intensification du travail que l'horloge n'exprime pas, susceptible d'entraîner des cas de surcharge, physique comme mentale. Cette problématique se développe *en parallèle de la mesure de la durée du travail*, comme un objet et une mesure à part entière. C'est notamment par préoccupation de la protection de la santé des salariés que la charge de travail est traitée spécifiquement dans les réglementations du forfait jours et du télétravail. Mais, dans ces deux cas, la notion de charge de travail présente un lien direct avec la mesure du temps de travail. Il ne s'agit pas de révéler une intensification, aspect du travail insaisissable par la seule durée du

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ S. DEMAY, *La charge de travail à l'ère du numérique. Réflexion sur la santé au travail*, thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023.

travail, mais de déterminer, contredire ou corroborer la mesure du temps de travail. La charge de travail se pense ici de façon *imbriquée au temps de travail*. Aborder ainsi la relation entre temps et charge de travail transcende l'opposition d'une approche quantitative par le temps et d'une approche qualitative par la charge¹⁶⁸¹. Autrement dit, cela revient à reconnaître également à la charge de travail une dimension *quantitative, de mesure du temps de travail*.

Par ailleurs, lorsque la charge est pensée par le prisme de la protection de la santé, sa régulation ne s'intéresse qu'aux cas de *surcharge* ou de *charge excessive*. Au contraire, lorsque la charge remplit une fonction quantitative du temps de travail, sa mesure concerne, plus largement, toute charge de travail.

b- Généraliser le lien entre charge de travail et durée du travail

603. De façon générale, le lien entre temps et charge de travail est peu mobilisé, ou alors essentiellement pour souligner l'impossibilité pour la durée du travail à représenter la charge de travail¹⁶⁸². Toutefois, le lien entre ces deux notions, évoqué dans un article pionnier de Madame Marie-Ange Moreau¹⁶⁸³, peut également se percevoir non comme une opposition, mais comme le nécessaire « *équilibre* » entre temps de travail et charge de travail¹⁶⁸⁴. La portée d'une telle affirmation doit s'évaluer à l'aune du cantonnement usuel de la charge de travail à une question parallèle à la durée du travail. Plutôt qu'un équilibre, nous parlerions de *corrélation*, c'est-à-dire l'absence d'indépendance entre durée et charge de travail. Mais l'article de Marie-Ange Moreau éclaire aussi sur les limites du droit positif en ce qu'il ne présente le lien entre charge et temps de travail que vis-à-vis du forfait jours. Il s'aligne en fait sur la loi Aubry II, contemporaine, qui mobilise cette notion, pour la première fois, exclusivement pour le forfait jours. Cette première apparition en 2000, certes restreinte, constitue cependant une première prise en compte de cette problématique, à charge pour le droit et les praticiens de s'en emparer plus généralement et d'affirmer le lien évident entre charge et temps de travail.

¹⁶⁸¹ Par exemple : S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106 ; P. LOKIEC, La mesure du travail par le temps, *Dr. soc.* 2011, p. 771.

¹⁶⁸² Voir par exemple S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106 : qui ne l'approche *que* du point de vue de la santé.

¹⁶⁸³ M.-A. MOREAU, Temps de travail et charge de travail, *Dr. soc.* 2000, p. 263.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*

2- La conversion temporelle de la charge de travail

604. Pour convertir en temps une charge de travail, il convient d'abord d'en expliciter la dimension temporelle (a). Ensuite, il s'agira de voir quelle correspondance on cherche à établir entre temps et charge de travail, afin d'en préciser les « règles de conversion » (b).

a- La dimension temporelle de la charge de travail

605. Définie comme « *la quantité de ressources mobilisées par une personne dans la mise en œuvre d'une tâche* »¹⁶⁸⁵, la charge de travail est composite. Elle regroupe l'ensemble des « *ressources mobilisées* ». Nous avons déjà abordé la dimension trans-temporelle de la charge de travail, mesurant l'intensité du travail et les effets sur la santé de la personne du salarié¹⁶⁸⁶. Il s'agit ici d'aborder la *dimension temporelle* de la charge de travail, qui en fait, notamment, *une quantité de ressources mobilisées en temps par une personne dans la mise en œuvre d'un travail*.

606. Ni un ressenti, ni une fatigue, ni encore un stress, la mesure de la charge de travail cherche ici à mesurer une quantité temporelle nécessaire à une personne pour réaliser un travail. Certains considèrent alors que cela appelle à une mesure *objective* de la charge de travail¹⁶⁸⁷. Cette idée d'objectivité fait préférer d'ailleurs le terme de mesure à celui d'évaluation¹⁶⁸⁸. Ceci étant dit, il peut être défendu que la mesure de la charge de travail implique néanmoins d'évaluer les capacités d'une personne dans son travail et sa gestion du temps, dans une approche *subjective*. On trouve ici une mise en œuvre de la méthode ergonomique selon laquelle la mesure de la « *quantité de ressources mobilisées par une personne* » nécessite de caractériser à la fois la quantité de travail attendue mais aussi les

¹⁶⁸⁵ E. BRANGIER, G. VALLERY, « Charge de travail », dans *Ergonomie : 150 notions clés*, coll. « Univers psy », Dumod, 2021, p. 148.

¹⁶⁸⁶ V. Paragraphe 362 et s.

¹⁶⁸⁷ S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190 ; M. MICHALLETEZ, Pour une approche objective de la charge de travail, *JCP S* 2018, 1395.

¹⁶⁸⁸ De cet avis sur la charge de travail encore plus généralement : T. ROUSSEAU, Charge de travail : un mode opératoire pour soutenir la qualité de vie au travail, *La Revue des conditions de travail, Anact*, 2017.

ressources de l'individu¹⁶⁸⁹. C'est cet élément qui distingue fondamentalement cette mesure de celle, abstraite, du temps nécessaire à une tâche mise en œuvre dans le travail à domicile et la distribution de prospectus¹⁶⁹⁰. En effet, il s'agit moins d'établir des temps standards que de traduire la réalité du temps travaillé à travers la charge de travail du salarié.

b- La compatibilité entre temps de travail et charge de travail raisonnable

607. Une fois posée l'existence d'une dimension temporelle de la charge, il reste à interroger quel temps est nécessaire pour telle charge de travail. On peut parler de correspondance entre la charge et un temps de travail.

Cette correspondance doit se faire *dans le respect de la protection de la santé du salarié*. Si une charge de travail est « réalisable » dans une durée donnée mais au prix d'un épuisement physique et mental de la personne du salarié, elle doit être considérée comme incompatible avec cette durée. Autrement dit, le temps de travail pour une charge donnée doit correspondre à une charge de travail raisonnable, préoccupation du droit positif. Monsieur Luc de Montvalon la définit comme « *celle qui offre un équilibre entre les contraintes et les ressources des travailleurs, afin que le travail commandé puisse être exécuté dans des conditions supportables pour l'individu* »¹⁶⁹¹. L'exigence du supportable semble toutefois moins protectrice que celle du *raisonnable*. La doctrine, et exceptionnellement la jurisprudence, commet d'ailleurs plusieurs glissements sémantiques quant à la charge de travail à garantir. Alors même qu'ils commentent des arrêts sanctionnant l'absence de garantie d'une charge de travail raisonnable¹⁶⁹², certains auteurs préfèrent parler de « *charge de travail disproportionnée* »¹⁶⁹³ ou de « *charge excessive* »¹⁶⁹⁴, notion à laquelle se réfère également un arrêt, cependant isolé¹⁶⁹⁵. Or les notions de disproportion et d'excès apparaissent moins

¹⁶⁸⁹ E. BRANGIER, G. VALLERY, *op. cit.*, 2021.

¹⁶⁹⁰ V. *infra*.

¹⁶⁹¹ L. de MONTVALON, Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ? *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1743.

¹⁶⁹² Soc. 8 nov. 2017, 15-22.758, inédit, note P. ROZEC, *JCP G* 2017, 2389 ; 17 janv. 2018, n° 16-15.124, *Bull.* n° 2, note F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2018, n° 305, p. 149.

¹⁶⁹³ P. ROZEC, *op. cit.*, 2389.

¹⁶⁹⁴ L. de MONTVALON, Forfait-jours : état des lieux des garanties conventionnelles exigées par le juge, *Les Cahiers Lamy du CE* 2018, n° 179.

Des commentaires de l'arrêt ne relèvent pas le changement terminologique, voire le reprennent à leur compte. Voir M. MORAND, Forfait-jours : un autre accord exemplaire, *JCP S* 2017, 1267.

stricte que celle du raisonnable. Dans le respect de l'esprit et de la finalité de l'encadrement de la charge de travail, il est important de conserver le principe que la charge de travail doit rester raisonnable et le traduire, logiquement, par l'interdiction d'une charge *déraisonnable*.

608. La conversion temporelle de la charge de travail cherche à déterminer combien de temps doit être laissé à l'exécution d'un travail pour assurer que la charge soit raisonnable. Si une stricte correspondance entre temps et charge de travail raisonnable est difficile à établir, une *compatibilité* entre les deux quantités peut et doit être garantie. Ainsi, il s'agit moins de calculer *précisément* le temps équivalent à une charge de travail que de déterminer, pour une charge de travail raisonnable à garantir, un temps de travail nécessaire. Autrement dit encore, cela revient à fixer le temps de travail en-deçà duquel l'exécution d'un travail aboutirait à une charge de travail déraisonnable.

B- LA FONCTION RÉVÉLATRICE DU TEMPS DE TRAVAIL DE LA CHARGE DE TRAVAIL

609. Traduisant, notamment, une quantité temporelle mobilisée par le salarié, la charge de travail fait office de révélateur de la réalité du temps de travail¹⁶⁹⁶. Cette fonction permet d'une part de s'assurer qu'un temps de travail prévu et décompté est *crédible* au vu de la charge de travail, dont il faut garantir le caractère raisonnable. Il s'agit alors de confronter une durée du travail, à assurer ou décomptée comme telle, avec la charge de travail afin d'en constater ou non la crédibilité (1). Révélant la durée du travail nécessaire à l'exécution d'un travail, la charge de travail témoigne d'une durée *commandée* et participe alors de la qualification du temps de travail effectif (2).

1- La durée du travail confrontée à la charge de travail

610. Quelques arrêts isolés dégagent fortuitement la fonction de la charge de travail dans le dévoilement de la durée du travail nécessaire¹⁶⁹⁷. Mais ce sont les réglementations du forfait jours et du télétravail qui formalisent précisément cette préoccupation juridique. Cependant, la fonction assurée par la charge n'est pas identique. Dans le cadre du forfait jours, à défaut de

¹⁶⁹⁶ Sur l'idée de *révélateur*, V. not. : J.-E. RAY, De le sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p. 5.

¹⁶⁹⁷ Soc. 16 nov. 1999, n° 97-43.285, inédit ; 15 juin 2004, n° 02-45.001, inédit ; 28 sept. 2011, n° 10-15.870, inédit.

tout décompte horaire, la charge vise à *réguler* la durée du travail. À noter de suite que, si la régulation de la charge de travail dans le cadre du forfait jours ne fait pas office d'un supplément au décompte, absent, elle laisse voir ce qu'une régulation de la charge de travail, pourrait, plus largement, assurer (a). Dans le cadre du télétravail, il s'agit de *vérifier* une durée, qui doit par ailleurs être décomptée en principe (b).

a- La charge de travail pour réguler la durée du travail en forfait jours

611. Préoccupation centrale de la réglementation du forfait jours, la charge de travail y occupe une fonction particulière. Celle-ci est d'abord « directe ». Il s'agit de veiller à ce que la charge de travail ne soit pas trop lourde et ne se traduise pas par une altération de la santé et de la qualité de vie du salarié. Cette fonction est d'autant plus essentielle que le forfait jours se caractérise, en droit positif, par l'absence de décompte horaire. Une telle absence justifie une autre fonction de la charge de travail, plus indirecte, d'encadrement et de régulation de la durée du travail.

612. Dès la légalisation du forfait jours en 2000, l'accord collectif doit prévoir les « *modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte* »¹⁶⁹⁸. Supprimant l'exigence de cette clause, la loi du 20 août 2008 impose la tenue d'un entretien annuel individuel qui porte notamment « *sur la charge de travail du salarié* ». La notion de charge de travail est reprise à son compte par la Cour de cassation à partir de 2012, où elle ajoute à sa jurisprudence issue de l'arrêt du 29 juin 2011 qu'il faut que « *l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* »¹⁶⁹⁹. Cette jurisprudence s'analyse moins comme un durcissement¹⁷⁰⁰ du régime du forfait jours que comme une réaction à un affaiblissement législatif¹⁷⁰¹. En 2016, l'obligation réapparaît dans le code du travail, l'article L. 3121-60, d'ordre public, disposant désormais que « *l'employeur*

¹⁶⁹⁸ C. trav. art. L. 212-15-3, III.

¹⁶⁹⁹ Soc. 26 sept. 2012 n° 11-14.540, note J.-P. LHERNOULD, *RJS* 2012, obs. S. MIARA, *JCP S* 2012, 41, note S. AMALRIC, *RDT* 2013, p. 273.

¹⁷⁰⁰ A. FABRE, Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnancement, *Les Cahiers sociaux* 2013, n° 257, n° 111r9.

¹⁷⁰¹ P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.

s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ». L'entretien annuel sur la charge de travail n'a quant à lui pas disparu mais s'est déplacé vers les dispositions supplétives¹⁷⁰², l'employeur devant l'organiser à défaut de certaines stipulations conventionnelles. Sans constituer une nouvelle exigence, le rang d'ordre public auquel accède l'exigence d'une charge de travail raisonnable lui offre une place symbolique et une fonction privilégiée¹⁷⁰³.

613. C'est dans leur interrelation que la charge de travail révèle sa fonction de régulation de la durée du travail. En effet, selon la jurisprudence, la situation à laquelle l'employeur doit « remédier »¹⁷⁰⁴ est celle d'une « *charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* »¹⁷⁰⁵. Veiller à la charge de travail permet de garantir une durée raisonnable, qui garantit à son tour que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition du travail dans le temps. Le lien de complémentarité entre charge et durée du travail est manifeste. Il est exprimé également par le législateur qui dispose, de façon supplétive¹⁷⁰⁶, que « *l'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires* ». Qu'il soit question d'une durée raisonnable ou de temps de repos minimums, le principe est le même. L'existence d'une durée ou d'un temps de repos n'est pas crédible sans charge de travail compatible. La fonction de la charge de travail est ici d'offrir une certaine connaissance du temps de travail du salarié et de vérifier la vraisemblance ou non d'une durée raisonnable¹⁷⁰⁷. Autrement dit, la fonction de la charge de travail dans le cadre du forfait jours est de donner une *appréciation de la durée réellement travaillée*.

¹⁷⁰² C. trav. L. 3121-65, I, 3°.

¹⁷⁰³ M. VÉRICEL, Les forfaits jours après la loi travail du 8 août 2016 et la loi du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances de 2017 : un renforcement de la protection des salariés en trompe-l'œil, *Cah. soc.* 2018, n° 307, p. 41.

¹⁷⁰⁴ V. *upra*.

¹⁷⁰⁵ V. par exemple : Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, précité : c'est à l'employeur de veiller à la surcharge et d'y remédier « *de sorte que* » le contrôle de la durée maximale raisonnable (formule utilisée à l'époque de l'arrêt) soit assuré.

¹⁷⁰⁶ C. trav. L. 3121-65, I, 3°.

¹⁷⁰⁷ P. FLORÈS, Le forfait-jours et l'effectivité des garanties offertes, *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1635.

614. Affirmer le lien entre charge de travail et temps de travail n'est cependant pas exempt de toute critique. Du moins, la correspondance n'est pas « *automatique* », comme l'ont soulevé par exemple la CGT et la CFE-CGC devant le CEDS dans leur réclamation de 2016 portant notamment sur le forfait jours¹⁷⁰⁸, c'est-à-dire que l'une ne suffit pas à connaître l'autre. Ceci étant dit, la réglementation sur le forfait jours indique moins un tel lien automatique que la nécessité d'empêcher toute incompatibilité entre la charge de travail et une durée raisonnable. Il semble surtout qu'il faille retenir que la compatibilité avec une durée raisonnable ne suffit pas à encadrer la charge de travail. Comme nous l'avons dit, la dimension temporelle est une dimension de la charge de travail parmi d'autres mais non l'unique¹⁷⁰⁹.

b- La charge de travail pour vérifier la durée du travail en télétravail

615. Dans le cadre de la réglementation du télétravail, la charge de travail est évoquée à plusieurs niveaux. Au niveau du champ de la négociation collective¹⁷¹⁰, l'article L. 1222-9 II 3° du code du travail exige de l'accord ou de la charte quand il existe de préciser « *les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail* ». Au niveau des obligations faites à l'employeur, la loi impose dans tous les cas la tenue d'un entretien annuel portant « *notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail* »¹⁷¹¹ ; ce que reprend l'ANI de 2020. L'évocation expresse de la charge de travail, et ce notamment au cours d'un entretien annuel, peut faire penser de prime abord au dispositif du forfait jours¹⁷¹². Cependant, la vigilance sur la charge de travail y occupe une fonction différente. Dans le cadre du forfait jours, il s'agit de réguler une durée, non décomptée par ailleurs, alors que dans le cadre du télétravail, la durée du travail et son régime sont par

¹⁷⁰⁸ CEDS, déc. 10 nov. 2021, récl. N° 149/2017 Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. France : Réplique de la CGT et de la CFE-CGC au Mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé de la réclamation, point 18 : « *il sera surtout observé que temps de travail et charge de travail sont des notions complémentaires, mais qu'il n'y a pas entre elles de rapport automatique* ».

¹⁷⁰⁹ V. Paragraphe 605.

¹⁷¹⁰ C. trav. art. L. 1222-9.

¹⁷¹¹ C. trav. art. L. 1222-10.

¹⁷¹² La ressemblance, notamment de par l'entretien annuel est soulignée notamment par Monsieur Jean-Emmanuel Ray (J.-E. RAY, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ? Dr. soc.* 2012, p. 443).

principe identiques à distance et sur site. Autrement dit, dans le cadre du télétravail, la mesure de la charge de travail n'est pas là pour remplacer le décompte du temps de travail¹⁷¹³.

616. La fonction de la charge de travail dans le cadre du télétravail transparait principalement de l'ANI de 2005 qui y consacre un long développement¹⁷¹⁴. Après avoir affirmé que « *le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables* » et que « *la charge de travail, les normes de production et les critères de résultats exigés du télétravailleur doivent être équivalents à ceux des salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'employeur* », l'article 9 de l'ANI de 2005 ajoute que « *la charge de travail et les délais d'exécution, évalués suivant les mêmes méthodes que celles utilisées pour les travaux exécutés dans les locaux de l'entreprise, doivent, en particulier, permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail* ». L'exigence d'une charge de travail équivalente à celle supportée « en présentiel »¹⁷¹⁵ est présentée comme une condition au respect de la législation relative à la durée du travail. Cela transcrit sans conteste et avec évidence la corrélation étroite entre charge et durée.

Ainsi, il ne s'agit pas de substituer au décompte du temps une régulation de la charge de travail. Celle-ci intervient clairement *en complément*. La charge de travail opère ici comme une *vérification du décompte*, que celui-ci soit individualisé, issu du respect supposé de l'horaire collectif¹⁷¹⁶, ou de la durée contractuelle. Une surcharge de travail, c'est-à-dire un décalage entre la charge de travail mesurée et la durée du travail décomptée, révélerait au mieux la durée du travail réellement effectuée¹⁷¹⁷, ou du moins que la durée affichée n'est pas crédible.

¹⁷¹³ *Contra* P. COEFFARD, A. THOUVENIN, La promotion du télétravail, *JCP S* 2018, 1334 ; A. PROBST, Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. soc.* 2006, p. 109 ; J. BARTHÉLÉMY, Relations du salaire et des temps de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 581.

¹⁷¹⁴ ANI 19 janv. 2005, art. 9.

¹⁷¹⁵ Reprise de la formulation dans le 7^{ème} point clé de l'accord cadre européen du 16 juillet 2002 : « *la charge de travail, les normes de production et les critères de résultats exigés du télétravailleur doivent être équivalents à ceux des salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'employeur* ».

¹⁷¹⁶ P. WAQUET, En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963.

¹⁷¹⁷ L. de MONTVALON, *La charge de travail*, LGDJ, 2021, spéc. p. 208.

2- La durée commandée par la charge de travail et la qualification de temps de travail effectif

617. La charge de travail permet aussi d'apprécier l'étendue du travail commandé¹⁷¹⁸, et participe alors de la qualification du temps de travail effectif. Dans la plupart des cas, cette qualification se traduit par la reconnaissance d'heures supplémentaires. Attribut du pouvoir de direction, les heures supplémentaires s'imposent au salarié¹⁷¹⁹ et doivent émaner d'une demande de l'employeur. La Cour de cassation juge en effet dans son arrêt *Vidalenc* de 1999 que « *seul un travail commandé peut être considéré comme du travail effectif* »¹⁷²⁰. Pour réclamer le paiement d'heures supplémentaires, le salarié doit montrer qu'il s'agit d'un travail commandé. Or, sans le commander directement, l'employeur est susceptible de soumettre le salarié à une charge de travail qui *commande* un tel travail. C'est ainsi que la jurisprudence a précisé la notion de « *travail commandé* » en retenant la qualification de travail commandé, et d'heures supplémentaires, même sans accord exprès de l'employeur dès lors que les circonstances établissent un accord tacite de l'employeur¹⁷²¹ ou que les heures travaillées ont été rendues nécessaires par les tâches confiées aux salariés¹⁷²². La Cour de cassation renforce sa jurisprudence en précisant en 2018 que la qualification de travail commandé est encourue si les heures ont été rendues nécessaires à la réalisation des tâches confiées au salarié *nonobstant* les procédures internes et notes de service diffusées par l'employeur à l'encontre de la réalisation d'heures supplémentaires¹⁷²³. Usant du vocabulaire utilisé dans le cadre de la

¹⁷¹⁸ J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail, *JCP S* 2007, 1168 (même s'ils confondent tout de même en disant qu'il faut voir si les *temps de travail* ont été commandés ; non l'indice pour qualifier le temps de temps de travail est si le travail a été commandé).

¹⁷¹⁹ Voir l'arrêt pionnier Soc. 20 mars 1961, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1961, p. 424 ; précisé par Soc. 9 mars 1999, n° 96-43.718, *Bull.* n° 103.

¹⁷²⁰ Soc. 9 mars 1999, n° 96-44.080, *Bull.* n° 105.

¹⁷²¹ Soc. 2 juin 2010, n° 08-40.628, Publié, *D.* 2010. 1489, J. MOULY, *Dr. soc.* 2010. 992, obs. E. SERVERIN, T. GRUMBACH, *RDT* 2010. 457, note G. LOISEAU, *JCP S* 2010. 1241.

¹⁷²² V. not. : Soc. 8 juill. 2010, n° 09-40.932, inédit ; 31 mai 2011, n° 10-14.306, inédit ; 11 juill. 2012, n° 11-17.827, inédit ; 20 fév. 2013, n° 11-28.811, *Bull.* n° 52 ; 23 mai 2013, n° 12-15.571, inédit ; 9 juin 2015, n° 13-26.834, inédit ; 6 avril 2011, n° 10-14.493, inédit ; 26 avr. 2017, n° 15-24.822, inédit ; 12 sept. 2018, n° 17-15.924, inédit ; 16 juin 2021, n° 19-19.607, inédit ; 4 nov. 2021, n° 19-21.005, inédit ; 30 mars 2022, n° 21-13.579, inédit.

¹⁷²³ Soc. 14 nov. 2018, n° 17-16.959, Publié ; 14 nov. 2018, n° 17-20.659, inédit, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2019,

prise d'acte, Monsieur Sébastien Tournaux distingue opportunément *l'initiative* du salarié de travailler au-delà de ses horaires du fait que cela soit *imputable* à l'employeur, qui n'a pas convenablement mesuré la charge de travail confiée au salarié pour la durée du travail prescrite¹⁷²⁴. Nous retrouvons ici le lien entre durée du travail et charge de travail tracé par Madame Marie-Ange Moreau¹⁷²⁵ dans lequel elle énonce très clairement que « *la mise en évidence de la charge de travail, ramenée à l'évaluation du temps accordé au salarié pour la réaliser permet de révéler l'existence d'un travail commandé* »¹⁷²⁶.

618. Dans une approche un peu différente, le droit des travailleurs à domicile à la majoration de certaines heures suit cette logique d'appréciation d'une « charge de travail » rapportée à la durée impartie pour l'assurer. Le droit du travail à domicile reconnaît l'existence d'heures de travail majorées. Il ne s'agit pas formellement d'« heures supplémentaires » – la notion est absente de la législation du travail à domicile –, malgré des similitudes. D'après l'article L. 7422-9 du code du travail, la rémunération des heures de travail est majorée lorsque le travailleur à domicile doit « *prolonger son activité au-delà de huit heures par jour ouvrable* ». Ainsi, seront des heures majorées celles qui dépassent huit heures *quotidiennement et en moyenne*¹⁷²⁷. Alors qu'une semaine compte généralement six jours ouvrables, le travailleur peut être amené à travailler 48 heures dans la semaine sans majoration. Mais ce qui nous intéresse ici est l'approche qui va permettre de conclure au nombre d'heures majorées. D'après l'article L. 7422-9 du code du travail, les heures majorées sont reconnues « *lorsque les délais fixés par le donneur d'ouvrage pour la remise du travail imposent au travailleur à domicile* » une telle durée quotidienne moyenne du travail. Le second alinéa poursuit et précise que « *le droit des intéressés à ces majorations est apprécié sur la base des temps*

p. 198.

¹⁷²⁴ S. TOURNAUX, Reconfigurer les temps de vie du salarié, *Dr. soc.* 2022, p. 5.

¹⁷²⁵ V. Paragraphe 603.

¹⁷²⁶ M.-A. MOREAU, Temps de travail et charge de travail, *Dr. soc.* 2000, p. 263.

¹⁷²⁷ Se référer à la notion de jour ouvrable fait suggérer en effet qu'il puisse s'agir d'une *moyenne*, calculée sur le nombre de jours qui peuvent être travaillés et peu important le nombre de jours réellement travaillés par le travailleur à domicile, libre d'organiser son temps. Ainsi, par exemple, un travailleur à domicile qui préférerait terminer ou avancer un ouvrage un soir *à la place* du lendemain matin ou après-midi et qui travaillerait 10 heures une journée pour se libérer deux heures le lendemain, faisant ici un choix personnel, ne pourrait sûrement pas arguer d'avoir fait deux heures supplémentaires le jour qu'*il* a surchargé.

d'exécution définis conformément à l'article L. 7422-6¹⁷²⁸, compte tenu, le cas échéant, des concours auxquels le travailleur à domicile peut recourir, conformément au 2° de l'article L. 7412-1 »¹⁷²⁹, c'est-à-dire compte tenu du recours à une aide, familiale ou non. Au vu des temps d'exécution, il s'agit d'examiner les heures qui devront être travaillées au-delà de 8 heures quotidiennes en moyenne sur la période autour de laquelle le travailleur doit avoir fini son travail, c'est-à-dire dans les délais impartis. Il s'agit donc ici aussi de déterminer une durée du travail à partir de la quantité de travail à réaliser.

619. Indiquons que ces fonctions de la déconnexion et de la charge de travail se justifient particulièrement par l'intensification du travail, à l'œuvre notamment dans le télétravail¹⁷³⁰ et par les possibilités de dématérialisation qui facilitent la possibilité d'un temps de travail invisibilisé.

SECTION 2 : UN PROCÉDÉ ALTERNATIF POUR SUIVRE LE TEMPS DE TRAVAIL DES SALARIÉS EN FORFAIT JOURS

620. Les salariés en forfait jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives aux durées maximales et à la durée légale¹⁷³¹. De plus, la réglementation du contrôle de la durée du travail a choisi de limiter l'obligation de décompte du temps de travail de ces salariés aux jours travaillés, prestation à laquelle ils s'engagent et, généralement, sur la base desquels ils sont rémunérés. Cependant, la Cour de cassation réhabilite la préoccupation du nombre d'heures travaillées, exigeant que soient garanties des durées raisonnables de travail. Pourtant envisageable, l'exercice d'un décompte horaire du temps de travail des salariés en forfait jours est pour l'instant largement rejeté¹⁷³². Cela nécessite alors une autre méthode pour

¹⁷²⁸ Il y a une erreur de rédaction car ce ne sont pas les temps d'exécution qui sont définis à l'article L. 7422-6 du code du travail mais le taux horaire. L'erreur est très certainement au niveau de l'article visé, ceux qui auraient dû l'être étant les articles L. 7422-1 à L. 7422-3 du code du travail. Pour information, pour certains, l'erreur consiste à parler de temps d'exécution, et que la disposition en question avait pour objet de préciser sur quel montant se calculait la majoration (P. BURNEL, *Travail à domicile. Télétravail*, Éd. Liaisons, 2011, p. 142).

¹⁷²⁹ Le contenu de cet alinéa était anciennement de nature réglementaire, codifié à l'article R. 721-8 du code du travail.

¹⁷³⁰ V. Paragraphe 358.

¹⁷³¹ C. trav. art. L. 3121-62.

¹⁷³² V. Paragraphe 488 et s.

s'assurer de l'existence de durées raisonnables, directement ou indirectement par le suivi de la charge de travail.

L'encadrement du temps de travail des salariés en forfait jours est censé être assuré par un suivi du temps de travail. S'il ne s'agit pas véritablement d'un décompte du temps de travail, ce suivi pourrait néanmoins viser à s'en approcher. Il doit du moins offrir un aperçu du temps travaillé et empêcher des durées de travail déraisonnables.

Le suivi du temps de travail est exigé par les juges, et, depuis 2016, par le législateur. Le soin de l'organiser est laissé en revanche pleinement à l'accord collectif. Pour apprécier la force du dispositif de suivi du temps de travail, il apparaît utile de consacrer un premier temps à l'étude du fonctionnement de l'accord collectif comme support de ce suivi (I). Dans un second temps, il convient, de façon plus substantielle, d'analyser le contenu du suivi du temps de travail exigé (II).

I- L'ENCADREMENT INÉGAL DU SUIVI DU TEMPS DE TRAVAIL PAR L'ACCORD COLLECTIF

621. L'accord collectif tient un rôle essentiel dans le cadre de la réglementation du forfait jours, et particulièrement vis-à-vis du suivi du temps de travail. La réglementation du forfait jours témoigne d'une lourde responsabilité conférée à l'accord qui est censé ainsi garantir et organiser ce substitut au décompte du temps de travail (A). Cette responsabilité doit mener à un traitement rigoureux de sa défaillance (B). Si ces développements ne se réfèrent pas toujours expressément à la question du suivi du temps de travail, ils apparaissent toutefois indispensables pour saisir pleinement la réglementation qui en traite, quant à elle, directement et qui est étudiée par la suite. Plus précisément, ces développements se justifient par la spécificité de la réglementation du forfait jours dans laquelle l'accord collectif remplit une fonction particulièrement essentielle quant au suivi du temps de travail.

A- LA LOURDE RESPONSABILITÉ DE L'ACCORD COLLECTIF

622. Il revient à l'accord collectif d'encadrer le forfait jours et le suivi du temps de travail à organiser et garantir (1). Dans cette tâche, il entretient une relation à géométrie variable avec les autres outils de réglementation que sont la convention individuelle de forfait et les dispositions légales supplétives (2).

1- Le rôle d'encadrement de l'accord collectif

623. Le rôle d'encadrement du forfait jours conféré à l'accord collectif résulte avant tout de l'histoire mouvementée du forfait jours. Or, on est en droit de penser que cette compétence relevait plutôt du législateur (a). Il reste que, en l'état actuel, l'encadrement par l'accord collectif constitue une condition fondamentale au forfait jours (b).

a- La compétence douteuse des négociateurs sociaux au regard de l'article 34 de la Constitution

624. Dans sa condamnation de la France, le CEDS accorde une importance particulière à l'encadrement *de et par* la négociation collective¹⁷³³, du fait que le législateur s'en est largement remis à elle. Pouvant être conclu au niveau de l'entreprise, portant le risque selon le CEDS d'une « *mise en œuvre [qui] présente un caractère trop aléatoire* », le contenu conventionnel doit être encadré et impératif. Or, en transférant aux négociateurs sociaux le soin de déterminer les conditions d'exécution du forfait jours, le législateur s'est montré très lacunaire sur les garanties conventionnelles à prévoir. Par son arrêt du 29 juin 2011¹⁷³⁴, la Cour de cassation confirme le rôle et la responsabilité accordés à l'accord collectif, considérant qu'il a à garantir le « *respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* ». La solution a donc été de confier à l'accord le soin de pallier l'insuffisance du dispositif légal. En ne renvoyant pas au législateur le soin de renforcer son dispositif, la décision jurisprudentielle suffit à « sauver » le forfait jours, ce qui a pu motiver la Cour de cassation – et soulager les employeurs qui craignaient d'énormes répercussions contentieuses et financières d'une invalidation du régime du forfait jours¹⁷³⁵.

¹⁷³³ CEDS, déc. 11 déc. 2001, récl. N°9/2000 ; 7 déc. 2004, récl. N°22/2003 ; 23 juin 2010, récl. N°55/2009.

¹⁷³⁴ Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *D.* 2011, p. 1830, note B. VAN CRAEYNEST, P. MASSON, *RDT* 2011, p. 474, chron. M.-F. MAZARS, S. LAULOM, C. DEJOURS, *RDT* 2011, p. 481, note M. MORAND, *JCP S* 2011, 1333, note F. FAVENNE-HERY, *RJS* 2011, p. 587, chron. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2012, p. 901, note E. RICHARD, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n°447, note D. BAUGARD, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11.

¹⁷³⁵ J.-E. RAY, Il faut sauver le forfait-jours ! *Liaisons sociales magazines* 2011, p. 56.

625. Pourtant, au vu des droits fondamentaux en jeux, il semble que la mission de les garantir relève de la compétence du législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail¹⁷³⁶. Dans plusieurs décisions le Conseil constitutionnel invalide des renvois du législateur vers les négociateurs sociaux¹⁷³⁷. Se référant à la fois à l'article 34 de la Constitution et au huitième alinéa du préambule de 1946, selon lequel « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », le Conseil juge que « *s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir qu'en l'absence de convention collective ces modalités d'application seront déterminées par décret, il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* »¹⁷³⁸. À l'inverse, saisi de la loi Aubry II, le Conseil avait jugé en 2000 que, une fois définis « *les droits et obligations touchant aux conditions de travail* », le législateur pouvait « *laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs représentants, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* »¹⁷³⁹. La jurisprudence constitutionnelle apparaît hésitante.

¹⁷³⁶ Voir S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190 ; Voir M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175 ; G. LOISEAU, La durée du travail, temps libre pour la négociation collective, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1501.

¹⁷³⁷ Cons. const. 7 août 2008, n° 2008-568 DC (sur la mise en place d'une contrepartie obligatoire en repos à certaines heures supplémentaires) ; 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC (former sur le portage salarial).

Voir S. BARADEL, Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190 ; M. BONNECHÈRE, *op. cit.*, 2012 ; G. LOISEAU, La durée du travail, temps libre pour la négociation collective, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1501.

¹⁷³⁸ Cons. const. 7 août 2008, n° 2008-568 DC *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, considérant 14 (à propos de la contrepartie obligatoire en repos au-delà du contingent pour laquelle le législateur a supprimé tout encadrement de sa durée minimale ou des conditions dans lesquelles elle doit être prise, alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi).

¹⁷³⁹ Cons. const. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 28.

Du côté de l'Europe, en exigeant que soient prévues « *des garanties spécifiques en cas de négociation collective au sein de l'entreprise* », le CEDS visait très certainement une intervention législative.

b- L'encadrement par l'accord collectif comme condition de validité au forfait jours

626. La loi subordonne la conclusion de conventions individuelles de forfait à l'existence d'un accord collectif. Ainsi, le forfait jours fait l'objet d'une double contractualisation, individuelle et collective.

Avant 2016, l'accord collectif apparaissait clairement comme un préalable obligatoire¹⁷⁴⁰, introduisant la section relative aux conventions de forfait. Restructurant une partie du code du travail, le législateur de 2016 ne fait pas figurer l'obligation d'un accord collectif parmi les dispositions présentées expressément comme d'ordre public¹⁷⁴¹, là où elle avait pourtant sa place. À relier certainement avec l'existence du mécanisme palliatif de l'article L. 3121-65¹⁷⁴², cela n'est pas sans faire redouter une perspective d'assouplissement de son rôle.

L'exigence d'une double contractualisation illustre, pour Patrice Adam, un paradigme où l'individu est « *un individu dont la volonté ne se construit solidement que sur des fondations collectives* »¹⁷⁴³. L'accord collectif s'avère alors une condition préalable et une « fondation » à l'expression de la volonté individuelle du salarié de conclure une convention de forfait jours. Son existence et son contenu revêtent une importance d'autant plus fondamentale.

¹⁷⁴⁰ C. trav. anc. art. L. 3121-39 (en vigueur entre le 22 août 2008 et le 10 août 2016).

A noter toutefois que cette législation issue de la loi du 20 août 2008 réduisait considérablement les clauses conventionnelles à prévoir et que, si le principe de l'accord collectif préalablement obligatoire était certes visé dès le paragraphe sur la « *mise en place des conventions de forfait-jours* », il n'était développé ni traité dans les articles suivants (si ce n'est sur le nombre de jours annuels maximum que devait fixer l'accord collectif).

¹⁷⁴¹ En la faisant figurer soit dans le tronc commun aux différentes conventions de forfait, à l'instar de la législation antérieure, soit en la développant dans les deux parties d'ordre public relatives aux deux types de convention de forfait.

¹⁷⁴² V. *infra*.

¹⁷⁴³ P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 31 ; *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. « Bibliothèque de droit social, LGDJ, 2005, spéc. p. 445.

2- L'autonomie de l'accord collectif

627. Au vu du rôle d'encadrement du suivi du temps de travail auquel il est assigné, l'accord collectif est une pièce essentielle du dispositif de forfait jours. Il s'agit ici de se demander dans quelle mesure il est une pièce *autonome* de la réglementation. L'accord collectif fonctionne de façon autonome vis-à-vis de la convention individuelle de forfait, qui ne peut, dans un sens comme dans l'autre, en influencer l'appréciation (a). Mais cette autonomie n'est pas générale. En effet, l'accord collectif peut être compensé par la mise en œuvre de mesures unilatérales de l'employeur, venant indubitablement en fragiliser le cadre (b).

a- L'indifférence à la convention individuelle, un inévitable angle mort ?

628. L'accord collectif est une condition autonome à la mise en place du forfait jours. Elle ne saurait ainsi être compensée par la convention individuelle¹⁷⁴⁴. Le contenu de la convention individuelle de forfait est-il pour autant ignoré par le juge dans l'appréciation des modalités de suivi du forfait jours ? Un arrêt du 17 décembre 2014¹⁷⁴⁵ alimente le débat. Alors que la cour d'appel juge illicite la convention de forfait au regard du contenu de l'avenant au contrat de travail, la Cour de cassation ne se réfère qu'à l'accord de branche applicable¹⁷⁴⁶, qu'elle juge conforme aux exigences relatives au droit à la santé et au repos¹⁷⁴⁷. S'est posée la question de savoir si la Cour de cassation se fondait sur le principe de faveur – plus favorable au salarié, l'accord de branche écarte l'application des stipulations de la convention individuelle contraires – ou si, plus radicalement, l'accord de branche fait « écran » à la

¹⁷⁴⁴ Hypothèse défendue par exemple par : J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, Le forfait-jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011, *JCP S* 2011, 1332.

¹⁷⁴⁵ Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, note G. PIGNARRE, *RDT* 2015, p. 195, note F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2015, p. 104, note P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661, note S. TOURNAUX, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n° 597

¹⁷⁴⁶ Accord de branche du secteur des banques. *Contra* F. BERGERON-CANUT, *op. cit* 2015, p. 104 : l'enjeu n'aurait pas été entre l'application du contrat de travail ou celle de l'accord de branche mais une divergence d'appréciation de la validité de l'accord de branche.

¹⁷⁴⁷ L'attendu de la Cour : « *Qu'en statuant ainsi, alors que répondent aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, les dispositions de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 imposant notamment à l'employeur de veiller à la surcharge de travail et d'y remédier, de sorte qu'est assuré le contrôle de la durée maximale raisonnable de travail* ».

convention individuelle de forfait. Le contenu de l'arrêt de cassation, mais surtout le principe légal et jurisprudentiel du rôle de l'accord collectif dans l'encadrement du forfait jours, font pencher vers la seconde solution¹⁷⁴⁸. L'accord collectif est indubitablement la pièce maîtresse du dispositif de forfait jours.

629. Ce rôle reconnu à l'accord collectif invisibilise le contenu de la convention individuelle aux yeux du juge. Or, sans être et avoir à être le support des garanties imposées par la loi et le juge, la convention individuelle peut parfois être un précieux indicateur des intentions dans la mise en œuvre du forfait jours. Dans l'arrêt de 2014, la convention individuelle permettait de faire douter de la volonté de l'employeur d'appliquer loyalement les garanties conventionnelles¹⁷⁴⁹. Il reste qu'on voit mal comment traiter cette « *impression désagréable* »¹⁷⁵⁰. Le contentieux de la validité de l'accord collectif est en effet distinct de celui de la mise en œuvre par l'employeur de la convention de forfait jours.

Le juge ne peut non plus prendre en compte des éléments positifs de mise en œuvre du forfait jours, en refusant par exemple de considérer que l'absence de certaines mentions porte atteinte à la protection des salariés au motif que cette protection a été effectivement assurée par l'employeur¹⁷⁵¹.

Contre l'idée d'une opposition entre un contrôle abstrait de la part du CEDS et un contrôle concret de la part de la Cour de cassation¹⁷⁵², l'analyse de l'accord collectif est, et doit être, indépendante du fait que les salariés aient été ou non finalement protégés. L'analyse demeure *in abstracto*¹⁷⁵³. Cela n'empêche pas la Cour de cassation de se livrer, de façon

¹⁷⁴⁸ Dans ce sens-là : E. JAGLIN, O. GIOVENAL, Le forfait annuel en jours, tel que prévu dans le secteur de la Banque, est conforme aux exigences de la Cour de cassation, *Juris. soc. Lamy* 2015, p. 10 ; G. PIGNARRE, Les forfaits-jours encore et toujours, *RDT* 2015, p. 195 ; P. MASSON, Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? *Dr. ouvrier* 2014, p. 580.

¹⁷⁴⁹ P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661 (note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301).

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

¹⁷⁵¹ G. VACHET, Conditions de validité du forfait-jours, *JCP E* 2014, 1495.

¹⁷⁵² M.-F. MAZARS, P. FLORES, La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1499.

¹⁷⁵³ Voir par exemple Soc. 25 nov. 2015, n° 14-17.124, inédit : la cour d'appel avait regardé le contrat de travail, fondé sur un accord collectif jugé suffisant, et avait conclu en plus que visiblement le salarié n'avait pas fait état d'un charge déraisonnable. Logiquement, la Cour de cassation casse pour absence de base légale, la cour d'appel aurait dû vérifier si la convention était prévue par un accord collectif qui assure de telles garanties.

pertinente, à un contrôle pragmatique, en appréciant si le contenu conventionnel et ce qu'il implique permettront effectivement d'assurer les garanties exigées.

b- La compensation par les mesures unilatérales, un regrettable affaiblissement

630. Alors que la loi du 8 août 2016 rétablit une liste de clauses à prévoir par l'accord collectif, elle prévoit dans le même temps une issue de secours à l'accord qui ne déterminerait pas l'une ou plusieurs de ces trois modalités. L'article L. 3121-65 du code du travail dispose en effet qu'une convention individuelle de forfait reste valable pour peu que l'employeur applique plusieurs mesures. Présentée comme « *disposition supplétive* », c'est-à-dire qui *remplace* quelque chose, ce dispositif est plus que cela. Il est *palliatif*, c'est-à-dire qu'il *remédie* à quelque chose qui manque¹⁷⁵⁴. Il a ainsi pu, assez justement, être qualifié de « *béquille* »¹⁷⁵⁵.

Cette « *béquille* » amoindrit considérablement la force obligatoire de l'article L. 3121-64 du code du travail, sans que cela n'apparaisse pourtant justifié juridiquement. Il s'agit d'un article de loi qui remet en cause le caractère impératif d'un autre article de loi. Cet amoindrissement n'a pas échappé au CEDS qui, dans sa décision du 10 novembre 2021, juge que « *les obligations pour l'employeur contenues dans le système supplétif affaiblissent la position des salariés concernés* »¹⁷⁵⁶ et considère « *qu'il y a violation de l'article 2§1 au motif que les dispositions relatives à la flexibilité du temps de travail, tel que le régime de forfait en jours, ne s'inscrivent pas dans un cadre juridique précis offrant des garanties adéquates pour assurer une durée raisonnable de travail* »¹⁷⁵⁷. Un tel regard européen, sur une réglementation autant fragilisée dès l'origine, devrait alerter le législateur français.

B- L'EXIGENCE D'UN TRAITEMENT RIGOUREUX DE L'INSUFFISANCE DE L'ACCORD COLLECTIF

631. Au vu du rôle conféré à l'accord collectif, son insuffisance doit être traitée rigoureusement. En effet, la force et l'effectivité de l'encadrement du forfait jours par l'accord

¹⁷⁵⁴ CNRTL, « Palliatif », définition consultée en ligne en 2023.

¹⁷⁵⁵ G. AUZERO, F. BERGERON-CANUT, Le juge et la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 2017, p. 11.

¹⁷⁵⁶ CEDS, Déc. 10 nov. 2021, récl. N° 149/2017, Point 151, décision adoptée le 19 mai 2021.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, Point 154.

collectif en dépendent. Il convient dans un premier temps de déterminer le sort de l'accord collectif en cas d'insuffisance de sa part (1), puis, plus concrètement, des conséquences sur la convention individuelle de forfait qu'entraînent une telle insuffisance ou l'inexécution de l'accord (2).

1- L'insuffisance surmontable de l'accord collectif

632. Si l'accord collectif est insuffisant, il encourt en principe la nullité. Bien qu'elle ne soit ni explicitée ni même prononcée par les juges, la réalité de la nullité n'est pas sans effet (a). Cependant, elle est contrariée par le dispositif « béquille » qui vient poser plusieurs questions (b).

a- La nullité de rigueur en cas d'insuffisance de l'accord collectif

633. Lorsque l'accord collectif est insuffisant, il lui manque une condition de validité justifiant en principe sa nullité¹⁷⁵⁸. L'absence d'explicitation de la nullité par les juges s'explique certainement par la nature des contentieux principalement individuels, la nullité de l'accord ne pouvant ni être demandée ni prononcée par le conseil des prud'hommes. En tant que condition de validité de la convention individuelle, le contenu de l'accord collectif est toutefois nécessairement apprécié par les juges¹⁷⁵⁹. Si elle n'a d'autorité de chose jugée qu'entre les parties¹⁷⁶⁰, la décision individuelle d'invalidité d'une convention individuelle de forfait jours fondée sur l'insuffisance de l'accord collectif crée une *dynamique collective*. Une telle décision d'invalidité constitue en effet un précédent à l'adresse des juges du fond qui seraient saisis de futurs contentieux relatifs au même accord. Le contrôle par la Cour de cassation procède alors d'une forme d'« *annulation virtuelle de l'accord collectif* »¹⁷⁶¹. Une telle

¹⁷⁵⁸ Lorsqu'une de ces conditions de validité disparaît au cours du contrat on parle de caducité (C. civ. 1186).

¹⁷⁵⁹ E. JÜEN, Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions, *Dr. soc.* 2015, p. 528.

¹⁷⁶⁰ A. FABRE, Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnement, *Les Cahiers sociaux* 2013, n° 257, n° 111r9.

¹⁷⁶¹ *Ibid.* : « le contrôle normatif qu'exerce la haute juridiction en la matière peut conduire à l'annulation virtuelle de l'accord collectif », ce qui a d'ailleurs pu soulever des inquiétudes du côté patronal autour des décisions sur la convention Syntec ou chimie (Convention Syntec (Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117) ou chimie (Soc. 26 sept. 2012, n° 11-14540, inédit).

décision incite alors fortement les employeurs ou groupements patronaux de branche à envisager une renégociation, au risque d'une multiplication de contentieux individuels en leur défaveur.

634. À noter que le contentieux du forfait jours a fait l'objet de vives critiques patronales, notamment dans la situation où l'employeur respectait un accord de branche¹⁷⁶², respectant lui-même la loi, le tout en violation du droit européen¹⁷⁶³. Pour ces employeurs condamnés pour avoir appliqué la loi, il reste la possibilité d'un recours en responsabilité de l'État¹⁷⁶⁴. Pour le futur, l'employeur devait en revanche ouvrir des renégociations, issue facilitée¹⁷⁶⁵ par la faculté reconnue aux accords collectifs de différents niveaux de se suppléer mutuellement¹⁷⁶⁶.

b- Le dispositif palliatif : un écran ?

635. La loi du 8 août 2016 a prévu que plusieurs mesures unilatérales de l'employeur puissent venir pallier l'absence de certaines mentions conventionnelles. Ce dispositif permet de « sécuriser » les conventions individuelles de forfait qui reposent sur un accord collectif

¹⁷⁶² P.-H. ANTONMATTÉI, *Dr. soc.* 2014, p. 687 (obs. sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Publié) : « lorsque la censure des forfaits en jours ne résulte alors que d'un défaut d'une norme conventionnelle étendue, l'amertume est d'autant plus grande ».

¹⁷⁶³ L'annulation de conventions conclues avant 2011 contreviendrait à la sécurité juridique, car celles-ci auraient été légalement formées (F. FAVENNEC-HÉRY, 2011 : une année clef pour le droit de la durée du travail, *Gaz. Pal.* 2011, p. 14). Il s'agit pourtant de l'application classique de la hiérarchie des normes.

¹⁷⁶⁴ CJCE *Francovich* du 19 novembre 1991, aff. C-6/90 ; CE *Société Arizona Tobacco products et SA Philip Morris France* précités, CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279 522.

Favorables à une telle action : P.-H. ANTONMATTÉI, *Dr. soc.* 2014, p. 687 (obs. sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Publié) ; M. MORAND, *Sem. soc. Lamy* 2014, 1309 (note sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033).

¹⁷⁶⁵ *Contra* L. BENTO DE CARVALHO, *JCP S* 2021, 1132 (note sous Soc. 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié) : soucieux de la loyauté des parties syndicales signataires d'un accord de forfait jours insuffisant qui ne voudraient pas rouvrir des négociations.

¹⁷⁶⁶ A. FABRE, *op. cit.*, 2013, n° 111r9 ; M.-F. MAZARS, P. FLORÈS, La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1499, p. 8. Les auteurs renvoient notamment à l'arrêt du 26 mai 2004 (n° 02-10.273, Publié) qui avait admis que ces imprécisions puissent être comblées par des accords d'entreprise ; assurément acté avec la loi de 2016 (M. VÉRICEL, *RDT* 2013, p. 493, note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28 398, Publié).

insuffisant, même pour les conventions individuelles conclues *avant* la loi de 2016. En revanche, le dispositif n'est pas rétroactif¹⁷⁶⁷, et rien ne s'oppose donc à ce que la nullité antérieure à la loi de 2016 puisse être prononcée, quand bien même l'employeur aurait cherché depuis à « sécuriser » la convention¹⁷⁶⁸.

636. En cas d'accord insuffisant, que se passe-t-il si l'employeur n'applique pas le dispositif « béquille » ? Au risque sinon d'anéantir toute force obligatoire de la disposition légale relative au contenu conventionnel, on doit alors revenir à l'insuffisance de l'accord collectif, justifiant l'annulation de la convention individuelle. C'est justement ce qu'a jugé très récemment la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 janvier 2024 dans lequel elle considère qu' « *en cas de manquement à l'une de ces obligations [supplétives], l'employeur ne peut se prévaloir du régime dérogatoire ouvert par l'article L. 3121-65 du code du travail. Il en résulte que la convention individuelle de forfait en jours conclue, alors que l'accord collectif ouvrant le recours au forfait en jours ne répond pas aux exigences de l'article L.3121-64, II, 1° et 2°, du même code, est nulle* »¹⁷⁶⁹. Cette solution s'imposait.

2- Les conséquences sur la convention individuelle de forfait

637. En tant qu'il est une condition de validité à la convention individuelle de forfait, l'insuffisance (a) et l'inexécution de l'accord collectif (b) rejaillissent sur la convention individuelle, entraînant respectivement sa nullité et sa privation d'effet. Dans les deux cas, cela renforce la fonction d'encadrement du forfait jours par l'accord collectif.

a- Insuffisance de l'accord : nullité de la convention individuelle et sécurisation

638. L'insuffisance de l'accord collectif a d'abord entraîné la privation d'effet de la convention individuelle de forfait¹⁷⁷⁰ puis, à partir du 24 avril 2013¹⁷⁷¹, sa nullité. Sanction

¹⁷⁶⁷ Principe de base, la loi n'est pas rétroactive sauf si elle le prévoit expressément ou si elle est une loi dite de validation.

¹⁷⁶⁸ F. BERGERON-CANUT, *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881 (note sous Soc. 16 oct. 2019, n° 18-16.539, inédit).

¹⁷⁶⁹ Soc. 10 janv. 2024, n° 22-15.782, Publié.

¹⁷⁷⁰ Soc. 31 janv. 2012, n° 10-19.807, inédit ; 26 sept. 2012 n° 11-14.540, inédit. Sur l'imprécision de la jurisprudence : E. JUEN, Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions, *Dr. soc.* 2015, p. 528.

par la suite constante¹⁷⁷², elle est parfois même relevée d'office par la Cour de cassation¹⁷⁷³. Curieusement peu¹⁷⁷⁴ ou mal perçue¹⁷⁷⁵, le revirement jurisprudentiel est pourtant essentiel dans ce qu'il dit de la nature de l'accord collectif et de sa fonction vis-à-vis de la mise en œuvre du forfait jours. Reconnaître la nullité permet en effet de confirmer que l'accord collectif, avec les garanties qu'il assure, est une condition de validité de la convention individuelle¹⁷⁷⁶. Cette répercussion de la nullité est dictée par la loi elle-même qui subordonne le recours au forfait à la conclusion d'un accord collectif¹⁷⁷⁷. Contrairement à la privation d'effet, la nullité est définitive et rétroactive. La relation de travail est reconstruite en conséquence, et une nouvelle convention devra alors être conclue si les parties veulent poursuivre cette relation¹⁷⁷⁸.

639. Dans un arrêt du 27 mars 2019¹⁷⁷⁹, la Cour de cassation est interrogée sur le délai de prescription de contestation d'une convention individuelle de forfait dans le cadre d'une demande en rappel d'heures supplémentaires et de salaire. L'employeur invoque la prescription biennale applicable aux contentieux de l'exécution du contrat de travail¹⁷⁸⁰, ce

¹⁷⁷¹ Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117, note E. RICHARD, *Dr. ouvrier* 2013, p. 610, obs. M. MORAND, *JCP S* 2013, 23, note F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2013, N° 305, n° 110r0, note J. ICARD, *Cah. soc.* 2013, N° 253, n° 110r6.

¹⁷⁷² À une exception près où elle ne revient pas sur l'indue privation d'effet qualifiée par la cour d'appel (Soc. 4 fév. 2015, n° 13-20.891, inédit, note F. BERGERON-CANUT, *Bull. du travail* 2015, p. 169).

¹⁷⁷³ Soc. 14 déc. 2016, n° 15-22.003, inédit ; 26 sept. 2012 n° 11-14.540, inédit ; 6 nov. 2019 n° 18-19.752, inédit, note L. de MONTVALON, *D.* 27 nov. 2019.

¹⁷⁷⁴ F. BERGERON-CANUT, *op. cit.*, 2013, N° 305.

¹⁷⁷⁵ J. ICARD, *op. cit.* 2013, N° 253 : pour l'auteur, l'intérêt serait de passer du non-choix à une qualification juridique propre.

¹⁷⁷⁶ Adéquate, et pas seulement la « plus adaptée » (F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2018, n° 305, p. 149, note sous Soc. 17 janv. 2018, n° 16-15.124, *Bull.* n° 2).

¹⁷⁷⁷ C. trav. L. 3121-39. E. JUEN, *op. cit.*, p. 528 : c'est la source légale qui permet la répercussion de la nullité de l'accord collectif sur la convention individuelle.

¹⁷⁷⁸ V. not. F. DUCLOZ, P. FLORES, La sauvegarde du forfait-jours : le juge et la combinaison des normes, *RDT* 2016, p. 14. ; G. PIGNARRE, *RDT* 2006, p. 182 (note sous Soc. 9 mai 2006, n° 04-45.880 et 31 mai 2006, n° 04-47.376, Publié).

¹⁷⁷⁹ Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314, inédit, note M. MORAND, *JCP S* 2019, 1132, note H. GUYOT, *JCP S* 2021, 1219, obs. H. NASOM-TISSANDIER, *Juris. soc. Lamy* 2019, n° 477.

¹⁷⁸⁰ C. trav. art. L. 1471-1.

que valident les juges du fond¹⁷⁸¹. La Cour de cassation choisit quant à elle de se référer à la prescription de l'action en demande de salaire et d'heures supplémentaires¹⁷⁸². En déterminant le délai de prescription à partir des « *conséquences de l'action* »¹⁷⁸³, la Chambre sociale s'inscrit dans la jurisprudence de l'Assemblée plénière, et reprise par la Chambre mixte¹⁷⁸⁴, selon lequel le délai de prescription est « *applicable en raison de la nature de la créance* »¹⁷⁸⁵. Cette solution implique que la nullité de la convention individuelle n'a pas de prescription propre. Au nom de la sécurité juridique, certains auteurs se sont inquiétés de l'imprescriptibilité apparente de l'action¹⁷⁸⁶. À l'inverse, on considère que la logique est similaire à celle d'une clause réputée non écrite¹⁷⁸⁷ selon laquelle « *si l'absence de prescription de l'action en déclaration du réputé non écrit ne semble pas devoir affecter trop profondément les exigences de la sécurité juridique, c'est que le jeu d'autres prescriptions est de nature à en atténuer les effets* »¹⁷⁸⁸. Dans le cas de la nullité de la convention individuelle, c'est la prescription triennale de la demande en rappel de salaire qui joue ce rôle limitant. Lorsque la contestation de la clause individuelle de forfait ne s'appuie pas sur une demande de rappel de salaire mais d'indemnisation du préjudice subi d'avoir été indûment en forfait jour, plusieurs auteurs envisagent la prescription biennale relative à un contentieux sur l'exécution du contrat de travail, courant à partir du moment où le salarié a eu ou aurait dû

¹⁷⁸¹ Selon l'employeur, le délai partait de la signature de la convention individuelle de forfait, contrairement aux juges du fond qui le faisaient partir du moment où la convention a cessé d'être appliquée – sans que cela ne soit bien justifié.

¹⁷⁸² Solution confirmée par une série d'arrêts rendus le 30 juin 2021 (Soc. 30 juin 2021, n° 18-23.932, Publié, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2021, p. 853 ; n° 19-10.161 ; n° 20-12.960 ; n° 19-14.543, G. PIGNARRE, *RDT* 2021, p. 721).

¹⁷⁸³ M. MORAND, *JCP S* 2019, 1132 (note sous Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314, inédit).

¹⁷⁸⁴ Ch. mixte 26 mai 2006, n° 03-16.800, *Bull.* n° 3.

¹⁷⁸⁵ Ass. plén. 10 juin 2005, n° 03-18.922, *Bull.* n° 6.

¹⁷⁸⁶ H. GUYOT, *JCP S* 2021, 1219 ; M. MORAND, *JCP S* 2019, 1132 (notes sous Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314, inédit).

¹⁷⁸⁷ J. ICARD, Prescription et droit du travail : le grand remue-méninges de la chambre sociale, *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1963 : va plus loin en considérant que la Cour de cassation raisonne comme si la clause de forfait elle-même était une clause réputée non écrite.

¹⁷⁸⁸ Renvoie à : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, coll. « Recherches Juridiques », Economica, 2006, n° 245. Sur sa mise en œuvre en droit du travail, voir E. JEANSEN, « Réputé non écrit », dans *Notions et normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 353.

avoir connaissance de ses droits¹⁷⁸⁹, c'est-à-dire soit du constat judiciaire de la nullité de l'accord collectif soit de la défaillance d'application par l'employeur¹⁷⁹⁰. Ceci étant dit, le contentieux de forfait jours soutient quasi-systématiquement une demande de rappel de salaires en lien avec la reconnaissance d'heures supplémentaires¹⁷⁹¹.

640. Le risque de la nullité de la convention individuelle est cependant atténué par un mécanisme législatif de sécurisation des conventions individuelles fondées sur un accord collectif *antérieur* à la loi de 2016 et *révisé* depuis¹⁷⁹² pour être mis en conformité avec les nouvelles dispositions légales¹⁷⁹³. Fondée sur l'idée d'un renforcement de l'encadrement conventionnel par la loi du 8 août 2016, le dispositif ferait office d'*accompagnement*. Alors que la loi reprend en fait pour grande partie les exigences jurisprudentielles et européennes déjà existantes, le dispositif s'apparente bien plus à une *validation législative* d'accords déjà insuffisants au regard de la réglementation antérieure à 2016.

¹⁷⁸⁹ C. civ. art. 2224.

¹⁷⁹⁰ M. MORAND, *op. cit.*, 2019, 1132 ; H. NASOM-TISSANDIER, *op. cit.*, 2019, n° 477.

¹⁷⁹¹ L. BENTO DE CARVALHO, *JCP S* 2021, 1132 (note sous Soc. 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié) : pour l'auteur, formuler cette demande est toujours dans l'intérêt du salarié, ce que cette jurisprudence de la prescription parachève.

¹⁷⁹² La Cour de cassation est venue préciser que ce dispositif de « sécurisation » ne vaut qu'en présence d'un accord de révision conclu après l'entrée en vigueur du dispositif légal de sécurisation, c'est-à-dire après le 10 août 2016. En d'autres termes, le dispositif n'a pas d'effet rétroactif (F. BERGERON-CANUT, *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881, note sous Soc. 16 oct. 2019, n° 18-16.539, inédit). Il s'agit d'une solution classique de l'application du droit dans le temps (V. ILIEVA, *Dalloz Actualité* 7 nov. 2019 note sous Soc. 16 oct. 2019, n° 18-16.539). Des auteurs ont soutenu cependant que, plus largement, la rétroactivité des dispositions de la loi de 2016 pouvait être sujette à débat au regard de son éventuel caractère de « loi de validation » (D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 1058).

¹⁷⁹³ P. FLORÈS, Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016, *Dr. soc.* 2016, p. 898 : il en parle comme d'un « *chemin de traverse* ».

L'article 12-1 de la loi dispose alors que « *l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié* ».

b- Inexécution de l'accord collectif : la privation d'effet de la convention

641. Il revient à l'employeur de prouver qu'il a bien mis en œuvre l'accord collectif¹⁷⁹⁴. En cas d'inexécution de l'accord, la Cour de cassation a d'abord retenu l'octroi de dommages et intérêts¹⁷⁹⁵, sur le fondement du droit de la responsabilité civile¹⁷⁹⁶. À l'occasion de son arrêt du 29 juin 2011, elle opère un revirement en considérant que l'inobservation par l'employeur de l'accord collectif entraîne la privation d'effet de la convention de forfait jours¹⁷⁹⁷. Comme elle l'a elle-même souligné publiquement à plusieurs reprises¹⁷⁹⁸, cette sanction a pour effet de renforcer l'encadrement de et par l'accord collectif. Précisons que la privation d'effet n'exclut pas le versement de dommages et intérêts pour préjudice subi par la violation de l'obligation de sécurité de l'employeur¹⁷⁹⁹.

642. Si le raisonnement de la Cour de cassation peut paraître « *elliptique* »¹⁸⁰⁰, la relation légale qu'entretiennent l'accord collectif et la convention individuelle de forfait suffit à

¹⁷⁹⁴ Voir par exemple : Soc. 19 déc. 2018, n° 17-18.725, inédit ; 17 fév. 2021, n° 19-15.215, inédit.

¹⁷⁹⁵ Soc. 13 janv. 2010, n° 08-43.201, *Bull.* n° 14 ; 7 déc. 2010, n° 09-40.750. Dans ces deux arrêts de 2000, il ne s'agit pas d'une reprise de la sanction choisie par la cour d'appel mais bien d'un choix actif de la part de la chambre sociale de la Cour de cassation.

¹⁷⁹⁶ D. JACOTOT, *JCP S* 2014, 1435 (note sous Soc. 2 juill. 2014, n° 13-11.940, Publié).

¹⁷⁹⁷ Depuis, jurisprudence constante, voir par exemple récemment Soc. 17 fév. 2021, n° 19-15.215, inédit ; 10 mars 2021, n° 19-11.421, inédit.

¹⁷⁹⁸ Voir le communiqué de presse de l'arrêt : « *ces défaillances de l'employeur, dès lors qu'elles privent le salarié de toute protection de sa santé, privent également d'effet la convention de forfait-jours conclue avec le salarié* », et le rapport annuel de 2011 de la Cour de cassation (Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le risque*, 2011, p. 417) : la privation d'effet est « *justifiée par la prise en compte, par la chambre sociale de la Cour de cassation, du principe constitutionnel du droit à la santé et au repos du travailleur* ».

¹⁷⁹⁹ Dans ce sens : P.-Y. VERKINDT, Forfaits annuels en jours et évaluation, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1544. V. aussi P. MASSON, Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? *Dr. ouvrier* 2014, p. 580.

Contra A. FABRE, Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnancement, *Cah. soc.* 2013, n° 257, n° 111r9 : l'auteur incite à privilégier la demande indemnitaire au dépend du rappel de salaires pour heures supplémentaires. Pour un arrêt où le salarié s'est indûment privé de ce cumul de ses demandes : Soc. 12 mars 2014, n° 12-29.141, *Bull.* n° 76, note J.-P. LHERNOULT, *Juris. soc. Lamy* 2014, p. 10 (pour l'auteur, le salarié aurait dû demander aussi la privation d'effet de la convention, en plus des indemnités qui lui ont été accordées).

¹⁸⁰⁰ D. JACOTOT, *op. cit.*, 2014, 1435 (note sous Soc. 2 juill. 2014, n° 13-11.940, Publié).

expliquer que l'inexécution du premier rejaillisse sur la seconde¹⁸⁰¹. La privation d'effet consiste à retirer toute conséquence juridique à l'acte, et donc, ici, à revenir à l'application du droit commun de la durée du travail. Contrairement à la nullité, la privation d'effet n'est ni rétroactive ni définitive. Elle ne vaut qu'à compter de l'inexécution et ne dure que tant que l'inexécution se poursuit¹⁸⁰².

643. Une autre sanction était-elle envisageable ? Si la nullité¹⁸⁰³ et l'inopposabilité¹⁸⁰⁴ sont hors de propos, la caducité et la résolution étaient en revanche possibles. La caducité, encourue en cas de disparition au cours de l'exécution du contrat d'un des éléments essentiels¹⁸⁰⁵, signifierait que l'exécution par l'employeur de ses obligations conventionnelles est une condition de validité de la convention individuelle¹⁸⁰⁶. La résolution est quant à elle prononcée à l'encontre d'une grave inexécution du contrat¹⁸⁰⁷. Elle a l'avantage de pouvoir être rétroactive et de pouvoir débiter à un moment choisi par le juge, vraisemblablement à partir de l'inexécution¹⁸⁰⁸. À l'instar de la nullité ou de la caducité, elle anéantit le contrat. Elle forcerait l'employeur et le salarié à conclure une nouvelle convention de forfait. Elle permet d'adapter la sanction selon la gravité de l'inexécution.

II- LES EXIGENCES DE SUIVI DU TEMPS DE TRAVAIL ENTRE LAXISME LÉGISLATIF ET RIGUEUR JURISPRUDENTIELLE

¹⁸⁰¹ Les deux actes sont liés (Voir E. JUEN Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions, *Dr. soc.* 2015, p. 528).

¹⁸⁰² D. BAUGARD, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11 (note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, précité).

¹⁸⁰³ Les conditions de validité étaient remplies lors de la formation du contrat.

¹⁸⁰⁴ La convention individuelle est parfaitement formée et surtout le salarié n'est pas un tiers mais est partie à la convention (D. BAUGARD, *op. cit.* 2011, p. 11) ; F. FAVENNEC-HERY, 2011 : une année clef pour le droit de la durée du travail, *Gaz. Pal.* 2011, p. 14. *Contra* J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, Le forfait-jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011, *JCP S* 2011, 1332 : il voit dans la solution de l'arrêt du 29 juin 2011 une situation d'inopposabilité.

¹⁸⁰⁵ C. civ. art. 1186.

¹⁸⁰⁶ A. FABRE, *op. cit.*, 2013, n° 257

¹⁸⁰⁷ C. civ. art. 1224. Ou en présence d'une clause résolutoire, dont il n'est donc pas question ici.

¹⁸⁰⁸ E. JUEN, *op. cit.*, 2015, p. 528 : prône justement pour une résolution qui est une sanction de l'inexécution du contrat qui, comme la nullité, l'anéantit rétroactivement ; mais la résiliation permet de ne créer d'effet que pour l'avenir.

644. Les décisions d'invalidation de conventions de branche prévoyant le recours au forfait jours sont très nombreuses¹⁸⁰⁹. L'accord de la métallurgie du 28 juillet 1998, validé au cours du fameux arrêt du 29 juin 2011¹⁸¹⁰ puis de nouveau en 2014¹⁸¹¹, est souvent présenté comme un étalon en la matière. La clause essentielle de l'accord de la métallurgie est que « *l'amplitude et charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail des intéressés. À cet effet l'employeur affichera dans l'entreprise le début et la fin de la période quotidienne du temps de repos¹⁸¹² minimal obligatoire* ». En plus de se référer au repos, la convention porte expressément sur l'amplitude, la charge et la bonne répartition dans le temps du travail. L'inventaire des arrêts et les accompagnements législatifs laissent entrevoir une série d'autres critères de validation d'un accord collectif. Ils font par ailleurs ressortir une différence de ton évidente entre le contenu de l'accord collectif exigé légalement et celui exigé par la jurisprudence. Le premier n'a eu de cesse de s'affaiblir, avant un regain trompeur avec la loi de 2016 en raison des fameuses mesures palliatives (A). Le second témoigne d'une vigueur assurée et précisée au fil des arrêts de Cour de cassation (B).

¹⁸⁰⁹ Les conventions collectives de branche qui ont été invalidées sont celles de : détails et de gros à prédominance alimentaire (Soc. 4 fév. 2015, n° 13-20.89, inédit), avocats salariés (Soc. 8 nov. 2017, n° 15-22.758, *Bull.* n° 191, note P. ROZEC, *JCP G* 2017, 2389), organismes gestionnaires de foyers (Soc. 6 nov. 2019, n° 18-19.752, inédit), commerce de gros (Soc. 26 sept. 2012, n° 11-14.540, inédit ; 8 fév. 2017, n° 15-22.599, inédit), notariat (Soc. 13 nov. 2014, n° 13-14.206, inédit), Hôtels-Cafés-Restaurants (Soc. 7 juill. 2015, n° 13-26.444, inédit, note F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2015, n° 277, p. 448, note M. MORAND, *JCP S* 2015, 1364 ; 16 oct. 2019 n° 18-16.539, inédit, note F. BERGERON-CANUT, *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881 ; 25 janv. 2017, n° 15-14.807, inédit), experts-comptables et commissaires aux comptes (Soc. 14 mai 2014, N° 13-10.637, inédit ; n° 12-35.033, Publié, obs. P.-H. ANTONMATTÉI, *Dr. soc.* 2014, p. 687, note M. MORAND, *Sem. soc. Lamy* 2014, N° 1309 ; 15 avril 2016, n° 15-12.588, inédit ; 6 juill. 2016 n° 15-12.199 inédit), Syntec (Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, inédit, précité ; 25 janv. 2017, n° 15-12.459, inédit), commerce et réparation de l'automobile (Soc. 7 mars 2018, n° 17-11.357, inédit), immobilier (Soc. 14 déc. 2016, n° 15-22.003, inédit), industrie chimique (Soc. 31 janv. 2012, n° 10-19.807, inédit), bâtiment (Soc. 17 déc. 2014, n° 13-23.230, inédit ; 11 juin 2014, n° 11-20.985, inédit).

¹⁸¹⁰ Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, précité.

¹⁸¹¹ Soc. 30 avril 2014, n° 13-11.034, inédit.

¹⁸¹² Pour une critique de cette seule référence au repos : P. MASSON, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661 (note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301).

A- LA FAIBLESSE DES DIRECTIVES LÉGALES DE SUIVI DU TEMPS DE TRAVAIL

645. La loi travail du 8 août 2016 a retranscrit dans le code du travail une bonne partie des principes jurisprudentiels et restaure une liste de clauses à stipuler dans l'accord collectif (1). Mais alors que la loi consolide en apparence le régime du forfait jours, elle introduit en même temps le dispositif déjà évoqué, et inédit, permettant à l'employeur de pallier unilatéralement plusieurs insuffisances conventionnelles en en modifiant même la substance (2).

1- Le contenu de l'accord collectif

646. La loi impose à l'accord collectif de prévoir plusieurs clauses relatives au suivi du temps de travail. Au fur et à mesure des réformes relatives au droit du temps de travail, le contenu de ces clauses a évolué, au détriment de leur aspect directif envers l'accord collectif (a) et de la nature du suivi prévu (b).

a- La liste de clauses à stipuler, une perte de direction au cours d'allers-retours législatifs

647. Le contenu et la direction à prendre par l'accord collectif ont été modifiés au fil des réformes relatives au temps de travail. Avec la loi Aubry, l'accord collectif de mise en place du forfait jours « *détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail* »¹⁸¹³. Le renvoi aux négociateurs sociaux se présente lacunaire. Avec la loi de 2008, le contenu conventionnel obligatoire subit une « *cure d'amaigrissement* »¹⁸¹⁴, la loi se contentant d'imposer à l'accord collectif de prévoir « *les caractéristiques principales* » de la convention de forfait, en supprimant la disposition qui énonçait les clauses conventionnelles à déterminer¹⁸¹⁵ et la notion de « *modalités* »¹⁸¹⁶. L'exigence de suivi et de contrôle n'est pas complètement effacée. Elle se manifeste, sans

¹⁸¹³ C. trav. anc. L. 212-15-3, III.

¹⁸¹⁴ P.-Y. VERKINDT, Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.

¹⁸¹⁵ C. trav. anc. art. L. 3121-45.

¹⁸¹⁶ Antérieurement à 2008, la disposition imposait à l'accord de fixer « *les caractéristiques principales et les modalités* » des conventions de forfait-jours. Avec la loi de 2008, seules « *les caractéristiques principales de ces conventions* » sont à déterminer par l'accord.

grande force, sous une nouvelle forme¹⁸¹⁷ : l'entretien annuel individuel. La loi du 20 août 2008 prévoit en effet qu'« *un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait-jours sur l'année* » et qu' « *il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié* »¹⁸¹⁸. Ces précisions relatives à l'entretien annuel individuel se sont donc faites au détriment du contenu directif de l'accord collectif par la loi.

La loi du 8 août 2016 marque le retour de la liste des clauses conventionnelles obligatoires, qu'énumère l'article L. 3121-64 du code du travail. L'étude d'impact du projet de loi « Travail » de 2016 revendique une loi « *volontairement non directive dans le contenu même de l'accord, pour laisser à la négociation collective la souplesse nécessaire* »¹⁸¹⁹. Pourtant, lors des lois Aubry, la validation du Conseil constitutionnel du transfert du législateur vers la négociation collective s'était accompagnée d'une injonction au législateur de *préciser* les clauses conventionnelles obligatoires¹⁸²⁰, condition minimum attendue¹⁸²¹.

b- Évaluation, suivi et communication, une dimension plus souple que le décompte

648. Selon l'article L. 3121-64 II du code du travail, l'accord collectif doit prévoir les modalités selon lesquelles « *l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié* », « *l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise* », auxquelles s'ajoute celles selon lesquelles « *le salarié peut exercer son droit à la déconnexion* ». Soulignons d'abord que le législateur confirme ici que c'est par la charge de

¹⁸¹⁷ On note au passage qu'elle disparaît en revanche du forfait en heures annuel.

¹⁸¹⁸ C. trav. art. L. 3121-46 issu de la loi du 20 août 2008.

L'apparition de la notion de l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale sera traitée ailleurs.

¹⁸¹⁹ *Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, 2016, p. 39 [en ligne].

¹⁸²⁰ Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*.

¹⁸²¹ M. BONNECHÈRE, *Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

travail qu'il envisage l'encadrement du forfait jours, se refusant à mentionner la notion de durées raisonnables, pourtant centrale dans la jurisprudence salvatrice du dispositif du forfait jours¹⁸²². Néanmoins, la référence à la charge de travail doit – malgré les insatisfactions qu'elle peut légitimement alimenter¹⁸²³ – être interprétée comme en lien étroit avec la problématique de la durée du travail. Ensuite, la mesure de la charge, et, par-là, une forme détournée de décompte du temps de travail, est censée s'opérer par une démarche d'« *évaluation* », de « *suivi* » et de « *communication* », qu'on pourrait qualifier de méthode souple. Contrairement à un décompte qui consisterait à enregistrer la durée du travail, par exemple par le biais d'une badgeuse, et dont la réalisation et l'effectivité se vérifieraient de façon claire et objective, un tel « *suivi* » apparaît moins net. Enfin, la loi mentionne une évaluation, un suivi régulier et une obligation de communiquer périodiquement. Les démarches attendues de la part de l'employeur doivent donc suivre une certaine périodicité. Couplée à la jurisprudence¹⁸²⁴, cette périodicité doit se traduire par une régularité au cas par cas, c'est-à-dire permettant d'assurer l'effectivité du suivi.

649. La mention des clauses ainsi énumérées ne saurait se réduire à une simple obligation formelle. Ces clauses visent à garantir *substantiellement* le droit à la santé et au repos des salariés¹⁸²⁵. Leur existence conventionnelle n'exonère pas du contrôle général tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis son arrêt de 2011¹⁸²⁶. Plus encore, les deux sources d'obligation se combinent.

2- Les mesures palliatives : une double remise en cause

650. L'article L. 3121-65 du code du travail vient en effet au secours d'un accord collectif qui ne déterminerait pas une ou plusieurs des trois modalités énumérées à l'article précédent. Ainsi, une convention individuelle de forfait demeure valable dès lors que l'employeur

¹⁸²² V. Paragraphe 524 et s.

¹⁸²³ V. not. la réclamation de la CGT et de la CFE-CGC devant le CEDS (déc. 10 nov. 2021, récl. N° 149/2017).

¹⁸²⁴ V. *infra*.

¹⁸²⁵ Voir dès 2000, l'article de Marie-Ange Moreau sur la charge de travail où elle indique que les dispositions législatives vagues sur l'obligation de suivi doivent s'entendre par la jurisprudence comme imposant de prévoir des garanties réelles et pertinentes (M.-A. MOREAU, Temps de travail et charge de travail, *Dr. soc.* 2000, p. 263).

¹⁸²⁶ Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, précité.

applique plusieurs mesures : « *établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées ; s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ; organiser une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération* ». Les modalités d'exercice du droit à la déconnexion, en principe à négocier dans l'accord, pourront par ailleurs être établies unilatéralement par l'employeur.

651. Le dispositif béquille du forfait jours est d'autant plus problématique que son contenu ne correspond pas à celui des stipulations conventionnelles dont il vient pallier l'absence. D'un suivi régulier sur la charge de travail et une communication périodique, on passe à un suivi de la charge, sans précision sur sa régularité, et à un unique entretien annuel¹⁸²⁷. Ajoutons que la formulation de l'article selon laquelle l'employeur doit s'assurer que la charge de travail est « *compatible avec le respect des temps de repos* » comporte le risque d'un resserrement sur la stricte problématique de santé, au détriment des notions de durée et de charge de travail raisonnables qui exige très certainement une limitation plus importante de la durée du travail. Précisons qu'un tel mécanisme palliatif ne se retrouve qu'à très peu d'endroits du code. Il est prévu par exemple pour le délai de prévenance dans le cadre d'un aménagement du temps de travail, où sa relation avec la règle manquée, et palliée, est toutefois plus étroite et adéquate. En effet, alors que la loi dispose que l'accord doit fixer un délai de prévenance pour les changements de répartition de la durée du travail, elle prévoit, à défaut, un délai supplétif de sept jours. Si dans ce cas-ci elle autorise aussi l'absence d'une clause pourtant censée être obligatoire, cette « suppléativité palliative » a ceci de différent qu'elle ne transfigure pas ce qui devait figurer dans l'accord : l'accord devait prévoir un délai, la loi supplétive prévoit un délai.

Ainsi, le dispositif béquille du forfait jours permet non seulement de « consolider » un accord collectif pourtant insuffisant *aux yeux de la loi*, mais aussi de le faire au moyen de mesures qui ne viennent en aucune façon *rétablir en substance* les manquements conventionnels. La teneur des obligations adressées à l'accord collectif en est transformée¹⁸²⁸.

¹⁸²⁷ Pour rappel cet entretien annuel individuel était auparavant obligatoire (C. trav. anc. art. L. 3121-46), et ne devient donc ici que supplétif.

¹⁸²⁸ Voir M. VÉRICEL, Les forfaits jours après la loi Travail du 8 août 2016 et la loi du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron : un renforcement de la protection des salariés en trompe l'œil, *Cah. soc.*

B- LA RIGUEUR DES EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES D'UN SUIVI

652. À partir de l'arrêt du 29 juin 2011¹⁸²⁹, la Cour de cassation ancre sa jurisprudence sur le terrain de la protection du droit la santé du salarié. Dans cette logique, le contrôle de la Cour sur la validité des accords collectifs s'évertue à garantir l'effectivité du droit au repos et à la santé du salarié. On peut parler de l'« effet utile » de l'accord ou de « principe d'effectivité », en écho à l'approche du droit de l'Union européenne¹⁸³⁰. La Cour de cassation apprécie si l'accord permet effectivement de garantir le respect de ces droits, au-delà de toute « *pétition de principe* »¹⁸³¹. Dans son rapport annuel de 2014¹⁸³², la Cour de cassation énonce clairement les mécanismes exigés, qu'elle scinde en deux grandes catégories. D'une part, l'employeur doit « *s'assurer du suivi régulier de l'organisation du travail du salarié et du caractère raisonnable de son amplitude et de sa charge de travail* ». D'autre part, il doit « *pouvoir remédier de lui-même, avec réactivité et sans que cela repose sur l'intervention du seul salarié, à un surcroît excessif d'activité* ». De l'ensemble de cette jurisprudence, deux aspects du suivi du temps de travail se dégagent. Le premier est relatif au contenu du suivi, précisant ses caractéristiques attendues, imagées par un suivi « *au fil de l'eau* » (1). Le second

2018, n° 307, p. 41 ; L. de MONTAVALON, Forfait-jours : état des lieux des garanties conventionnelles exigées par le juge, *Cah. Lamy du CE* 2018, n° 79.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ CJCE 9 sept. 2003, *Jaeger*, C-152/02, précité, point 92 ; CJCE 7 sept. 2006, C-184/04, *Commission c/ Royaume-Uni*.

Sur le lien entre la démarche d'effectivité et le droit de l'Union européenne : M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

¹⁸³¹ P. FLORÈS, Le forfait-jours et l'effectivité des garanties offertes, *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1635 : ce qui importe c'est l'effectivité des garanties offertes. Cela ne doit pas relever de la « *pétition de principe* ». Expression utilisée aussi par Madame Florence Bergeron-Canut à propos du dispositif conventionnel examiné dans l'arrêt du 17 janvier 2018 (n° 16-15.124, *Bull.* n° 2, note F. BERGERON-CANUT, *Cah. soc.* 2018, n° 305, p. 149).

Sur le fait que l'amplitude et la charge de travail doivent rester raisonnables et assurer une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé, Alexandre Fabre y voit une mention « *purement incantatoire* » (A. FABRE, Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnancement, *Les Cahiers sociaux* 2013, n° 257, n° 111r9).

¹⁸³² Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2014.

aspect porte sur le destinataire de l'obligation que constitue ce suivi, en la personne de l'employeur (2).

1- Le suivi « *au fil de l'eau* »

653. Les caractéristiques attendues du suivi du temps de travail se dessinent à la lumière de l'objectif qui lui est assigné. Une fois admis que ce suivi doit pouvoir remédier en temps utile à une situation, dans laquelle n'est pas garantie une durée raisonnable (a), le moyen de ce suivi se révèle être la prévision d'un dispositif d'alerte (b).

a- L'objectif du suivi : remédier en temps utile à une charge de travail déraisonnable éventuellement incompatible avec une durée raisonnable

654. Depuis une série d'arrêts en 2017¹⁸³³, la Cour de cassation impose clairement à l'accord de prévoir « *un suivi effectif et régulier (...) permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable* ». L'effet utile se présente ici comme le fait de pouvoir remédier « *en temps utile* » à la situation qu'on souhaite empêcher. L'application de cette jurisprudence donne lieu à une stricte appréciation de l'exigence d'un suivi régulier, déterminante dans la validation ou non de l'accord collectif. Un arrêt rendu le 19 juin 2019 juge ainsi invalide l'accord collectif qui prévoit l'existence d'un document déclaratif mensuel, un récapitulatif annuel, un entretien, « *dès lors que n'est pas prévu de suivi régulier des états récapitulatifs permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable* »¹⁸³⁴. Reprise dans un arrêt du 24 mars 2021, la formule consacrée est désormais que, « *sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable* », l'accord collectif n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition du temps de travail¹⁸³⁵. La portée de l'arrêt, et de sa publication, a pu être présentée comme une simple

¹⁸³³ Soc. 5 oct. 2017, n° 16-23.106 à 16-23.111, Publiés.

¹⁸³⁴ Voir par exemple : Soc. 19 juin 2019, n° 18-11.391, inédit.

¹⁸³⁵ Soc. 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié, note S. TOURNAUX, *Dr. soc.* 2021, p. 858, note G. DUCHANGE, *JCP E* 2021, p. 43, note L. BENTO DE CARVALO, *JCP S* 2021, 37 ; 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié, note A. FABRE, *JCP S* 2021, 1292, note M. VÉRICEL, *RDT* 2022, p. 110 ; 21 sept. 2022, n° 21-15,114, inédit ; 14

adresse aux entreprises et branches d'ouvrir des négociation de mise en conformité avec les exigences jurisprudentielles et légales – en vue de sécuriser l'accord grâce à la loi de 2016. Mais, si la formulation est très proche de l'ensemble de la jurisprudence, elle insiste sur l'exigence d'un suivi effectif et régulier¹⁸³⁶. Comme l'a souligné un auteur, la Cour de cassation adopte une démarche téléologique pertinente en mettant l'accent sur la finalité du contrôle, qui est de dépister la survenance d'une surcharge et d'intervenir pour y remédier afin d'en déduire que le suivi doit être permanent¹⁸³⁷. Comme l'a justement illustré le magistrat Philippe Florès, le contrôle et la vigilance du temps de travail des salariés en forfait jours doivent être exercés « *au fil de l'eau* »¹⁸³⁸. Un tel contrôle ne se définit pas tant par sa régularité que par sa nature qui dicte un suivi permanent¹⁸³⁹, n'en déplaise à certains qui le critiquent au titre de la dissuasion au forfait jours qu'il représenterait¹⁸⁴⁰.

655. Le dispositif de suivi doit permettre à l'employeur de réagir à une situation établie¹⁸⁴¹. On pourrait alors y voir un contrôle purement réactif. Mais le suivi peut également être défendu comme « semi-anticipatif », avec pour objectif d'éviter, ou au moins de limiter, une situation de surcharge de travail. Réagir à une surcharge de travail, et s'adapter en conséquence, peut

déc. 2022, n° 20-20.572, n° 21-10.251, Publié, note M. VÉRICEL, *RDT* 2023, p. 275 ; 25 janv. 2023, n° 21-20.912, inédit ; 8 fév. 2023, n° 21-19.512, inédit ; 5 juill. 2023, n° 21-23.294, n° 21-23.387, inédits, note S. TOURNAUX, *Dr. soc.* 2023, p. 836.

¹⁸³⁶ M. VÉRICEL, *op. cit.*, 2022, p. 110

¹⁸³⁷ A. FABRE, *op. cit.*, 2021, 1292.

¹⁸³⁸ P. FLORÈS, Le forfait-jours et l'effectivité des garanties offertes, *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1635.

¹⁸³⁹ Dans ce sens-là voir S. TOURNAUX, *Dr. soc.* 2023, p. 836 (note sous Soc. 5 juill. 2023, n° 21-23.294, n° 21-23.387, inédits : le terme de régularité « *n'est pas ici pris dans son sens premier, selon lequel la régularité devrait simplement impliquer des mesures de contrôle réitérées à un rythme à peu près fixe. (...) Plutôt qu'être régulière, l'attention portée au rapport entre charge de travail et durée raisonnable de travail semble devoir être quasiment permanente* »).

¹⁸⁴⁰ M. MORAND, *JCP S* 2015, 1364 (note sous Soc. 7 juill. 2015, n° 13-26.444, Publié) : l'exigence d'un « *contrôle permanent* » risquerait de représenter une « *véritable arme de dissuasion* ». Trahissant au passage une vision « *rentabiliste* » du dispositif de forfait-jours, comme un outil aux mains de l'employeur et pour son intérêt et non pas une solution à une impossible prédétermination de la durée du travail.

¹⁸⁴¹ En ce sens : L. de MONTVALON, Forfait-jours : état des lieux des garanties conventionnelles exigées par le juge, *Les Cahiers Lamy du CE* 2018, n° 179 : pour qui justement la jurisprudence relative aux forfaits jours « *s'est bâtie sur l'exigence d'une charge de travail raisonnable* », et que « *les juges semblent aujourd'hui principalement exiger que l'employeur soit en mesure de réagir face à une charge de travail excessive* ».

en effet sembler efficace pour prévenir d'une future surcharge. Jurisprudence et conventions collectives imposent d'ailleurs que la charge de travail et l'amplitude « *restent* » raisonnables, ce qui sous-entend qu'une situation de surcharge n'est pas acceptable et doit être évitée. L'approche préventive se justifie par la finalité de protection de la santé et de la sécurité au travail.

656. Cette jurisprudence, et l'exigence d'un suivi au fil de l'eau qu'elle charrie, doit donner le ton à la lecture des dispositions légales relatives au suivi régulier de la charge de travail et à la communication périodique concernant cette dernière. Notons, d'ailleurs, que la fréquence prévue par le dispositif palliatif est trop faible par rapport aux exigences jurisprudentielles¹⁸⁴² : l'entretien annuel devient l'unique temporalité. Il semble important de défendre que l'exigence d'un suivi au fil de l'eau s'adresse également aux mesures supplétives. Finalement, il semble qu'il faille rattacher la jurisprudence de la Cour de cassation à l'article L. 3121-60 du code du travail selon lequel « *l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail* ». D'ordre public, cette disposition, et *l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence*, s'appliquent donc à la fois au champ de la négociation collective et à la mise en œuvre des dispositions supplétives de mesures unilatérales de l'employeur¹⁸⁴³.

b- Le moyen du suivi : un dispositif d'alerte

657. Les très rares conventions collectives validées par la Cour de cassation prévoient un dispositif d'alerte pour s'adapter rapidement à une telle situation¹⁸⁴⁴. Ce dispositif est toujours mis en exergue par la Cour¹⁸⁴⁵ et présenté le plus souvent comme déterminant¹⁸⁴⁶. Un tel

¹⁸⁴² Dans ce sens : M. VÉRICEL, *RDT* 2022, p. 110 (note sous Soc. 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié).

¹⁸⁴³ Dans ce sens : A. FABRE, *JCP S* 2021, 1292 (note sous Soc. 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié).

¹⁸⁴⁴ Sauf le cas, atypique, de l'accord de la métallurgie.

¹⁸⁴⁵ Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, précité ; 8 sept. 2016, n° 14-26.256, inédit, note F. BERGERON-CANUT, *BJT* 2016, n° 290, p. 493, note M. MORAND, *JCP E* 2017, 1487; 22 juin 2017, n° 16-11.762, inédit.

¹⁸⁴⁶ F. FAVENNEC-HERY, Défense et illustration du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494. Pour un exemple d'une convention collective qui paraissait bien, voir Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Publié, précité : convention des cabinets d'experts-comptables et des commissaires aux comptes jugée insuffisante, alors que

dispositif est en effet essentiel pour que le suivi de la charge de travail recouvre tout son intérêt. L'idée d'une « alerte » était d'ailleurs défendue par le rapport *Mettling* de 2015 sur la *Transformation numérique et vie au travail* qui préconisait au législateur d'ajouter « un droit d'alerte individuel permettant de mettre rapidement fin à d'éventuelles dérives »¹⁸⁴⁷.

Le suivi de la charge s'expliquant pour des raisons de santé et de sécurité, la rectification face à une charge déraisonnable doit être la plus rapide possible. Pour la Cour de cassation, la réaction de l'employeur calée sur le rythme trimestriel, propre au rendu par le salarié de ses fiches déclaratives, est trop lente¹⁸⁴⁸. Notons l'anomalie qu'a constitué l'apparente validation par la Cour de cassation de la convention de commerce et réparation automobile¹⁸⁴⁹, rectifiée deux ans plus tard. En effet, la convention ne prévoit aucun dispositif d'alerte et se borne à prévoir un document de contrôle signé hebdomadairement et un entretien annuel. Il est assez étonnant que la Cour ait pu épargner cette convention collective manifestement lacunaire – la circonstance de l'arrêt dans laquelle l'employeur n'avait de toute manière pas respecté la convention explique certainement la solution. Dans un arrêt où l'appréciation de sa validité était décisive, les juges reviennent sur leur position et invalident la convention collective de commerce et de réparation automobile au motif, classique, que ces dispositions « *ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* »¹⁸⁵⁰.

658. Depuis plusieurs années, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence exigeante, qui frôle parfois la sévérité. L'arrêt du 24 mars 2021¹⁸⁵¹ témoignait ainsi de la nécessité d'un dispositif d'alerte comme une traduction d'une déclaration d'intention telle que « *l'employeur*

l'accord collectif stipule que la charge de travail ne peut obliger le cadre à aller au-delà des durées de 10h par jour et 48h par semaine, que le dépassement doit être exceptionnel et justifié par le cadre, et que l'employeur prend les mesures pour assurer le droit de repos, avec le cadre ils examinent la situation et tentent d'y remédier ensemble.

¹⁸⁴⁷ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, rapport du ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2015, p. 48, préconisation n° 11.

¹⁸⁴⁸ Par exemple : Soc. 8 nov. 2017, n° 15-22.758, *Bull.* n° 191, note P. ROZEC, *JCP G* 2017, 2389.

¹⁸⁴⁹ Soc. 2 juill. 2014, n° 13-19.990, inédit.

¹⁸⁵⁰ Soc. 9 nov. 2016, n° 15-15.064, Publié ; la solution est réitérée dans : Soc. 7 mars 2018, n° 17-11.357, inédit.

¹⁸⁵¹ Soc. 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié, précité.

veille à ce que la charge de travail soit raisonnable »¹⁸⁵² en un mécanisme garantissant au mieux que cela soit respecté. Depuis, si une série d'arrêts a pu confirmer, sans surprise, que le décompte des jours travaillés ne saurait suffire à encadrer la charge et la durée de travail raisonnables¹⁸⁵³, un arrêt du 13 octobre 2021 précise qu'est insuffisant le suivi hebdomadaire des règles en matière de temps de travail, notamment le droit aux 11 heures consécutives de repos. Si elle peut sembler sévère, la décision se justifie cependant dès lors que les seules règles applicables au forfait jours en matière de temps de travail ne permettent pas de garantir le respect d'une charge de travail raisonnable, censé à son tour garantir une durée du travail raisonnable¹⁸⁵⁴. En revanche, un arrêt du 8 février 2023, inédit, intrigue davantage¹⁸⁵⁵. Cassant pour violation de la loi la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation considère que l'accord collectif n'instituait pas « *de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable* » alors même qu'elle relevait que le salarié devait exprimer « *ses difficultés en cas de surcharge de travail et alerter son employeur en utilisant la messagerie personnelle ou une lettre recommandée, qu'en cas d'alerte un rendez-vous sera[it] programmé avec le supérieur hiérarchique afin d'évoquer la surcharge de travail, les causes structurelles ou conjoncturelles pouvant l'expliquer et remédier à ces difficultés et que si l'employeur [était] amené à constater que l'organisation ou la charge de travail aboutissent à un non-respect des durées de repos quotidienne ou hebdomadaire, un rendez-vous avec le salarié doit être déclenché* ». Il semble indéniable ici qu'un dispositif d'alerte était bel et bien prévu. La solution s'expliquerait alors, non par la mécanique de l'alerte, bien prévue, mais par la situation à laquelle cette mécanique est censée remédier. En reliant l'alerte aux cas d'une « *surcharge de travail* » et de la violation de la durée de repos de 11h consécutives, le dispositif d'alerte se tromperait d'objet. Il vient réagir à une situation de surcharge déjà installée. Mais les arrêts de la Cour de cassation manquent de pédagogie, et ratent leur cible : indiquer aux négociateurs sociaux le contenu conventionnel à adopter. Il ne reste qu'à tenter

¹⁸⁵² En l'espèce, l'accord stipulait que « *l'employeur veille à ce que la charge de travail soit compatible avec la réduction du temps de travail* ».

¹⁸⁵³ Voir : Soc. 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié, note A. FABRE, *JCP S* 2021, 1292, note M. VÉRICEL, *RDT* 2022, p. 110 ; 21 sept. 2022, n° 21-15.114, inédit, E. JEANSEN, *JCP E* 2022, 1162 ; 14 déc. 2022, n° 20-20.572, 21-10.251, Publié, précité ; 25 janv. 20223, n° 21-20.912, inédit ; 8 fév. 2023, n° 21-19.512, inédit.

¹⁸⁵⁴ Voir A. FABRE, *JCP S* 2021, 1292 : l'auteur en fait davantage un enseignement.

¹⁸⁵⁵ Soc. 8 fév. 2023, n° 21-19.512, inédit.

de reformuler les exigences générales posées par la Cour de cassation en espérant les préciser, à l'instar de Monsieur Marc Véricel qui estime, commentant des récents arrêts de 2022¹⁸⁵⁶, que la Cour de cassation exige « *d'une part un dispositif de vérification, reposant, non pas sur un simple bilan établi par le salarié lui-même, mais comportant un contrôle effectué par la direction et, d'autre part, des échanges réguliers entre le salarié et son autorité hiérarchique, d'une périodicité plus courte que l'année ou même le mois, permettant une intervention rapide de la direction dès que serait identifiée une situation à risque* »¹⁸⁵⁷.

2- Le suivi, une obligation de l'employeur

659. Pour produire l'effet exigé, la réaction et la rectification face à une situation critique doivent procéder d'une alerte tirée par le salarié ou par un contrôle serré du supérieur hiérarchique ou de l'employeur. Le rôle joué par le salarié dans le déclenchement d'une telle alerte se confronte à la responsabilité de l'employeur concernant la santé et la sécurité des salariés. La problématique porte à la fois sur l'initiative sur le déroulé du suivi et de la mise en œuvre des rectifications éventuelles. Soumis à diverses pressions, le salarié ne saurait porter la responsabilité du suivi (a), dont la charge doit reposer sur l'employeur (b).

a- Le risque du « zèle » ou de la « crainte » du salarié

660. Pour conclure une convention de forfait jours, le salarié doit disposer d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps ; c'est à la fois un critère et une condition de mise en œuvre du forfait jours¹⁸⁵⁸. Au titre de cette autonomie, certains prônent une délégation totale de responsabilité de l'employeur vers le salarié¹⁸⁵⁹. D'autres au contraire alertaient très

¹⁸⁵⁶ Soc. 21 sept. 2022, n° 21-15.114, inédit ; 14 déc. 2022, n° 20-20.572, Publié, précité.

¹⁸⁵⁷ M. VÉRICEL, *RTD* 2023, p. 275 (note sous Soc. 21 sept. 2022, n° 21-15.114, inédit et Soc 14 déc. 2022, n° 20-20.572, Publié).

¹⁸⁵⁸ V. Paragraphe 497.

¹⁸⁵⁹ A. TEYSSIER, Le droit de la durée du travail des cadres au forfait-jours, *JCP E* 2002, 1684 ; J. BARTHÉLÉMY, En finir avec le psychodrame des forfaits en jours, *Les Cahiers du DRH* 2014, n° 212. Pour une critique de l'instrumentalisation de l'autonomie au service d'une responsabilisation du salarié : B. GRASSI, « L'autonomie du salarié », dans *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), coll. « Cahier Travail et Emploi », La Documentation française, 2003, p. 191, et spéc. p. 202.

tôt sur cette « *apparence de liberté* » de travailler sans compter et jusqu'à l'épuisement¹⁸⁶⁰. En effet, le fait d'être en forfait jours couve un risque de surmenage « auto-consenti ». Déléguer le contrôle du temps de travail au salarié lui-même pourrait revenir à le rendre « *responsable de sa propre addiction au travail* »¹⁸⁶¹. Sans même aller sur ce terrain, il est fort probable qu'un salarié dissimule ce qui peut apparaître comme un comportement fautif – ne pas avoir su travailler « dans les temps » – ou ne signale pas le caractère excessif de la charge de travail qu'il pense devoir assumer, autrement dit qu'il se « dépasse » et n'en alerte pas l'employeur « *par zèle ou crainte* »¹⁸⁶², ou par pression de ce dernier¹⁸⁶³. Cela est d'autant plus probable au vu de la « *culture du sur-engagement* », présente chez les salariés en forfait jours, qui fait que le salarié ne se plaindra pas¹⁸⁶⁴, en supposant même qu'il soit conscient du problème. S'ajoute l'appréhension générale de la *volonté* dans l'exécution du contrat de travail, que l'on peut suspecter légitimement du fait de la subordination inhérente au contrat de travail¹⁸⁶⁵.

661. Par ailleurs, le droit positif relie étroitement la gestion du temps de travail à la problématique de la santé et de la sécurité du salarié, dont l'employeur conserve l'entière charge. La gestion du temps de travail, même celle des salariés en forfait jours, est soumise au contrôle et à la responsabilité de l'employeur. L'employeur doit assurer la garantie d'une charge raisonnable et compatible avec une durée raisonnable et le respect des droits au repos du salarié, peu importent la qualification du salarié et sa fonction. Ainsi, même si le salarié est directeur ou responsable de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, et que l'employeur invoque la « *mauvaise foi* » du salarié dans la plainte d'une surcharge de travail,

¹⁸⁶⁰ M.-A. MOREAU, Temps de travail et charge de travail, *Dr. soc.* 2000, p. 263.

¹⁸⁶¹ S. AMALRIC, Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait-jours, *RDT* 2013, p. 273 ; M. BONNECHÈRE, Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175. V. aussi V. de GAULEJAC, *Travail, les raisons de la colère*, Seuil 2011.

¹⁸⁶² P. FLORÈS, Le forfait-jours et l'effectivité des garanties offertes, *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1635.

¹⁸⁶³ J.-E. RAY, Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979 : en cas de durée excessive, pression de la part de l'employeur sur le salarié afin qu'il fasse une sous-déclaration.

¹⁸⁶⁴ P. MASSON, Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? *Dr. ouvrier* 2014, p. 580.

¹⁸⁶⁵ P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 31 ; A. SUPIOT, Pourquoi un droit du travail, *Dr. soc.* 1990, p. 487 ; M. FABRE-MAGNAN, Le forçage du consentement, *Dr. ouvrier* 2012, p. 459 ; P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 33.

il incombe toujours à l'employeur de contrôler et suivre la charge de travail du salarié. C'est ce que confirme un arrêt de la Cour de cassation en 2019¹⁸⁶⁶.

b- L'initiative du suivi à la charge de l'employeur

662. D'après la jurisprudence, l'obligation de suivi incombe à l'employeur, qui en est non seulement responsable mais doit en être l'instigateur¹⁸⁶⁷. L'accord collectif ne peut faire dépendre le suivi de la seule initiative et action du salarié, au risque d'être annulé¹⁸⁶⁸. La charge de la responsabilité et de la réaction face à une situation alarmante pèse sans conteste sur l'employeur¹⁸⁶⁹. Encore récemment, plusieurs arrêts dévoilent des accords collectifs selon lesquels les salariés doivent veiller à respecter les règles relatives à la durée du travail¹⁸⁷⁰ ou encore veiller au respect des repos minima¹⁸⁷¹. Il est dommage que la Cour de cassation semble désormais se contenter d'une formule générique relative à l'absence de « *suivi effectif et régulier* », sans analyser spécifiquement les contenus conventionnels litigieux. Cela lui aurait notamment permis de condamner expressément un tel transfert de responsabilité de l'employeur vers le salarié.

663. L'interdiction de faire porter l'entière charge de l'initiative au salarié est moins évidente concernant l'alerte en elle-même. En effet, le dispositif d'alerte, ou la demande d'un entretien par le salarié¹⁸⁷², qui suffit à la Cour de cassation à valider un accord collectif, revient à faire

¹⁸⁶⁶ Soc. 6 nov. 2019, n° 18-19.752, inédit (la cour d'appel retenait la mauvaise foi).

¹⁸⁶⁷ Soc. 11 juin 2014 n° 11-20.985, inédit ; 14 mai 2014, n° 13-10.637, inédit ; n° 12-35.033, Publié, précité ; 17 déc. 2014, n° 13-22.890, précité ; 10 mars 2021, n° 20-11.888, inédit.

¹⁸⁶⁸ Soc. 11 juin 2014, n° 11-20.985, inédit ; 9 nov. 2016 n° 15-15.064, inédit, note H. LIFFRAN, *JCP S* 2018, p. 21.

¹⁸⁶⁹ Il faut une relation directe entre l'employeur, qui va examiner le temps de travail, et le cadre, l'employeur étant responsable. C'est-à-dire pas d'intermédiaire hiérarchique. Voir Soc. 12 fév. 2015, n° 13-19.889, inédit : l'accord collectif d'entreprise ne prévoyait qu'un examen par l'employeur des informations communiquées par la hiérarchie et non par le salarié (Voir chron. J. PORTA ET LOKIEC, *D.* 2015, p. 829).

Contra : un seul arrêt isolé : Soc. 22 juin 2017, n° 16-11.762, inédit: l'accord collectif précise, même à deux reprises, que les mesures correctrices sont prises « d'un commun accord ».

¹⁸⁷⁰ Soc. 21 sept. 2022, n° 21-15.114, inédit, note E. JEANSEN, *JCP E* 2022, 1162.

¹⁸⁷¹ Soc. 25 janv. 2023, n° 21-20.913, inédit.

¹⁸⁷² Soc. 8 sept. 2016, n° 14-26.256, inédit, note F. BERGERON-CANUT, *BJT* 2016, n° 290, p. 493, note M. MORAND, *JCP E* 2017, 1487.

peser sur le salarié un élément phare du contrôle¹⁸⁷³. Il devrait être précisé que la responsabilité de l'effectivité du dispositif d'alerte, tout comme de la réalité de la communication sur la charge de travail entre salarié et employeur prévue par l'article L. 3121-64 du code du travail, est portée exclusivement par l'employeur. À cette affirmation devrait être précisé enfin que *la responsabilité* portée par l'employeur ne porte pas atteinte au *droit* du salarié d'alerter à tout moment d'une situation préoccupante.

¹⁸⁷³ Voir P. MASSON, Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? *Dr. ouvrier* 2014, p. 580 : en plus de dispositifs d'alerte, il faudra pour l'auteur d'abord apprécier l'action et l'initiative exigées de la part de l'employeur.

V. aussi l'arrêt de la cour d'appel, cassé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 17 décembre 2014 (n° 13-22.890, précité) qui retenait l'insuffisance du dispositif de suivi (elle se référait au contrat de travail, par erreur) du fait qu'il prévoyait que c'était au salarié d'informer dès que possible sa hiérarchie.

CONCLUSION DE CHAPITRE

664. Plusieurs outils participent, indirectement, au décompte du temps de travail. Parmi eux, le droit à la déconnexion permet de renforcer la fiabilité du décompte et de la réalité du temps de travail qui en ressort, à la condition de constituer véritablement un droit à être injoignable. Pour gagner en efficacité, il mériterait par ailleurs d'être appréhendé par le prisme d'un « droit de la connexion », entendu comme l'affirmation du devoir de l'employeur de décompter absolument tous les temps de connexion comme temps de travail, ou au minimum comme temps d'astreinte.

La charge de travail peut également servir au décompte, ici en tant que quantité de ressources en temps mobilisées par une personne dans la mise en œuvre d'un travail. Si une stricte correspondance entre temps et charge de travail raisonnable est difficile à établir, une compatibilité entre les deux quantités peut et doit être garantie. Il ne s'agit pas nécessairement ici d'évaluer précisément le temps d'une tâche, comme pour les évaluations forfaitaires *a priori* susvisées du travail à domicile ou de la distribution de prospectus. La question est de déterminer quelle est la charge de travail raisonnable pour un temps de travail donné. La charge de travail opère ici comme une vérification du résultat du décompte.

Le droit à la déconnexion et la mesure de la charge de travail sont des outils de décompte des temps appelés à devenir de plus en plus important, avec l'intensification du travail et la capacité de dématérialisation des tâches, lesquels facilitent l'invisibilisation du temps de travail.

665. Dans le cadre du forfait jours, la réglementation prévoyant un suivi du temps de travail n'agit quant à elle pas en supplément mais en substitut au décompte. Le suivi du temps de travail qui s'y construit s'avère globalement fragile. Il ne repose dans sa quasi-totalité que sur l'accord collectif, dont l'insuffisance peut par ailleurs être palliée par des mesures supplétives. Ce dispositif palliatif est d'autant plus problématique que le contenu de ces mesures supplétives ne correspond pas à celui des stipulations conventionnelles qu'elles « remplacent ». Face à la permissivité du législateur, la jurisprudence compense par une certaine rigueur. Dans une démarche téléologique pertinente, elle met l'accent sur la finalité du contrôle qui consiste à dépister des situations de surcharge et de durées déraisonnables, et d'y remédier. Ainsi, la jurisprudence estime que ce contrôle ne se définit pas tant par sa régularité que par sa nature qui dicte un suivi permanent. Mais les arrêts de la Cour de

cassation manquent de pédagogie, et, à défaut d'indications faites aux négociateurs sociaux quant au contenu conventionnel à adopter, le suivi attendu doit être mieux défini.

CONCLUSION TITRE 1

666. Le décompte du temps de travail est une obligation, qui doit être exécutée par l'employeur.

Cette obligation fait d'abord l'objet d'une exécution directe, qui doit permettre à elle seule de décompter le temps de travail. Il s'agit d'une obligation essentielle, la loi en faisant une obligation d'ordre public et l'effet utile des droits fondamentaux en dépendant. Face à la force de l'énoncé de l'obligation, sa traduction pratique par l'affichage, en cas d'horaire collectif, et, sinon, par enregistrement ou relevé individuel du temps de travail, se démarque par plusieurs faiblesses. C'est particulièrement l'affichage qui présente un risque d'insuffisance dans la fonction de décompte ; l'obligation d'un décompte individuel pourrait valablement être étendue à tous les salariés. La force de ces obligations pratiques s'apprécie par ailleurs au regard du contrôle et des sanctions de leur inexécution, affaiblie ici encore concernant le décompte en cas d'horaire collectif, mais ayant le mérite de contraindre l'employeur à rendre des comptes sur son obligation.

667. Dans le cadre du forfait jours, l'obligation de décompte est réduite à un seul décompte en jours. L'obligation d'un décompte horaire aurait pourtant été possible, dès lors que l'imprévisibilité du temps à travailler n'empêche pas de décompter le temps travaillé, et utile, pour permettre l'application des durées maximales de travail et minimales de repos. La remise en cause du décompte horaire paraît contaminer le télétravail, du moins dans les discours car rien ne la justifie en droit positif. Au vu de l'enjeu toutefois, redoublé par ailleurs dans le cadre du télétravail marqué par un risque d'invisibilisation des temps travaillés, une affirmation univoque de l'obligation d'un décompte horaire du temps de travail serait bienvenue.

668. Dans la mise en œuvre de l'obligation de décompter le temps de travail, on a distingué deux types de décompte, le décompte *a posteriori* et le décompte *a priori*.

Modalité classique, le décompte *a posteriori* consiste à décompter le temps travaillé. Du fait de l'individualisation du temps de travail, le décompte individuel accapare l'attention. Il exige aussi plus de règles de mise en œuvre, telles que les exigences de fiabilité et d'infalsifiabilité. De la même façon, c'est lorsqu'il est procédé au décompte à partir du contrôle du temps de travail que les règles de mise en œuvre sont les plus strictes. L'obligation de décompter le temps de travail doit alors composer avec d'autres réglementations, telles que celle du contrôle de l'activité des salariés et le traitement des

données à caractère personnel. Cela mène notamment à l'interdiction de l'utilisation de certains systèmes, du moins pour contrôler le temps de travail. La surveillance constante doit être considérée comme toujours interdite pour contrôler le temps de travail, et certaines données ne peuvent être collectées même si elles permettent d'identifier avec certitude un salarié, par exemple lorsqu'il badge. Sans être absolument interdite, la géolocalisation n'est quant à elle autorisée qu'en cas d'impossibilité absolue de recourir à un autre moyen. Ainsi, même s'il soutient l'obligation de décompter le temps de travail, le droit de contrôler le temps de travail n'est pas tout-puissant dans sa mise en œuvre et doit composer avec les droits du salarié, notamment au respect de la vie privée.

669. De façon originale, le droit du travail a prévu un type de décompte du temps de travail lorsque l'exécution du travail n'est pourtant pas contrôlée par l'employeur. C'est le cas du travail à domicile, et plus récemment de la distribution de prospectus. Le droit impose, et organise, un décompte du temps de travail *a priori*, sous la forme d'une quantification préalable du temps à travailler. Il est remarquable de voir se construire des « modèles-temps », certes abstraits mais qui se veulent néanmoins réalistes, et particulièrement élaborés dans le cas de la distribution de prospectus. Cette volonté d'exprimer absolument toute tâche en *temps*, notamment pour s'assurer du respect du salaire minimum horaire, peut être mise en perspective avec le rejet de tout décompte horaire dans le cadre du forfait jours. Autrement dit, le droit du travail à domicile témoigne de la possibilité d'exprimer tout travail en temps. Cette possibilité est bien sûr perfectible. Le système de décompte *a priori* est marqué par des lacunes importantes, telles que la sous-estimation des temps d'exécution, qui semblent cependant dépassables. En revanche, le décompte *a priori* est, et ne peut être, qu'une fiction du temps de travail. Cependant, rien n'interdit à cette fiction de se faire contredire par la réalité du temps qui sera travaillé, en témoigne la réglementation générale de la distribution de prospectus et, par touches d'exception, le droit du travail à domicile.

670. L'obligation de décompter le temps de travail fait ensuite l'objet d'une exécution indirecte, qui cherche à établir la réalité du temps de travail et participe alors, d'une façon ou d'une autre, du décompte du temps de travail.

Des outils supplémentaires au décompte peuvent utilement être mobilisés pour s'assurer de la réalité du temps travaillé. L'exercice du droit à la déconnexion est susceptible de renforcer la fiabilité du décompte. En l'état actuel du droit positif, le droit à la déconnexion n'est pas suffisant pour remplir ce rôle, mais il en a le potentiel. Concernant d'abord son champ d'application, il s'agit d'une obligation à géométrie variable lorsqu'elle est

précisément prévue, dans le cadre du forfait jours et du télétravail. Elle a pourtant toutes les raisons d'être généralisée à l'ensemble des salariés, en tant que modalité de protection du droit au repos et à une vie personnelle, et, pour ce qui nous intéresse, en tant qu'outil utile au décompte du temps de travail. Pour assurer de telles fonctions, le droit à la déconnexion doit permettre de garantir véritablement les limites temporelles. Le droit positif est insuffisant pour cela. En plus de promouvoir un droit à être injoignable, il serait pertinent et efficace de penser la déconnexion à travers un « droit à la connexion », en partant de la survenance du travail en dehors des horaires consacrés et en étant très vigilant dans le décompte de *tous* les temps de connexion. Cela pourrait participer à impliquer sérieusement l'employeur dans la problématique de la déconnexion et à protéger les limites temporelles du travail.

La mesure de la charge de travail fait également office d'outil supplémentaire au décompte. En plus d'une mesure qualitative, et appréhendée par le prisme de la santé et la sécurité du salarié, la mesure de la charge de travail est susceptible d'assurer une fonction quantitative du temps de travail. En effet, la charge de travail représente, en partie, une quantité de ressources en temps mobilisées par une personne pour exécuter un travail. Sa mesure permet de traduire la réalité du temps de travail. Il nous semble que la charge de travail pourrait être davantage mobilisée à des fins de vérification de la crédibilité du temps travaillé.

671. Un procédé alternatif au décompte du temps de travail existe dans le cadre du forfait jours. Il s'agit du suivi du temps de travail. Il ne s'ajoute pas au décompte mais le remplace, sans suffire à remplir l'ensemble de ses fonctions. Une de ses particularités est l'importance de l'accord collectif. Alors même que la validité du forfait jours dépend tout entière de l'accord collectif et des garanties qu'il prévoit, l'existence d'un dispositif palliatif vient grandement le fragiliser. Un tel dispositif s'explique notamment par les conséquences d'un accord insuffisant, conséquences pourtant utiles et justifiées afin que l'accord collectif remplisse pleinement son rôle. Le contenu de ce dispositif atténue également l'objet et les modalités du suivi du temps de travail. Les juges se démarquent du législateur, en démontrant en effet une rigueur opportune. Si elle peut sembler sévère, elle est néanmoins justifiée au vu de l'enjeu d'un tel suivi. Enfin, il est important que le suivi du temps de travail consiste bien en une obligation *de l'employeur*. Il serait en effet inapproprié de rendre responsable le salarié, et que l'employeur demeure pleinement responsable de la santé et de la sécurité des salariés. Il faut néanmoins permettre au salarié de s'exprimer sur son temps de travail, sans déresponsabiliser pour autant l'employeur.

Malgré les efforts jurisprudentiels, il semble que l'exigence qui se dessine soit surtout une adresse à l'accord collectif de *prévoir* un tel suivi du temps de travail, sans que ne soit suffisamment explicité en quoi il consiste. En l'état actuel, le suivi du temps de travail en forfait jours ne garantit pas un encadrement suffisant, comparé au décompte du temps de travail auquel il se substitue.

TITRE 2 : L'OBLIGATION DE DÉCOMPTER LE TEMPS DE TRAVAIL PAR LE CONTENTIEUX DU TEMPS TRAVAILLÉ

672. Pendant près de 60 ans, le code napoléonien institue une supériorité morale du maître sur les domestiques, puis sur les ouvriers payés à la journée¹⁸⁷⁴, l'article 1781 du code civil disposant que « *le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante* ». Supprimée en 1868¹⁸⁷⁵, cette disposition était en partie déjà contournée par les juges qui ne l'appliquaient pas pour les sommes qui dépendaient du temps de travail¹⁸⁷⁶. Aujourd'hui, le droit du salarié à faire valoir ses heures de travail, et la rémunération due en conséquence, est pleinement consacré. De l'autre côté, le « *maître* » n'est plus cru sur parole. Loin de cette ancienne législation, il a à se *justifier* davantage que dans un contentieux classique. Dans ce dernier titre, il convient d'étudier en quoi le contentieux des heures travaillées participe au droit du décompte du temps de travail.

673. Le décompte de la durée du travail donne lieu à un contentieux extrêmement fourni sur la preuve des heures travaillées. En pratique, il s'agit surtout du contentieux des heures au-delà de la durée contractuelle. C'est logiquement le salarié qui se trouve demandeur, arguant d'une durée supérieure à celle reconnue et rémunérée par l'employeur.

¹⁸⁷⁴ Cette disposition du code civil napoléonien était inspirée du droit de l'Ancien Régime et notamment de la jurisprudence du Parlement de Paris, applicable aux seuls domestiques : sur cette origine, voir E. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, F. Pichon éd., Paris, 1886, p. 17 ; A. CASTALDO, L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil : « Le maître est cru sur son affirmation », *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 55, n°2 (1977), pp. 211-237. Sur le texte du Code civil, V. aussi R. PINARD, « Introduction à la deuxième partie », dans *La révolution du travail : De l'artisan au manager*, Presses Universitaires de Rennes, 2000, p. 57.

¹⁸⁷⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Quadrige », PUF, 2012, p. 39.

¹⁸⁷⁶ A. CASTALDO, L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : Civil : « Le maître est cru sur son affirmation », *Revue historique de droit français et étranger*, 4^{ème} série, vol. 55, n° 2, 1977, p. 235.

Face à la preuve des heures de travail effectuées, le salarié et l'employeur sont dans une situation déséquilibrée. La réunion des preuves s'avère difficile pour le salarié¹⁸⁷⁷, alors que l'employeur se trouve privilégié dès lors qu'il est censé établir les documents nécessaires au décompte¹⁸⁷⁸. Le législateur de 1992 réagit alors à cette situation et prévoit un aménagement de la répartition probatoire entre les parties¹⁸⁷⁹. D'après l'article L. 3171-4 du code du travail, qui reprend quasiment à l'identique l'ancien L. 212-1-1, « *en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ». Le second alinéa de l'article L. 3171-4 du code du travail ajoute qu'« *au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». L'aménagement porte sur la charge de la preuve, qu'on définit plus précisément comme *la charge de l'administration de la preuve*. Il s'agit de savoir qui doit réunir et produire les preuves propres à établir les faits du litige. Notons dès maintenant que cet aménagement s'applique très logiquement tant pour les heures supplémentaires que pour les heures complémentaires¹⁸⁸⁰.

La profusion du contentieux de la preuve des heures travaillées traduit moins une richesse et finesse de la jurisprudence qu'une obstination des juges du fond à refuser d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation. Si celle-ci se contente alors très majoritairement d'arrêts d'espèce, en rappelant à l'ordre les juridictions du fond, elle ponctue toutefois sa jurisprudence de plusieurs décisions qui participent d'une évolution perceptible.

674. Ce contentieux intéresse le droit du décompte du temps de travail à plusieurs titres. Si les obligations de décompte du temps de travail s'adressent à l'employeur, le salarié doit être autorisé à contester le décompte et à apporter des éléments pour témoigner de son temps de travail. En d'autres termes, s'il ne supporte aucun devoir de décompte, le salarié bénéficie

¹⁸⁷⁷ S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705.

¹⁸⁷⁸ G. PIGNARRE, Preuve d'heures supplémentaires : éléments de nature à étayer la demande du salarié, *RDT* 2006, p. 183 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^{ème} éd., coll. « Hypercours », Dalloz, 2023, 2023, p. 496 ; et puis voir II, sur la responsabilisation de l'employeur ?

¹⁸⁷⁹ Loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992 art. 8.

¹⁸⁸⁰ Soc. 30 sept. 2003, n° 02-42.730, *Bull.* n° 248 ; 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71, note D. JACOTOT, *JCP E* 2007, 10134, obs. D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007 p. 1183.

d'un droit à défendre un décompte. De plus, en appréciant quels éléments présentés par le salarié suffisent à remplir son rôle probatoire, cette réglementation participe à déterminer l'implication de l'employeur (Chapitre 1).

Il convient de préciser la tournure que doit prendre cette implication et la teneur des éléments que l'employeur doit présenter. À défaut de tels éléments, le juge doit être autorisé à prendre des mesures ou à en tirer les conclusions adéquates (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE DROIT DU SALARIÉ À FAIRE VALOIR UN DÉCOMPTE DE SON TEMPS DE TRAVAIL

675. Le droit du salarié à faire valoir un décompte de son temps de travail devant le juge est un élément essentiel de la réglementation du décompte du temps de travail. En effet, si l'inspecteur du travail peut vérifier l'existence et la tenue de documents de décompte, que les représentants du personnel et le salarié peuvent y avoir accès, c'est seulement devant les juges que le salarié peut *contester* le nombre d'heures décomptées et rémunérées par l'employeur et *soutenir* un décompte alternatif. Le salarié fait face à plusieurs difficultés évidentes dans la constitution et l'accès aux éléments de preuve du décompte de son temps de travail¹⁸⁸¹. Pour déterminer la capacité du salarié à faire valoir un décompte de son temps de travail devant le juge, il est utile de distinguer deux étapes. La première est celle de la recevabilité des documents produits par le salarié (Section 1). La seconde est celle de l'appréciation des caractéristiques exigées des documents ainsi produits, qui permet de les reconnaître comme suffisants (Section 2).

SECTION 1 : LA RECEVABILITÉ DES DOCUMENTS PRODUITS PAR LE SALARIÉ

676. Pour faire valoir un décompte de son temps de travail, le salarié peut être amené à produire deux types de documents. Il peut d'abord produire ceux qui ont eu pour objet de décompter le temps de travail. Même si cela revêt un intérêt très restreint, les documents de décompte établis par l'employeur peuvent être produits par le salarié, dans des cas réduits. C'est surtout la production d'éléments de décompte du temps de travail établis par le salarié qui s'avère intéressante (I). Le salarié peut également être amené à présenter un ensemble de documents permettant, indirectement, d'établir son temps de travail. Cette démarche se confronte cependant au fait que les documents appartiennent en général à l'entreprise. Pour permettre néanmoins l'exercice de la défense des salariés, la Cour de cassation construit toute une jurisprudence autorisant, sous conditions, la production en justice de ces documents (II).

¹⁸⁸¹ V. Paragraphe 661.

I- L'INTÉRÊT VARIABLE DE LA PRODUCTION DE DOCUMENTS DE DÉCOMPTE

677. La production par le salarié de documents de décompte établis par l'employeur revêt un intérêt relatif. Il s'agit en effet de la situation où, alors que l'employeur aurait valablement décompté le temps de travail, il refuserait de le rémunérer (A). Seront certainement plus utiles les éléments de décompte établis par le salarié, qu'il a non seulement le droit de produire en justice mais que le droit reçoit de façon particulière dans le cadre du contentieux des heures travaillées (B).

A- LES DOCUMENTS DE DÉCOMPTE ÉTABLIS PAR L'EMPLOYEUR : UN INTÉRÊT RESTREINT

678. Le salarié a un droit d'accès aux documents de décompte établis par l'employeur, qui doit logiquement lui permettre de faire valoir ses droits en justice si besoin (1). Néanmoins, ces documents ne se révèlent intéressants que dans des cas d'illégalité manifeste de l'employeur, c'est-à-dire dans la situation où le temps décompté n'est pas mis en cause mais n'est pour autant pas rémunéré (2).

1- L'accès du salarié aux documents de décompte établis par l'employeur pour faire valoir ses droits en justice

679. Dans le contentieux relatif aux heures travaillées, le salarié peut être amené à produire devant le juge les documents et informations qui lui auront été transmis tout au long de l'exécution de son contrat de travail ou de la période litigieuse. On pense ici à l'ensemble des éléments relatifs à la durée du travail que l'employeur est censé lui fournir – qu'il s'agisse de mentions obligatoires du bulletin de paie¹⁸⁸² ou des documents qui y sont annexés¹⁸⁸³. Le salarié dispose par ailleurs d'un « *droit d'accès* » aux documents comptabilisant sa durée du travail et d'une copie s'il la demande, en vertu de la réglementation sur le traitement des

¹⁸⁸² C. trav. art. R3243-1, 5° : selon les cas, la période et le nombre d'heures de travail auxquelles se rapporte le salaire, avec les heures majorées apparentes, la nature ou le volume du forfait ou encore l'indication de la nature de la base de calcul du salaire lorsque celle-ci n'est pas la durée du travail.

¹⁸⁸³ C. trav. art. D. 3171-12, 1°.

données personnelles¹⁸⁸⁴. Le contentieux autour de ces dispositions est très pauvre et concerne principalement la question de la connaissance des différents repos acquis au fil du temps de travail et qui restent à prendre ; autrement dit l'information dans ce qu'elle permet de disposer ou de vérifier ses droits¹⁸⁸⁵.

680. Ajoutons que les documents de décompte sont consultables par les délégués du personnel. Ce droit de consultation les amène à pouvoir produire ces documents en justice. La Cour de cassation vient préciser que la production de tels éléments par le syndicat est autorisée *même si elle porte atteinte à la vie personnelle d'un salarié* « à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »¹⁸⁸⁶. C'est sur le fondement du droit à la preuve que la Cour de cassation rend sa décision.

2- L'utilité de produire les documents de décompte établis par l'employeur en cas d'illégalité manifeste

681. Les documents de décompte établis par l'employeur, et auxquels les salariés doivent avoir accès, ont une utilité probatoire variable selon la situation et le type de litige¹⁸⁸⁷.

Dans un premier cas, le décompte tel qu'opéré et établi par l'employeur n'est pas contesté. Le contentieux porte sur la rémunération des heures travaillées et le fait que, alors que décomptées, leur totalité n'a pas été rémunérée. Dans ce cas d'illégalité manifeste de l'employeur, qui se refuse à rémunérer ces heures dues, l'accès aux informations et le droit d'en avoir une copie permettent utilement, et simplement, d'en faire valoir l'existence en justice et d'en obtenir le paiement. Si ces informations n'ont pas été fournies au salarié, il s'agit de défendre l'obligation pour l'employeur de les fournir dans le cadre du contentieux des heures travaillées¹⁸⁸⁸. Ici, les documents de décompte établis par l'employeur sont d'une

¹⁸⁸⁴ C. trav. art. D. 3171-14. Renvoi encore à l'article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Aujourd'hui c'est aussi le RGPD (Règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016) et l'article 15 sur le droit d'accès de la personne concernée vers lequel se tourner ; il accorde à la fois un droit d'accès et un droit d'avoir une copie.

¹⁸⁸⁵ V. Paragraphe 478 et s.

¹⁸⁸⁶ Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié.

¹⁸⁸⁷ Michel Miné y voit pourtant la possibilité éventuelle de « *participer à l'établissement de la preuve des heures travaillées dans le cadre d'un contentieux* » (M. MINÉ, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 236).

¹⁸⁸⁸ V. Paragraphe 783 et s.

aide certaine, en ce qu'ils établissent la durée du travail, reconnue par l'employeur mais dont il n'aurait pas tiré toutes les conséquences – parmi lesquelles, la plus évidente, la rémunération des heures.

682. Dans un second cas, la contestation porte sur le contenu-même des documents officiels de décompte. En d'autres termes, le salarié prétend avoir travaillé plus d'heures que celles établies par l'employeur. Avoir accès à ces documents de décompte n'est alors d'aucune utilité, si ce n'est pour en démontrer les irrégularités.

683. Soulevons que, dans les deux cas, l'accès aux documents de décompte du travail n'en est pas moins compliqué pour les salariés¹⁸⁸⁹, voire empêché par l'employeur¹⁸⁹⁰. L'obligation de tenir au courant et de fournir aux salariés ces documents relatifs à leur durée du travail s'avère surtout, *a minima*, une obligation pour l'employeur de *rendre des comptes* aux salariés. Elle est par ailleurs susceptible de diminuer les situations d'abus de l'employeur – sans les empêcher pour autant.

B- LES DOCUMENTS DE DÉCOMPTE ÉTABLIS PAR LE SALARIÉ

684. Les éléments présentés par le salarié à l'appui de sa demande sont très souvent établis par le salarié lui-même. Des employeurs, mais également plusieurs juges du fond, en contestent la recevabilité au nom de l'adage selon lequel « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* ». Une fois écartée cette objection (1), il conviendra d'interroger, en cas de recevabilité, l'opportunité que revêt la présentation par le salarié de tels documents (2).

1- L'ineffectivité de l'adage « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* »

685. Afin de faire déclarer irrecevables les documents de décompte établis et produits par le salarié, des employeurs invoquent l'adage selon lequel « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* »¹⁸⁹¹. Plusieurs juges du fond se rangent derrière cet argument, en écartant ces

¹⁸⁸⁹ M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89 ; S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705.

¹⁸⁹⁰ H. GOSELIN, Alléger le salarié du fardeau de la preuve, *Dr. ouvrier* 2014, p. 197.

¹⁸⁹¹ Par exemple : Soc. 25 avril 2001 n° 99-43.056, inédit. V. aussi (concernant la distribution directe) : Soc. 25

documents établis et produits par le salarié au titre qu'ils n'ont pas été « validés » ou qu'ils ne sont pas contradictoires¹⁸⁹². Au contraire, il a pu être défendu que la recevabilité de ces documents constituait une *dérogation*¹⁸⁹³ audit adage. Qu'il soit question de refuser la recevabilité de ces documents ou de la présenter comme dérogatoire, ces positions sont erronées dès lors qu'elles conçoivent que l'adage est censé s'appliquer. Pour pouvoir établir dans quelle mesure la production par le salarié de tels documents n'est pas concerné par l'adage, il nous faut revenir sur ce que ce dernier dit et ne dit pas.

686. L'adage « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* » a pu être traduit par le refus de se fonder sur tout élément produit par une des parties et qui servirait sa cause¹⁸⁹⁴. Selon cette conception, les éléments de preuve se devraient d'être *neutres*, et l'utilisation d'une preuve partielle jetterait l'opprobre sur la décision rendue par le juge en atténuant son impartialité¹⁸⁹⁵. Cette conception est intenable et en contradiction avec la liberté de la preuve. Pour d'autres, l'adage traduirait en fait l'interdiction de se faire justice à soi-même¹⁸⁹⁶. Mais, considérer que pouvoir produire un document en justice revient à se faire justice impliquerait que la recevabilité du document lierait la décision du juge. Sont ainsi confondues l'admissibilité et la force probante des modes de preuve¹⁸⁹⁷. Mais cela nous approche davantage de la signification de l'adage. En effet, ce que l'adage interdit est justement qu'une

juin 2014, n° 13-11.344, inédit : la cour d'appel – en reprenant certainement la défense de l'entreprise – conclue sa décision par le fait que la « *preuve que la salariée s'est constituée à elle-même ne saurait étayer sa demande* », du fait d'absence de possibilité de vérifier la véracité du document. V. aussi D. ASQUINAZI-BALLEUX, A. BUGADA, C. MORIN, G. VACHET, Quel avenir pour les distributeurs de prospectus et de journaux gratuits en boîte aux lettres ? *JCP E* 2003, 1664).

¹⁸⁹² Soc. 19 oct. 2007, n° 06-44.917, inédit (débout le salarié car les fiches de temps présentées ne sont pas signées par l'employeur et le récapitulatif est rédigé par le salarié) ; 25 mai 2011, n° 10-12.200, inédit (pas validé par l'employeur) ; 31 mai 2011, n°10-11.290 (document pas contradictoire).

¹⁸⁹³ J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2011, N° 292 (note sous Soc. 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *Bull.* n° 266)

¹⁸⁹⁴ X. LAGARDE, Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, *JCP G* 2005, 133 ; R. PERROT, *RTD civ.* 2014, p. 438 (note sous Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n° 12-21.155, inédit et Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 13-14.295, inédit).

¹⁸⁹⁵ X. LAGARDE, *ibid.*, 133.

¹⁸⁹⁶ J.-D. BRETZNER, *Droit de la preuve*, D. 2008, p. 2820.

¹⁸⁹⁷ G. LARDEUX, *Preuve : mode de preuve – La preuve par écrit des actes juridiques*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, §87 et s.

partie fournisse un élément qu'elle aurait elle-même établi et qui lierait le juge. Il signifie en fait que « nul ne peut se constituer seul une preuve parfaite ». Cette preuve parfaite c'est le *titre*. La Cour de cassation le définit comme « *ce qui, sur le fond du droit, justifie la prérogative sans ouvrir le pouvoir d'appréciation judiciaire : il s'agit du texte, et, souvent en droit privé, de l'acte juridique, sous son double aspect substantiel et instrumentaire, cette preuve littérale parfaite par laquelle est établi le droit subjectif, le juge se contentant de reconnaître et sanctionner les effets de l'acte, après avoir, s'il y a lieu, opéré des interprétations* »¹⁸⁹⁸. On pourrait alors se limiter à énoncer que « nul ne peut se constituer de titre à soi-même ». Cette juste traduction a été retenue par le législateur de 2016¹⁸⁹⁹, et codifiée à l'article 1363 du code civil¹⁹⁰⁰ selon lequel « *nul ne peut se constituer de titre à soi-même* ». Cependant, il n'a pas fallu attendre 2016 pour que l'adage soit ainsi compris circonscrit. Les différentes chambres de la Cour de cassation ont en effet convergé vers l'affirmation que l'adage vaut pour des actes juridiques et non des faits juridiques¹⁹⁰¹, avant que la Cour de cassation affirme clairement dans son rapport annuel de 2012 que l'adage ne saurait concerner que les *actes juridiques*¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La preuve*, 2012, p. 222.

¹⁸⁹⁹ Ord. 10 fév. 2016.

¹⁹⁰⁰ Elle était avant dans plusieurs articles (article 1326 du code civil sur force probante des écrits sans seings privés, 1347, 2 sur commencement de preuve par écrit), et appliquée par la jurisprudence.

¹⁹⁰¹ Civ. 1^{re}, 1^{er} fév. 2005, n° 02-19.757, inédit ; 10 mai 2005, n° 02-12.302, inédit ; 13 fév. 2007, n° 05-12.016, *Bull.* n° 60, note F. POLLAUD-DULIAN, *RTD. com.* 2007, p. 543, chron. J.-D. BRETZNER, *D.* 2008, p. 2820.

L'utilisation de « titre » et de « preuve » a été fluctuante : « titre » : Civ. 1^{ère} 23 juin 1998, n° 96-11.486, *Bull.* n° 220, obS. J. MESTRE, *RTC Civ.* 1998, p. 401 ; puis réutilise « preuve » : Civ. 1^{ère} 24 sept. 2002, n° 00-19.144, *Bull.* n° 219 ; 14 janv. 2003, n° 00-22.894, *Bull.* n° 9. La 1^{ère} chambre est suivie par les autres : Civ. 2^{ème} 11 juill. 1988, n° 87-13.187, inédit ; Civ. 3^{ème} 3 mars 2010, n° 08-21.056, *Bull.* n° 52 ; Com. 27 mai 2014, n° 13-14.106, inédit ; Soc. 19 mars 2014, n° 12-28.411, *Bull.* n° 80. La formulation de la Cour de cassation selon laquelle « nul ne peut se constituer de *preuve* à soi-même » (par ex. Civ. 1^{ère} 2 avr. 1996, *Bull.* n° 170 ; Soc. 11 mai 1999, n° 97-41.245, *Bull.* n° 209, note C. PUIGELIER *JCP G* 2000, 10269) a pu être utilement critiquée (J. MESTRE, À propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même, *RTD civ.* 1997, p. 136).

¹⁹⁰² Rapport annuel de la Cour de cassation, *La preuve*, 2014, p. 22 : « *des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins* ».

Sur l'inutilité de l'adage, car le titre, l'écrit en question, est un *instrumentum* signé par la partie à laquelle on l'oppose donc, donc impossible de se constituer un titre à soi-même (C. MOULY-GUILLEMAUD, Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire ? *RTD civ.* 2018, p. 45).

2- L'opportunité pour le salarié de présenter ses propres documents de décompte

687. Parmi les éléments de décompte établis par le salarié, il nous faut distinguer ceux établis de sa propre initiative et ceux établis sur délégation de l'employeur. Les premiers n'acquièrent un réel intérêt qu'à l'aune de l'aménagement de la charge de la preuve (a). Les seconds possèdent un intérêt intrinsèque, dès lors qu'ils doivent être assimilés aux documents de décompte qui auraient été établis par l'employeur lui-même (b).

a- Les documents établis de sa propre initiative : une utilité probatoire grâce à l'aménagement de la charge de la preuve

688. Les éléments de décompte ou fiches de temps établis par le salarié sont recevables même s'ils sont rédigés par la main du salarié lui-même¹⁹⁰³ ; la Cour de cassation le souligne d'ailleurs dans son rapport annuel de 2010¹⁹⁰⁴. La recevabilité de tels éléments n'implique en revanche aucune force probante. Il est même peu probable que ces documents emportent en eux-mêmes la conviction des juges. Pour se convaincre de la difficulté qu'est celle du salarié à prouver ses heures de travail, on peut se référer à la jurisprudence antérieure à 1992¹⁹⁰⁵, c'est-à-dire antérieure à l'aménagement probatoire, qui déboutait systématiquement le salarié de ses demandes¹⁹⁰⁶. C'est justement la faiblesse des documents de décompte présentés par le salarié, et leur nature peu objective et fiable¹⁹⁰⁷, qui justifient en partie la mise en place d'un

¹⁹⁰³ Voir : D. BOULMIER, Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié, intervention au 38^{ème} colloque du SAF 2013, *Dr. ouvrier* 2014, p. 263.

¹⁹⁰⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, 2010, p. 317.

¹⁹⁰⁵ Également postérieure, des cours d'appel continuant d'exiger du salarié la preuve des heures qu'il allègue. Si ces arrêts sont tous cassés pour violation de la loi, ils indiquent toutefois, au même titre que la jurisprudence antérieure à 1992, que la demande du salarié est très difficilement considérée comme suffisamment *prouvée* (V. not. Soc. 1^{er} mars 2000, n° 97-43.586 : le salarié produit des tableau récapitulatifs de ces heures, des carnets, deux attestations de clients et est débouté toutefois par la cour d'appel).

¹⁹⁰⁶ Soc. 11 juill. 1989, n° 85-45.582, inédit ; 11 juill. 1989, n° 97-42.651, inédit ; 8 nov. 1989, n° 87-40.031, inédit ; 18 oct. 1990 n° 89-45.116, inédit.

¹⁹⁰⁷ Ce que souligne d'ailleurs la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 14 mai 2019, non pour discréditer dans l'absolu de tels documents, mais pour exhorter l'établissement par l'entreprise de documents fiables et objectifs (Point 54 : les moyens de preuve auxquels peut recourir le travailleur, en l'absence de système de mesure de la durée du travail, tels que le témoignage, la production de mail ou de consultation de téléphones portables, « ne permettent pas d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et

aménagement probatoire. Par cet aménagement, les documents établis acquièrent une utilité probatoire nouvelle. Sans avoir à convaincre le juge de la réalité du temps travaillé, ils doivent seulement suffire à forcer l'employeur à répondre¹⁹⁰⁸.

689. Les technologies modernes de l'information et de la communication peuvent faciliter l'établissement par le salarié de son temps de travail. Pour certains, la configuration déséquilibrée entre employeur et salarié se serait presque inversée, avec une facilité excessive pour le salarié de se constituer ses propres preuves¹⁹⁰⁹. Si ces technologies modernes offrent au salarié un nouvel outil de constitution de preuves doté d'une certaine efficacité¹⁹¹⁰, les juristes en droit du travail devraient s'en trouver satisfaits.

b- Les documents établis sur délégation de l'employeur : la force probante des documents établis par l'employeur

690. Parmi les documents de décompte établis par le salarié, certains le sont sur délégation de l'employeur de son obligation d'accomplir le décompte du temps de travail. Le document doit alors bénéficier de la force probante accordée aux documents de décompte réglementaires. Cela ne signifie pas qu'il emporte nécessairement l'adhésion, mais le fait que le salarié en soit l'auteur ne doit pas en atténuer la valeur. D'une part, en confiant cette tâche au salarié, l'employeur démontre qu'il lui accorde une confiance en la matière¹⁹¹¹. D'autre part, atténuer la force probante de ces documents sous prétexte que le salarié les a établis signifierait que l'employeur peut, en procédant à cette délégation, empêcher l'existence de tels documents réglementaires, objectifs et fiables – tel que l'exige notamment la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans un arrêt du 19 janvier 1999, la Cour de cassation valide la décision de la cour

hebdomadaire effectuées par le travailleur »).

¹⁹⁰⁸ V. Paragraphe 731 et s.

¹⁹⁰⁹ Propos tenus par deux docteurs en droit à la chambre de commerce et d'industrie de Paris (M. CANAPLE, R. FRIEDERICH, Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi, *Sem. soc. Lamy* 2011,1510, p. 5). V. aussi Forum des droits sur l'internet, 2004, p. 19.

¹⁹¹⁰ J. GONIÉ, Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'Internet, *Dr. soc.* 2005, p. 273.

¹⁹¹¹ F. BERGERON-CANUT, *Revue Lamy Droit des affaires* 2008, N° 30, p. 56 (note sous Soc. 9 avril 2008, n° 07-41.418, *Bull.* n° 82).

d'appel qui, pour considérer que la preuve des heures supplémentaires était rapportée, s'est fondée sur un document établi par le salarié sur délégation de l'employeur¹⁹¹². Notons que la Chambre sociale n'a exercé ici qu'un contrôle de légalité de la décision d'appel. Or, dans son rapport annuel de 2004, la Cour de cassation a émis des réserves sur la solution qui avait consisté à se fonder exclusivement sur ce document ¹⁹¹³.

Autrement dit, lorsque l'employeur délègue au salarié le soin d'établir les documents relatifs à son décompte, leur production par le salarié ne saurait valider la double exigence, faite au juge, de se fonder à la fois sur les éléments produits par le salarié et ceux produits par l'employeur. Dans ce sens, une décision de la Cour de cassation rendue le 10 mai 2000 est plus acceptable. Elle valide la cour d'appel qui s'est fondée sur des fiches horaires établies par les soins du salarié et à la demande de l'employeur, mais en prenant en compte également que l'employeur ne présente aucun élément. Ce sont les éléments présentés par le salarié *et* l'attitude de l'employeur qui ont permis aux juges de conclure à la probité des documents établis et produits par le salarié.

II- L'USAGE PAR LE SALARIÉ D'UN DOCUMENT DE L'ENTREPRISE À DES FINS DE DÉFENSE

691. Au-delà des documents de décompte du temps de travail, le salarié qui cherche à faire valoir un décompte de son temps de travail peut être amené à vouloir présenter des documents qui participent à établir la réalité du temps de travail. Or le plus souvent ces documents appartiennent à l'entreprise. Dans sa démarche judiciaire, le salarié se retrouve alors confronté à la question du vol de documents ne lui appartenant pas. C'est en tout cas le chemin qu'emprunte la chambre criminelle de la Cour de cassation, en qualifiant de vol l'usage d'un document de l'employeur utile à l'établissement du temps de travail. Dans cette démarche de qualification, la Cour de cassation choisit de ne pas prendre en compte le motif de cette appropriation (A). Néanmoins, la Cour de cassation ne va pas être entièrement sourde à la *raison* de cette appropriation. En effet, sans revenir sur la qualification de vol, elle autorise le salarié à utiliser de tels documents en justice, jusqu'à le déresponsabiliser pénalement (B).

¹⁹¹² Soc. 19 janv. 1999, n° 96-45.628, *Bull.* N° 29, note M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* n° 30 ; 16 fév. 1999, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1999, p. 401.

¹⁹¹³ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La vérité*, 2004, p. 190. Ont été critiques : J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1999, p. 401 ; J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 1999, p. 89 (note sous Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, inédit).

A- LA QUALIFICATION DE VOL DE L'USAGE D'UN DOCUMENT DE L'ENTREPRISE UTILE À L'ÉTABLISSEMENT DU TEMPS DE TRAVAIL

692. Selon l'article 311-1 du code pénal, « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». La Cour de cassation va choisir de caractériser de vol le fait pour le salarié de s'appropriier un document appartenant à l'employeur (1). Il convient ensuite, dans la qualification, d'interroger l'intention du salarié (2). Ces deux étapes soulèvent plusieurs critiques et peuvent légitimement être mises en cause.

1- La caractérisation délictuelle de vol par photocopie retenue

693. Pour caractériser le fait pour le salarié de s'appropriier et d'utiliser en justice des documents appartenant à l'entreprise, la Cour de cassation a fait face à plusieurs choix. Elle a choisi de le caractériser comme un vol *pendant* le photocopie, là où il semble que le vol a davantage lieu *par* le photocopie (a). Par ailleurs, l'abus de confiance aurait été envisageable et plus pertinent (b).

a- Le vol par détention momentanée lors du photocopie

694. Lorsque le salarié produit en justice des documents appartenant à l'entreprise, il se les est accaparés d'une façon ou d'une autre. Il peut les avoir détenus dans le cadre de son travail ou les avoir dérobés à l'employeur. Dans les deux cas, il peut avoir conservé les originaux ou en avoir fait des photocopies. Lorsqu'il dérobe les documents, ou lorsqu'il garde les originaux sans y être autorisé, la caractérisation du vol est évidente. Elle est en revanche plus délicate lorsque le salarié a eu à disposition les documents et que, une fois photocopiés, il rend les originaux. En effet, il n'y a pas soustraction physique du document à l'encontre du propriétaire et il y a remise du bien. D'après la jurisprudence, la qualification de vol reste cependant encourue¹⁹¹⁴, et ce depuis l'arrêt *Logabax* de 1979¹⁹¹⁵. La Chambre criminelle y

¹⁹¹⁴ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 2^{ème} éd., Litec, 2000, p. 64 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infraction des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2006, p. 117.

¹⁹¹⁵ Crim. 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Bull. crim.* n° 13 : un ingénieur commercial, licencié, produit devant le conseil de prud'hommes les photocopies de deux documents appartenant à la société, qu'il a été amené à détenir à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Il est relaxé par la cour d'appel qui considère que le salarié avait toute latitude pour faire lui-même ces photocopies, et qu'on ne saurait alors considérer que le fait pour lui de

affirme d'abord que « *la détention matérielle d'une chose non accompagnée de la remise de la possession n'est pas exclusive de l'appréhension qui constitue l'un des éléments du délit de vol* ». Autrement dit, avoir eu la détention matérielle du document n'empêche pas la constitution du délit de vol, dès lors que cette détention ne s'était pas accompagnée de la « *remise de la possession* » ; la personne détentrice du document n'en était alors pas propriétaire. La Cour considère ensuite qu'« *en prenant des photocopies des documents en cause à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction* ».

695. Qu'est-ce qui constitue le vol ? Selon l'arrêt *Logabax* précité, le vol se fait « *pendant le temps nécessaire à [la] reproduction* » des documents. La Cour semble s'intéresser donc moins à la reproduction elle-même qu'au fait que *pendant un certain temps* le salarié a fait un usage détourné d'un document qui ne lui appartenait pas. Pourtant, si c'est bien pendant ce laps de temps que le document est physiquement utilisé, son appropriation nous semble davantage résider dans le fait d'avoir photocopié le document – c'est-à-dire, moins dans le sens de l'action que de son résultat. Il aurait été d'ailleurs facile de souligner que le droit de reproduction est un des aspects du droit de propriété, et que c'est bien par le photocopiage que le salarié commettait le vol du document¹⁹¹⁶. La doctrine ne s'y est d'ailleurs pas trompée en rejetant l'idée de « *vol d'usage* »¹⁹¹⁷ au profit de celle d'un vol par photocopiage¹⁹¹⁸. Le photocopiage y apparaît plus clairement comme le moyen du vol, en permettant finalement de s'en approprier le contenu. Toutefois, la Chambre criminelle choisit, pour caractériser le vol,

reproduire ainsi le document constitue un acte d'appropriation frauduleuse constitutif du vol ni même d'un usage abusif. V. aussi Crim. 24 oct. 1990, n° 89-84.485, *Bull. crim.* n° 355.

¹⁹¹⁶ D. CORRIGNAN-CARSIN, « La preuve à l'insu de... une logique de chambres ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Éd. Cujas, 2006, p. 291 et spéc. p. 295 ; Surtout M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons, *RSC* 1990, p. 507 : « *par la reproduction, l'information est passée dans le patrimoine de celui qui reproduit sans droit (déplacement) et ce faisant, l'agent s'est approprié une chose appartenant à autrui dont le patrimoine a perdu de sa valeur (diminution)* ».

¹⁹¹⁷ Voir F. ROUJOU DE BOUBÉE, *D.* 1959, p. 331.

¹⁹¹⁸ M. SEGONDS, *D.* 2000, p. 120 (note sous Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, *Bull. crim.* n° 336) ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^{ème} éd., Sirey, p. 315.

de se fonder sur la détention momentanée utile au photocopiage. Elle ignore alors la spécificité de l'action de photocopier, qui permet de s'approprier l'information contenue dans le document. C'était pourtant l'occasion de se positionner vis-à-vis de la nature de « *la chose* » susceptible d'être volée au sens de l'article 311-1 du code pénal, qui fait débat et ce d'autant plus avec l'informatisation croissante et la « dématérialisation » qu'elle induit. La Cour de cassation a saisi plus tard l'occasion de reconnaître, à demi-mot, que le vol puisse porter sur une information¹⁹¹⁹. Concernant le photocopiage de documents de l'entreprise, la Chambre criminelle se met par ailleurs à distinguer, en 2004, « *l'appréhension* » et « *la reproduction* » des documents¹⁹²⁰. La reproduction constituerait-elle une infraction distincte de l'appréhension de document, c'est-à-dire que le vol ? Le vol étant défini comme l'appréhension frauduleuse d'une chose d'autrui, une lecture stricte conduirait à y voir effectivement deux infractions séparées. Néanmoins, l'arrêt ne permet pas d'y répondre proprement. Ce malaise autour de la constitution du délit de vol dans la reproduction du document s'évanouirait avec la reconnaissance de l'abus de confiance.

b- Le délit d'abus de confiance écarté

696. Selon plusieurs auteurs, l'abus de confiance serait plus à même de caractériser le comportement du salarié qui photocopie un document dont il a eu la détention matérielle

¹⁹¹⁹ La chose comme meuble corporel (M. VÉRON *ibid.*, p. 314). Elle est palpable ou non, ce qui comprend les biens informatiques. Pour d'autres, une information ne saurait être en elle-même une « *chose* » (J. DÉVEZE, Le vol de « biens informatiques », *JCP G* 1985, 3210). Du côté de la jurisprudence : Crim. 12 janv. 1989, n° 87-82.265, Publié : la Chambre criminelle valide la décision des juges du fond de reconnaître le vol du « *contenu informationnel* » (sans reprendre pour autant à son compte l'expression utilisée) ; sur cet arrêt voir : M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *op. cit.*, p. 507 : pour l'autrice, l'arrêt est un aboutissement logique de la jurisprudence. V. aussi Crim. 1er mars 1989, n° 88-82.815, Publié : des données comptables et commerciales figurant sur les documents peuvent faire l'objet d'une soustraction frauduleuse. Plus récemment Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113, inédit, note L. SAENKO, *RTD com.* 2017, p. 713 : « *le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction* ». Pour Laurent Saenko, il s'agirait d'une « *quasi-consécration du vol d'informations* ».

¹⁹²⁰ « *Les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier* » (Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117).

temporairement sans en être propriétaire¹⁹²¹. Défini à l'article 314-1 du code pénal, « *l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* »¹⁹²². Lorsque les documents ont été remis au salarié, l'abus de confiance semble en effet plus adéquat pour incriminer le salarié que le vol pour des photocopies. Dans les cas où les documents papier n'ont pas été valablement remis au salarié, bien que le vol soit facilement constitué, l'abus de confiance reste également envisageable. Dans tous les cas, il permet d'approcher le cœur du conflit : le détournement du document et, en l'occurrence, sa production en justice. En effet, c'est, aussi mais peut-être surtout, parce que le document est destiné à être *produit* par la suite, que l'appropriation se trouve caractérisée¹⁹²³. Là où la qualification de vol renvoie au droit de propriété, l'abus de confiance renvoie davantage au pouvoir de direction¹⁹²⁴. Plus pertinente et simple d'application, l'infraction d'abus de confiance n'a pour autant pas encore été retenue par la Cour de cassation dans la situation qui nous intéresse ici. Un arrêt du 16 juin 2011¹⁹²⁵ a pu cependant laisser suggérer qu'elle retenait cette qualification d'abus de confiance¹⁹²⁶, mais la Cour de cassation se contentait en fait de ne pas contredire les chefs d'accusation, portant à la fois sur le vol et l'abus de confiance, sans reprendre pour autant à son compte le choix de l'abus de confiance. L'idée que la production en justice des documents est au cœur du conflit plus que leur soustraction surgit aussi au stade de l'appréciation de *l'intention*, élément nécessaire pour caractériser le délit de vol.

¹⁹²¹ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^{ème} éd., coll. « Sirey Université », Dalloz, 2019, p. 315 ; S. DETRAZ, *JCP S* 2011, 1450 (note sous Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, Publié).

¹⁹²² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infraction des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2006, p. 171.

¹⁹²³ Supposons que le salarié photocopie le document – par exemple pour s'assurer que le photocopieur fonctionne – puis jette la photocopie, on imagine mal la caractérisation du vol ni celle de l'abus de confiance.

¹⁹²⁴ Il évite aussi de faire du document la propriété de l'*employeur*, et autorise une lecture plus collectiviste du document comme propriété de l'entreprise.

¹⁹²⁵ Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull crim.* n° 134, note J. GALLOIS, *RDT* 2011, p. 507, obs. G. BEAUSSONIE, *D.* 2011, p. 2254, note F. DESPREZ, *Gaz. Pal.* 2011, n° 251, p. 13, note M. VERON, *Dr pénal* sept. 2011, 100, note S. DETRAZ, *JCP S* 2011, 1450.

¹⁹²⁶ J. GALLOIS, *RDT* 2011, p. 507 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^{ème} éd., coll. « Sirey Université », Dalloz, 2019, p. 315.

2- L'incertitude quant à l'intention du salarié de commettre le délit

697. La Cour de cassation admet que les photocopies sont faites « à des fins personnelles ». Pourtant, est-ce si étranger au contrat de travail ? Bien que les photocopies ne sont pas faites en exécution d'une directive de l'employeur, est-ce pour autant complètement personnel de photocopier des documents de décompte de son temps de travail dans l'optique de justifier de son temps de travail ? Malgré sa légitimité, la question ne semble jamais avoir été posée.

La prise en compte du motif du salarié a cependant été tentée, rejetée par la Cour de cassation. Dans un arrêt publié du 8 décembre 1998, la Chambre criminelle affirme que « toute appropriation de la chose d'autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quel que soit le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé »¹⁹²⁷. Il s'agit d'une application classique du principe en droit pénal de l'indifférence du mobile dans la caractérisation de l'infraction¹⁹²⁸. En qualifiant les éléments pris en compte par la cour d'appel – en l'espèce que les informations contenues dans les documents reproduits n'avaient pas de valeur marchande et que ceux-ci n'avaient été communiqués qu'aux responsables de l'association¹⁹²⁹ – de « mobiles », la Chambre criminelle choisit de les neutraliser dans la caractérisation de l'infraction. Or ils auraient pu valablement être considérés au regard de l'intention. Élément moral de l'infraction, l'intention est définie en droit positif comme la volonté d'accomplir un acte qu'on sait illicite¹⁹³⁰. Ici, il faudrait au moins se demander si l'intention frauduleuse avait

¹⁹²⁷ Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, *Bull.* n° 336, p. 975, obs. S. FROSSARD, *D.* 2000, p. 87, obs. M. SEGONDS, *D.* 2000, p. 120.

¹⁹²⁸ Crim. 21 oct. 1969, *Bull.* n° 258. Voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2021, p. 268.

V. aussi Crim. 8 janv. 1992, n° 90-86.553, *Bull.* n° 5, note P. BOUZAT, *RTD com.* 1992, p. 874, note B. BOULOC *RSC* 1993, p. 311. En l'occurrence c'était le contexte social tendu, en Guadeloupe, qui avait été pris en compte par la cour de Fort-de-France. Arrêt de cassation jugé favorable par la critique, au motif que si socialement la décision de la cour du fond était louable elle ne tenait pas juridiquement et que la prise en compte de l'intention dans le sens mobile rendrait complètement inutile le droit pénal.

¹⁹²⁹ Autrement dit, dans un cercle restreint et tenant à distance la concurrence.

¹⁹³⁰ Cette définition correspond à la conception « classique », inaugurée par Garçon (référence dans le B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op cit* p. 265 : Garçon : C. pén. annoté, 1^{er} éd., art I, n° 77). Elle s'oppose à une conception réaliste, développée notamment par le criminologue italien Enrico Ferri (E. FERRI, *Sociologie criminelle*, Paris, 1893).

été concomitante ou non à la réalisation de la photocopie¹⁹³¹. Le vol ayant lieu, d'après la Chambre criminelle, pendant la réalisation de la photocopie, l'intention est censée s'apprécier à cet instant. Or supposons que le photocopiage d'un document, comme un planning de travail, est réalisé à l'instant *t* à des fins professionnelles, et que c'est seulement par la suite que le document photocopie est destiné à être produit en justice, y a-t-il eu intention de soustraire frauduleusement la chose d'autrui ? Rien n'est moins sûr. La Chambre criminelle se retrouverait gênée par le choix de se focaliser sur le vol du document-papier et commis au moment du photocopiage.

698. Plus délicate est la critique de la jurisprudence de la Cour de cassation formée autour de *l'intention de porter atteinte à la valeur sociale protégée*¹⁹³². Elle signifie que la caractérisation du vol nécessite un dol spécial, qui se caractérise par la volonté de porter un préjudice au propriétaire, contrairement au dol général qui se limite à s'emparer de quelque chose qu'on sait à autrui¹⁹³³. C'est sur ce terrain que sont allées des juridictions du fond, refusant de qualifier l'acte de vol dès lors que le salarié n'avait aucune intention de porter un préjudice à l'employeur¹⁹³⁴. Du moins, le salarié n'a aucunement l'intention de porter une atteinte à la valeur sociale protégée par la qualification de vol, c'est-à-dire le droit de propriété. Si la différence est ténue, la position des juges du fond ne porte pas strictement sur le mobile mais bien sur l'intention¹⁹³⁵. Elle perçoit par ailleurs bien que le préjudice est moins l'atteinte à son droit de propriété que l'utilisation, contre lui, du contenu des documents. Autrement dit, c'est le détournement et la production du document en justice qui causent manifestement un préjudice à l'employeur. Malgré toutes ces remarques, la caractérisation du vol par la Chambre criminelle est bien installée.

¹⁹³¹ S. FROSSARD, *D.* 2000, p. 87 (obs. sous Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, *Bull. crim.* n° 336, p. 975).

¹⁹³² *Ibid.* ; A.-C. DANA, *Essai sur la note d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 454 et s. Position suggérée par S. BOURETZ, *JCP G* 1999, 10166 (note sous Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Bull.* n° 535). *Contra* M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons, *RSC* 1990, p. 507.

¹⁹³³ Voir A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 189 : pour le dol spécial.

¹⁹³⁴ CA Paris, 13 fév. 1996, obs. M.-F. BIED-CHARRETON, *Dr. ouvrier* 1996, p. 464, obs. M. VÉRON, *Dr. pén.* 1996, n° 128 ; 25 mars 1993, *JCP* 1993, 148 ; CA Versailles, 29 avr. 1994, obs. M.-F. BIED-CHARRETON, *Dr. ouvrier* 1999, p. 35 ; CA Grenoble, 3 juin 1998, *JCP* 1999, 1818. *Contra* CA Limoges, 8 sept. 1998, *Bull. inf. C. cass.*, 1^{er} avr. 1999, n° 429.

¹⁹³⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 2^{ème} éd., Litec, 2000, p. 64.

B- L'AUTORISATION À UTILISER EN JUSTICE DES DOCUMENTS AU NOM DE L'EXERCICE DES DROITS DE LA DÉFENSE

699. D'après la jurisprudence criminelle de la Cour de cassation, se procurer les documents de décompte de l'entreprise constitue un vol au sens de l'article 311-1 du code pénal. Est-ce pour autant défendu sur le plan prud'homal ? Le salarié a-t-il néanmoins le droit de produire les documents devant le juge ? C'est à ces questions que doit répondre la Chambre sociale, entraînant avec elle la Chambre criminelle. En autorisant le salarié à produire ces documents, la Chambre sociale participe en effet à la recherche d'une déresponsabilisation pénale, dans une volonté d'harmonie (1). Mais, ces jurisprudences croisées vont aboutir à restreindre les critères d'autorisation pour utiliser des documents en justice, en les alignant sur ceux nécessaires à la déresponsabilisation pénale du salarié (2).

1- L'autorisation donnée par la Chambre sociale : l'opportune harmonie recherchée avec la déresponsabilisation pénale

700. Face à la Chambre sociale qui autorise depuis 1998 la production en justice par le salarié des « *documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* », la Chambre criminelle a maintenu pendant plusieurs années sa position incriminante vis-à-vis du salarié. Ce dernier se trouvait alors tiraillé entre son procès et sa défense prud'homale et la crainte d'une condamnation pénale (a). Dès 2004, la Chambre criminelle s'est mise au diapason de la jurisprudence sociale, en déresponsabilisant le salarié de son vol, qui demeure qualifié. Pour cela, elle fait de l'exercice des droits de la défense du salarié un fait justificatif du vol qu'il a commis (b).

a- La dissonance entre les Chambres de la Cour de cassation sur le traitement des documents de l'entreprise produits en justice par le salarié

701. Depuis 1998, la chambre sociale de la Cour de cassation autorise le salarié à « *produi[re] en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* »¹⁹³⁶. Rendu au visa de l'ancien article 1315 du code civil, l'arrêt s'inscrit dans la

¹⁹³⁶ Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Bull.* n° 535, note S. BOURETZ, *JCP G* 1999, 10166.

problématique de la charge de la preuve¹⁹³⁷. La Chambre sociale écarte également depuis 1991 la faute grave dès lors que le salarié a eu lesdits documents dans le cadre de ses fonctions¹⁹³⁸. À la recevabilité des documents, s'ajoute ainsi l'absence de faute disciplinaire¹⁹³⁹. Si une contradiction a été évitée, une anomalie a persisté entre le contentieux social et le contentieux pénal. En effet, alors que la Chambre sociale autorise la production en justice des documents, la Chambre criminelle persiste, pendant cinq ans, à condamner pour vol le salarié. Ce n'est pas une divergence, qui signifierait que les deux Chambres se prononcent sur la même question et en donnant des réponses inverses¹⁹⁴⁰. Il s'agit d'une dissonance¹⁹⁴¹, c'est-à-dire deux positions qui s'accordent mal entre elles. Le salarié se retrouve tiraillé entre l'envie de gagner son procès prud'homal et le risque d'être poursuivi au pénal¹⁹⁴². Dès lors que ce risque est encouru, l'effectivité du droit à produire les documents aux prud'hommes est amoindrie. Cela revient à sanctionner pénalement l'exercice par le salarié de ses droits de la défense¹⁹⁴³. Plus qu'un tiraillement, l'action pénale pouvait faire office de mesure de rétorsion des documents¹⁹⁴⁴.

¹⁹³⁷ Au sens large, sans préjuger d'un aménagement ou non du régime de la preuve.

¹⁹³⁸ Soc. 19 juin 1991, n° 86-45.504, *Bull.* n° 31. Dans un arrêt du 20 juin 1990, elle avait reconnu la faute grave pour photocopiage de documents appartenant à l'entreprise, en précisant toutefois que les documents photocopiés étaient étrangers aux besoins de la procédure (Soc. 20 juin 1990, n° 87-42.159, *Bull.* n° 307). Si une lecture *a contrario* s'avère impossible (*contra* H. K. GABA, La licéité des moyens de preuve dans le contentieux prud'homal : le cas des documents de l'entreprise, *D.* 1999, p. 431), l'arrêt laisse présager une position de la jurisprudence de ne pas sanctionner le salarié dès lors qu'il agit pour se défendre en justice.

¹⁹³⁹ Au regard du principe de la loyauté de la preuve, dès lors que le recours à un procédé justifie une faute grave il serait étonnant que l'élément acquis par ce procédé soit recevable devant le juge. En d'autres termes, sanctionner d'une faute grave implique que l'élément acquis soit jugé déloyal.

¹⁹⁴⁰ Dans la perspective d'une *divergence* : H. K. GABA, *op. cit.*, 1999, p. 431.

¹⁹⁴¹ Une autrice parle quant à elle « d'incompatibilité » (E. FORTIS, « L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction », dans *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 330).

¹⁹⁴² S. BOURETZ, *op. cit.*, 1999, 10166.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ D. BOULMIER, *Juris. soc. Lamy* 2004, Nn° 157 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull.* n° 117).

- b- La mise au diapason de la Chambre criminelle avec l'exercice des droits de la défense comme fait justificatif

702. Face à cette incohérence pratique, et en admettant que le vol soit constitué, une des issues consiste à parvenir à déresponsabiliser pénalement le salarié.

La recevabilité d'un tel document par la Chambre sociale a pu faire envisager l'erreur de droit de la part du salarié¹⁹⁴⁵. Cette cause d'irresponsabilité figure à l'article 122-3 du code pénal qui dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Le salarié aurait été induit en erreur par la jurisprudence sociale qui lui est favorable. Cette solution a été rejetée clairement par la Chambre criminelle dans un arrêt du 11 mai 2004¹⁹⁴⁶, ce qui n'étonne guère¹⁹⁴⁷ au regard de la définition de l'erreur de droit comme quelque chose d'inévitable¹⁹⁴⁸ et de la lecture stricte qu'en fait la Chambre criminelle¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁵ Voir D. CORRIGNAN-CARSIN, « La preuve à l'insu de... une logique de chambre ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Éd. Cujas, 2006, p. 291 et spéc. p. 300.

¹⁹⁴⁶ Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, note G. ROUJOU DE BOUBÉE *D.* 2004, p. 2760, note E. FORTIS *JCP E* 2005, 736, obs. F. DUQUESNE *Dr. soc.* 2004, p. 938, note B. BOULOC *RTD com.* 2004 p. 823, note H. K. GABA, *D.* 2004, p. 2326, obs. M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* 2004, N° 149, note C. GIRAULT *JCP G* 2004, 96-44.258, obs. J.-M. MIGLIETTI, *Sem. soc. Lamy* 2004, 1173, note D. BOULMIER, *Juris. soc. Lamy* 2004, N° 157.

¹⁹⁴⁷ Voir J. MOULY, *Dr. soc.* 2004, p. 1042 (note sous Soc. 30 juin 2004). V. aussi plus généralement E. FORTIS, « L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction », dans *Les droits et le Droit, Mél. dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 331.

¹⁹⁴⁸ D'après l'article 122-3 du code pénal, elle doit ne pas pouvoir être évitée, ce qui est traduit parfois comme le fait d'être *invincible* : J. HERRMANN, Quel avenir pour l'erreur sur le droit, *Droit pénal* 2016, n° 3. V. aussi : F. DUQUESNE, *JCP S* 2015, p. 1256 (note sous Crim. 12 mai 2015, n° 12-84.284, inédit) ; F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, 4e éd., Economica, 1997 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 11^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997. V. aussi A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 189 : l'auteur la définit comme le fait d'être dans l'impossibilité absolue de la découvrir.

¹⁹⁴⁹ Crim. 11 oct. 1995, n° 94-83.735, *Bull.* n° 301 : n'est pas une erreur de droit celle sur le sens ou la portée d'une décision judiciaire susceptible d'être interprétée par le juge. Confirmé par la Chambre criminelle, même lorsque l'erreur avait été nourrie par l'Administration (Crim 17 fév. 1998, n° 96-86.257, *Bull. crim.* n° 60, B. BOULOC, *RSC* 1998, p. 765). Elle n'est reconnue que très ponctuellement : Crim. 24 nov. 1998, n° 97-85.378, inédit, O. FARDOUX, *JCP G* 2006, 10207 (information erronée fournie par l'Administration, médiatrice dans l'élaboration d'un accord professionnel appliqué par le gérant d'entreprise), *contra Crim.* 20 janv. 2015,

Toujours le 11 mai 2004, la Chambre criminelle déresponsabilise une salariée en invoquant cette fois-ci l'exercice des droits de la défense. Elle valide la relaxe par la cour d'appel car « *les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier* »¹⁹⁵⁰. L'exercice des droits de sa défense permet ainsi de déresponsabiliser le salarié du délit de vol¹⁹⁵¹. Il permettait déjà de justifier la violation du secret professionnel par l'avocat¹⁹⁵², par le médecin¹⁹⁵³ ou encore du secret de l'instruction par le journaliste¹⁹⁵⁴. Rappelons que le principe des droits de la défense, à valeur constitutionnelle¹⁹⁵⁵, regroupe notamment le principe de la contradiction¹⁹⁵⁶, garantissant aux

n° 14-80.532, *Bull.* n° 19, F. DUQUESNE, *JCP S* 2015, 1145 (rejette l'erreur de droit en considérant que l'employeur pouvait solliciter l'avis de l'inspecteur du travail sur l'étendue de ses obligations). Pendant longtemps, l'erreur de droit n'a été admise que dans cet arrêt de 1998, inédit, puis un arrêt de 2006, publié, qui reconnaît l'erreur de droit commise du fait d'un policier dans une affaire de permis de conduire (Crim 11 mai 2006, n° 05-87.099, *Bull.* n° 128). Depuis : Crim. 12 mai 2015, n° 12-84.284, J.-H. ROBERT, *Dr. pén.* 2015, p. 101, F. DUQUESNE *JCP S* 2015, 1256.

¹⁹⁵⁰ Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull.* n° 117, précité.

¹⁹⁵¹ La Chambre criminelle change sa jurisprudence sans opérer *stricto sensu* de revirement, c'est à dire qu'elle ne nie pas l'intention ni ne reconnaît l'erreur de droit, mais elle *ajoute* à sa jurisprudence les droits de la défense comme motif d'irresponsabilité (Y. MAYAUD, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2007, p. 293).

¹⁹⁵² Crim. 29 mai 1989, n° 87-82.073, *Bull.* n° 218.

¹⁹⁵³ Crim. 20 déc. 1967, n° 66-92.779, *Bull.* n° 338.

¹⁹⁵⁴ Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull.* n° 132, B. BOULOC, *RSC* 2003, p. 93, B. de LAMY, *D.* 2004 p. 17. V. aussi Crim. 11 fév. 2003, n° 01-86.685 01-86.696, *Bull.* n° 29 (est notamment invoquée « *l'exigence d'équité du procès* », et sont visés les articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) ; Crim. 17 déc. 2002, n° 01-88.596, inédit.

¹⁹⁵⁵ Reconnaissance progressive comme « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » (Cons. const. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC, cons. 2), puis nommées « *garanties essentielles à [la] défense* » (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, cons. 19), visés directement comme « *principe des droits de la défense* » (Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, cons. 57 à 60), et consacrés enfin comme « *un droit fondamental à caractère constitutionnel* » en 1993 (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 84). Le principe est reconnu comme tel par la Cour de cassation (Ass. Plén. 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull.* n° 4).

¹⁹⁵⁶ Les deux se distinguent (voir H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », dans *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175. V. aussi la décision constitutionnelle du 29 décembre 1989 où les deux principes

parties le droit d'être entendues ou appelées avant d'être jugées¹⁹⁵⁷, et le principe de l'égalité des armes¹⁹⁵⁸, qui implique qu'une partie ne soit pas désavantagée par rapport à l'autre dans son droit d'exposer sa cause au juge¹⁹⁵⁹. De cet arsenal juridique, le salarié tire ici un droit à se constituer des éléments de preuve¹⁹⁶⁰ par un procédé pourtant qualifié de vol¹⁹⁶¹. C'est pour assurer au salarié la possibilité effective de se défendre face à l'employeur, que la Chambre criminelle choisit de déresponsabiliser pénalement le salarié. L'exercice des droits de la défense agit en fait justificatif. Il s'agit d'une cause objective d'irresponsabilité¹⁹⁶² qui écarte l'application de la loi sans pour autant disqualifier l'infraction¹⁹⁶³. Obligée ou autorisée à réaliser une infraction, la personne n'en sera pas incriminée. Quatre faits justificatifs figurent aux articles 122-4 à 122-7 du code pénal : l'ordre ou l'autorisation par la loi, le commandement par une autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité. L'exercice des droits de la défense entre-il dans une de ces catégories ? En ne visant aucun de ces articles, la Cour de cassation prive d'indication. Alors qu'un auteur y perçoit la légitime défense¹⁹⁶⁴, il semble plus juste¹⁹⁶⁵ d'y voir l'autorisation par la loi¹⁹⁶⁶ ou l'état de nécessité¹⁹⁶⁷. Le

sont énoncés successivement, n° 89-268 DC, cons. 58).

¹⁹⁵⁷ C. pr. civ. art. 14 et s.

¹⁹⁵⁸ Voir Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, cons. 44 : rattache au principe des droits de la défense l'existence d'une « *procédure juste et équitable garantissant les droits des parties* » (V. aussi Cons. const. 20 janv. 2005, n° 2004-510 DC, cons. 22).

¹⁹⁵⁹ Voir CEDH 30 juin 1959 *Szwabowicz c/ Suède* : « *Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». Le principe d'égalité des armes se retrouve également lié au droit à un procès équitable, consacré spécialement par l'article 6 §1 de la convention européenne des droits de l'homme (et aussi par l'article 10 DUDH ; article 14 pacte international relatif aux droits civils et politique de 1966).

¹⁹⁶⁰ Entendus au sens large, aucune preuve ne devant être apportée par le salarié dans le contentieux des heures travaillées.

¹⁹⁶¹ Même si la Chambre criminelle se garde de parler expressément de vol et contourne l'expression en parlant, dans un attendu de principe, de documents « *appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de l'employeur* ».

¹⁹⁶² B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2021, p. 373.

¹⁹⁶³ *Ibid.* Contra X. PIN, *Droit pénal général*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 256.

¹⁹⁶⁴ G. ROUJOU DE BOUBEE, *D.* 2004, p. 2760.

¹⁹⁶⁵ Dans ce sens : B. de LAMY, *D.* 2004, p. 317. V. aussi E. FORTIS, « L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction », dans *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC. Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 323 et spéc. p. 331 et 332.

rattachement à une catégorie existante semble cependant un peu artificiel¹⁹⁶⁸, mais s'exige dès lors qu'un fait justificatif ne peut être créé normalement que par le législateur¹⁹⁶⁹.

2- La restriction des critères pour autoriser la production en justice des documents de l'entreprise : l'inadéquat alignement sur la déresponsabilisation pénale

703. Dans son arrêt du 11 mai 2004, la Chambre criminelle est manifestement empreinte de la jurisprudence de la Chambre sociale de 1998. Elle mentionne en effet les documents dont le salarié a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, se rapprochant de l'expression de la Chambre sociale qui autorise le salarié à produire des « documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹⁹⁷⁰, expression que la Chambre criminelle reprend exactement en 2011¹⁹⁷¹. Influencée, elle influence en retour la Chambre sociale. En effet, la Chambre criminelle conditionne également la déresponsabilisation au fait que les documents soient « strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier ». Quelques semaines plus tard seulement, la Chambre sociale ajoute cette condition à la recevabilité des documents de l'entreprise¹⁹⁷². Alors que la jonction des deux Chambres a été saluée comme une avancée évidente¹⁹⁷³, l'enthousiasme mérite

¹⁹⁶⁶ Y. MAYAUD, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2007, p. 301 : lui y voit l'ordre de la loi, pour nous c'est plus une autorisation.

¹⁹⁶⁷ J.-M. MIGLIETTI *Sem. soc. Lamy* 2004, 1173 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull.* n° 117). V. aussi J. MOULY, *Dr. soc.* 2004, p. 1042 (note sous Soc. 30 juin 2004).

¹⁹⁶⁸ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, p. 255 et s.

¹⁹⁶⁹ Dès lors qu'on considère que le fait justificatif neutralise l'élément légal, on conçoit qu'il ne peut résulter que de la loi (P. CONTE, P. MAISTRE DE CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., A. Colin, 2004, p. 146, n° 244).

¹⁹⁷⁰ Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258 *Bull.* n° 535, note S. BOURETZ, *JCP G* 1999, 10166, note H. K. GABA, *D.* 1999, p. 431.

¹⁹⁷¹ Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull.* n° 134, précité.

¹⁹⁷² Soc. 30 juin 2004, note J. MOULY, *Dr. soc.* 2004, p. 1042, note D. BOULMIER, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 157.

¹⁹⁷³ G. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, 2004, p. 2760 ; F. DUQUESNE, *op. cit.*, 2004, p. 938 ; aussi J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 2005, p. 175 ; J. MOULY, *op. cit.*, p. 1042.

pourtant d'être nuancé. Que la Chambre criminelle prenne désormais en considération le motif du vol pour déresponsabiliser le salarié est une nouvelle positive tant pour les droits de la défense que les droits substantiels défendus. En revanche, que chacune ait dû faire des concessions n'est pas, en soi, positif. Plus exactement, si chacune a fait un pas vers l'autre, la Chambre sociale a reculé en exigeant que les documents soient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié¹⁹⁷⁴. Certes, l'exacte équivalence évite toute dissonance et supprime les risques de confusion et d'arbitrage du salarié. Mais il est regrettable que la Chambre sociale ait été ainsi sensible à ce qui peut justifier la déresponsabilisation pour vol. En effet, ces considérations ne répondent pas au même degré d'exigence que la seule question de la recevabilité d'éléments en justice. Il aurait été souhaitable que la Chambre sociale conserve sa solution de 1998 sur la recevabilité des éléments de décompte, à charge pour la Chambre criminelle de s'aligner éventuellement si elle considérait que ce qui est recevable en justice pour se défendre doit pouvoir déresponsabiliser le salarié du délit de vol. L'alignement des Chambres débouche ainsi sur des conditions restrictives de la recevabilité des documents en justice¹⁹⁷⁵. Pourront être produits par le salarié les documents appartenant à l'entreprise et volés par le salarié à la double condition d'être strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense (a) et que le salarié en ait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (b).

a- Des documents strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense

704. Les documents doivent d'abord être « *strictement nécessaires* » à l'exercice des droits de la défense¹⁹⁷⁶. Le fait d'être nécessaire ne saurait signifier être indispensable, car cela ferait

¹⁹⁷⁴ D. BOULMIER, *op. cit.*, 2004, n° 157.

¹⁹⁷⁵ F. DESPREZ, *Gaz. Pal.* 2011, n° 251, p. 13 (note sous Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134) : « *caractère exceptionnel* » du fait justificatif tenant à l'exercice des droits de la défense, qui explique que la jurisprudence ait posé de strictes conditions.

¹⁹⁷⁶ L'évolution de la Cour de cassation en 2012, concernant la recevabilité d'un élément de preuve qui porte atteinte à la vie privée, accepte un tel élément pourvu que, entre autres, qu'il soit « *indispensable* » à l'exercice du droit à la preuve. Si la Cour n'en a pas modifié pour l'instant sa jurisprudence relative au vol (Soc. 31 mars 2015, n° 13-24.410, *Bull.* n° 68 ; 9 nov. 2022, n° 21-18.577, inédit), il faut espérer qu'elle maintienne ce choix et ne recourt pas à la notion d'« *indispensable* » dans le cadre du contentieux du vol de documents par le salarié. Conserver cette différence de degré d'appréciation – entre nécessaire et indispensable – se justifie pleinement dès lors qu'on conçoit que l'impératif de protection de la vie privée surpasse celui du droit de propriété de

dépendre la reconnaissance du fait justificatif de la volonté d'investigation du juge¹⁹⁷⁷ et de sa force de conviction. Le salarié ne pouvant le *préjuger*, il n'est pas concevable que ces éléments entrent en compte afin de le déresponsabiliser ou non du vol des documents. Par ailleurs, l'enjeu étant de garantir au salarié *l'accès direct à la preuve*, le fait que des mesures d'instruction rendent éventuellement inutiles les éléments présentés par le salarié, ne devrait pas pouvoir être pris en compte dans la reconnaissance du droit du salarié à se procurer et produire ces éléments. Les documents nécessaires doivent alors être entendus seulement comme ceux en lien avec la défense du salarié, ou, d'après la formule de la Cour, participer à « *l'exercice des droits de la défense* ».

705. La nécessité s'apprécie également au regard de la réalité de la préparation d'une défense. La Chambre criminelle exige qu'un conflit préexiste au délit de vol¹⁹⁷⁸, sans imposer qu'un contentieux soit déjà engagé¹⁹⁷⁹. Celui-ci doit-il être rapidement engagé ? Une réponse négative doit être privilégiée. En effet, ne pas engager immédiatement une procédure prud'homale n'implique pas qu'une issue contentieuse ultérieure, ou du moins son hypothèse, soit d'ores et déjà envisagée par le salarié¹⁹⁸⁰. Ainsi, ne devrait être examinée que l'existence d'un conflit ou la connaissance par le salarié d'un événement litigieux à venir.

706. Par ailleurs, qu'ajoute l'exigence d'être *strictement* nécessaire à l'exercice du principe des droits de la défense ? Est-ce seulement une invitation faite aux juges à apprécier la nécessité avec beaucoup de rigueur¹⁹⁸¹ ? Il semble que la stricte nécessité ajoute une condition

l'employeur.

¹⁹⁷⁷ H. K. GABA, *D.* 2004, p. 2326 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull.* n° 117) : le nécessaire est jugé différemment selon la volonté d'investigation du juge. *Contra* M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 149 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117).

¹⁹⁷⁸ Crim. 3 oct. 2006, n° 05-86.718, inédit ; 16 juin 2011, n° 10-85.079, Publié, précité.

¹⁹⁷⁹ Voir A. MARTINON, *JCP S* 2011, 1475 (note sous Crim. 21 juin 2011, n° 10-87.671, inédit) : l'auteur soulève d'ailleurs qu'exiger qu'un contentieux soit *déjà* engagé au moment de la subtilisation de documents emporterait le risque d'empêcher matériellement le salarié de se procurer les documents, car il faut qu'il soit dans l'entreprise pour y avoir accès, or les contentieux sont formés le plus souvent après la rupture du contrat de travail.

¹⁹⁸⁰ *Contra* C. TETARD-BLANQUART, La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

¹⁹⁸¹ G. ROUJOU DE BOUBEE *D.* 2004, p. 2760.

à la simple nécessité¹⁹⁸², définie comme les documents liés à la défense du salarié. En 2011, la Cour de cassation a considéré que le salarié ne pouvait se prévaloir du fait justificatif car certains documents n'avaient pas été emportés pour assurer la défense prud'homale. Il ressortait en effet de la décision d'appel que les documents emportés étaient plus nombreux que ceux que le salarié destinait à l'éventualité du litige¹⁹⁸³. Il s'agirait donc moins d'apprécier quels éléments sont suffisants au litige que de savoir ceux qui sont réellement subtilisés en vue du litige. Il reste que la restriction opérée par la condition de la stricte nécessité s'avère menaçante pour le salarié qui va devoir procéder à un contrôle de pertinence ou d'utilité¹⁹⁸⁴ de la production en justice du document de l'entreprise¹⁹⁸⁵.

- b- La connaissance des documents par le salarié à l'occasion de l'exercice de ses fonctions

707. La seconde condition est que le salarié ait eu connaissance des documents « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹⁹⁸⁶, expression harmonisée par l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 juin 2011 qui rallie la Chambre sociale¹⁹⁸⁷. La formulation admet qu'avoir eu

¹⁹⁸² H. K. GABA, *D.* 2004, p. 2326 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull crim.* n° 117) : l'auteur y voit une ascendance des arrêts de la Chambre criminelle du 11 mai et de la Chambre sociale du 20 juin 2004 dans un arrêt du 18 octobre 1993 (n° 92-84.261, *Bull.* n° 296) sur l'appréciation de la stricte nécessité pour le fait justificatif de la violation du secret professionnel. La Chambre criminelle l'a jugé outrepassée dès lors qu'une identité dans le document avait été divulguée sans que cela n'ait d'intérêt dans l'exercice des droits de la défense. Mais la question de l'identité nous semble propre à la thématique du secret professionnel et de la discrétion exigée dans ce contexte, qui se pose avec moins d'acuité et d'intérêt dans le cadre du contentieux des heures travaillées, où c'est le vol qui constitue l'infraction et non pas la violation d'un secret.

¹⁹⁸³ Crim. 21 juin 2011, n° 10-87.671, inédit, note A. MARTINON, *JCP S* 2011, 1475.

¹⁹⁸⁴ C. TETARD-BLANQUART, La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

¹⁹⁸⁵ H. K. GOBA, *op. cit.*, 2004, p. 2326 ; C. GIRAULT, *JCP G* 2004, 10124 ; D. BOULMIER ; *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 157 ; F. DUQUESNE, *Dr. soc.* 2004, p. 938 (notes sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull crim.* n° 117).

¹⁹⁸⁶ Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258 *Bull.* n° 535, précité.

¹⁹⁸⁷ Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull crim.* n° 134, note J. GALLOIS, *RDT* 2011, p. 507, obs. G. BEAUSSONIE, *D.* 2011, p. 2254, note F. DESPREZ, *Gaz. Pal.* 2011, n° 251, p. 13, note M. VERON, *Droit. pénal sept.* 2011, 100, note S. DETRAZ, *JCP S* 2011, 1450.

connaissance des documents ne soit pas advenu par les fonctions elles-mêmes¹⁹⁸⁸, c'est-à-dire ne pas être lié aux attributions et tâches du salarié, mais seulement que les documents aient été *à sa disposition*¹⁹⁸⁹. Mais cette condition interdit au salarié de se procurer un document auquel il n'a pas le droit d'avoir accès. Elle recouvre alors une inégalité entre les salariés selon les documents auxquelles leurs fonctions donnent accès¹⁹⁹⁰.

Globalement, ces conditions et leur mise en œuvre témoignent d'un esprit de responsabilisation du salarié dans la constitution et la production d'éléments de preuve, comme une autrice l'a très bien évoqué¹⁹⁹¹.

708. De ces délicates et complexes articulations entre les Chambres, une drôle de conclusion ressort : l'existence d'une solution plus simple. Cette piste nous ramène finalement au début de la problématique, c'est-à-dire à la constitution du délit de vol. Ici, il ne s'agirait plus seulement de rechercher à qualifier ou non l'infraction du point de vue du salarié, et de ses intentions, mais à se demander, plus en amont encore, s'il y a appropriation d'un bien *appartenant* réellement à l'entreprise. Focalisé sur les *documents*, le droit positif passe résolument à côté de l'objet en cause : les informations contenues dans ces documents. Or, celles-ci sont-elles de la propriété de l'entreprise ? Ne devrait-on pas reconnaître « *l'existence d'informations insusceptibles d'appropriation dans l'entreprise* »¹⁹⁹² ? L'auteur qui le suggère très justement ajoute que ces documents « *n'ont de valeur dans le procès que par l'information qu'ils contiennent* ». On en revient toujours au même souci qui est l'appréhension faite par la Cour de cassation de l'action du salarié, caractérisée comme un vol de document plutôt qu'une appropriation d'information en vue d'une production en justice. Analyser la situation au travers de l'appropriation d'information permettrait notamment

¹⁹⁸⁸ J. GALLOIS, *RDT* 2011, p. 507 ; E. FORTIS, *JCP E* 2005, 736.

¹⁹⁸⁹ F. DUQUESNE, *Dr. soc.* 2004, p. 938 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Dr. soc.* 2004, p. 938).

¹⁹⁹⁰ D. BOULMIER, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 157 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117).

¹⁹⁹¹ C. TETARD-BLANQUART, La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

¹⁹⁹² H. K. GABA, *D.* 2010, p. 306 (note sous Soc. 9 juin 2009) : « *il est dommage que l'assemblée plénière de la Cour de cassation et le législateur ne se soient pas saisis de cette question dont la complexité devient grandissante au fil des décisions. Il est en ce sens souhaitable d'entériner l'option choisie en 1998 [...] par la chambre sociale de la Cour de cassation qui raisonnait en termes d'informations ou de documents informatifs et non de valeur patrimoniale.* ».

d'évaluer la légitimité des intérêts de l'employeur en jeu¹⁹⁹³. Or l'intérêt protégé apparaît justement moins le droit de propriété du document que le souhait d'être protégé dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, décompte et détermination du temps de travail, qu'il tire de son pouvoir de direction. C'est dans son *pouvoir* de direction que l'employeur se trouve atteint par la production de documents de décompte. Or une telle atteinte patronale paraît inefficace et illégitime à justifier une préemption sur les informations de décompte du temps de travail, qui sont certes établies et conservées par l'employeur mais le sont précisément au service des droits des salariés.

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION DE LA VALEUR SUFFISANTE DES DOCUMENTS

709. Une fois identifiés les documents et éléments que le salarié peut présenter devant le juge, il s'agit d'étudier ceux qui vont être considérés comme *suffisants* à l'appui de sa demande. Comme nous l'avons déjà évoqué en introduction de ce chapitre, la preuve des heures travaillées fait l'objet d'un aménagement probatoire, au service d'un rééquilibrage entre les parties.

710. Le pivot de la législation, et de la jurisprudence qui l'accompagne, est le principe des droits de la défense. Consacré constitutionnellement¹⁹⁹⁴ et saisi comme tel par la Cour de cassation¹⁹⁹⁵, il mobilise plusieurs principes. Confondu un temps avec le principe de la

¹⁹⁹³ S. BOURETZ, *op. cit.* 1999, 10166.

¹⁹⁹⁴ Il a d'abord été rattaché à la catégorie de « droit naturel », entendu au « sens plein » c'est-à-dire comme renvoyant à une notion de Justice, supérieure et directrice du droit positif, plutôt qu'à des règles immuables (H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », dans *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 181). V. aussi Civ. 7 mai 1828, S 1828. 1. 329 (cité par S. GUICHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, coll. « Précis », Dalloz, 2020, p. 589). Il est reconnu progressivement par le Conseil Constitutionnel, d'abord comme un « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » (Cons. const. 2 déc. 1976 n° 76-70 DC, cons. 2), dénommé ensuite « *garanties essentielles à [la] défense* » (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, cons. 19), puis consacré plus directement dans une décision du 29 décembre 1989 (n° 89-268, cons. 57 à 60). Le Conseil constitutionnel finit par définir le principe des droits de la défense comme « *un droit fondamental à caractère constitutionnel* » en 1993 (13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 84).

¹⁹⁹⁵ Ass. plén. 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull.* n° 4 : reprend à son compte que la défense est un droit à

contradiction¹⁹⁹⁶, il est finalement élargi¹⁹⁹⁷, même si ce dernier demeure central¹⁹⁹⁸. Le principe des droits de la défense doit être effectif, c'est-à-dire qu'il faut être en mesure de pouvoir apporter des éléments à faire entendre. Un autre versant du principe des droits de la défense intervient alors : le principe de l'égalité des armes¹⁹⁹⁹. Étroitement lié au droit à un procès équitable, consacré spécialement à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁰⁰, le principe de l'égalité des armes implique qu'une partie ne soit pas désavantagée par rapport à l'autre dans son droit d'exposer sa cause au juge²⁰⁰¹. S'assurer de cette égalité, concrète permet de garantir le droit à un recours *effectif*²⁰⁰².

caractère constitutionnel.

¹⁹⁹⁶ S. GUICHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, coll. « Précis », Dalloz, 2020, p. 592.

¹⁹⁹⁷ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 181, p. 175 V. not. la décision constitutionnelle du 29 décembre 1989 où les deux principes sont énoncés successivement (n° 89-268 DC, cons. 58).

¹⁹⁹⁸ Dans ce sens S. GUICHARD et alii, *Procédure civile*, coll. « Précis », Dalloz, 2020, p. 592 Pour les autres composantes : Voir H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 184 : obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance, de permettre la comparution, d'observer un minimum de loyauté.

¹⁹⁹⁹ Voir Cons. const. 28 juill. 1989 n° 89-260 DC : rattache au principe des droits de la défense l'existence d'une « procédure juste et équitable garantissant les droits des parties » (cons. 44). V. aussi Cons. const. 20 janv. 2005 DC, n° 2004-510, cons. 22 ; voir les articles 1^{er} à 29 du code de procédure civile ; Civ. 2, 14 sept. 2006, n° 04-20.524, *Bull.* n° 222 (rendu au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme) ; CEDH 30 juin 1959 *Szwabowicz c. Suède*, V. aussi CEDH 23 juin 1993 *Ruiz-Mateos c. Espagne*, point 63.

²⁰⁰⁰ CEDH, art. 6§1; DUDH, art. 10 ; Pacte international relatif aux droits civils et politique de 1966, art. 14.

²⁰⁰¹ V. CEDH 30 juin 1959 *Szwabowicz c. Suède* : « *Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ».

²⁰⁰² Convention européenne des droits de l'Homme, art. 6 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47.

Contre la position abstraite de l'égalité des parties en droit (J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980, p. 188) ou celle dépeignant l'aménagement de la charge de la preuve comme un « *traquenard* » pour les employeurs et une remise en cause des principes juridiques du procès (B. TEYSSIÉ, La preuve en droit du travail, dans *La preuve*, C. PUIGELIER (dir.), coll. « Etudes juridiques », Economica, 2004, p. 73).

Sans faire figure d'exception en droit du travail, le contentieux des heures travaillées représente une situation d'inégalité des armes. Les parties sont tout d'abord dans une situation déséquilibrée dans l'accès aux preuves. Ensuite, en tant qu'elle est de fait et de droit une relation de pouvoir, la relation entre employeur et salarié justifie que soit assuré au salarié le droit de défense face aux décisions prises par l'employeur²⁰⁰³, parmi lesquelles l'organisation du temps de travail. Enfin, garantir le droit à un recours effectif sert la protection des *droits substantiels*²⁰⁰⁴, défendus devant la justice, ici le droit au paiement des heures travaillées et le devoir de l'employeur de décompter et de rémunérer l'intégralité des heures commandées et effectuées.

711. Le contentieux relatif aux éléments que doit produire le salarié, et le fait de savoir s'ils suffisent à engager l'employeur, fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement abondante. Cette jurisprudence détermine la capacité du salarié à *faire valoir un décompte de son temps de travail*, à charge ensuite pour l'employeur d'y répondre ou non.

Alors que la Cour de cassation adopte une position claire, la résistance des juges du fond l'amène à l'amender plusieurs fois, au détriment de sa lisibilité. Deux aspects, étroitement liés, structurent néanmoins l'exigence des juges vis-à-vis des documents produits par le salarié. Ceux-ci n'ont en aucun cas à constituer une *preuve* des heures travaillées, la Cour de cassation, en application de la loi, se livrant donc à un rejet de la logique probatoire classique. Alors que cette logique ressort de la loi elle-même, la bataille entre juges du fond, doctrine et Cour de cassation a donné lieu à des allers-retours sur lesquels nous reviendrons pour mieux comprendre la situation actuelle et en dessiner l'horizon (I). Si les éléments produits par le salarié n'ont donc pas à être probants, il reste à définir alors leurs caractéristiques attendues et suffisantes. Il se dégage ici la consécration, plus progressive, d'une logique contradictoire. Elle consiste seulement à exiger des documents produits par le salarié qui permettent à l'employeur d'y répondre. Ici aussi, la Cour de cassation a eu à préciser sa jurisprudence, pour l'affiner et l'affirmer face aux juges du fond (II).

²⁰⁰³ F. DUQUESNE, *Dr. soc.* 2004, p. 938 (note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Dr. soc.* 2004, p. 938) : pour l'auteur les droits de la défense (concernant en l'occurrence la défense du salarié menacé de licenciement) englobent cette question spécifique.

²⁰⁰⁴ S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705 ; C. TETARD-BLANQUART, La responsabilité du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

I- LE REJET DE LA LOGIQUE PROBATOIRE CLASSIQUE

712. Pour déterminer les caractéristiques exigées des documents produits par le salarié, il convient dans un premier temps de revenir sur le fait que le salarié est exonéré de rapporter la preuve des heures travaillées, ce qui lui incomberait normalement (A). Une fois cette exonération actée, il convient de définir le partage dans l'administration de la preuve entre salarié et employeur (B).

A- L'EXONÉRATION DU SALARIÉ DE RAPPORTER LA PREUVE DES HEURES TRAVAILLÉES

713. De l'adage *actori incumbit probatio*, on traduit souvent que la preuve incombe au demandeur²⁰⁰⁵. Le demandeur signifie ici celui qui présente une allégation, et non, dans un sens strictement procédural, le demandeur à l'instance²⁰⁰⁶. Afin de lever toute confusion²⁰⁰⁷, il serait favorable de retenir la notion d'accusateur, rôle endossé tour à tour par le demandeur et par le défendeur à l'instance²⁰⁰⁸. Une des justifications de la responsabilité qui incombe à l'accusateur est qu'il viendrait bousculer le *statu quo*, l'ordre établi ou encore la situation existante²⁰⁰⁹. Se refusant de considérer le *statu quo* comme une valeur en lui-même, Aubry et

²⁰⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., coll. « Quadrige », PUF, 2018.

²⁰⁰⁶ P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 5^{ème} éd., coll. « Droit et Gestion », Litec, 1990, p. 238.

²⁰⁰⁷ Plusieurs justifications de l'adage ne se restreignaient pas à la notion de « demandeur ». Voir : la règle selon laquelle la preuve incombe au demandeur a été dégagée *par extrapolation* de l'article 1353 du code civil (E. VERGÈS, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, coll. « Thémis Droit », PUF, 2015). Les auteurs soutiennent que l'adage ne doit pas être traduit comme la preuve incombe au demandeur (voir F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, *RTD civ*, 1966, p. 738).

²⁰⁰⁸ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., 1999, Litec, n° 10, p. 17. V. aussi l'adage *reus in excipiendo fit actor*, traduit par « le défendeur en excipant devient demandeur » (n° 403, p. 817). Voir J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990, p. 536.

²⁰⁰⁹ J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980, p. 520 ; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2018, p. 1977 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, p. 16 (« *par respect des situations acquises* ») ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 102. Voir N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, p. 294 et s.

Rau soulignent que cela risquerait surtout « *de mettre en péril les droits les mieux fondés en réalité, par l'impossibilité où se trouverait le plus souvent le défendeur de justifier sa résistance aux prétentions du demandeur* »²⁰¹⁰. Le principe est édicté à l'article 9 du code de procédure civile et à l'article 1353 du code civil. Selon le droit commun de la preuve, celui qui allègue une prétention en supporte la charge de la preuve. Cette répartition des rôles est quelque peu nuancée, depuis 1972, par l'insertion à l'article 10 du code civil de la règle selon laquelle « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* »²⁰¹¹. Dans le cadre du contentieux relatif aux heures travaillées, cette répartition est entièrement remise en cause par l'article L. 3171-4 du code du travail, anciennement L. 212-1-1, qui dispose qu' « *en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». L'application de cette disposition doit mener à l'interdiction pour les juges du fond de se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié, ce que la Cour de cassation va devoir inlassablement répéter (1). Elle va par ailleurs être amenée à préciser l'étendue du champ d'application de la disposition (2).

Certains reprennent à leur compte cette finalité protectrice du *statu quo* (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990, p. 540 : « *exiger du plaideur qui s'attaque à la situation existante qu'il supporte la charge de la preuve est une défense contre un risque de subversion qui troublerait l'ordre social* ») tout en s'inquiétant de la difficulté d'une stricte application de ce principe de répartition qui exigerait d'apprécier *au cas par cas* la situation « normale », et considèrent alors plus simple de dire objectivement que la preuve pèse sur le demandeur.

Pour d'autres, le demandeur est celui qui va contre la *vraisemblance* (Voir J. DEVÈZE, *ibid*), avec l'idée, dans une société relativement pacifiée, qu'un préjudice ait été causé est moins vraisemblable que la bonne marche des choses. Il y a aussi la conception audacieuse selon laquelle cela devrait être celui qui dispose de l'aptitude à prouver (J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. II, 2^{ème} éd., Bossange, 1830).

²⁰¹⁰ AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5^{ème} éd., 1922, p. 81.

²⁰¹¹ Voir J.-M. LE MASSON, La recherche de la vérité dans le procès civil, *Droit et société*, n° 38, 1998 ; R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 6 ; N. HOFFSCHIR, *op. cit.*, p. 14.

1- L'interdiction de se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié

714. La prise en compte par la Cour de cassation de la législation de 1992, entrée en vigueur en 1993, n'a pas été immédiate²⁰¹². La Cour vise pour la première fois l'article L. 212-1-1 dans deux arrêts du 5 juin 1996, qui passent pourtant relativement inaperçus. Elle s'y contente de rappeler le contenu de la disposition légale et de casser les décisions du fond qui exigeaient du salarié la preuve des heures travaillées²⁰¹³. Un mois plus tard, dans son arrêt du 3 juillet 1996²⁰¹⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation livre sa première interprétation de l'article L. 212-1-1. Dans un attendu de principe, elle énonce qu'« *il résulte du texte susvisé que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une demande d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ; qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir* ». Par cet attendu, la Cour considère d'abord que l'article L. 212-1-1 *neutralise* la charge de la preuve²⁰¹⁵, la preuve n'incombant à « *aucune des parties* ». Aussi et surtout, elle insiste sur l'impossibilité de rejeter une demande du fait de « *l'insuffisance des preuves apportées par le salarié* ». Rien de surprenant néanmoins. Accepter qu'on rejette la demande du salarié au titre de l'insuffisance des preuves rapportées aurait été en totale contradiction avec l'article L. 212-1-1²⁰¹⁶. Au risque d'être « *tautologique* »²⁰¹⁷, l'attendu de l'arrêt a le mérite d'être clair.

Pourtant, malgré l'univocité de sa solution, la Chambre sociale va avoir besoin de la répéter inlassablement sur une longue période. Ainsi, l'arrêt du 3 juillet 1996 est le premier

²⁰¹² La Chambre sociale valide encore en 1994 des décisions de cour d'appel qui déboutent le salarié lui reprochant de ne pas avoir justifié des heures supplémentaires (Soc. 3 nov. 1994, n° 93-41.732, inédit), alors même que le pourvoi invoquait très justement l'article L. 212-1-1 (Soc. 23 nov. 1994, n° 91-42.665, *Bull.* n° 310).

²⁰¹³ Soc. 5 juin 1996, n° 94-43.502, *Bull.* n° 224 ; n° 93-46.780, inédit.

²⁰¹⁴ Soc. 3 juill. 1996, n° 93-41.645, n° 261, note COUTURIER, *Dr. soc.* 1996, p. 974, note R. TROLONG D. 1998, p. 261, D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 1996, 22697.

²⁰¹⁵ J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 2005, p. 175.

²⁰¹⁶ J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 1999, p. 89 (note sous Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749).

²⁰¹⁷ J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036.

d'une longue liste²⁰¹⁸. Notons que la Cour a pu préciser que la disposition s'appliquerait même lorsqu'elle n'était pas en vigueur au moment de l'introduction de l'instance²⁰¹⁹.

715. Passé 2004, si la Cour de cassation n'use plus de son attendu de principe établi en 1996, elle continue quand cela est nécessaire de rappeler que les juges du fond n'ont pas à contrôler si les éléments du salarié sont suffisamment *probants*. Sont cassées les décisions du fond qui s'autorisent à se fonder sur la notion-même de preuve²⁰²⁰, de bien-fondé²⁰²¹ ou exigent que les éléments du salarié suffisent à établir les heures supplémentaires²⁰²². La question de la preuve des heures travaillées apparaît presque comme un cas d'école de la ténacité des juges du fond face à la Cour de cassation²⁰²³.

Quelques arrêts d'appel passent cependant entre les mailles du filet de la cassation. Bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet et qu'il soit rendu au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation valide en 1999 une décision de cour d'appel qui « *a estimé*

²⁰¹⁸ Soc. 23 oct. 1996, n° 93-44.799, inédit ; 2 juill. 1997, n° 95-43.701, inédit ; 3 juin 1998, n° 96-41.323, inédit ; 3 juin 1998, n° 96-41.323, inédit ; 3 juin 1998, n° 96-41.031, inédit ; 9 juill. 1998, n° 96-41.976, inédit ; 27 oct. 1998, n° 96-43.635, inédit ; 10 nov. 1998, n° 96-43.741, inédit ; 10 nov. 1998, 96-42.749, *Bull.* n° 487 ; 19 janvier 1999, 96-44.954, *Bull.* n° 27 ; 23 mars 1999, n° 96-45.635, inédit ; 2 juin 1999, n° 97-40.438, inédit ; 1^{er} fév. 2000, n°s 97-44.475, 97-44.476, 97-44.477, inédits ; 1^{er} mars 2000, n° 97-43.586, inédit ; 16 mai 2000, n° 98-42.942, 98-44.450, *Bull.* n° 180 ; 11 oct. 2000, n° 98-43.894, inédit ; 15 nov. 2000, n° 98-45.145, inédit ; 28 nov. 2000, n° 98-44.901, inédit ; 23 janv. 2001, n° 98-44.604, inédit ; 6 fév. 2001, n° 98-45.850, inédit ; 11 juill. 2001, n° 99-41.946, inédit ; 10 oct. 2001, n° 99-44.195, inédit ; 6 nov. 2001, n° 99-44.501, inédit ; 12 fév. 2002, n° 99-45.634, inédit ; 26 mars 2002, n° 00-41.131, inédit ; 5 juin 2002, n° 00-44.482, n° 00-44.851, 00-44.512, inédits ; 24 avril 2003, n° 00-44.653, inédit ; 30 avril 2003, n° 01-41.383, inédit ; 30 sept. 2003, n° 02-42.730, *Bull.* n° 248, note M.-P. COUPILLAUD, *Dr. ouvrier* 2004, p. 29.

²⁰¹⁹ Soc. 11 mai 1999, n° 97-41.505, inédit.

²⁰²⁰ Soc. 21 oct. 1997, n° 95-44.084, inédit ; 27 oct. 1998, n° 96-43.635, , inédit ; 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Bull.* n° 487, note J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 1999, p. 89 ; 23 mars 1999, n° 96-45.635, inédit ; 11 juill. 2001, n° 99-41.946, inédit ; 31 mai 2005, n° 03-41.353, inédit ; 14 sept. 2005, n° 02-47.230, inédit ; 13 juin 2007, n° 06-41.753, inédit ; 25 juin 2015, n° 14-10.372, inédit ; 30 sept. 2015, n° 14-17.748, *Bull.* n° 836.

²⁰²¹ Soc. 2 juill. 1997, n° 95-43.701, inédit ; 3 juin 1998, n° 96-41.031, inédit ; 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71, précité ; 17 oct. 2007, n° 04-46.292, inédit.

²⁰²² Soc. 10 nov. 1998, n° 96-43.741, inédit ; 21 nov. 2012, n° 10-27.429, *Bull.* n° 298 ; 21 oct. 2020, n° 19-12.510, inédit.

²⁰²³ M.-P. COUPILLAUD, *Dr. ouvrier* 2004, p. 29 (note sous Soc. 30 sept. 2003, n° 02-52.730, *Bull.* n° 248) : l'autrice trouve inquiétant l'hermétisme des juridictions du fond face à une règle de preuve instituée depuis 1993, et constamment rappelée par la Haute Cour.

que la preuve n'était pas rapportée de l'accomplissement par le salarié d'heures supplémentaires non rémunérées »²⁰²⁴. De nouveau en 2007, la Cour de cassation rejette un pourvoi contre la décision de la cour d'appel qui déboute le salarié pour avoir présenté des éléments « dénués de toute valeur probante »²⁰²⁵. Cependant, la Cour de cassation ne reprend pas à son compte la notion de preuve et y substitue l'attendu selon lequel c'est au salarié de fournir préalablement des éléments de nature à étayer sa demande. Ceci étant dit, tout en estimant que les éléments d'espèce n'étaient pas de nature à étayer la demande du salarié, il aurait été plus clair de casser pour violation de la loi l'arrêt de la cour d'appel, au motif que celle-ci reprenait, injustement, la notion de preuve²⁰²⁶.

2- L'aménagement probatoire applicable à l'ensemble des salariés

716. La Cour de cassation est amenée à préciser l'étendue du champ d'application de l'aménagement probatoire prévu à l'article L. 3171-4 du code du travail. Elle choisit de l'étendre à la preuve de jours travaillés, c'est-à-dire dans le cas du forfait jours (a). Elle refuse par ailleurs de voir dans le statut de l'employeur, dans le cas des employés de maison, une justification au fait d'écarter l'application de la règle, qui s'impose donc (b).

a- L'extension de l'aménagement probatoire à la preuve des jours travaillés

717. L'article L. 3171-4 du code du travail ne fait référence qu'aux « heures de travail accomplies ». Il ne dit rien sur la preuve des jours de travail accomplis, concernant les salariés en forfait jours. La disposition a été créée en 1992, c'est-à-dire avant l'instauration législative des conventions de forfait jours en 2000²⁰²⁷. L'application du régime probatoire à la preuve des jours travaillés aurait pu cependant être ajoutée dès 2000 à l'article L. 212-1-1, ou bien intégrée aux dispositions relatives aux forfait jours ; ce qui n'a pas été fait. C'est donc devant la chambre sociale de la Cour de cassation que l'application au forfait jours s'est posée. Dans

²⁰²⁴ Soc. 12 oct. 1999, n° 97-42.143, *Bull.* n° 378.

²⁰²⁵ Soc. 21 fév. 2007, n° 05-44.096, inédit.

²⁰²⁶ V. aussi Soc. 17 juill. 2007, n° 06-40.630, inédit : la Cour de cassation valide le raisonnement de la cour d'appel qui relève que l'intéressée disposait d'une totale autonomie pour organiser son travail et que la réalité des heures supplémentaires n'était pas établie. Toutefois il s'agissait d'un contentieux sur la prise d'acte, et de savoir donc si elle était justifiée. Cette spécificité nous semble gêner une interprétation trop générale de l'arrêt.

²⁰²⁷ Loi du 19 janv. 2000, art. 11, codifié à l'ancien article L. 212-15-3, III du code du travail.

un arrêt du 23 septembre 2009, la Cour choisit de transposer²⁰²⁸ l'aménagement probatoire pour les heures de travail à la preuve des jours travaillés en cas de forfait jours²⁰²⁹. Elle le rappelle par la suite dans plusieurs arrêts²⁰³⁰. Rendant ses décisions au visa de l'article L. 3171-4, la Cour *étend* finalement l'application à la preuve des jours travaillés. Alors que la lettre de la loi n'imposait pas cette solution²⁰³¹, son esprit y conduisait en revanche logiquement. D'une part, la finalité de l'aménagement probatoire n'est pas liée à l'unité de décompte, heures ou jours. D'autre part, la règle probatoire concernant les jours travaillés n'est ni empêchée ni vidée de son intérêt par l'autonomie du salarié en forfait jours, comme le prétendait la cour d'appel dans l'arrêt de 2009. À l'instar de la preuve des heures, l'aménagement de la preuve des jours travaillés se retrouve justifié par le fait que l'employeur a une obligation légale de décompte et qu'il détient les document. Cette obligation légale est d'ailleurs prise en compte expressément par la Chambre sociale qui prend le soin de viser l'article D. 3171-10 du code du travail où elle figure²⁰³². Comme pour la preuve des heures travaillées, le salarié est désavantagé dans l'accès et la constitution d'éléments de preuve. Pareillement, l'aménagement probatoire permet d'inciter l'employeur à organiser scrupuleusement un décompte des jours. L'ensemble de ces considérations rend la solution justifiée et salubre²⁰³³.

²⁰²⁸ F. BERGERON-CANUT, *RDT* 2010, p. 112 (note sous Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.377, *Bull.* n° 200) : l'autrice parle d'une transposition.

²⁰²⁹ Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.377, *Bull.* n° 200, note F. BERGERON-CANUT *RDT* 2010 p. 112, note F. DUMONT, *JCP S* 2009 48, note H. GOSSELIN *Sem. soc. Lamy* 2009, N° 1420.

²⁰³⁰ Soc. 4 mai 2011, 09-71.003, inédit (même visa), N. G.-R. *Juris. soc. Lamy* 2011, N° 301 ; 19 sept. 2012, n° 11-16.205, inédit ; 10 avril 2013, n° 12-11.537, inédit (visa seulement L3171-4) ; 2 juin 2021, n° 19-16.067, inédit.

V. aussi arrêts de rejet Soc. 7 déc. 2010, n° 09-42.626, *Bull.* n° 281, M. MORAND, *JCP S* 2011, 6 ; Soc. 6 juill. 2011, n° 10-15.050, inédit.

²⁰³¹ F. BERGERON-CANUT, *op. cit.*, 2010, p. 112. : l'autrice salue la décision tout en considérant qu'elle n'allait effectivement pas de soi.

²⁰³² *Ibid.* V. aussi, avant même l'arrêt de 2009, le débat entre Hubert Rose et Jacques Barthélémy suite à l'arrêt *Blue Green* (L'arrêt Blue green en débat, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327).

²⁰³³ J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2011, n° 308 (note sous Soc. 6 juill. 2011, n° 10-15.050) ; H. GOSSELIN, *Sem. soc. Lamy* 2009, N° 1420 (note sous Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.377, *Bull.* n° 200).

- b- L'application de l'aménagement probatoire indépendante du statut de l'employeur : le cas des employés de maison

718. D'après l'article L. 7221-1 du code du travail, sont employés de maison les « *salariés employés par des particuliers à leur domicile privé pour réaliser des travaux à caractère familial ou ménager* ». Du fait de la spécificité de son employeur, qui se trouve être un particulier²⁰³⁴, l'employé de maison fait l'objet d'un statut dérogatoire, figurant classiquement au livre VII du code du travail²⁰³⁵. Ainsi, l'employé de maison aura un statut différent du salarié effectuant exactement le même travail mais embauché par une entreprise de services à la personne ; ce qui n'est pas sans soulever des injustices²⁰³⁶. C'est dans ce cadre qu'a fait débat l'application de l'aménagement de la charge de la preuve aux employés de maison.

Avant la recodification du code du travail en 2007, l'article L. 772-2 du code du travail relatif aux employés de maison liste des dispositions qui leur sont « *applicables* ». La chambre sociale de la Cour de cassation a vite choisi de ne pas se limiter à cette liste²⁰³⁷, position confirmée dans le rapport annuel de la Cour en 1994 qui considère qu'elle « *laisse supposer, non pas tant que les autres dispositions ne leur sont pas applicables, mais seulement que la particularité sur certains points de leur condition de travail ne saurait justifier la non-application de ces dispositions* »²⁰³⁸ ; la liste n'est donc pas limitative. Mais, à l'époque, l'article L. 200-1 du code du travail circonscrit de son côté l'application du chapitre sur la réglementation du travail, parmi laquelle la durée du travail, aux « *établissements industriels et commerciaux* ». Par cette rédaction, les employés de maison sont exclus de la

²⁰³⁴ Il est notamment utilisé comme justification le fait que le particulier-employeur ne poursuit pas un but lucratif donc ne serait pas une entreprise : voir S. MAILLARD, PINON, La diversité des règles de droit du travail applicable aux travailleurs domestiques, *Dr. soc.* 2022, p. 680. De la même autrice : *Travail domestique*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2017. Pourtant c'est plus l'absence *d'activité commune* qui pourrait éventuellement être invoquée comme manquant entre l'employé de maison et le particulier-employeur.

²⁰³⁵ Sur les employés de maison et, plus largement, le travail domestique : voir récemment le colloque « Les travailleuses et travailleurs domestiques : unité ou fragmentation du droit social ? », Sceaux, mai 2022, organisé sous la direction scientifique de Sandrine Maillard-Pinon, Rafael Encinas de Muñagorri et Laure Camaji et reproduit dans la revue *Droit social* de sept. 2022.

²⁰³⁶ Voir par exemple A. GARDIN, D. BOULMIER, « Le statut des salariés dans les services à la personne », dans *Les services à la personne*, B. BALZANI (dir.), *La Documentation française*, 2010, p. 41.

²⁰³⁷ Par exemple Soc. 31 mars 1982, n° 80-40.019 sur le SMIC.

²⁰³⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation de 1994, 1995, p. 287 et s.

réglementation de la durée du travail, ce que retient d'ailleurs la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 octobre 2000²⁰³⁹ et confirmé plusieurs fois depuis²⁰⁴⁰. Un arrêt du 19 mars 2003 vient cependant préciser que si les dispositions sur la durée du travail ne s'appliquent pas « *il n'en va pas de même de celles de l'article L. 212-1-1 du Code du travail relatives à la preuve de l'existence et du nombre d'heures de travail effectuées* »²⁰⁴¹. Critique d'une telle application de l'article L. 212-1-1 du code du travail, l'argument de la « *précarité* » du particulier-employeur, qui justifierait de ne lui faire supporter aucune obligation ou charge spécifique²⁰⁴², nous paraît inopérant. En revanche, peut être plus justement relevée l'incohérence de la décision au regard de la jurisprudence qui retient, de l'article L. 200-1 du code du travail, la non-application des dispositions relatives à la durée du travail. Pourquoi l'article L. 212-1-1 aurait-il droit à un traitement différent ?

Un élément de réponse figure très certainement dans la Convention collective nationale de travail des employés de maison. En effet, alors que la Convention prévoit une réglementation spécifique sur la durée du travail²⁰⁴³, elle ne prévoit rien quant à la charge de la preuve des heures travaillées. Ainsi, *a contrario* d'une réglementation spécifique, prévue justement pour le reste du droit de la durée du travail, le droit commun de la preuve du temps de travail s'appliquerait pour les employés de maison. Il reste que la différence entre la réglementation de la durée du travail et celle de la charge de la preuve des heures travaillées réside surtout dans la *justification* de la spécificité du régime des employés de maison. S'il a été choisi de déroger aux règles concernant *stricto sensu* la durée du travail, c'est parce qu'il a été considéré que le temps de travail d'un employé de maison ne répond pas aux mêmes logiques que celui d'un salarié classique. Mais, concernant l'aménagement de la charge de la preuve, l'employé de maison se trouve dans la même position que le salarié classique vis-à-vis de la difficulté de se constituer une preuve de son temps de travail. Autrement dit, la règle se trouve justifiée dans un cas comme dans l'autre²⁰⁴⁴.

²⁰³⁹ Soc. 17 oct. 2000, n° 98-43.443, *Bull.* n° 335, J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2000, p. 1143.

²⁰⁴⁰ Soc. 10 oct. 2001, n° 99-45.426, inédit ; 13 juill. 2004, n° 02-43.026, *Bull.* n° 221, obs. C. RADÉ, *Dr. Soc.* 2004, p. 1027 ; 30 juin 2010, n° 08-44.514, inédit ; 7 déc. 2017, n° 16-12.809, *Bull.* n° 210.

²⁰⁴¹ Soc. 19 mars 2003, n° 00-46.686, *Bull.* n° 103, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2003, p. 655.

²⁰⁴² J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2003, p. 655.

²⁰⁴³ CCN des employés de maison, art. 15.

²⁰⁴⁴ Dans ce sens, T. LAHALLE, *JCP S* 2011, 1375 (note sous Soc. 8 juin 2011, n° 10-19.684, inédit) : tout en admettant que les services à la personne requièrent une souplesse, il considère *opportun* l'application de L. 3171-

719. La recodification en 2007, censée pourtant se faire à droit constant²⁰⁴⁵, a modifié les dispositions relatives aux employés de maison. Cette modification se comprend à l'aune de l'ancien article L. 200-1, devenu L. 3111-1 du code du travail, qui dispose désormais que le livre sur la durée du travail s'applique aux « *employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés* ». En ces termes, il n'exclut plus les employés de maison de la réglementation de la durée du travail. Cette considération a motivé, sur amendement sénatorial, la rédaction du nouvel article L. 7221-2 du code du travail²⁰⁴⁶ qui considère désormais que « *sont seules applicables* » aux employés de maison les dispositions qu'il liste. Néanmoins, l'exclusion de tout le reste du droit du travail des employés de maison s'avérait dangereuse et injustifiée²⁰⁴⁷. C'est donc avec logique que la Chambre sociale confirme à plusieurs reprises²⁰⁴⁸, l'application de L. 3171-4 du code du travail aux employés de maison.

B- UN PARTAGE DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE DIFFICILE À FAIRE ACCEPTER

720. L'aménagement législatif prévu à l'article L. 3171-4 du code du travail consiste en un partage dans l'administration de la preuve entre employeur et salarié. Alors que celui-ci provient de la loi elle-même, la jurisprudence entre Cour de cassation et juridictions du fond va en compliquer la compréhension et le fonctionnement. Dans un premier temps, les craintes de certains de voir dans ce partage le risque d'un renversement de la charge de la preuve sont

4 aux employés de maison car son application est *utile*.

²⁰⁴⁵ Voir Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail. Voir A. LYON-CAEN, A. FABRE, *Le nouveau Code du travail*, Dalloz, 2008

²⁰⁴⁶ Reprenant l'ancien article L. 772-2 du code du travail.

²⁰⁴⁷ D. BOULMIER, Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance. Le cas des employés de maison, *JCP S* 2008, 1625.

²⁰⁴⁸ Soc. 30 juin 2010, n° 08-44.514, inédit ; 8 juin 2011, n° 10-19.684, inédit, note D. BOULMIER, *RDSS* 2011, p. 967, note T. LAHALLE, *JCP S* 2011, 1375 ; 8 juill. 2020, n° 17-10.622, n° 17-11.131, inédits. Un arrêt du 16 sept. 2015 (n° 14-11.990, *Bull.* n° 835) exclut en revanche l'application des dispositions relatives à l'interdiction des discriminations (en l'espèce il s'agissait d'un licenciement discriminatoire, en raison de l'état de santé). Par une délibération du 14 juin 2010, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a « *recommandé au ministre du Travail d'initier une réforme législative visant à supprimer le mot "seules" de l'alinéa 1er de l'article L. 7221-2 du Code du travail et à y ajouter une référence explicite au titre III du livre Ier de la première partie du Code du travail qui prohibe les discriminations* » (HALDE, Délib. n° 2101-139).

prises en considération par la Cour de cassation et vont participer à la confusion de sa jurisprudence (1). Profitant d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'importance du décompte du temps de travail, la Cour de cassation se livre à un éclaircissement salutaire de la règle du partage dans l'administration de la preuve, réaffirmée mais toujours refusée par certains juges du fond (2).

1- Les craintes d'un renversement de la charge de la preuve à l'origine d'une position confuse

721. Le partage de la charge de l'administration de la preuve, organisé par la loi et précisé par la Cour de cassation, suscite des craintes dans une partie de la doctrine, certainement sous-jacentes au refus de juridictions du fond d'en appliquer la réglementation, parmi lesquelles celle d'un renversement de la charge de la preuve (a). Ces craintes se traduisent dans la jurisprudence de la Cour de cassation par la notion d' « *étalement* », qui, faisant réapparaître à mi-mot tout un imaginaire de la preuve, trahit surtout le manque de franchise de la Cour de cassation (b).

a- Les craintes d'un renversement de la charge de la preuve : une offensive doctrinale

722. Si la jurisprudence de la Cour de cassation est définie depuis 1996, un arrêt du 10 mai 2001 vient cristalliser la crainte d'un *renversement* de la charge de la preuve. Cet arrêt casse la décision de cour d'appel selon laquelle le salarié doit « *explicitement sa demande* » en indiquant exactement les heures effectuées²⁰⁴⁹. Présente chez plusieurs auteurs, cette crainte transparaît chez la Cour de cassation elle-même, analysant quelques années plus tard sa propre jurisprudence²⁰⁵⁰. Suite à ses fonctions de président de la Chambre sociale, Monsieur Jean-Yves Frouin soutient quant à lui que la jurisprudence de 1996 procède à une interprétation littérale de l'article, ancien, L. 212-1-1 du code du travail qui a conduit à une

²⁰⁴⁹ Soc. 10 mai 2001, n° 99-42.200, *Bull.* n° 160.

²⁰⁵⁰ M.-C. HALLER, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 142 (note sous Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 62) ; voir surtout Rapport annuel de la Cour de cassation, *La vérité*, 2004, p. 190 : la Cour de cassation y pointe des situations délicates, et du risque d'inverser la charge de la preuve au détriment de l'employeur. En plus de l'arrêt du 10 mai 2001, le rapport met en exergue l'arrêt du 19 janvier 1999 (*Bull.* n° 29) dans lequel la Chambre sociale avait admis que la preuve des heures supplémentaires pouvait être établie du seul fait de la production par le salarié des fiches de présence qu'il avait remplies à la demande de l'employeur.

application par les juges du fond trop stricte et sévère envers l'employeur²⁰⁵¹. Pourtant, la période entre 1996 et 2004 apparaît, déjà, bien plus marquée par l'obstination des juges du fond à exiger des éléments de preuve de la part du salarié que par leur sévérité envers l'employeur²⁰⁵². De la même façon, certains considèrent également que la jurisprudence de 1996 incite le salarié à formuler des demandes d'heures supplémentaires trop à la légère²⁰⁵³, alors même que les arrêts rendus révèlent au contraire que les salariés présentent toujours des éléments à l'appui de leur demande.

Alors même que la Cour de cassation atténue sa jurisprudence à partir de 2004 – comme nous allons le voir –, un arrêt rendu en 2007 ravive les craintes. La Cour de cassation y rappelle la solution, somme toute constante, selon laquelle le juge « *ne peut rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires aux motifs que les éléments produits par le salarié ne prouvent pas le bien-fondé de sa demande* »²⁰⁵⁴. Des auteurs y voient pourtant l'occasion de réitérer leur avis selon lequel serait à l'œuvre un renversement de la charge de la preuve²⁰⁵⁵.

723. Des parallèles ont pu être tentés entre l'aménagement probatoire des heures travaillées et celui existant en matière de discrimination et de harcèlement²⁰⁵⁶. Les deux régimes diffèrent pourtant. Dans le cas de la discrimination et du harcèlement, il revient au salarié d'apporter des éléments « *laissant supposer l'existence* » d'une discrimination ou d'un harcèlement. Or, dans le cas de l'article L. 3171-4, les éléments à apporter par le salarié n'ont en principe pas à rendre ainsi vraisemblable les heures travaillées²⁰⁵⁷, mais seulement à appuyer sa demande.

²⁰⁵¹ J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036.

²⁰⁵² Comme exception voir : Soc. 19 janv. 1999, n° 96-45.628, *Bull.* n° 29.

²⁰⁵³ J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 3/05, p. 175 ; J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2011, N° 292 (note sous Soc. 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *Bull.* n° 266).

²⁰⁵⁴ Soc. 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71, note D. JACOTO, *JCP E* 2007, 10134, obs. D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007, p. 1183.

²⁰⁵⁵ D. JOURDAN, J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 2007, p. 1183 ; *idem*, des années plus tôt : J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 1999, p. 89 (note sous Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Bull.* n° 487). G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1996, p. 974, A. TROLONG, *D.* 1998 p. 261 (notes sous Soc. 3 juill. 1996, n° 93-41.645, *Bull.* n° 261) : les auteurs comparent l'aménagement probatoire au régime du licenciement économique.

²⁰⁵⁶ Par exemple G. PIGNARRE, *RDT* 2006, p. 182 (note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117).

²⁰⁵⁷ Voir D. BAUGARD, Preuve des heures de travail : changement terminologique ou évolution substantielle,

De plus, dans le cas de la discrimination et du harcèlement, une fois les éléments apportés par le salarié, l'employeur doit justifier que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination²⁰⁵⁸ ou que le comportement n'est pas constitutif d'un harcèlement²⁰⁵⁹, le doute profitant au salarié. Ainsi, le régime de la preuve de la discrimination et du harcèlement organise un *renversement* de charge de la preuve. Dans le cas de l'article L. 3171-4 du code du travail, le juge se prononce au regard des éléments du salarié et de l'employeur. Est organisé ici un *partage* dans l'administration de la preuve.

b- La confusion entre étaielement et preuve : l'ambiguïté de la Cour de cassation

724. Dans un arrêt du 25 février 2004, après avoir rappelé le contenu de l'article, ancien, L. 212-1-1 du code du travail, la Cour de cassation ajoute qu' « *il appartient cependant [au salarié] de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande* »²⁰⁶⁰. Est désormais exigé du salarié qu'il *étaye* sa demande, là où le texte de loi ne parle que des éléments « *fournis par le salarié à l'appui de sa demande* ». L'arrêt de 2004 semble ainsi intégrer une part de la résistance des juges du fond, comme si la Cour de cassation était acculée à amender sa jurisprudence. Commentant l'arrêt, la Cour de cassation va jusqu'à dire dans son rapport annuel de 2004 que « *tout demandeur en justice doit apporter des éléments de preuve, même si celle-ci lui est facilitée par une disposition particulière* »²⁰⁶¹. Une telle affirmation dérange très fortement, tant au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation que de la lettre et de l'esprit de l'article L. 212-1-1 du code du travail. Elle vient créer le trouble sur le principe que le salarié n'a justement pas à prouver les heures de travail. La notion d'*étaielement*, qui s'imposera pourtant plus de quinze ans dans la jurisprudence de la Cour, nourrit la confusion relative à la preuve des heures travaillées. Des auteurs n'hésitent pas à interpréter l'*étaielement* comme l'exigence pour le salarié d'apporter un « *commencement*

Sem. soc. Lamy 2020, n° 1925, p. 102.

²⁰⁵⁸ C. trav. art. L. 1134-1.

²⁰⁵⁹ C. trav. art. L. 1154-1.

²⁰⁶⁰ Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 62, note M.-C. HALLER *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 142, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2004, p. 665.

²⁰⁶¹ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La vérité*, 2004, p. 191.

de preuve »²⁰⁶². Si le commencement n'est pas la totalité, le terme de « *preuve* » en fait réexister l'idée, là où la Cour de cassation a eu tant de mal à la faire oublier.

725. Cette jurisprudence de 2004 inaugure un mouvement de responsabilisation²⁰⁶³ du salarié dans ce contentieux, qui donne lieu très majoritairement à des arrêts de rejet des pourvois salariés. Les pourvois sont rejetés au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰⁶⁴. Si le contrôle est léger, il en ressort toutefois un durcissement de la Cour de cassation. Seuls quelques arrêts soutiennent la demande du salarié, soit qu'ils cassent la décision d'appel le déboutant²⁰⁶⁵ soit qu'ils rejettent le pourvoi de l'employeur²⁰⁶⁶. Hormis ces quelques arrêts, sont validées les décisions de cours d'appel qui rejettent la demande du salarié lorsqu'il ne fournit pas de décompte précis, mais également lorsque ses affirmations ne sont pas corroborées, sont contradictoires, entachées d'erreurs ou encore ne rendent pas « *vraisemblable* » l'existence d'heures supplémentaires. Dans cette même logique, la Cour considère dans un arrêt du 8 juin 2005 qu' « *en constatant que le salarié n'apportait aucun*

²⁰⁶² M.-C. HALLER, *op. cit.*, 2004, n° 142 ; G. PIGNARRE *RDT* 2006, p. 182 (note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117).

²⁰⁶³ C. TETARD-BLANQUART, La responsabilité du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

²⁰⁶⁴ Soc. 12 mai 2004, n° 02-41.090, inédit ; 15 déc. 2004, n° 03-40.238, inédit (éléments du salarié contredits par des salariés) ; 26 janv. 2005, n° 02-47.139, inédit (affirmations corroborées par rien, la Cour de cassation le reprend dans son attendu) ; 8 juin 2005, n° 03-43.358, inédit (pas d'élément pour rendre *vraisemblable*...ce que la Cour de cassation reprend dans son attendu) ; 19 oct. 2005, n° 03-42.108, inédit ; 16 nov. 2005, n° 03-46.984, inédit ; 16 nov. 2005, n° 03-42.368, inédit ; 9 mai 2006, n° 04-45.880, inédit ; 31 mai 2006, n° 04-47.376, *Bull.* n° 200, G. PIGNARRE, *RDT* 2006, p. 182 ; 21 sept. 2006, n° 05-41.477, *Bull.* n° 286 ; 6 mars 2007, n° 05-43.837, inédit (amplitude journalière) ; 30 mai 2007, n° 06-40.389, inédit (contradictoire et entachés d'erreur) ; 13 janv. 2009, n° 06-45.225, inédit (pas de décompte précis).

²⁰⁶⁵ Soc. 12 oct. 2004, n° 02-41.289, inédit (document manuscrit) ; 14 sept. 2005, n° 03-40.574, inédit, note C. PUIGELIER, *JCP S* 2005, 1332 (ne pas signer le registre des heures supplémentaires tenu par l'employeur a été jugé par la chambre sociale de la Cour de cassation comme insuffisant à écarter la demande du salarié) ; 31 janv. 2007, n° 05-40.434, inédit. Dans deux arrêts, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir « *fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve* » : Soc. 19 oct. 2007, n° 06-44.917, inédit (fiches de temps non signées par l'employeur et récapitulatif) ; 10 déc. 2008, n° 08-41.757, inédit (agendas et témoignages). Deux arrêts aussi rendus en 2005 de cassation *encore* pour violation de la loi comme en 1996 : Soc. 31 mai 2005, n° 03-41.354, inédit ; 14 sept. 2005, n° 02-47.230, inédit.

²⁰⁶⁶ Soc. 11 oct. 2005, n° 03-43.912, n° 03-40.873, inédit ; 31 oct. 2005, n° 04-42.325, inédit ; 03-45.558, inédit ; 16 déc. 2005, n° 03-47.192, inédit.

élément propre à rendre vraisemblable l'accomplissement d'heures supplémentaires, la cour d'appel a légalement justifié sa décision », qui déboutait le salarié de sa demande²⁰⁶⁷. En se livrant ici à un contrôle de légalité, alors qu'elle aurait pu se limiter à se référer à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle renforce sa solution²⁰⁶⁸. Or la notion de vraisemblance – à l'œuvre en cas de harcèlement et de discrimination dont le régime n'est pas le même²⁰⁶⁹ – ou de crédibilité des heures travaillées résonne dangereusement avec celle de preuve²⁰⁷⁰ ; sans, toutefois, s'y identifier totalement.

2- Les résistances face à l'affirmation claire de l'aménagement probatoire

726. Après avoir entretenu une période de confusion, la Cour de cassation opère un tournant plus affirmé à partir d'un arrêt du 18 mars 2020. Par cette décision, elle se livre à un éclaircissement du partage dans la charge de l'administration de la preuve, marqué notamment par l'abandon de la notion d'étalement (a). Malgré cette clarté retrouvée, et l'ancienneté dans laquelle s'installe l'aménagement probatoire, des juges du fond s'obstinent à ne pas l'appliquer, témoignant d'un refus de plus en plus gênant (b).

a- L'affirmation du partage dans la charge de l'administration de la preuve : un éclaircissement par l'abandon de la notion d'étalement

727. Alors qu'auteurs et juges du fond pensent combattre un renversement indu de la charge de la preuve, l'aménagement probatoire à l'œuvre consiste à une répartition des rôles entre

²⁰⁶⁷ Soc. 8 juin 2005, n° 03-43.358, inédit. Plus précisément, sa décision était de refuser une mesure d'expertise qui aurait eu pour conséquence de suppléer la carence du salarié qui n'a pas chiffré le montant de sa demande.

²⁰⁶⁸ Voir sur la signification de « étayer sa demande » comme le fait de *la rendre crédible, pertinente en son principe, dotée d'une certaine vraisemblance* (J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036). À ne pas confondre avec la crédibilité du document (voir Soc. 30 oct. 2007, n° 06-44.259). La Cour de cassation reconnaît la crédibilité des attestations produites même si elles émanent de personnes en conflit avec l'employeur. On est ici sur la crédibilité du document).

²⁰⁶⁹ V. Paragraphe 723.

²⁰⁷⁰ D. BAUGARD, Preuve des heures de travail : changement terminologique ou évolution substantielle, *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1925, p. 102.

employeur et salarié. Il s'agit en revanche d'un partage²⁰⁷¹ non équilibré, dans le sens où l'employeur supporte davantage que le salarié. Celui-ci demeure toutefois actif dans le processus probatoire, son rôle étant précisé au fil de la jurisprudence²⁰⁷².

L'affirmation selon laquelle le salarié n'a pas à prouver les heures de travail dont il allègue l'existence est rappelée haut et fort dans un arrêt du 18 mars 2020. Il fait suite à un arrêt de la CJUE qui rappelle l'obligation pour l'employeur de procéder à un décompte du temps de travail journalier²⁰⁷³, auquel se réfère expressément la Cour de cassation dans sa note explicative²⁰⁷⁴. L'arrêt du 18 mars marque surtout l'« *abandon [de] la notion d'étalement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande* »²⁰⁷⁵. En considérant que la notion d'étalement pouvait « *être source de confusion* »²⁰⁷⁶, la Cour de cassation procède à un mouvement plutôt subtil. Plus de vingt ans après le début de sa jurisprudence, elle réaffirme la règle posée à l'origine selon laquelle les éléments fournis par le salarié à l'appui de sa demande n'ont pas à *prouver* les heures alléguées. L'arrêt de la CJUE est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler ainsi à l'ordre les juridictions du fond, en évitant d'admettre, frontalement, que les dissensions entre ses décisions et celles des juges du fond procèdent moins d'une confusion initiale que d'un refus d'appliquer sa ligne jurisprudentielle²⁰⁷⁷.

²⁰⁷¹ J.-E. TOURREIL, *Juris. soc. Lamy* 2013, N° 341 (note sous Soc. 20 fév. 2013, n° 11-28.811, *Bull.* n° 52).

²⁰⁷² V. *infra*.

²⁰⁷³ Voir M. MINÉ, *RDT* 2019, p. 491 (note sous CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18, précité) : la décision « *devrait amener les juges du fond à modifier leur jurisprudence* », en étant plus accueillants aux éléments produits, et en demandant systématiquement aux employeurs les relevés enregistrés.

²⁰⁷⁴ *Ibid.* ; E. LAFUMA, *RJS* 8-9/2019 ; P. BAILLY, La mesure nécessaire du temps de travail, *Gaz. Pal.* n° 31, p. 40 (note et obs. sous CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18) ; A. FABRE, L'interprétation du droit social national à la lumière du droit de l'Union européenne, *Sem. soc. Lamy* n° 1961, 5 juill. 2021, colloque « *Questions sensibles du droit du travail* ».

²⁰⁷⁵ Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919) – Chambre sociale.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, 2020, 2036 : l'auteur se demande si la décision du 18 mars 2020 est en réaction à *des lacunes* ou à *des déviances* des juges du fond. Notre avis est donc que sont à l'œuvre plutôt des déviances.

b- L'obstination des juges du fond dans la non-application de la jurisprudence de la Cour de cassation

728. Depuis 2020, s'enchaînent les arrêts de cassation au motif que la cour d'appel a fait peser sur le seul salarié la preuve des heures de travail. Considérant que l'employeur devait justifier des heures, ces arrêts indiquent les éléments apportés par le salarié que la Cour de cassation juge suffisants. Mais ce qui transparaît surtout, c'est le regain de résistance des juges du fond à la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation casse ainsi des décisions du fond qui déboutent le salarié au motif que les éléments ne sont pas suffisamment fiables, concordants ni précis²⁰⁷⁸, vérifiables²⁰⁷⁹, de nature à étayer sa demande²⁰⁸⁰ – refusant décidément d'abandonner la notion –, crédibles²⁰⁸¹, pertinents²⁰⁸² ou bien qu'ils comportent des imprécisions²⁰⁸³, des contradictions²⁰⁸⁴, des incohérences²⁰⁸⁵, des approximations²⁰⁸⁶, etc.²⁰⁸⁷. Premier de la liste, un arrêt du 3 juin 2020²⁰⁸⁸ casse ainsi une décision d'appel

²⁰⁷⁸ Soc. 3 juin 2020, n° 18-19.308, inédit.

²⁰⁷⁹ Soc. 8 juill. 2020, n° 18-26.385, inédit. V. aussi J.-P. LHERNOULD (sous 27 janv. 2021, n° 17-31.046, *Juris. soc. Lamy* N° 516, 18 mars 2021).

²⁰⁸⁰ Soc. 8 juill. 2020, n° 18-20.293, inédit ; 21 oct. 2020, n° 18-26.697, inédit ; 6 janv. 2021, n° 19-13.866, inédit ; 13 janv. 2021, n° 19-12.099, n° 19-20.444, inédits ; 20 janv. 2021, n° 19-21.097, inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-20.375, inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-14.031, inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-21.153, inédit ; 17 fév. 2021, n° 20-13.917, inédit ; 14 avril 2021, n° 19-21.843, inédit ; 5 mai 2021, n° 19-14.830, inédit ; 12 mai 2021, n° 19-22.926, inédit ; 2 juin 2021, n° 19-17.475, n° 19-22.601, n° 19-25.908, n° 20-10.425, n° 20-14.479, inédits ; 29 sept. 2021, n°s 20-12.972, 20-12.977, 20-12.984, 20-12.988, 20-12.990, 20-12.991, 20-12.993, 20-12.994, 20-12.997, 20-13.003, 20-13.007, inédits.

²⁰⁸¹ Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.190, inédit ; 29 sept. 2021, précité.

²⁰⁸² Soc. 21 oct. 2020, n° 18-14.330, inédit.

²⁰⁸³ Soc. 21 oct. 2020, n° 18-26.180, inédit.

²⁰⁸⁴ Soc. 9 déc. 2020, 19-16.819, inédit ; 13 janv. 2021, 19-12.099, inédit.

²⁰⁸⁵ Soc. 9 déc. 2020, 19-15.815, inédit ; 8 avril 2021, 19-25.144, inédit.

²⁰⁸⁶ Soc. 6 janv. 2021, 19-13.866, inédit ; 17 fév. 2021, n° 20-13.917, inédit.

²⁰⁸⁷ Soc. 23 sept. 2020, n° 18-19.988, inédit ; 12 nov. 2020, n° 19-12.664, inédit ; 12 nov. 2020, n° 19-11.317, inédit ; 25 nov. 2020, n° 19-10.884, n° 19-14.748, inédit ; 17 fév. 2021, n° 19-17.355, inédit ; 17 fév. 2021, n° 19-13.784, inédit ; 3 mars 2021, n° 19-17.981, inédit ; 10 mars 2021, n° 19-18.108, inédit ; 19 mai 2021, n° 20-12.290, inédit ; 19 mai 2021, n° 20-15.385, inédit ; 19 mai 2021, n° 20-12.870, inédit ; 30 juin 2021, n° 19-23.319, n° 19-23.566, inédits ; 7 juill. 2021, n° 19-24.901, inédit.

²⁰⁸⁸ Soc. 3 juin 2020, n° 18-19.308, inédit.

considérant que les plannings, SMS, attestations, fiches de présence, agendas, extraits d'ordinateur professionnel, feuilles de caisse et tableaux récapitulatifs n'étaient pas suffisamment fiables, concordants et précis pour permettre à l'employeur de répondre. On y mesure l'exigence manifestement excessive des juges du fond à l'égard des éléments fournis par le salarié bien au-delà de ce que le régime de preuve partagée, introduit par la loi et précisé par la Cour de cassation, induit. Dans la multitude de décisions, un arrêt rendu le 21 octobre 2020 témoigne particulièrement du refus de certaines juridictions d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, établie il y a plus de vingt ans. Dans cette affaire, conseil de prud'hommes et cour d'appel déboutent le salarié au motif que les éléments qu'il apporte ne suffisent pas à justifier des heures travaillées. En toute logique, la Cour de cassation casse l'arrêt, explicitant que les juges n'ont pas à contrôler si les éléments sont suffisamment *probants*²⁰⁸⁹. Couvert des honneurs de la publication, un arrêt du 27 janvier 2021 casse la décision de la cour d'appel qui rejetait la demande du salarié au motif qu'il n'indiquait pas les horaires de la pause méridienne²⁰⁹⁰. Si la solution transparait déjà dans deux arrêts de 2020²⁰⁹¹, il s'agissait alors d'arrêts de rejet et l'absence de précision de la pause méridienne s'ajoutait à d'autres éléments. Cet arrêt du 27 janvier rappelle au début de l'année 2021 la jurisprudence formulée l'année passée, et illustre encore la « *sévérité excessive des juridictions du fond à l'égard des salariés* »²⁰⁹². Depuis, des cours d'appel s'obstinent à se référer à la notion d'étalement²⁰⁹³. Y percevoir, comme le font certains commentateurs, une prise en compte des juges du fond de « *la difficulté réelle pour ces employeurs (de petites et moyennes entreprises) à établir le nombre d'heures effectivement réalisées par leurs salariés* »²⁰⁹⁴ a pour effet de valider un refus d'appliquer la loi, sans invoquer d'arguments

²⁰⁸⁹ Soc. 21 oct. 2020, n° 19-12.510, inédit.

²⁰⁹⁰ Soc. 27 janv. 2021, n° 17-31.046, Publié, note S. TOURNAUX *Dr. soc.* 2021 p.465, note J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2021, n° 517, obs. C. COURCOL-BOUCHARD, *JCP S* 2021, 1042.

²⁰⁹¹ Soc. 21 oct. 2020, n° 19-15.453, inédit ; 30 sept. 2020, n° 19-12.190, inédit.

²⁰⁹² J.-P. LHERNOULD, *op. cit.*, 2021, n° 517

²⁰⁹³ Soc. 9 fév. 2022, n° 20-18.529, inédit ; 16 fév. 2022, n° 20-16.171, Publié ; 9 juin 2022, n° 21-11.891, inédit ; 25 janv. 2023, n° 21-15.631, inédit, n° 21-12.842, inédit ; 1^{er} mars 2023, 21-13.223, inédit ; 13 avril 2023, n° 20-23.619, inédit ; 13 avril 2023, n° 22-11.780, n° 21-20.339, inédits ; 10 mai 2023, n° 21-21.788, inédit.

²⁰⁹⁴ G. MÉGRET, *Gaz. Pal.* 2023, p. 58 note sous Soc. 14 déc. 2022, n° 21-18.036 (l'arrêt concerne un litige relevant également du code rural et de la pêche maritime, dont les articles reprennent le contenu du code du travail, et particulièrement l'article L. 713-21 qui correspond exactement aux deux premiers alinéas de l'article

juridiques recevables tels que des textes supra-légaux qui viendraient en justifier la mise à l'écart. De plus, cela prend le risque d'admettre, ni plus ni moins, que l'ensemble du temps de travail ne peut pas nécessairement être reconnu.

II- LA CONSÉCRATION DE LA LOGIQUE CONTRADICTOIRE

729. Si le salarié n'a pas à prouver les heures de travail alléguées, il n'est pour autant pas passif dans l'administration de la preuve. L'alinéa 2 de l'article L. 3171-4 du code du travail indique que le juge forme sa conviction notamment au vu des éléments « *fournis par le salarié à l'appui de sa demande* ». Mais, si les documents produits par le salarié n'ont pas à être « probants », quelles caractéristiques doivent-ils revêtir ? À la logique probatoire classique, écartée par l'effet de la loi et par l'application, laborieuse, de la jurisprudence, la Cour de cassation oppose une logique contradictoire. La reconnaissance d'une telle logique par la Cour de cassation entraîne un élargissement des éléments produits par le salarié reconnus comme suffisants (A). L'opposition des juges du fond sévissant, la Cour de cassation est amenée à adapter son contrôle sur l'application de sa jurisprudence, afin d'en garantir l'effectivité (B).

A- L'ÉLARGISSEMENT DES ÉLÉMENTS SUFFISANTS PAR LA RECONNAISSANCE DE LA LOGIQUE CONTRADICTOIRE

730. La reconnaissance de la logique contradictoire par la Cour de cassation dévoile deux caractéristiques attendues des documents produits par le salarié. La première, positive, définit la qualité exigée et suffisante attendue des documents. Cette caractéristique des documents est de permettre à l'employeur d'y répondre (1). La seconde, neutre, définit la qualité indifférente attendue des documents. Celle-ci consiste en la fiabilité des documents (2).

L. 3171-4 et dispose donc qu' « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »).

1- La caractéristique suffisante des documents : permettre à l'employeur de répondre

731. Une fois inaugurée par la Cour de cassation (a), la logique contradictoire ainsi retenue amène celle-ci à considérer largement les éléments présentés par le salarié comme suffisants (b).

a- L'inauguration de la logique contradictoire

732. Dans un arrêt du 24 novembre 2010²⁰⁹⁵, la Cour de cassation apporte une correction à sa jurisprudence relative à l'étalement²⁰⁹⁶. Dans cet arrêt, le salarié fournissait un décompte mensuel établi au crayon, jugé insuffisant par la cour d'appel à étayer sa demande. La Cour de cassation casse la décision jugeant qu' « *il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments* ». Le rapport annuel de la Cour de 2010 indique que cet arrêt vient « *préciser* » la notion d'étalement. Elle y considère que le salarié doit seulement produire « *des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement* »²⁰⁹⁷. Plus que « *préciser* » la notion d'étalement, l'arrêt du 24 novembre procède en fait d'une véritable évolution²⁰⁹⁸. Comme l'a souligné une autrice, la logique contradictoire se substitue à une logique probatoire²⁰⁹⁹. La caractéristique de permettre à l'employeur de répondre serait « *héritée des principes directeurs en matière procédurale* »²¹⁰⁰. Parmi eux, le principe de la contradiction est traduit à l'article 30 du code de procédure civile qui définit l'action, pour

²⁰⁹⁵ Soc. 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *Bull.* n° 266, note F. DUMONT, *JCP S* 2011 108, note J.-P. LHERNOULD *Juris. soc. Lamy* 20011, N° 292.

²⁰⁹⁶ Idée de correction : J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036.

²⁰⁹⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, 2010, p. 317.

²⁰⁹⁸ D. BAUGARD, Preuve des heures de travail : changement terminologique ou évolution substantielle, *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1925, p. 102.

²⁰⁹⁹ G. PIGNARRE, Sur la répartition de la charge de la preuve de l'accomplissement des heures supplémentaires : vers un retour aux principes directeurs du procès, *RDT* 2012, p. 503.

²¹⁰⁰ *Ibid.*

l'adversaire, comme « *le droit de discuter le bien-fondé de [la] prétention* » d'un acteur. Ainsi, un arrêt du 11 décembre 2014 valide par exemple la cour d'appel, selon lequel les tableaux produits par le salarié ne permettent pas de distinguer temps de travail effectif et temps de trajet, dès lors que les éléments apportés par le salarié ne permettent « *aucun débat contradictoire* »²¹⁰¹.

b- La qualité d'être suffisant largement reconnue

733. À partir de 2010, la Cour de cassation se livre à une série de cassations pour violation de la loi, appliquant sa jurisprudence selon laquelle suffisent les éléments permettant à l'employeur de répondre. Sans en dresser une liste exhaustive, sont ainsi considérés comme suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre des documents récapitulatifs dactylographiés bien que non circonstanciés²¹⁰², des manuscrits²¹⁰³, même sommaires et non datés²¹⁰⁴, des attestations²¹⁰⁵, des récapitulatifs journaliers²¹⁰⁶, des listes sommaires des heures effectuées²¹⁰⁷, des plannings des tâches sans détail²¹⁰⁸ ou encore des captures d'écran d'ordinateur avec date et horaires apparents²¹⁰⁹. S'ajoutent à cette liste les arrêts dans lesquels la Cour de cassation juge que la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié. La Cour de cassation juge ainsi que, dès lors que l'employeur peut répondre, les éléments fournis par le salarié sont de nature à étayer sa demande. Sont concernés témoignages²¹¹⁰, relevés d'heures²¹¹¹, carnets de feuilles de route et plannings

²¹⁰¹ Soc. 11 déc. 2014, n° 13-18.922, inédit.

²¹⁰² Soc. 15 déc. 2010, n° 08-45.242, *Bull.* n° 297.

²¹⁰³ Soc. 23 mars 2011, n° 09-68.078, inédit.

²¹⁰⁴ Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.285, *Bull.* n° 73.

²¹⁰⁵ Soc. 25 mai 2011, n° 10-12.200, inédit.

²¹⁰⁶ Soc. 7 déc. 2011, n° 10-14.156, *Bull.* n° 288.

²¹⁰⁷ Soc. 30 mai 2012, n° 11-10.247, inédit.

²¹⁰⁸ Soc. 21 nov. 2012, 10-27.429, *Bull.* n° 298.

²¹⁰⁹ Soc. 17 nov. 2015, n° 14-15.142, inédit.

²¹¹⁰ Soc. 13 juill. 2012, n° 11-10.929, *Bull.* n° 187, note M. VÉRICEL, *RDT* 2012, p. 565, note J.-P. LHERNOULD, *Dr. soc.* 2012, p. 854, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 2015, 626, chron. B. de CLAVIÈRE, *RTD eur.* 2013, 292-41.

²¹¹¹ Soc. 26 sept. 2012, n° 10-27.508, *Bull.* n° 248.

hebdomadaires²¹¹², attestations de clients²¹¹³, etc.²¹¹⁴ Dans un arrêt de rejet du pourvoi de l'employeur cette fois-ci, la Cour de cassation a eu l'occasion de valider la cour d'appel qui considère que des attestations et informations précises et circonstanciées sur la charge de travail fournissaient des éléments de nature à étayer la demande du salarié²¹¹⁵. C'est donc largement que sont reçus les éléments fournis par le salarié.

2- Une caractéristique indifférente : la fiabilité des documents

734. Dès lors que n'est exigé des documents que de pouvoir permettre à l'employeur d'y répondre, leur fiabilité est regardée par la Cour de cassation avec indifférence. Le principe de cette indifférence ainsi posé par la Cour de cassation (a) conduit à pouvoir se suffire des documents produits par le salarié dans des circonstances pouvant être perçues comme mettant en doute leur fiabilité. Sont notamment concernés un établissement des documents *a posteriori* et l'absence de réclamation préalable par le salarié (b).

a- Le principe de l'indifférence de la fiabilité des documents

735. En déplaçant le critère vers la seule exigence d'être suffisamment précis pour permettre la réponse de l'employeur, on quitte manifestement le terrain de la vraisemblance de l'accomplissement des heures supplémentaires, dans une démarche fidèle à l'article L. 3171-4 du code du travail. Plus encore, la fiabilité des documents importe également moins. La Cour de cassation l'affirme expressément dans plusieurs arrêts où elle casse pour violation de la loi des décisions de cours d'appel qui déboutent le salarié pour manque d'« *exactitude et sincérité des tableaux* »²¹¹⁶, de « *garanties de fiabilité nécessaires* »²¹¹⁷, ou encore parce que

²¹¹² Soc. 11 juin 2014, n° 12-28.308, inédit.

²¹¹³ Soc. 11 mai 2017, n° 16-13.677, inédit.

²¹¹⁴ Soc. 25 juin 2015, n° 14-10.372, inédit ; 20 oct. 2015, n° 14-11.724, inédit ; 25 mai 2016, n° 14-30.097, inédit ; 1^{er} mars 2017, n° 15-18.250, inédit ; 19 juin 2019, n° 18-10.584, inédit.

²¹¹⁵ Soc. 28 sept. 2010, n° 09-42.088, inédit ; 8 juill. 2020, n° 18-26.385, inédit. Ces arrêts ressemblent à l'arrêt du 21 novembre 2012 (10-27.429, *Bull.* n° 298). À l'inverse : deux arrêts rendus le 16 décembre 2015 (n° 14-12.071, n° 14-12.974, inédits), bien qu'il s'agisse d'arrêts de rejet du pourvoi du salarié au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui leur accorde une valeur plus faible.

²¹¹⁶ Soc. 25 juin 2015, n° 14-10.372, inédit.

²¹¹⁷ Soc. 15 déc. 2016, n° 14-29.701, n° 14-30.062, inédits.

les éléments ne seraient pas « *suffisamment explicites, fiables et incontestables* »²¹¹⁸. Ces arrêts témoignent au passage, encore une fois, de la persistance de certaines cours d'appel à exiger du salarié bien plus que ce que le législateur et la Cour de cassation demandent.

Quelques rares arrêts de rejet viennent malencontreusement contredire la ligne jurisprudentielle. Un arrêt du 3 décembre 2014 valide par exemple la décision de la cour d'appel qui déboute le salarié de sa demande au motif que les éléments fournis ne présentent *pas de caractère de sérieux et de fiabilité nécessaire pour étayer*²¹¹⁹. Mais la tendance de la jurisprudence de la Cour de cassation demeure de ne pas se fonder sur la vraisemblance ou la fiabilité des documents fournis par le salarié²¹²⁰. Cette position s'explique en tout logique dès lors que ces caractéristiques sont sans lien avec la capacité de l'employeur à répondre aux documents fournis par le salarié.

b- La suffisance de documents établis *a posteriori* ou en l'absence de réclamation préalable du salarié

736. Au vu de la non-exigence d'une fiabilité des documents, il a été jugé à de multiples reprises que le fait que le décompte par le salarié soit établi *a posteriori* ne suffit pas à le débouter de sa demande²¹²¹. L'établissement *a posteriori*, voire pour les besoins-mêmes de l'audience, des éléments de décompte n'empêche pas l'employeur d'y répondre. Un arrêt de 2014²¹²² a pu apparaître en contradiction avec cette jurisprudence. La Cour de cassation rejette le pourvoi du salarié à l'encontre de la décision de cour d'appel qui juge que les documents produits n'avaient pas de caractère de sérieux et de fiabilité nécessaire, en relevant que, censés être anciens, ils n'étaient produits que la veille de l'audience ce que signifiait certainement qu'ils avaient été établis *après* les moments de travail concernés. Si la Cour de

²¹¹⁸ Soc. 19 juin 2019, n° 18-10.584, inédit. V. aussi Soc. 3 juin 2020, n° 18-19.308, inédit.

²¹¹⁹ Soc. 3 déc. 2014, n° 13-23.995, inédit. V. aussi Soc. 5 déc. 2018, n° 17-21.881, inédit : valide la cour d'appel qui déboute le salarié au motif d'erreurs et d'invraisemblances, mais aussi des lacunes, qui peuvent, elles, justifier en revanche que l'employeur ne puisse pas répondre.

²¹²⁰ *Contra* D. BOULMIER, Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié, intervention au 38^e colloque du SAF 2013, *Dr. ouvrier* 2014, p. 263.

²¹²¹ Soc. 23 nov. 2013, n° 09-72.045, inédit ; 29 janv. 2014, n° 12-24.858, inédit ; 11 déc. 2014, n° 13-14.286, inédit ; 30 sept. 2020, n° 18-21.724, inédit ; 13 janv. 2021, 19-12.099, inédit.

²¹²² Soc. 3 déc. 2014, n° 13-18.922, inédit.

cassation rejette le pourvoi, il n'est cependant pas sûr qu'elle avalise complètement la considération par les juges d'une élaboration *a posteriori* du document de décompte. D'une part, il s'agit d'un rejet au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond, et la Cour de cassation ne se réapproprie d'ailleurs pas les termes de la cour d'appel. D'autre part, d'autres éléments ont gêné ici la cour d'appel, notamment la production *in extremis* du document et son antidatage. Soulevons toutefois que le rejet du pourvoi par la Cour de cassation justifie surtout la critique concernant l'argument de la « *fiabilité nécessaire pour étayer* » ; en effet, la décision de la cour d'appel aurait dû être cassée au motif que les doutes émis quant à la fiabilité des documents n'empêchent pas l'employeur de répondre.

737. Est également indifférent le fait que le salarié n'ait jamais formulé de réclamation des heures supplémentaires avant le contentieux, ou qu'il ait toujours accepté la rémunération qui lui était versée²¹²³. Au-delà de l'absence de lien entre cette caractéristique et la possibilité pour l'employeur d'y répondre, cette solution souligne la différence fondamentale entre une réclamation en cours d'exécution du contrat et un contentieux le plus souvent concomitant ou ultérieur à la rupture de la relation de travail. Le silence au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire lorsque le salarié est encore dans une relation subordonnée à l'employeur, ne saurait desservir le salarié, *a fortiori* il ne peut être un élément rédhibitoire à sa demande.

B- L'EFFECTIVITÉ DE LA LOGIQUE CONTRADICTOIRE PAR LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

738. La reconnaissance et l'affirmation d'une logique contradictoire sont reçues et appliquées difficilement par des juridictions du fond, à l'instar du rejet de la logique probatoire classique. Alors que cette posture des juges du fond devrait justifier de la Cour de cassation une ferme réaction, celle-ci se dirige à l'inverse vers un simple contrôle léger (1). Elle finit par procéder à nouveau à un contrôle de légalité des décisions du fond, garantie minimale pour assurer l'application de sa jurisprudence (2).

²¹²³ Soc. 12 déc. 2012, n° 11-13.556, inédit : « *le fait pour la salariée de n'avoir pas fait valoir ses droits pendant l'exécution du contrat ne saurait valoir de sa part renonciation au paiement des heures supplémentaires* ».

V. aussi Soc. 8 juin 1999, n° 97-41.272, inédit ; 21 nov. 2012, n° 10-27.429, *Bull.* n° 298 ; 25 juin 2015, n° 14-10.372, inédit ; 15 janv. 2020, n° 18-24.254, inédit.

1- D'un contrôle de légalité à un contrôle léger : un relâchement jurisprudentiel

739. L'arrêt du 24 novembre 2010, dans lequel la Cour de cassation inaugure clairement la logique contradictoire, se remarque également par le fait qu'il est un arrêt de cassation pour violation de la loi. Ainsi, l'appréciation des éléments fournis par le salarié devient soumise au contrôle de la Cour de cassation²¹²⁴. Se forme alors une vague d'arrêts de cassation pour violation de la loi, dans laquelle la Cour de cassation juge suffisants les éléments fournis par les salariés, à l'inverse des juges du fond²¹²⁵. Elle le fait parfois en se fondant sur les propres constatations de la cour d'appel, dont elle juge qu'elle n'a pas tiré les conclusions adéquates²¹²⁶.

Mais le contrôle opéré par la Cour de cassation connaît une évolution. Cette dernière finit par s'en remettre à une appréciation souveraine des juges du fond²¹²⁷ au fil du temps. S'en suivent de très nombreux arrêts de rejet du pourvoi du salarié²¹²⁸. Si cette démarche n'est pas

²¹²⁴ J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036 : l'auteur se demande si le contrôle sera léger ou lourd. À noter qu'il parle de contrôle de légalité pour décrire le contrôle lourd par la Cour de cassation qui consiste à vérifier que les juges du fond ont rendu l'unique solution possible au regard de leurs constatations. Il s'éloigne de la typologie dressée par Monsieur Jean-François Weber (Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* 2009, n° 702) pour qui le contrôle de légalité est un contrôle léger qui correspond à la vérification que la solution retenue par les juges du fond était possible, là où justement le contrôle lourd s'applique lorsque la Cour de cassation considère que la cour d'appel ne pouvait, au regard des faits, rendre qu'une seule décision.

²¹²⁵ Soc. 15 déc. 2010, n° 08-45.242, *Bull.* n° 297 ; 23 mars 2011, n° 09-68.078, inédit ; 31 mai 2011, n° 10-11.290, inédit ; 7 déc. 2011, n° 10-14.156, *Bull.* n° 288, inédit ; 28 mars 2012, n° 10-21.098, inédit ; 30 mai 2012, n° 11-10.247, inédit ; 31 oct. 2012, n° 11-21.071, inédit, rectifié le 6 fév. 2013 ; 21 nov. 2012, 10-27.429, *Bull.* n° 298 ; 12 déc. 2012, n° 11-13.556, inédit ; 13 mars 2013, n° 11-22.285, *Bull.* n° 73 ; 10 avril 2013, n° 12-16.847, inédit ; 23 nov. 2013, n° 09-72.045, inédit ; 29 janv. 2014, n° 12-24.858, inédit ; 11 déc. 2014, n° 13-14.286, inédit ; 7 janv. 2015, n° 13-20.546, inédit ; 6 juill. 2016, n° 15-14.333, inédit.

²¹²⁶ Soc. 28 mai 2014, n° 13-12.487, n° 13-13.392, inédits ; 11 déc. 2014, n° 13-18.544, inédit ; 17 nov. 2015, n° 14-15.142, inédit ; 15 déc. 2016, n° 14-29.701, 14-30.062, inédits.

²¹²⁷ Par exemple : Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.494 (cour d'appel a jugé que n'était pas sa demande car seule présentation laconique sans explications susceptibles de l'éclairer utilement, a légalement justifié sa décision).

²¹²⁸ Soc. 22 mars 2011, n° 09-43.307, inédit ; 16 mai 2012, n° 11-13.682, inédit ; 27 juin 2012, n° 11-10.123, inédit ; 18 déc. 2012, n° 11-22.899, inédit ; 18 déc. 2013, n° 12-20.613, inédit ; 15 janv. 2014, n° 12-19.472, *Bull.* n° 15, obs. G. PIGNARRE *RDT* 2014, p. 267 ; 2 avril 2014, n° 12-29.494, inédit ; 30 sept. 2014, n° 13-12.667, 668, inédit ; 29 oct. 2014, n° 13-20.080, inédit ; 3 déc. 2014, n° 13-23.995, inédit ; 11 déc. 2014, n° 13-

en elle-même critiquable, elle étonne cependant ici, notamment au vu de l'introuvable harmonisation des décisions du fond. De plus, et surtout, la démarche de la Cour de cassation gêne sur le fond. En effet, de multiples décisions de cours d'appel, validées par la Cour de cassation, témoignent d'un degré d'exigence qui dépasse le seul critère de la précision suffisante pour permettre à l'employeur de répondre²¹²⁹ ; et que la Cour de cassation aurait donc dû casser.

2- Le retour à un contrôle de légalité : la maîtrise par la Cour de cassation

740. Par son arrêt du 18 mars 2020, rendu en formation plénière, la chambre sociale de la Cour de cassation modifie les termes de sa jurisprudence²¹³⁰, en abandonnant notamment la notion d'étalement²¹³¹. Le salarié se retrouve désormais seulement soumis à « *présenter* » des éléments à l'appui de sa demande. Est gardé le critère de la précision devant permettre à l'employeur d'y répondre. Toujours dans sa note explicative, la Cour énonce qu'elle « *entend souligner* » que le juge doit apprécier les éléments des deux parties « *dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision* ». Elle rappelle en fait le critère formulé depuis 2010.

Cet arrêt annonce ainsi davantage un « *renouvellement* »²¹³² qu'un revirement de jurisprudence, du moins sur la question des éléments à fournir par le salarié. En effet, la

18.922, inédit ; 16 déc. 2015, n° 14-12.071, 14-12.974, inédits ; 13 janv. 2016, n° 14-17.915, inédit ; 14 avril 2016, n° 15-12.195, inédit ; 8 juin 2016, n° 14-21.832, inédit ; 13 juill. 2016, n° 15-16.458, inédit ; 18 janv. 2017, n° 15-19.537, inédit ; 18 mai 2017, n° 15-28.494, inédit ; 5 juill. 2017, n° 16-15.609, inédit ; 20 sept. 2017, n° 16-15.652, 16-17.581, inédits ; 30 mai 2018, n° 17-10.630, inédit ; 5 déc. 2018, n° 17-21.881, inédit ; 13 fév. 2019, n° 17-22.368, inédit ; 6 mars 2019, n° 17-24.605, inédit ; 6 mars 2019, n° 18-14.827 et 828, inédits ; 3 avril 2019, n° 16-29.102, inédit ; 9 sept. 2020, n° 18-26.238, inédit.

²¹²⁹ Là-dessus voir M. MINÉ, Actualité de la mesure du temps de travail, *RDT* 2019, p. 491. V. not. : Soc. 27 juin 2012, n° 11-10.123, inédit ; 12 fév. 2014, n° 12-29.542, inédit ; 26 mars 2014, n° 12-29.980, inédit ; 13 fév. 2019, n° 17-22.368, inédit ; 3 avr. 2019, n° 16-29.102, inédit.

²¹³⁰ Soc. 18 mars 2020 n° 18-10.919, Publié, note M. VÉRICEL, *RDT* 2020 p. 552, note D. BAUGARD, *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1096, note M. HAUTEFORT, *Juris. soc. Lamy* 2020, n° 499, note S. MISIRACA, *Dr. ouvrier* 2020 p. 661, note J.-Y. FROUIN, *JCP S* 2020, 2036, note J. ICARD, *BJT* 2020, n° 05, p. 28, note G. MEGRET, *Gaz. Pal.* 2020, n° 20, p. 78.

²¹³¹ V. Paragraphe 727.

²¹³² S. MISIRACA, *op. cit.*, 2020, p. 661. *Contra* D. BAUGARD ; F. GAUDU, F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2018, p. 144 et 232. V. aussi G. MEGRET, *Gaz. Pal.* n° 20, 2 juin 2020, p. 78.

solution retenue en 2020 était finalement dictée par la jurisprudence de 2010²¹³³. La Cour de cassation considérait déjà comme indifférents que l'établissement des documents soit postérieur à la cessation du contrat de travail et que les éléments se contredisent d'un degré de juridiction à l'autre, au motif qu'elles n'empêchent pas l'employeur de répondre. Cependant, sous l'égide de la jurisprudence antérieure à 2020, la Cour de cassation aurait certainement rejeté le pourvoi au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond. Finalement, la solution du 18 mars 2020 apparaît surtout guidée par la volonté de la Cour de cassation de reprendre les rênes et de contrôler plus étroitement les juges du fond²¹³⁴, afin de faire respecter sa jurisprudence.

²¹³³ *Contra* J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, 2020, 2036.

²¹³⁴ M. VÉRICEL, *op. cit.*, 2020 p. 552.

CONCLUSION DE CHAPITRE

741. L'obligation de décompter le temps de travail se donne à voir particulièrement à travers le contentieux des heures travaillées et son régime de la preuve. Par le partage de la charge dans l'administration de la preuve prévu entre employeur et salarié, ce dernier se trouve particulièrement allégé dans sa tâche probatoire. En parallèle, la Cour de cassation caractérise de vol la copie par le salarié de documents de l'entreprise comme appartenant à l'employeur, compliquant alors la constitution d'éléments à fournir au juge. La Chambre sociale de la Cour de cassation, et à sa suite la Chambre criminelle, vient néanmoins autoriser l'usage par le salarié de documents de l'entreprise à des fins de défense. Les conditions fixées, restreintes au fil de la jurisprudence, témoignent toutefois d'une responsabilisation du salarié dans la constitution et la production d'éléments de preuve. Plus fondamentalement, on est tenté de remettre en cause l'idée même d'une appropriation d'un bien appartenant à l'entreprise, entendue comme l'employeur. Focalisé sur la subtilisation des documents, le droit positif ignore l'objet en cause : les informations contenues. Appréhender la situation par l'appropriation d'informations dévoile que l'intérêt protégé est moins le droit de propriété de l'employeur que son pouvoir de contrôle et de décompte du temps de travail, qu'il tire de son pouvoir de direction. Or cette protection du pouvoir patronal paraît quant à elle inefficace, car illégitime, à justifier une préemption sur les informations de décompte du temps de travail, certes établies et conservées par l'employeur mais, précisément, au service des droits des salariés.

742. Le partage de la charge dans l'administration de la preuve entre salarié et employeur a pour effet principal d'exonérer le premier de devoir apporter une preuve des heures dont il allègue l'existence et le nombre. Alors que des auteurs et des juges du fond résistent à ce qu'ils considèrent comme un renversement indu de la charge de la preuve qu'organiserait la Cour de cassation, c'est finalement leur obstination contre l'aménagement probatoire légal qui pousse la Cour de cassation à atténuer sa jurisprudence. Cependant, en consacrant le principe d'une logique contradictoire, en lieu et place d'une logique probatoire, la Cour de cassation reconnaît très facilement comme suffisants les éléments présentés par le salarié, ceux-ci devant seulement permettre à l'employeur d'y répondre. Au vu de l'attitude réfractaire d'une partie des juges du fond, il a pu paraître étonnant que la Cour de cassation se soit si longtemps remise à leur appréciation souveraine. Un arrêt rendu en 2020 en sonne le glas, et rend les rênes à la Cour de cassation dans le contrôle de l'application de sa jurisprudence.

Depuis, la jurisprudence incite assurément le salarié à procéder à tout type de décompte de son temps de travail, sous toute forme, même la plus imparfaite.

CHAPITRE 2 : L'OBLIGATION DE L'EMPLOYEUR DE JUSTIFIER D'UN DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

743. L'absence d'obligation pour le salarié de prouver les heures travaillées est due à la difficulté pour lui d'avoir accès aux éléments de preuve et de se les constituer, mais résulte également d'une prise en compte de la situation privilégiée de l'employeur face à ces mêmes éléments de preuve²¹³⁵. Si le rôle allégué du salarié dans l'administration de la preuve dessinait déjà, en négatif, celui attendu de l'employeur, il s'agit ici de préciser le contenu, la force et le traitement qu'en font notamment les juges. Dans un premier temps, il convient de saisir et de comprendre le rôle de premier plan imposé à l'employeur. Responsable de justifier d'un décompte du temps de travail du fait de sa position d'employeur, et cela tant que le salarié est susceptible d'engager un contentieux, l'employeur se voit alors solidement impliqué dans l'administration de la preuve des heures travaillées (Section 1). Pour apprécier entièrement l'état et la force de cette implication imposée, il convient, dans un second temps, d'étudier le traitement réservé à la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve. Lorsqu'il manque à son obligation d'y participer, l'employeur doit, d'une façon ou d'une autre, en supporter les conséquences, au risque sinon d'atténuer trop fortement cette obligation (Section 2).

SECTION 1 : LE RÔLE PROBATOIRE DE PREMIER PLAN DE L'EMPLOYEUR

744. Pour apprécier le rôle de l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées, il est important d'en identifier les soubassements. Le rôle probatoire de l'employeur se conçoit en effet à l'aune de la responsabilité de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail. Cette responsabilité précède, et justifie, le rôle probatoire (I). Elle permet alors de comprendre et de défendre une forte implication de l'employeur dans l'administration de la preuve (II).

²¹³⁵ G. PIGNARRE, Preuve d'heures supplémentaires : éléments de nature à étayer la demande du salarié, *RDT* 2006, p. 183 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 15^{ème} éd., coll. « Hypercours », Dalloz, 2022, p. 496.

I- LA RESPONSABILITÉ ENGAGEANTE DE L'EMPLOYEUR DE JUSTIFIER D'UN DÉCOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL

745. Par le rôle probatoire qui lui est attribué, l'employeur est investi d'une responsabilité de justifier d'un décompte du temps de travail. Il tire cette responsabilité de sa qualité d'employeur. Par l'effet de la loi mais aussi par la pratique de l'exécution du contrat de travail, cette qualité le rend détenteur d'un ensemble de documents utiles au contentieux des heures travaillées, justifiant à plusieurs égards sa responsabilité procédurale et probatoire (A).

Le lien entre la responsabilité de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail et la détention par celui-ci de documents utiles au décompte ne doit pas conduire à une restriction de la responsabilité et de l'obligation de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail auprès du juge. C'est ce qui a été envisagé par des employeurs, tentant d'aligner cette responsabilité sur la durée de conservation obligatoire de certains documents. Cette proposition entraînerait une double restriction : la responsabilité archivistique de l'employeur serait limitée aux seules obligations légales de conservation de certains documents, et la responsabilité procédurale et probatoire se confondrait à la stricte responsabilité archivistique. Démêler l'ensemble de ces éléments nécessite d'éclaircir complètement la relation entre responsabilité probatoire et responsabilité archivistique (B).

A- LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DE LA QUALITÉ D'EMPLOYEUR

746. La responsabilité de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail résulte de sa qualité d'employeur et, à ce titre, des obligations qui lui sont faites dans le décompte du temps de travail. Investi d'une responsabilité « *archivistique* » des documents de décompte, l'employeur se retrouve particulièrement désigné pour participer à l'administration de la preuve (1), ce que reconnaît précisément la Cour de cassation (2).

1- La logique de la responsabilité archivistique de l'employeur

747. La place du devoir archivistique²¹³⁶ de l'employeur dans le contentieux des heures travaillées a été très justement soulignée par Monsieur Cyril Wolmark. Concluant en 2014 un

²¹³⁶ Les archives sont définies de façon très large par l'article L. 211-1 du Code du patrimoine comme « l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur

colloque sur la preuve, il énonce clairement que les aménagements probatoires, qui alourdissent la charge de l'administration de la preuve pour l'employeur, doivent notamment être compris comme « *une conséquence directe et logique des devoirs de responsabilités archivistiques qui lui incombent* »²¹³⁷. Cette approche lie ainsi directement la preuve de la durée du travail et l'obligation pour l'employeur d'établir et de conserver les documents de décompte. La relation entre « *devoirs de responsabilités archivistiques* » et rôle probatoire s'appréhende sous deux angles. Le premier est d'ordre pragmatique et renvoie au fait que l'employeur est le détenteur de principe des documents utiles au contentieux (a). Le second, plus substantiel, consiste à viser l'effectivité des obligations de décompte (b).

- a- Une considération pragmatique : l'employeur détenteur de principe des documents utiles au contentieux

748. La responsabilité archivistique de l'employeur veut qu'il ait à disposition les documents de décompte du temps de travail. Certes, le salarié est censé y avoir accès²¹³⁸. Mais, dans l'hypothèse d'une rétention de documents de la part de l'employeur vis-à-vis du salarié, il est utile d'attendre de l'employeur qu'il les produise devant le juge.

Au-delà des documents de décompte *stricto sensu*, et de sa stricte obligation de décompter le temps de travail, l'employeur a le pouvoir de décompter le temps de travail, qu'il tire de son pouvoir de direction et d'organisation. Il peut exiger la réalisation d'heures supplémentaires, « *instrument de flexibilité* »²¹³⁹ ainsi aux mains de l'employeur, et qui lui permet en pratique de fixer la durée du travail effective des salariés²¹⁴⁰. Ce pouvoir d'organisation rend l'employeur d'autant plus responsable du décompte du temps de

forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité ».

²¹³⁷ C. WOLMARK, La preuve en droit du travail, propos conclusifs 38^{ème} colloque du SAF, *Dr. ouvrier* 2014, p. 276.

²¹³⁸ V. Paragraphe 478.

²¹³⁹ G. PIGNARRE, *RDT* 2006, p. 183 : prend en compte cet élément dans l'évaluation de l'asymétrie entre employeur et salarié face à la preuve.

²¹⁴⁰ Voir M. MINÉ, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 242 : « *puisque l'employeur détermine la durée du travail effective du salarié, le décompte de cette durée du travail lui incombe et il a, par conséquent, l'obligation de produire devant le juge les documents en sa possession* ».

travail²¹⁴¹. Des propos prêtés au fameux « Bon juge » Magnaud résonnent encore aujourd'hui, depuis le début du XX^{ème} siècle. Concernant les aménagements probatoires à l'encontre de l'employeur sur les conditions de travail du salarié, celui-ci aurait déclaré que « *la charge de ce risque pour le patron est d'autant plus rationnelle et équitable que celui-ci a le droit, le devoir ou le pouvoir de surveiller son ouvrier (...) tandis que l'ouvrier ne peut, en raison de sa situation instable et dépendante, que s'opposer timidement et dans la crainte d'être expulsé, aux procédés expéditifs du patron* »²¹⁴². La logique archivistique justifie, en partie, l'exigence de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail et celle de rétablir un équilibre probatoire. En effet, la responsabilité archivistique procure un avantage à l'employeur dans l'administration de la preuve, incitant d'autant plus à un rééquilibrage. Ainsi, la logique de la responsabilité archivistique de l'employeur veut que, détenteur de principe des documents de décompte qu'il est censé avoir établis et conservés, l'employeur soit privilégié à devoir les produire devant le juge.

- b- La participation de la responsabilisation de l'employeur à l'effectivité des obligations de décompte du temps de travail

749. La logique archivistique entraîne également la responsabilité de l'employeur dans le contentieux des heures travaillées²¹⁴³. Le devoir archivistique implique un devoir probatoire.

De plus, et surtout, ce devoir probatoire renforce le devoir archivistique. L'aménagement de la charge de l'administration de la preuve, en ce qu'il fait porter à l'employeur un rôle renforcé, parachèverait finalement ses obligations d'établissement et d'archivage des documents de décompte. Autrement dit, rendre l'employeur responsable devant la charge de la preuve a pour effet de renforcer l'effectivité des obligations de décompte. L'employeur doit être capable de produire les décomptes devant le juge.

²¹⁴¹ S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705 ; C. RADÉ, *Dr. soc.* 2001, p. 768 (note sous Soc. 10 mai 2001, n° 99-42.200, Publié). V. aussi P. ROZEC, Le contentieux de la durée du travail : de la preuve des heures au suivi de la charge de travail, *Cah. soc.* 2014, n° 113.

²¹⁴² A. ROSSEL, *Le bon juge*, [À l'enseigne de l'Arbre Verdoyant], coll. « Est-ce ainsi que les hommes vivent ? », A. Colin, 1983, p. 72 : sur le juge Magnaud à propos d'un jugement du 14 juillet 1901.

²¹⁴³ M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89 : voit dans la logique de la responsabilité une lecture contraire à l'article L. 212-1-1 du code du travail (aujourd'hui, article L. 3171-4).

2- Une prise en compte par la Cour de cassation de l'obligation et du pouvoir de l'employeur de contrôle des heures de travail

750. Marqué par l'abandon de la notion d'étalement²¹⁴⁴, l'arrêt rendu le 18 mars 2020²¹⁴⁵ ajoute à sa jurisprudence une précision intéressante et pertinente. Dans son attendu de principe, qu'elle modifie en profondeur et reproduira dans tous les arrêts ultérieurs, la Cour de cassation précise que l'employeur « assure le contrôle des heures de travail effectuées ». Cette incise intervient après la référence faite aux différentes dispositions législatives sur le contrôle de la durée du travail. En effet, au-delà de son visa, limité à l'article L. 3171-4 du code du travail, la Cour de cassation se réfère en fait au triptyque des articles L. 3171-2, L. 3171-3 et L. 3171-4 du code du travail. L'article L. 3171-2 porte sur les « registres et documents obligatoires » et l'article L. 3171-3 sur les « documents fournis à l'inspecteur du travail ». L'attendu central qui suit, et dont elle tire sa décision, « résulte de ces dispositions ». Ainsi, même absentes du visa, les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du code du travail supportent la décision de la Cour de cassation. La solution résulte donc non seulement de l'aménagement probatoire codifié à l'article L. 3171-4 du code du travail mais aussi des dispositions relatives à l'obligation pour l'employeur d'établir les documents nécessaires au décompte du temps de travail des salariés qui ne suivent pas l'horaire collectif et de l'obligation de tenir à disposition de l'inspecteur du travail « les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié »²¹⁴⁶. Cette importance accordée aux obligations de l'employeur dans l'établissement du décompte du temps de travail résulte certainement, en partie, de l'arrêt de la CJUE rendu presque un an plus tôt²¹⁴⁷.

Depuis cette décision de 2020, la Cour de cassation reproduit scrupuleusement sa solution²¹⁴⁸. L'ensemble de ces éléments l'amène à présenter l'aménagement probatoire

²¹⁴⁴ V. Paragraphe 727.

²¹⁴⁵ Soc. 18 mars 2020 n° 18-10.919 Publié, précité.

²¹⁴⁶ Le juge forme sa conviction en tenant compte des éléments « au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées » (c'est-à-dire dans l'arrêt : L3171-2, 1, L.3171-3 et L3171-4 du code du travail).

²¹⁴⁷ A. FABRE, L'interprétation du droit social national à la lumière du droit de l'Union européenne, *Sem. soc. Lamy* 2021, N° 1961 ; S. MISIRACA, *op. cit.*, 2020, p. 661.

²¹⁴⁸ Soc. 17 fév. 2021, n° 18-15.972, inédit ; 3 mars 2021, n° 18-20.649, inédit ; 28 sept. 2022, n° 21-15.470, inédit ; 19 oct. 2022, n° 21-18.093, inédit ; 14 déc. 2022, n° 21-18.139, Publié ; 25 janv. 2023, n° 21-14.866, inédit ; 15 mars 2023, n° 21-16.057, Publié ; 15 mars 2023, n° 22-10.68, inédit ; 19 avril 2023, n° 21-23.997,

comme une suite logique des devoirs de décompte de l'employeur, à l'instar finalement du code du travail qui fait se succéder les dispositions les unes après les autres.

B- LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR ALIGNÉE SUR LA PRESCRIPTION TRIENNALE DE L'ACTION EN PAIEMENT DE SALAIRES

751. Suivant la logique de la responsabilité archivistique, l'employeur est particulièrement mobilisé dans l'élaboration et l'administration de la preuve des heures travaillées du fait qu'il est censé établir et conserver des documents de décompte. Pour déterminer plus précisément l'étendue du rôle de l'employeur dans cette administration de la preuve, on pourrait être tentés de se tourner pleinement vers la réglementation de la conservation par l'employeur des documents. Il a ainsi pu être proposé d'aligner la responsabilité de l'employeur dans l'administration de la preuve sur la durée de conservation obligatoires des documents de décompte. Or cette tentative n'est pas sans risque de confusion et de réduction de la responsabilité de l'employeur dans le contentieux des heures travaillées à sa seule obligation de conservation de certains documents de décompte du temps de travail. Entre plusieurs options suggérées de la durée de la responsabilité de l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées, il a bien été retenu celle de l'action du salarié exercée dans un tel contentieux (1). Mais si cette solution s'avère cohérente à l'intérieur du contentieux des heures travaillées, elle risque d'atténuer la justification de la responsabilité procédurale de l'employeur justement à partir de ses obligations archivistiques. Plus justement, cette solution nécessite d'éclaircir la relation entre les obligations spéciales de l'employeur d'établissement, la conservation d'un certain nombre de documents et sa responsabilité procédurale (2).

1- Le choix de l'alignement sur la durée de prescription de l'action contentieuse exercée

752. Des employeurs ont tenté d'aligner l'obligation de l'employeur de fournir au juge les éléments de nature à justifier de la durée du travail sur la durée de l'obligation de conserver certains documents de décompte. Cette tentative s'est opérée dans le cadre précis du transport routier, dont la réglementation impose la tenue et la conservation de documents de décompte particuliers ; la logique proposée dépasse cependant le seul transport routier. La Cour de

cassation rejette l'idée et refuse de reconnaître un tel alignement (a). L'obligation de l'employeur de fournir au juge lesdits éléments s'est finalement trouvée alignée sur la prescription de l'action en paiement des salaires, autrement dit sur la demande du salarié (b).

a- Le non-alignement sur les durées de conservation des documents à destination de l'inspecteur du travail

753. Parmi les dispositions légales et réglementaires relatives au contrôle de la durée du travail, plusieurs prévoient une temporalité à laquelle l'employeur doit fournir au salarié des informations sur son temps travaillé²¹⁴⁹. Mais seul l'article D. 3171-16 mentionne des durées de conservation des documents de décompte. Ces durées concernent la mise à disposition auprès de l'inspecteur du travail de l'ensemble de ces documents. La durée est d'un an pour les « *documents existant dans l'entreprise ou l'établissement permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié* », et de trois ans pour ceux « *permettant de comptabiliser le nombre de jours de travail accomplis* » par les salariés en forfait jours²¹⁵⁰ ; ces documents ne semblent pas se limiter à ceux, obligatoires, d'enregistrement de la durée du travail. La durée d'un an prévue est inférieure au délai de prescription de l'action en paiement des salaires, à l'œuvre dans la plupart des contentieux portant sur le décompte du temps de travail, abaissé en 2013 à trois ans²¹⁵¹. Il existe donc un décalage de deux ans entre la durée de conservation des documents de décompte du temps de travail *stricto sensu* et la durée de la prescription de l'action en paiement des salaires, sur laquelle l'employeur est donc amené à devoir se justifier lorsque cette action engage la question de la durée du temps travaillé.

Des employeurs ont tenté d'aligner l'obligation de l'employeur de fournir au juge les éléments de nature à justifier de la durée du travail sur la durée de conservation des documents de décompte mis à disposition de l'inspecteur du travail. La démarche a été

²¹⁴⁹ Sur les documents annexés au bulletin de paie mensuellement pour les salariés qui ne suivent pas le même horaire collectif (C. trav. art. D. 3171-12), et à la fin de la période d'aménagement du temps de travail (C. trav. art. D. 3171-13).

²¹⁵⁰ C. trav. art. D. 3171-16 1° et 3° (le 2° portant sur l'obligation de conserver les documents récapitulant le nombre d'heures d'astreinte accomplies chaque mois par le salarié ainsi que la compensation correspondante).

²¹⁵¹ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 – art. 21 : L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans (L. 3245-1). Elle réduit la prescription quinquennale qui s'appliquait pour cette action depuis 1971 (Loi n°71-586 du 16 juill. 1971, art. 3, ancien L. 143-14).

entreprise dans le cadre du contentieux du transport routier, concerné par une obligation spéciale édictée au niveau de l'Union européenne de conserver les feuilles d'enregistrement, établies par un tachygraphe, pendant au moins un an, durée pendant laquelle l'employeur doit les remettre aux conducteurs qui en font la demande²¹⁵². Ce délai passé, des salariés exigeaient de l'employeur la remise des photocopies des feuilles d'enregistrement. La Cour de cassation rejette l'argumentaire patronal, invoquant qu'étaient passés les délais de conservation de ces documents à destination de l'inspecteur du travail, au profit de la durée de la prescription contentieuse de l'action en paiement du salaire.

b- L'alignement en pratique sur la prescription de l'action en paiement des salaires

754. Dans deux arrêts de 2002 et 2004²¹⁵³, la Cour de cassation considère que l'obligation de remettre aux salariés les feuilles d'enregistrement, ou leurs photocopies, doit se caler sur la prescription de l'action en paiement du salaire, dont elle vise à chaque fois les dispositions²¹⁵⁴. La Cour de cassation vise, parmi d'autres dispositions directement concernées, l'article L. 212-1-1 du code du travail. Elle lie donc l'obligation de produire ces feuilles aux salariés et l'existence possible d'un contentieux sur le nombre d'heures travaillées, introduit le plus souvent dans le cadre d'une action en paiement de salaire. *A contrario*, dans un arrêt de 1992 antérieur à l'aménagement probatoire, la Cour de cassation considérait que l'employeur n'avait pas à produire les enregistrements tachygraphiques au-delà d'un an, et qu'il revenait au salarié d'apporter les éléments de preuve des heures alléguées²¹⁵⁵.

Plus général, un arrêt du 9 avril 2008 confirme cette solution pour le droit commun du décompte²¹⁵⁶. La Cour de cassation y affirme qu'il résulte des dispositions combinées des

²¹⁵² Voir Règlement UE 165/2014, art. 33, §2 ; C. trav. art. D. 3312-54 à D. 3312-63, et notamment l'article D. 3312-61 du code des transports.

²¹⁵³ Soc. 13 fév. 2002, n° 00-40.836, inédit ; 2 juin 2004, n° 02-46.811, *Bull.* n° 146.

²¹⁵⁴ C. trav. anc. art. L. 143-14 ; C. civ. art. 2277.

²¹⁵⁵ Soc. 10 juin 1992, n° 88-44.079 : arrêté du 30 déc. 1972 n'imposait pas à l'employeur de conserver pendant plus d'un an les disques de contrôle du tachygraphe, a, sans renverser la charge de la preuve, constaté que des éléments qui lui étaient soumis, ne résultait pas la preuve de la réalité des heures de travail supplémentaires que le salarié soutenait avoir effectuées.

²¹⁵⁶ Soc. 9 avril 2008, n° 07-41.418, *Bull.* n° 82, obs. F. BERGERON-CANUT, *Lamy Droit des affaires* 2008, N° 30, p. 56.

articles L. 212-1-1 et L. 143-14 du code du travail et 2277 du code civil, que, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit être en mesure de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié *dans la limite de la prescription quinquennale*. La solution jurisprudentielle a pour effet de « compléter »²¹⁵⁷ l'article L. 3171-4 du code du travail par la référence à la prescription de l'action en paiement des salaires.

Cependant, cette jurisprudence ne doit sûrement pas se comprendre comme alignant l'obligation procédurale et probatoire de l'employeur sur la prescription de l'action en paiement des salaires *dans l'absolu*. Cet alignement ressort en pratique dès lors que le contentieux des heures travaillées porte dans la quasi-totalité des cas sur le paiement des salaires. Plus encore, lorsque l'action exercée par le salarié concerne la violation par l'employeur des durées maximales de travail et minimales de repos, l'employeur doit supporter entièrement la charge de l'administration de la preuve, hors du champ d'application de l'article L. 3171-4 du code du travail. La rigueur impose néanmoins de considérer que la responsabilité probatoire de l'employeur au titre de l'alinéa 1 de l'article L. 3171-4 du code du travail s'aligne sur la prescription de *l'action exercée par le salarié*. Il demeure en pratique que cette action est celle du paiement des salaires pour les heures travaillées.

2- L'obligation de décompte et de conservation : une finalité de contrôle par le juge additionnelle à celle du contrôle par l'inspection du travail

755. Le refus de se fonder sur les délais de conservation des documents de décompte *stricto sensu* se justifie aisément. L'article L. 3171-4 du code du travail, relatif aux documents à présenter devant le juge dans le cadre d'un contentieux sur les heures travaillées, ne prévoit ni ne reprend à son compte la durée de conservation d'un an de la conservation des documents à disposition de l'inspecteur du travail. Cela ne devrait pas surprendre. En effet, l'obligation de conserver des documents à disposition de l'inspecteur du travail ne se confond pas avec le pouvoir d'organisation et de contrôle de l'employeur qui justifie, en partie, son rôle actif et responsable dans la production d'éléments de preuve en justice. La conservation de documents à disposition de l'inspecteur du travail poursuit une finalité spécifique, la comptabilisation permettant à l'inspecteur d'effectuer les contrôles qu'il jugerait opportuns. Cette obligation de conservation ne dure qu'un an. Elle n'est pas étendue à la prescription du

²¹⁵⁷ *Ibid.*

contentieux des heures travaillées. Ainsi, l'employeur ne saurait être condamné pénalement de ne pas tenir à disposition de l'inspecteur du travail les documents de comptabilisation plus d'un an²¹⁵⁸. En revanche, les documents utiles au décompte seront exigibles par le juge au-delà.

Cependant, le risque d'une contradiction survient si on considère que la logique archivistique est au soubassement de la responsabilité probatoire de l'employeur. Si on admet que cette responsabilité probatoire n'est pas étrangère à l'obligation de décompte de l'employeur, alors il devient plus délicat de revendiquer une déconnexion pleine et entière entre les deux sujets. C'est alors sûrement qu'il faut considérer que les obligations de décompte et de conservation suivent en fait deux parcours et finalités distincts : un contrôle par l'inspecteur du travail de l'exécution et de la fiabilité du décompte – au cours duquel l'inspecteur est amené à contrôler la réalité du temps travaillé, afin de vérifier la qualité du décompte – et un contrôle par le juge de la réalité du temps travaillé – au cours duquel l'employeur doit pouvoir présenter des éléments de décompte. Pour le premier contrôle, l'employeur doit se fier strictement aux durées de conservation établies à l'article D. 3171-16 du code du travail ; pour le second contrôle en revanche, il doit conserver les documents utiles dans la perspective d'un contentieux jusqu'aux trois années à venir.

II- L'IMPLICATION EXIGEANTE DE L'EMPLOYEUR DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

756. Pour apprécier l'implication de l'employeur, il faut d'abord interroger sa temporalité procédurale. Il s'agit de se demander à quel moment l'employeur se retrouve impliqué, à partir de quand sa responsabilité procédurale et probatoire est mise en jeu. En abordant différents contentieux dans lesquels la charge de l'administration de la preuve varie, il ressort, comme trait commun, une implication plus ou moins immédiate de celui-là (A).

Une fois impliqué, l'employeur est amené à devoir fournir des éléments au juge de nature à justifier du temps de travail du salarié. Ceux-là suivent plusieurs injonctions. Ils doivent justifier de la réalité du temps travaillé, prescription qui peut sembler évidente mais dont le respect a été questionnée dans le cas spécifique de la distribution directe. Ils doivent par

²¹⁵⁸ C. trav. art. R. 3173-3.

ailleurs, dans une mesure qu'il s'agira de préciser, ne pas porter atteinte au droit à la vie privée des salariés (B).

A- L'IMPLICATION DE L'EMPLOYEUR VIS-À-VIS DE CELLE DU SALARIÉ

757. Il faut introduire ici une distinction de la charge de l'employeur dans l'administration de la preuve selon le contentieux en jeu. Dans le cas spécifique du contentieux de la violation des durées maximales de travail et minimales de repos, l'employeur se retrouve impliqué immédiatement du fait, évident, qu'il porte seul la charge de l'administration de la preuve (1). Le déroulé procédural et probatoire est plus hésitant et compliqué dans le cadre du contentieux, plus commun, du paiement du salaire des heures travaillées (2).

1- L'implication exclusive dans l'administration de la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos

758. Supporté principalement par une action en paiement des salaires liées à des heures supplémentaires, le contentieux relatif aux heures travaillées est amené à porter également sur le respect des durées maximales et des temps de repos minima. Dans ce cas-ci, le contentieux suit une autre règle probatoire. Là où l'aménagement probatoire organisé par l'article L. 3171-4 du code du travail a donné lieu à une jurisprudence houleuse, la solution de la Cour de cassation concernant la charge de la preuve du respect des durées maximales et des repos minimum est stable et installée depuis plus de 10 ans. Elle retient que la charge de la preuve du respect de ces seuils incombe à l'employeur (a). L'importance accordée, de façon assez unanime, au respect des durées maximales et des temps de repos minima participe à justifier cette position (b).

- a- La charge de l'administration de la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos portée par l'employeur

759. Dans l'établissement de la charge de l'administration de la preuve du respect des durées maximales et minimales de repos, l'application de l'article L. 3171-4 du code du travail est rejetée depuis un arrêt du 17 octobre 2012. La Cour de cassation y affirme que « *les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié ne sont pas applicables à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union*

européenne, qui incombe à l'employeur »²¹⁵⁹. Quelques mois après cet arrêt fondateur de 2012, la Cour de cassation étend sa solution aux durées fixées par le droit interne²¹⁶⁰.

Ici, le refus d'appliquer le partage de la charge de l'administration de la preuve prévu à l'article L. 3171-4 revient à faire supporter cette charge au seul employeur. En revanche, dans le cadre du contentieux du nombre d'heures travaillées, l'application du partage consiste justement à faire supporter cette charge, en partie, à l'employeur. Finalement, dans les deux cas, l'effet est celui d'impliquer l'employeur dans le processus probatoire.

Cette jurisprudence naissante débouche très vite sur l'attendu de principe selon lequel « la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur ». Au visa de l'article 1315 du code civil – devenu 1353 – relatif à la charge de la preuve, auquel s'ajoutent régulièrement des articles du code du travail relatifs aux différentes limites temporelles du travail²¹⁶¹, les arrêts sont rendus majoritairement pour violation de la loi²¹⁶². Ils concernent le respect des durées maximales²¹⁶³, des temps de repos minima²¹⁶⁴ ou le temps de pause²¹⁶⁵. Un

²¹⁵⁹ Soc. 17 oct. 2012, n° 10-17.370, *Bull.* n° 267, obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2012, p. 707, note J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2012, 333-334.

²¹⁶⁰ Soc. 20 fév. 2013, n° 11-28.811, inédit, note C. PUIGELIER, *JCP S* 2012, 1170, note F. MOREL, *JCP E* 2013, 1256 ; 20 fév. 2013, n° 11-21.599, 11-21.848, inédits, *Bull.* n° 51, note M. MORAND, *JCP S* 2012, 1194 Parmi lesquelles des durées émanant exclusivement du droit interne : telle la pause de 20 minutes dues pour un temps de travail de 6 heures, que la Cour de cassation s'évertue toutefois à rattacher aux dispositions de la directive qui en prévoient l'existence de principe sans en préciser la durée (Voir Soc. fév. 2013, n° 11-21.599, 11-21.848, *Bull.* n° 51, précité).

²¹⁶¹ Pour durées quotidienne et hebdomadaire, voir par exemple : Soc. 9 juill. 2014, n° 13-12.267, inédit ; 2 oct. 2019, n° 18-12.323, inédit. Pour repos quotidien de 11 heures consécutives, voir par exemple : Soc. 14 sept. 2016, n° 14-15.604, inédit, n° 14-29.215, inédit ; 6 janv. 2021, n° 19-18.079, inédit ; 14 déc. 2022, n° 21-18.139, Publié, note J.-P. LHERNOULD, *Juris. soc. Lamy* 2023.

²¹⁶² Pour un arrêt rendu pour manque de base légale, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'employeur rapportait la preuve du respect des seuils, voir récemment : Soc. 28 juin 2023, n° 21-25.423, inédit.

²¹⁶³ Durées maximales quotidiennes : Soc. 25 sept. 2013, n° 12-13.267, *Bull.* n° 220 ; 17 mai 2023, n° 21-23.247, inédit ; durées maximales de travail hebdomadaires : Soc. 1 juin 2023, 21-24.269, inédit.

Les durées max : Soc. 20 fév. 2013, n° 11-28.811, *Bull.* n° 52, précité ; 22 nov. 2017, n° 16-17.692, inédit (repos quotidien et durées maximales de travail hebdomadaire et quotidienne) ; 30 janv. 2019, n° 17-26.259, inédit ; 10 avril 2019, n° 17-24.772, inédit ; 16 oct. 2019, 18-12.908, inédit ; 24 mars 2021, n° 19-19.439, inédit ; 4 nov. 2021, n° 20-15.540, inédit ; 21 juin 2023, n° 22-11.062, inédit.

²¹⁶⁴ Soc. 23 mai 2013, n° 12-13.015, inédit ; 1 mars 2017, 15-18.250, inédit ; 23 mai 2017, n° 15-24.507, Publié ;

arrêt rendu en 2022 indique que la jurisprudence vaut également pour le temps télétravaillé, en toute logique dès lors que le télétravailleur est « *un salarié comme un autre* »²¹⁶⁶.

760. Malgré une solution constante, des cours d'appel persistent à se référer à l'article L. 3171-4 du code du travail²¹⁶⁷. Elles en invoquent la logique, exigeant des éléments suffisamment précis pour permettre un débat contradictoire²¹⁶⁸, demandant au salarié de préciser des informations tels les jours ou semaines concernés²¹⁶⁹ ou encore jugeant insuffisants les éléments versés par le salarié²¹⁷⁰. Plusieurs décisions de cour d'appel mélangent ostensiblement les deux logiques probatoires à l'œuvre, en rejetant la demande de dommages et intérêts pour violation des durées maximales du fait de la carence du salarié dans la charge de l'administration de la preuve des heures supplémentaires²¹⁷¹. Ces juges du fond tentent absolument d'appliquer l'article L. 3171-4 du code du travail. Une telle attitude est finalement le miroir du refus obstiné de juges de fond d'appliquer la jurisprudence attachée à l'article L. 3171-4 du code du travail dans le cadre du contentieux des heures supplémentaires²¹⁷². En effet, il est finalement recherché la même chose : délester l'employeur du poids de la charge de l'administration de la preuve. Dans le cadre de la preuve du respect des durées maximales et repos minimum, la résistance des juges du fond est

6 fév. 2019, n° 17-28.763, inédit ; 14 déc. 2022, 21-18.139, Publié, précité.

Il ne concerne pas en revanche la preuve du travail un jour férié (Soc. 18 nov. 2020, n° 19-15.855 et 856 : la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve a fait ressortir que la salariée ne présentait pas, au soutien de sa demande au titre des jours fériés travaillés, des éléments suffisamment précis).

²¹⁶⁵ Soc. 17 oct. 2012, n° 10-17.370, *Bull.* n° 267, précité ; 20 fév. 2013, n° 11-21.599, *Bull.* n° 51, précité ; 12 juill. 2017, n° 16-13.823, inédit ; 5 déc. 2018, n° 17-14.063, inédit.

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ Voir Soc. 5 déc. 2018, n° 17-21.881, inédit ; 8 sept. 2021, n° 19-19.767, inédit.

²¹⁶⁸ Soc. 14 déc. 2022, n° 10-26.137, inédit.

²¹⁶⁹ Soc. 12 fév. 2015, n° 13-19.604 à 606, inédits ; 23 mai 2017, n° 15-24.507, Publié ; 18 sept. 2019, n° 18-10.782, inédit.

²¹⁷⁰ Soc. 2 oct. 2019, n° 18-12.323, inédit (le salarié versait au dossier un tableau récapitulatif le temps qu'il estime avoir travaillé). V. aussi Soc. 3 fév. 2021, n° 18-20.812, inédit : les juges exigent que soit d'abord *présumé* le non-bénéfice du temps de repos minimum.

²¹⁷¹ Soc. 9 juill. 2014, n° 13-12.267 ; inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-20.817, inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-21.153, inédit ; 16 juin 2021, n° 19-25.051, inédit.

²¹⁷² V. Paragraphe 728.

cependant beaucoup moins forte et n'a surtout pas conduit la Cour de cassation à assouplir confusément sa jurisprudence.

Ainsi, face à un salarié invoquant la violation des différents seuils et plafonds en matière de temps de travail, prévus tant par la directive européenne que par le droit national, l'employeur a immédiatement à justifier au juge de leur respect. Si l'employeur n'est pas capable de prouver le respect de ces maxima et minima, le salarié a droit aux dommages et intérêts pour le préjudice subi²¹⁷³. En sus de la charge de l'administration de la preuve, l'employeur en supporte le risque.

b- L'impératif à respecter les durées maximales et repos minimum en jeu

761. Pour justifier la solution de la Cour de cassation selon laquelle la charge de l'administration de la preuve du respect des durées maximales et des repos minima incombe à l'employeur, il est souvent mis en avant l'objectif de conférer à ces droits une plus grande effectivité²¹⁷⁴. Pour le soutenir, les auteurs renvoient à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dont il ressort de plusieurs décisions qu'« *au regard tant du libellé de la directive [relative à l'aménagement du temps de travail] que de la finalité et de l'économie de celle-ci, les différentes prescriptions qu'elle énonce en matière de durée maximale de travail et de temps minimal de repos constituent des règles du droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé* »²¹⁷⁵. Cette « *importance particulière* » justifierait un aménagement probatoire faisant porter l'entière charge de la preuve sur l'employeur. Ainsi, cette responsabilité probatoire se justifierait par son effet : assurer l'effectivité de droits particulièrement importants. En effet, supporter la charge et le risque de la preuve du respect de ces droits est censé renforcer la vigilance de l'employeur à les faire respecter et à établir et conserver les éléments qui le certifient.

²¹⁷³ Voir l'ensemble des décisions précitées.

²¹⁷⁴ D. BAUGARD, E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, 36^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2023, p. 126.

²¹⁷⁵ CJCE, 1^{er} déc. 2005, C-14/04, *Dellas*, précité, point 49.

V. aussi : CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu*, point 47 (sur les congés payés) ; 5 oct. 2004, C-397/01 à 403/01, *Pfeiffer*, point 100 (sur durée maximale hebdomadaire) ; 12 oct. 2004, C-313/02, *Wippel*, point 47 (sur une période de repos minimales).

762. Cependant, la responsabilité probatoire de l'employeur nous semble surtout justifiée par son obligation à respecter les durées maximales et temps de repos minima, obligation absolue, qui s'impose donc dans tous les cas. Un détour par un arrêt rendu le 13 juin 2012²¹⁷⁶ sur la preuve de la prise des congés payés, qui a pu être rapproché de l'arrêt du 17 octobre 2012 sur la preuve du respect des durées maximales, s'avère instructif. Dans l'arrêt du 13 juin 2012, la Cour de cassation considère explicitement que, eu égard à la finalité que leur assigne la directive, il revient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer aux salariés de pouvoir les prendre effectivement, ajoutant que, en cas de contestation, il appartient à l'employeur de justifier avoir accompli toutes ces mesures. L'arrêt du 17 octobre 2012 relatif à la preuve du respect des durées maximales différerait seulement par sa motivation plus « elliptique »²¹⁷⁷. Dans les deux cas, c'est la finalité assignée aux droits qui serait, *directement*, à l'origine de la gestion probatoire consacrée en cas de contestation²¹⁷⁸. Or, si l'on regarde attentivement l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2012, plus démonstratif, on remarque que la solution est construite en deux étapes. D'abord, la prise en compte de « *la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive* » impose à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer l'effectivité du droit. Ensuite, une fois affirmée cette obligation, l'employeur doit, en cas de contestation, justifier qu'il a accompli cette obligation. D'après le rapport annuel de la Cour de cassation de 2012, « *la chambre sociale, au regard de l'obligation qui pèse sur l'employeur, en tire comme conséquence que c'est bien ce dernier qui doit justifier de l'accomplissement des diligences qui lui incombent légalement* »²¹⁷⁹. Autrement dit, la responsabilité probatoire de l'employeur provient de l'existence de cette obligation. C'est la consécration de cette obligation qui est à l'origine du revirement de

²¹⁷⁶ Soc. 13 juill. 2012, n° 11-10.929, *Bull.* n° 187, note M. VÉRICEL, *RDT* 2012, p. 565, note J.-P. LHERNOULD, *Dr. soc.* 2012, p. 854, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 2015, 626, chron. B. de CLAVIÈRE, *RTD eur.* 2013, 292-41. : « *Attendu qu'eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la Directive 2003/ 88/ CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement* ».

²¹⁷⁷ M. VÉRICEL, *op. cit.*, 2012, p. 707.

²¹⁷⁸ Dans ce sens-là concernant l'arrêt du 13 juin 2012 : J.-P. LHERNOULD, *Dr. soc.* 2012, p. 854 ; *idem* B. de CLAVIÈRE, *RTD eur.* 2013, 292-41 (chro. sous Soc. 13 juin 2012, n° 11-10.929, Publié).

²¹⁷⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2012, p. 418.

jurisprudence concernant le droit aux congés payés. Alors que le salarié qui n'avait pas pu prendre ses congés devait rapporter la preuve que l'employeur l'avait mis dans l'impossibilité de les poser²¹⁸⁰, désormais, *du fait de l'obligation de l'employeur de rendre effectif le droit aux congés payés*, l'employeur doit pouvoir justifier avoir pris les mesures propres à lui assurer la possibilité d'exercer effectivement son droit aux congés. Si un parallèle peut être fait entre l'arrêt du 13 juin et celui du 17 octobre 2012, c'est peut-être plutôt celui-ci : une fois admise l'obligation de l'employeur de rendre effectif un droit du salarié, l'employeur doit être en mesure de justifier le respect de cette obligation.

La Cour de cassation choisit d'appliquer immédiatement l'alinéa 2 de l'article 1353 du code civil, anciennement 1315, selon lequel « *celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* », en considérant finalement remplie l'étape de l'alinéa 1 selon lequel « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». C'est en tout cas ce qu'on peut tenter d'interpréter à partir des arrêts de la Cour de cassation qui visent quasi-systématiquement l'article 1315 du code civil, c'est-à-dire le droit commun de la preuve, et dont la Cour de cassation choisit, le plus souvent, d'extraire justement le seul alinéa 2²¹⁸¹.

2- L'implication secondaire de l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées

763. Au fil de la construction de sa jurisprudence, la Cour de cassation instaure une chronologie dans l'exécution des rôles du salarié et de l'employeur. Ce dernier n'est impliqué qu'à raison d'éléments préalables présentés par le salarié. Si la Cour abandonne la notion de préalable en 2020, elle conserve le mécanisme selon lequel l'employeur apporte une réponse aux éléments présentés par le salarié (a). Pourtant, à bien regarder l'article L. 3171-4 du code du travail, l'implication de l'employeur semble devoir être immédiate. Mais les rôles du salarié et de l'employeur sont-ils, et peuvent-ils être, complètement instantanés ? N'y a-t-il

²¹⁸⁰ Soc. 12 mars 2008, n° 06-45.465, inédit ; 15 déc. 2006, n° 05-45.727, inédit.

²¹⁸¹ Voir par exemple : Soc. 3 fév. 2021, n° 18-20.812, inédit ; 16 juin 2021, n° 19-25.051, inédit ; 2 mars 2022, n° 21-11.912, inédit ; 14 déc. 2022, n° 21-18.139, Publié, précité ; 10 mai 2023, n° 21-23.041, inédit ; 17 mai 2023, n° 21-23.247, inédit (pour des arrêts qui rapportent l'intégralité de l'article 1315, voir par exemple : Soc. 4 nov. 2021, n° 20-15.539, inédit ; 14 déc. 2022, n° 21-18.036 Publié, obs. G. MÉGRET, *Gaz. Pal.* 2023, p. 58).

pas une forme d'articulation entre eux, par laquelle l'employeur se retrouverait libéré de sa responsabilité lorsque le salarié ne produit pas les éléments attendus ? (b)

a- L'instauration prétorienne d'une idée de chronologie

764. Aux origines de sa jurisprudence, en 1996, la Cour de cassation ne fait référence à aucune chronologie entre les rôles du salarié et de l'employeur. Elle impose au juge du fond de se prononcer au vu des éléments fournis par les deux parties et rappelle clairement qu'il doit « *examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir* ». Dans cette première période jurisprudentielle, la règle selon laquelle le juge se prononce au vu des éléments des deux parties ne semble pas conditionnée à un rôle préalable du salarié dans le processus probatoire. Autrement dit, les juges doivent exiger de l'employeur qu'il fournisse lesdits éléments *indépendamment* de la qualité des éléments fournis par le salarié. Concrètement, l'absence de chronologie empêche que la demande du salarié puisse être rejetée avant-même que l'employeur n'ait eu à présenter ses éléments²¹⁸².

Cette approche est bousculée par l'arrêt du 25 février 2004²¹⁸³ qui considère qu'il appartient au salarié « *de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande* ». À la nouvelle notion d'étaiement²¹⁸⁴, s'ajoute également l'idée d'une condition préalable à la fourniture d'éléments par l'employeur. L'ajout d'une telle condition s'explique notamment par l'ire qu'avait provoqué l'arrêt rendu le 10 mai 2001²¹⁸⁵ dans lequel la Cour de cassation affirmait clairement, à l'inverse, que « *l'obligation pour l'employeur de verser des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié n'est pas subordonnée à la production préalable par celui-ci d'un décompte précis des heures supplémentaires dont il réclame le paiement* »²¹⁸⁶. Soulignons, toutefois, que l'arrêt de 2001

²¹⁸² J. BARTHÉLÉMY, *Dr. soc.* 1999, p. 89 (note sous Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749) : en cas d'insuffisance voire d'absence d'éléments de preuve comme dans cet arrêt-ci, les juges ne peuvent écarter la demande car cela reviendrait, selon l'auteur, à nier l'article L. 212-1-1 du code du travail selon lequel le juge fonde ses convictions sur les éléments fournis par les deux parties.

²¹⁸³ Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441 Publié, précité.

²¹⁸⁴ V. Paragraphe 723 et s.

²¹⁸⁵ V. Paragraphe 722.

²¹⁸⁶ Soc. 10 mai 2001, n° 99-42.200, Publié, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2001, p. 768, *D.* 2001 p. 1672.

refusait de subordonner le rôle de l'employeur à la production préalable par le salarié d'un décompte précis. Est-ce à dire que la Cour de cassation aurait accepté, à l'époque, que les juges du fond exigent du salarié la production d'un décompte quelconque ? *A posteriori*, la Cour de cassation explique que, d'abord « réticente » à l'idée de chronologie probatoire, elle a dû opérer en 2004 un « léger infléchissement » en considération de la position des juges du fond à exiger des éléments préalables de la part du salarié²¹⁸⁷. Alors que certains auteurs relèvent à peine ce virage²¹⁸⁸, d'autres reconnaissent à juste titre un ajout prétorien dans ce « mécanisme probatoire en deux temps »²¹⁸⁹. Précisant sa jurisprudence²¹⁹⁰, l'arrêt du 24 novembre 2010²¹⁹¹ ne revient pas sur cette condition chronologique. Il définit les éléments de nature à étayer la demande du salarié comme ceux permettant à l'employeur de « répondre ». Cela confirme sa jurisprudence de 2004²¹⁹², par le besoin d'éléments préalables auxquels répondre. Exiger des documents produits par le salarié de permettre à l'employeur de « s'expliquer »²¹⁹³ aurait par exemple moins véhiculé une idée de chronologie dans la discussion.

Il faut attendre l'arrêt du 18 mars 2020 pour que le terme de « préalable » soit abandonné, en même temps que celui d'étalement. Cependant, la Cour conserve l'idée d'une réponse de la part de l'employeur, qui sous-entend encore « quelque chose » qui la précède. Soulignons néanmoins que l'expression utilisée depuis 2010 est un peu modifiée par la Cour de cassation, qui considère dorénavant que les éléments présentés par le salarié doivent « permettre à l'employeur d'y répondre utilement » (nous soulignons). Il peut être défendu

²¹⁸⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2012, p. 208.

²¹⁸⁸ M.-C. HALLER, *Juris. soc. Lamy* 2004, N° 142 (note sous Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 62) ; C. RADÉ, *Dr. soc.* 2004, p. 665 (obs. sous Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 6).

²¹⁸⁹ J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036 ; la jurisprudence de 2004 constitue une rupture pour Jean-Michel GASSER (J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 3/05, p. 175).

²¹⁹⁰ Plus que la corrigeant (J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036).

²¹⁹¹ Soc. 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *Bull.* n° 266, précité.

²¹⁹² C. TETARD-BLANQUART, La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

²¹⁹³ Utilisé par Cyril Wolmark (C. WOLMARK, La preuve en droit du travail, propos conclusifs 38^{ème} colloque du SAF, *Dr. ouvrier* 2014, p. 276).

que les éléments présentés par le salarié n'ont alors pas pour objet de déclencher la possibilité de réponse par l'employeur mais seulement pour finalité d'augmenter la qualité et la pertinence de cette réponse. Les arrêts qui suivent, nombreux²¹⁹⁴, avalisent l'idée d'une remise en cause de la chronologie probatoire, la cassation reposant sur le fait que les juges du fond ont fait peser sur les seuls salariés la charge de la preuve, en écho aux arrêts antérieurs à 2004.

b- La nécessité d'une implication immédiate de l'employeur

765. La solution défendue par la Cour de cassation à partir de 1996, qu'elle semble pleinement retrouver à partir de 2020, consiste à imposer aux juges du fond de se fonder sur les éléments des deux parties. Il s'agit en fait d'une lecture littérale²¹⁹⁵ des deux premiers alinéas de l'article L. 3171-4 du code du travail. À l'inverse, la séquence probatoire en deux temps instaurée par l'arrêt de 2004 apparaît en contradiction avec la disposition légale²¹⁹⁶. D'une part, l'alinéa 2, selon lequel le juge se prononce au vu des éléments fournis par l'employeur et le salarié, ne suggère pas de chronologie. D'autre part, l'alinéa 1 affirme que « *l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ». Cette obligation adressée à l'employeur ne requiert pas d'autre condition que l'existence d'un « *litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies* ». Figurant au début de l'article L. 3171-4 du code du travail, l'implication de l'employeur se présente formellement comme première, la référence au rôle du salarié n'arrivant qu'au second alinéa. Cela ne saurait suffire cependant à considérer que c'est *avant tout* à l'employeur de fournir des éléments²¹⁹⁷. Néanmoins, cet ordre de présentation a pour mérite non négligeable de souligner le rôle de l'employeur de contribuer avec le salarié à la détermination de la réalité de la durée du temps travaillé²¹⁹⁸.

²¹⁹⁴ V. Paragraphe 716 et s.

²¹⁹⁵ J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* n° 22, 2 juin 2020, 2036.

²¹⁹⁶ P. CAO, Alléger le salarié du fardeau de la preuve, *Dr. ouvrier* 2014, p. 205 ; J.-Y. FROUIN, Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036.

²¹⁹⁷ M. VÉRICEL, *RDT* 2020, p. 552 (note sous Soc. 18 mars 2020).

²¹⁹⁸ D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002, p. 119 (se réfère à J. BARTHÉLÉMY, *Durée du travail contrôle et sanction*, *J. Cl. Travail traité*, fasc. 21-17, 1999, n° 29).

766. Si la disposition légale n'implique pas de chronologie, ce sur quoi la Cour de cassation semble être relativement revenue, les rôles du salarié et de l'employeur ont-ils à être totalement simultanés ? Selon le régime du partage de la preuve, le juge forme sa conviction après avoir confronté les éléments apportés par les deux parties. Que se passe-t-il si le salarié ne présente aucun élément ou s'ils ne sont pas assez précis pour permettre à l'employeur de répondre utilement ? Pour Monsieur Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation entre 2014 et 2018, considérer aujourd'hui que les éléments de l'employeur n'auraient alors à être ni exigés ni examinés reviendrait à faire ressurgir la notion d'étalement, en contradiction avec l'arrêt de la CJUE du 14 mai 2019²¹⁹⁹. La logique d'une responsabilité conjointe dans l'administration de la preuve ne devrait autoriser le rejet de la demande du salarié, même quand elle est jugée trop légère, qu'à l'issue de la confrontation avec les éléments produits par l'employeur²²⁰⁰. Les arrêts pris à la suite de celui de mars 2020 ne permettent pas de conclure à l'exigence d'une telle participation *simultanée* dans l'administration de la preuve. Par des arrêts de cassation dans la très grande majorité des cas, la Cour de cassation considère que la cour d'appel fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve en rejetant sa demande alors qu'il a présenté des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre et que ce dernier n'a rien fourni. Prenant en considération la qualité des éléments présentés par le salarié, ces arrêts suggèrent que l'employeur n'a à participer à l'administration de la preuve que lorsque le salarié a présenté de tels éléments. Un autre arrêt incite fortement à privilégier cette interprétation, en considérant que la cour d'appel n'a pas fait « *supporter la charge de la preuve au seul salarié, que ce dernier ne présentait pas, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis afin de permettre à l'employeur d'y répondre* »²²⁰¹. Ici, le fait pour le salarié de ne pas présenter les éléments attendus semble déresponsabiliser l'employeur de son rôle probatoire.

²¹⁹⁹ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, 2020, 2036.

²²⁰⁰ *Ibid.* ; S. TOURNAUX, *Dr. soc.* 2021, p. 475 (note sous Soc. 27 janv. 2021, n° 17-31.946).

²²⁰¹ Soc. 9 sept. 2020, n° 18-26.238, inédit.

B- LES ÉLÉMENTS À PRÉSENTER PAR L'EMPLOYEUR AU VU DE SA CAPACITÉ À JUSTIFIER DU TEMPS DE TRAVAIL

767. Pour apprécier l'implication de l'employeur dans l'administration de la preuve, il faut maintenant déterminer les éléments qu'il doit et peut présenter. Dans le cadre du contentieux particulier de la distribution directe, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer très clairement que « *les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* » qui doivent être fournis au juge par l'employeur s'entendent strictement des éléments justifiant des *heures réellement travaillées* (1). Cette production d'éléments par l'employeur pose également la question, générale, de la recevabilité d'éléments illicites ou attentatoires au droit à la vie privée. Il est en pratique aisément concevable que des éléments justifiant le temps de travail du salarié portent atteinte au droit à sa vie privée ou aient été établis en violation du cadre réglementaire. Quoi qu'il en soit, leur recevabilité, en droit, doit être fortement restreinte, au vu justement de la nature du contentieux en cause (2).

1- L'exigence de présenter des éléments justifiant de la réalité du temps travaillé

768. À nouveau²²⁰², le droit de la distribution de prospectus s'avère utile pour étudier le droit commun de la durée du travail et de son décompte. En effet, par l'originalité de son exécution, la distribution directe donne lieu à un contentieux fertile relatif au décompte du temps de travail, et notamment aux éléments à présenter par l'employeur. La jurisprudence refuse que la distribution directe puisse constituer une exception à l'obligation de l'employeur, en vertu de l'article L. 3171-4 du code du travail, de « *fourni[r] au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ». Elle affirme alors l'obligation stricte faite à l'employeur de fournir des éléments justifiant des horaires « *effectivement réalisés* » par le salarié (a). En conséquence, le fait pour l'employeur de fournir des éléments relatifs au temps de travail *a priori*, établis en l'occurrence par le procédé de la quantification préalable, ne suffit pas à remplir sa charge de l'administration de la preuve (b).

²²⁰² V. Paragraphe 266 sur l'impératif de déterminabilité des horaires au service de l'application de la réglementation du SMIC ; V. Paragraphe 462 sur l'obligation générale de décompter le temps de travail.

- a- L'affirmation de l'obligation de l'employeur de fournir des éléments justifiant du temps réellement travaillé

769. La réglementation conventionnelle de la distribution directe a cherché à échapper à l'application de l'article L. 3171-4 du code du travail, et plus précisément à l'obligation de l'employeur de fournir des éléments relatifs au temps réellement travaillé. La dérogation recherchée ne concerne pas ici le principe de l'aménagement probatoire au bénéfice du salarié, mais porte sur l'exercice de cet aménagement pour l'employeur et sur la nature des éléments qu'il a à fournir au juge. Alors que l'article L. 3171-4 du code du travail exige de ces éléments qu'ils soient « *de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* », l'article 2.2.1.2 de la convention collective de la distribution directe²²⁰³ considère que la quantification préalable de la durée du travail suffit à remplir les obligations de l'employeur relatives au contrôle de la durée du travail, parmi lesquelles celle de fournir au juge des éléments justificatifs²²⁰⁴. Par une jurisprudence constante et abondante, la Cour de cassation juge exactement l'inverse : la quantification préalable ne suffit pas. Par un attendu de principe, les juges de la Chambre sociale considèrent en effet « *que la quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, dans le cadre de l'exécution de son métier, en fonction des critères associés à un référencement horaire du temps de travail prévue par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective nationale de la distribution directe ne saurait, à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail* »²²⁰⁵. Cette jurisprudence est établie depuis un arrêt rendu le 16 juin 2010²²⁰⁶. À temps très partiel²²⁰⁷, une salariée demande des rappels de salaires sur la base

²²⁰³ Convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004.

²²⁰⁴ C. trav. anc. art. L.212-1-1 (C. trav. art. L. 3171-4) et D. 212-17 (C. trav. D. 3171-1).

²²⁰⁵ Soc. 16 juin 2010, n° 08-42.758, *Bull.* n° 144, obs. S. MAILLARD, *D.* 6 juill. 2010, obs. N. GARDAIR-REROLLE *Juris. soc. Lamy* 2010, n° 285, note C. NEAU-LEDUC, *Dr. soc.* 2013, p. 614 ; 22 sept. 2011, n° 10-10.929, inédit ; 21 mars 2012, n° 10-16.555, *Bull.* n° 556 ; 27 juin 2012 n° 11-13.219, inédit ; 25 juin 2014, n° 13-11.344, inédit ; 24 sept. 2014, n° 13-10.367, *Bull.* n° 206 ; 24 sept. 2014, n° 13-11.822, n° 13-11.823, inédits ; 24 sept. 2014, n° 12-26.933, inédit ; 15 juin 2016 n° 15-10.273, inédit ; 12 sept. 2018 n° 16-18.030, n° 16-18.037, inédit ; 24 oct. 2018 n° 16-18.020, n° 16-18.024, n° 16-18.031, n° 16-18.034, inédits ; 24 oct. 2018 n° 16-18.020, n° 16-18.024, n° 16-18.026, n° 16-18.031, n° 16-18.034, inédits ; 9 janv. 2019 n° 17-23.376, n° 17-23.377, n° 17-23.378, n° 16-18.177, inédits ; 18 sept. 2019 n° 17-31.274, Publié.

²²⁰⁶ Soc. 16 juin 2010, n° 08-42.758, *Bull.* n° 144, précité.

²²⁰⁷ 39 heures par mois.

du temps réellement passé à la distribution, et non du temps moyen par tournée, déterminé conventionnellement, sur lequel elle a été rémunérée par l'employeur. Le conseil de prud'hommes s'appuie sur un rapport d'enquête qui démontre que le temps nécessaire pour une tournée était de 4h40, soit deux heures de plus que le temps rémunéré²²⁰⁸. Il écarte l'application des stipulations conventionnelles et rappelle que le salarié doit être rémunéré sur le temps de travail réel. L'employeur attaque le jugement sur le fondement de la convention collective dont il demande l'application. La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme le principe, retenu toujours par la suite, selon lequel la quantification préalable « *ne saurait, à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail* ». Plus tard, dans un arrêt de 2019²²⁰⁹, la Cour de cassation modifie quelque peu sa formulation en considérant que la quantification préalable « *ne saurait à elle seule faire obstacle à l'application de L. 3171-4* ». Cette solution de la Cour suprême de l'ordre judiciaire entre en résonance, et en cohérence, avec l'annulation par le Conseil d'Etat, à deux reprises, d'un décret autorisant une dérogation au droit commun de la durée du travail par le dispositif de quantification préalable²²¹⁰.

b- L'insuffisance des éléments produits par l'employeur relatifs au temps de travail *a priori*

770. La jurisprudence de la Cour de cassation applique consciencieusement le principe selon lequel les juges du fond ne peuvent prendre en compte exclusivement la quantification préalable du temps de travail dans le cadre du contentieux des heures travaillées. La Cour de cassation casse ainsi toujours les décisions d'appel qui se suffisent de la quantification préalable apportée par l'employeur comme contradiction aux éléments apportés par le salarié²²¹¹. Du côté du salarié, les éléments apportés se résument le plus souvent à des

²²⁰⁸ Le salarié demandait le paiement de 13 heures.

²²⁰⁹ Soc. 18 sept. 2019, n° 17-31.274, inédit.

²²¹⁰ Certains avaient prédit que ces décisions administratives remettraient en cause le mécanisme conventionnel de quantification préalable (T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *JCP S* 2019, 1257, note sous Soc. 5 juin 2019, n° 17-23.228). Un des moyens du pourvoi dans cet arrêt du 18 sept. 2019 était justement de s'appuyer sur l'annulation du décret qui aurait rendu inopposable les stipulations de la convention collective.

²²¹¹ Soc. 31 janv. 2006, n° 04-41.217, inédit ; 22 sept. 2011, n° 10-10.929, inédit ; 21 mars 2012, n° 10-16.555, n° 10-16.556, inédits ; 27 juin 2012 n° 11-13.219, inédit ; 25 juin 2014, n° 13-11.344, inédit ; 24 sept. 2014, n° 12-26.933, n° 13-10.367, n° 13-11.822 et n° 13-11.823, inédits ; 23 sept. 2015, n° 14-16.170, inédit ; 15 juin

décomptes auto-déclaratifs, sous forme de décomptes listés²²¹², de récapitulatifs pour chaque secteur des temps travaillés²²¹³ ou encore de tableaux de synthèse²²¹⁴.

771. Si elle ne peut suffire, la quantification préalable du temps semble néanmoins pouvoir être prise en compte par les juges. À défaut de contentieux où l'employeur se référerait à la quantification préalable parmi d'autres éléments qu'il avancerait par ailleurs, la Cour de cassation n'a pas pu encore préciser l'appréhension d'une telle situation. Ceci étant dit, la potentialité d'une prise en compte de la quantification préalable dans l'évaluation *a posteriori* du temps de travail étonne d'ores et déjà²²¹⁵. La jurisprudence future de la Cour de cassation en dissipera peut-être les interrogations.

2- La production d'éléments de preuve attentatoire au droit à la vie privée : une possibilité restreinte dans le cadre du contentieux des heures travaillées ?

772. Dans l'objectif de justifier du temps travaillé par le salarié, au moins deux types d'éléments fournis par l'employeur sont susceptibles d'être illicites. Les premiers sont les documents établis en vue de satisfaire ses obligations de décompte de la durée du travail qui ne respecteraient pas la réglementation de l'obligation d'information préalable, du RGPD et plus largement des droits et libertés fondamentaux du salarié²²¹⁶. Les seconds sont tous les autres éléments utiles pour justifier de la réalité du temps travaillé qui proviendraient d'une forme de surveillance patronale irrégulière, car non déclarée à la CNIL lorsqu'il s'agissait d'une obligation ou sans information préalable aux salariés, ou mise en œuvre pour une autre finalité que le contrôle de durée du travail. Ils peuvent également porter atteinte à la vie privée des salariés. Dans ces deux hypothèses, éléments de décompte *stricto sensu* ou éléments

2016 n° 15-10.273, inédit. Pour une analyse très pertinente : W. FRAISSE, *Dalloz Actualité* 31 oct. 2014 (note sous Soc. 8 oct. 2014, n° 13-14.991, Publié).

²²¹² Soc. 22 sept. 2011, n° 10-10.929, inédit ; 23 sept. 2015, n° 14-16.170, inédit.

²²¹³ Soc. 21 mars 2012, n° 10-16.555, n° 10-16.556, inédits ; 27 juin 2012 n° 11-13.219, inédit.

²²¹⁴ Soc. 25 juin 2014, n° 13-11.344, inédit.

²²¹⁵ T. RENARD, Précompter n'est pas décompter, *Dr. soc.* 2009, p. 721 : « *La quantification préalable ne peut en aucun cas être assimilée à un décompte, qui par nature ne peut s'opérer qu'a posteriori. De sorte que l'obligation de contrôle du décompte du temps de travail effectif ne peut se déduire d'une pré-quantification déterminée avant l'exécution des tâches* ».

²²¹⁶ V. Paragraphe 528 et s.

utilisés *de facto* pour déterminer le temps travaillé sont donc illicites. Néanmoins, par le jeu d'une jurisprudence en construction, de tels éléments n'en deviennent plus nécessairement irrecevables en justice, notamment en cas d'éléments attentatoires à la vie privée (a). Mais la largesse d'une telle recevabilité va dépendre de l'appréciation faite de ces éléments. Or, dans cette appréciation, la spécificité du contentieux des heures travaillées doit être prise en considération, notamment l'obligation et le pouvoir de l'employeur d'établir des éléments justifiant du temps de travail (b).

a- La recevabilité sous condition d'un élément attentatoire à la vie privée du salarié

773. La recevabilité d'un élément de preuve attentatoire à la vie privée et personnelle du salarié s'est construite à la fois sur le terrain du droit à la preuve²²¹⁷ et sur celui de la justification de l'atteinte au droit à la vie privée.

774. La possibilité pour le droit à la preuve de prévaloir sur un ou plusieurs droits fondamentaux ressort notamment d'un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation rendu en 2012²²¹⁸, six ans après une décision de la CEDH allant dans le même sens²²¹⁹. Rendue au visa des articles 9 du code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi que de l'article 9 du code de procédure civile, la décision de la Cour de cassation confronte le droit à la preuve au droit à la vie privée – à l'instar de la décision de la CEDH en 2006²²²⁰. La Cour de cassation pose ici deux conditions cumulatives pour faire prévaloir le droit à la preuve : « être indispensable à l'exercice du droit à la preuve » et « être

²²¹⁷ Voir G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », dans *La preuve en droit*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Éd. Bruylant, 1981, p. 277 ; P. HENRIOT, Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, *RDT* 2018, p. 120.

²²¹⁸ Civ. 1^{ère} 5 avril 2012, n° 11-14.177, Publié, note G. LARDEUX, *D.* 2012, p. 1596, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2015, p. 506.

²²¹⁹ CEDH 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L. L. c/ France*, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2007, p. 95 : « La condamnation est encourue parce que, compte tenu du caractère fondamental de la protection des données à caractère personnel, il était possible de s'en tenir aux autres preuves fournies sans utiliser ce compte - rendu opératoire et l'ingérence n'était alors pas proportionnée au but recherché » (Jean Hauser).

²²²⁰ Il s'agissait d'un litige de droit de la famille, sur un divorce.

proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Se jouerait ici une forme de primauté accordée à la recherche de la « vérité »²²²¹.

En revanche, le droit à la preuve semblait s'incliner²²²² devant « *la loyauté dans l'administration de la preuve* »²²²³. Des éléments issus de dispositifs n'ayant par exemple pas été convenablement déclarés à la CNIL – lorsque la formalité était encore obligatoire – sont écartés des débats au titre de leur illicéité²²²⁴. Une stratégie de contournement se dessine cependant, laissant anticiper un effondrement du rempart que constitue encore cette loyauté²²²⁵. La tactique est de privilégier le terrain de l'atteinte à la vie privée, lorsqu'elle est en cause, en écartant la problématique de la déloyauté pourtant présente²²²⁶. Or, la protection du droit à la vie privée constitue assurément un rempart en voie d'affaiblissement²²²⁷. Cependant, un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 22 décembre 2023 vient atténuer un peu cette différence entre le terrain de la protection du droit à la vie privée et celui de la déloyauté en considérant qu'« *il y a lieu de considérer désormais que,*

²²²¹ G. LARDEUX, Du droit de la preuve au droit à la preuve, *D.* 2012, p. 1596 ; B. BOSSU, « Loyauté et contrat de travail », dans *Droit et loyauté*, F. PETIT (dir.), Dalloz, 2015, p. 115.

²²²² Soc. 18 oct. 2017, n° 16-16.462, inédit ; 30 sept. 2020, n° 19-12.058, inédit ; 17 mars 2021, n° 18-25.597, inédit, note A. MAZEAUD, *RDT* 2021, p. 454.

Pour une critique : J. RAYNAUD, Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail, *JCP S* 2013, 1054.

²²²³ Ass. Plén. 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667, *Bull.* n° 1, obs. E. FOURMENT, *D.* 2011, p. 562, obs. C. VIGNEAU, *D.* 2011, p. 618, note B. FAGES, *RTD civ.* 2011, p. 127 ; 30 sept. 2020, n° 19-12.058, obs. S. VERNAC, Y. FERKANE, *D.* 2020, p. 2312, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14, note T. KHAN-COHEN, *RDT* 2020, p. 753, note C. LHOMOND, *RDT* 2020, p. 764.

²²²⁴ Soc. 8 oct. 2014, n° 13-14.991, Publié, W. FRAISSE, *Dalloz Actualité* 31 oct. 2014 ; 2 nov. 2016, n° 15-20.540, inédit.

²²²⁵ P. ADAM, La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström, *RDT* 2023, p. 156.

²²²⁶ Voir Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523, inédit (adresses IP non déclarées à la CNIL – avant l'entrée en vigueur du RGPD). Puis Soc. 10 nov. 2021, n° 20-12.263, inédit (enregistrement sans information sur la vidéosurveillance) ; 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

²²²⁷ Voir par exemple G. VIAL, Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses, *RDT* 2023, p. 156. À l'inverse de ce qui pouvait en être perçu il y a dix ans : J. RAYNAUD, *op. cit.*, 2013, 1054. Certains perçoivent dans cette évolution un renforcement *in fine* de la protection du droit à la vie privée (P. VAN DETH, Une mise à mal de la protection de la vie personnelle en quête de juste proportion, *RDT* 2023, p. 233).

dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarté des débats »²²²⁸.

775. La protection du droit au respect de la vie privée est confrontée à la logique de la justification et de la proportionnalité.

Côté européen, la CEDH expose clairement le mécanisme de la mise en balance du droit au respect de la vie privée²²²⁹ dans son arrêt *Barbulescu*²²³⁰. Elle y énonce six éléments à peser, parmi lesquels l'information de la personne concernée, le degré d'intrusion, l'existence de motifs légitimes et la possibilité de mettre en place un système de surveillance moins intrusif²²³¹. Si la Cour estime, dans l'arrêt *Barbulescu*, que le droit au respect de la vie privée n'a pas été protégé de manière adéquate et en conclut à la violation de l'article 8 de la Convention²²³², la solution est réversible, en témoigne l'arrêt *Lopez Ribalda* rendu deux ans plus tard²²³³ et dans lequel la Cour considère comme justifié²²³⁴ le recours par l'employeur à la vidéosurveillance de salariés malgré l'absence d'information préalable²²³⁵.

²²²⁸ Ass. plén. 22 déc. 2023, n° 20-20.648, Publié : « *Il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarté des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* ».

²²²⁹ Point 132 : situation où sont « *mis en balance le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance et le droit de contrôle exercé par l'employeur en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, y compris les prérogatives disciplinaires correspondantes* ».

²²³⁰ CEDH 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Barbulescu* précité.

²²³¹ *Ibid.*, Point 21. V. aussi Point 140 : il fallait déterminer « *premièrement, quelles raisons concrètes avaient justifié la mise en place des mesures de surveillance, deuxièmement, si l'employeur aurait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée et la correspondance du requérant et, troisièmement, si l'accès au contenu des communications avait été possible à son insu* ».

²²³² *Ibid.*, Point 141.

²²³³ CEDH, 17 oct. 2019, *Lopez Ribalda c/ Espagne*, n° 1874/13, précité.

²²³⁴ Dans l'arrêt *Lopez Ribalda*, le droit à la vie privée est confronté au droit pour l'employeur « *d'assurer la protection de ses biens et le bon fonctionnement de son entreprise, notamment en exerçant son pouvoir disciplinaire* » (*Ibid.*, Point 118).

²²³⁵ *Ibid.*, Point 132 : « *les juridictions internes ont ainsi vérifié si un motif légitime justifiait la mesure de*

Côté français, la protection du droit à la vie privée est amenée à céder devant le droit à la preuve, justifiant la recevabilité en justice d'éléments attentatoires au droit à la vie privée et personnelle. Bien qu'elle ait déjà procédé à une telle justification dans un arrêt du 9 novembre 2016²²³⁶, c'est par l'arrêt *Petit Bateau* du 30 septembre 2020²²³⁷, largement publié²²³⁸, que la Cour de cassation autorise pleinement la production de tels éléments dès lors qu'elle la considère comme « *indispensable*²²³⁹ à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi ». Confirmant plusieurs fois sa jurisprudence²²⁴⁰, la Cour propose dans trois arrêts du 8 mars 2023²²⁴¹ une forme de « mode opératoire » à l'adresse des juges – non repris cependant dans deux arrêts rendus quelques jours plus tard²²⁴² – : « *d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci* », « *ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié* », « *enfin [...] apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi* ».

vidéosurveillance et si les mesures adoptées à cette fin étaient adéquates et proportionnées, ayant notamment constaté que le but légitime poursuivi par l'employeur ne pouvait être atteint par des mesures moins intrusives pour les droits des requérantes ».

²²³⁶ Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203, inédit : qui juge que « *le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* » (Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203, note A. BUGADA, *JCP S* 2017, 1008, note J. MOULY, *Dr. soc.* 2017, p. 89, note B. GÉNIAUT, *RDT* 2017, p. 134, obs. G. LARDEUX, *D.* 2017, p. 37, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2017, p. 96).

²²³⁷ Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058, Publié, note O. LECLERC, *Dr. ouvrier* 2020, p.733, note G. LOISEAU, *JCP S* 2020, 3042, note.F. SFEIR, *JCP E* 2020, 1570.

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ Revient sur le « *nécessaire* » : voir Civ. 1ère, 5 avr. 2012, *Bull.* n° 85. Réduire à la condition de « *nécessité* » revenait à assouplir la protection du droit face au droit à la preuve (G. LARDEUX, *Le droit à la preuve ; tentative de systématisation*, *RTD civ.* 2017, p. 1).

²²⁴⁰ La même année, un arrêt rendu le 25 novembre 2020 confirme la jurisprudence (Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523, Publié), citant au passage les arrêts *Barbulescu* et *Lopez Ribalda* et admettant que l'illicéité d'un élément n'implique pas son irrecevabilité (B. BOSSU, *JCP S* 2021, 1032), position tenue par la cour d'appel par laquelle elle encourt la cassation pour violation de la loi. Confirmation également dans l'arrêt du 10 novembre 2021 (Soc. 10 nov. 2021, n° 20-12.263, inédit, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81).

²²⁴¹ Soc. 8 mars 2023, n° 21-20.797, n° 21-20.798, n° 21-17.802, inédits.

²²⁴² Soc. 22 mars 2023, n° 21-24.729, n° 21-22.852, inédits.

L'ensemble de ces jurisprudences fait entrevoir trois étapes dans la confrontation entre l'atteinte au droit à la vie privée et le droit à la preuve : la justification de la mesure ou du moyen attentatoire à la vie privée ; le caractère indispensable de sa production à l'exercice du droit à la preuve ; la proportionnalité de l'atteinte par rapport au but poursuivi – subdivisée en un contrôle de légitimité au regard du but poursuivi et un contrôle de mesure visant à déterminer si l'atteinte est aussi limitée que possible²²⁴³.

b- Pour une recevabilité étroite des éléments attentatoires au droit à la vie privée dans le cadre du contentieux des heures travaillées

776. Dans le cadre du droit du travail, l'exigence de proportionnalité²²⁴⁴ dans l'appréciation de la recevabilité en justice d'un élément attentatoire à la vie privée ne revêt pas les mêmes enjeux, ni n'est appréciée de la même façon, selon que l'élément est présenté par le salarié ou par l'employeur. Du côté du salarié, il peut être présenté un élément attentatoire à la vie privée d'un ou plusieurs de ses collègues, notamment pour établir la vraisemblance d'une discrimination ou prouver une inégalité de traitement²²⁴⁵. Dans un contentieux où le salarié a souvent comme seule solution d'établir un panel comparatif²²⁴⁶, permettre ainsi de pouvoir justifier cette atteinte apparaît salutaire²²⁴⁷. Du côté de l'employeur, le regard porté sur une telle recevabilité est différent. Mobilisée vis-à-vis d'éléments issus d'une surveillance attentatoire à la vie privée des salariés, la logique de proportionnalité a pu être décriée comme

²²⁴³ O. LECLERC, *Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ?* Dr. ouvrier 2020, p. 733.

²²⁴⁴ Voir B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, 2009.

²²⁴⁵ Voir : Soc. 16 déc. 2020, n° 19-17.637 à n° 19-17.667, inédits ; 22 sept. 2021, n° 19-26.144, Publié, à n° 19-26.149, inédits ; 12 juill. 2022, n° 21-14.313, inédit ; 15 fév. 2023, n° 21-15.033, inédit ; 8 mars 2023, n° 21-12.492, Publié ; 1^{er} juin 2023, n° 2-13.238 à n° 22-13.268, inédits.

²²⁴⁶ Dite « méthode Clerc », du nom de François Clerc syndicaliste CGT l'ayant conceptualisée (V.-A. CHAPPE, *La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination*, *Sociologies pratiques* 2011/2, pp. 45 à 55).

²²⁴⁷ P. LE BOURGEOIS, *Les données personnelles, éléments de preuve indispensables en matière de lutte contre les discriminations*, *RDT* 2023, p. 233 ; F. GUIOMARD, *La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve*, *RDT* 2023, p. 133.

source d'insécurité juridique²²⁴⁸ et outil imprécis livré à l'appréciation du juge²²⁴⁹. La critique qui s'impose ne nous semble pas être exactement celle-ci.

777. Le vrai problème réside plutôt dans l'appréciation du critère d'être « *indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi* »²²⁵⁰. Plus strict que le « nécessaire », l'indispensable doit s'entendre selon Monsieur Grégoire Loiseau comme ce qui est essentiel pour établir un fait, voire « *le seul moyen d'en démontrer la réalité* »²²⁵¹. Dans un des arrêts rendus le 8 mars 2023²²⁵², la Cour de cassation rejette ainsi la recevabilité d'enregistrements jugés dispensables dès lors qu'ils ne faisaient que confirmer des soupçons révélés par d'autres moyens, qui n'avaient pas été versés aux débats. Ici, la solution est simplifiée par le fait qu'un autre élément existait et démontrait la même chose.

Qu'en est-il, d'abord, lorsque d'autres éléments existent mais *ne démontrent pas exactement la même chose* que l'élément litigieux ? Au vu de la formulation retenue dans les arrêts du 8 mars 2023 selon laquelle il faudrait notamment vérifier que « *l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié* » (nous soulignons), l'élément litigieux serait donc recevable s'il est le seul à atteindre *tel* résultat. Or, comme le souligne pertinemment Monsieur Pascal Lokiec, la capacité grandissante d'outils à mesurer des choses immesurables par ailleurs risque de rendre souvent remplie la condition d'être ainsi « *indispensable* »²²⁵³. Rappelons toutefois que la formule des arrêts du 8 mars 2023 n'a pour l'instant pas été réemployée. Afin de protéger davantage la vie privée et de lever toute ambiguïté, il pourrait être utile d'ajouter, à l'instar de la réglementation relative à la géolocalisation pour contrôler les horaires des

²²⁴⁸ A. BARÈGE, B. BOSSU, Les TIC et le contrôle de l'activité des salariés, *JCP S* 2013, 1393.

Pour une critique générale de l'invocation des droits fondamentaux par les justiciables : voir le rapport *Sécurité juridique et initiative économique*, H. de CASTRIES, N. MOLFESSIS (prés.), 2015 : très marqué par des thèses libérales, le rapport critique l'invocation des droits fondamentaux comme, en lui-même, source d'insécurité juridique.

²²⁴⁹ G. LOISEAU, L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, *JCP S* 2021, 1305.

²²⁵⁰ Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058, Publié, précité.

²²⁵¹ G. LOISEAU, *JCP S* 2020 (note sous Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058, Publié).

²²⁵² Voir Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802, inédit, obs. S. MARIELLE, *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2048.

²²⁵³ P. LOKIEC, Le nécessaire bornage du droit à la preuve illicite, *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2052.

salariés, que l'élément n'est pas indispensable s'il existe d'autres éléments *fussent-ils moins efficaces*²²⁵⁴, ici, pour établir la réalité du temps travaillé.

Qu'en est-il, ensuite, lorsqu'un autre élément aurait permis d'établir la réalité du temps travaillé mais n'*existe pas* ? La nature du contentieux en cause, relatif aux heures travaillées, devrait pouvoir être prise en compte. En effet, soumis à des obligations de décompte, l'employeur est tenu d'établir des documents de décompte du temps de travail, sans porter atteinte au droit à la vie privée des salariés. Ainsi, l'absence d'éléments alternatifs et respectueux de la vie privée des salariés, résulte d'un manquement de l'employeur à ses obligations. Le caractère « *indispensable* » au droit à la preuve d'un élément attentatoire au droit à la vie privée devrait s'apprécier au regard des éléments qui *auraient dû* être établis par l'employeur. Il est vrai qu'une telle interprétation ferait fortement obstacle à la recevabilité de preuves illicites par l'employeur dans le contentieux des heures travaillées. Cette voie ne semble pas être empruntée par la Cour de cassation, en témoigne par exemple un des arrêts du 8 mars 2023²²⁵⁵. Celui-ci porte sur un élément présenté par l'employeur illicite car fondé sur un système de badgeage du temps de travail déclaré de façon non conforme à la CNIL²²⁵⁶. La cour d'appel le jugeait irrecevable dès lors que l'employeur aurait seulement eu à procéder à la régularisation, ce qu'il n'avait pas fait. Or la Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et casse la décision d'appel. Néanmoins, il est souhaitable, et demeure envisageable, de prendre en compte la responsabilité de l'employeur d'établir normalement tous les documents utiles au décompte du temps de travail dans l'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve mais également dans celle plus générale du contrôle de proportionnalité. Que la faute de l'employeur de ne pas les avoir établis puisse, en fin de compte, justifier qu'il produise en justice des éléments issus de moyens attentatoires à la vie privée du salarié dérange. En limiter l'hypothèse permet également de responsabiliser l'employeur dans ses obligations de décompte.

Cette dernière considération est prégnante dans le traitement de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées.

²²⁵⁴ *Ibid.*

²²⁵⁵ Soc. 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

²²⁵⁶ Il n'avait été déclaré que la finalité de contrôle des accès aux locaux et parkings.

SECTION 2 : LA CARENCE DE L'EMPLOYEUR DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE, UN MANQUEMENT À SANCTIONNER

778. Le rôle de premier plan de l'employeur dans l'administration de la preuve est démontré. Cependant, pour en apprécier toute la force, il faut en interroger le caractère contraignant. Autrement dit, il s'agit d'interroger les conséquences de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve. On pourrait aussi parler du manquement à son obligation de partager l'administration de la preuve des heures travaillées. Une telle carence ne donne pas lieu à une sanction automatique, bien qu'elle aurait pu être utilement reconnue (I). Elle n'est pas pour autant absente de l'esprit des juges, qui essaient, le mieux possible, de la prendre en compte dans leurs décisions (II).

I- L'ABSENCE DE SANCTION AUTOMATIQUE

779. La carence de l'employeur dans l'administration de la preuve pose particulièrement souci lorsqu'elle empêche la conviction du juge sur l'existence et le nombre d'heures travaillées de l'emporter. Le salarié n'ayant pas à fournir d'éléments probants, la carence de l'employeur est en effet susceptible de faire persister un doute sur les heures travaillées. Or, ce doute ne pèse pas sur l'employeur, dès lors qu'il ne supporte pas *le risque de la preuve* (A). Face à l'absence d'inversion de ce risque, il est possible de promouvoir une sanction automatique de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve, pour l'instant refusée, dans ses différentes formes envisagées par le droit positif (B).

A- LE RISQUE DE LA PREUVE NON SUPPORTÉ PAR L'EMPLOYEUR

780. Alors que l'employeur supporte une partie de la charge de l'administration de la preuve, on peut se demander s'il en porte également le risque, les deux allant en pratique souvent de pair. Or la réglementation du contentieux des heures travaillées révèle une non-inversion du

risque de la preuve (1), contrairement à l'aménagement probatoire relatif à la cause du licenciement auquel elle est pourtant souvent comparée, bien qu'elle n'en partage pas la logique (2).

1- L'absence d'inversion du risque de la preuve

781. L'aménagement probatoire fait porter à l'employeur une charge de l'administration de la preuve. Il organise un partage de cette charge, les deux parties devant chacune fournir des éléments utiles à la recherche de la vérité par le juge. Cet aménagement de la charge de la preuve ressurgit-il sur le risque de la preuve ? Le risque de la preuve correspond au *risque du doute si la preuve positive d'un fait ne peut être apportée*²²⁵⁷. Le porte celui qui « perd » lorsque le doute subsiste, c'est-à-dire lorsque la conviction du juge sur son allégation n'est pas emportée. Si la charge de la preuve et le risque de la preuve sont parfois confondus²²⁵⁸, c'est seulement parce qu'ils vont de pair *en pratique*. Dans la très grande majorité des cas, celui qui *allègue* une prétention supporte ce risque²²⁵⁹. Le fait allégué ne saurait être admis en l'absence de preuve. Or, celui qui supporte le risque est en pratique tout désigné pour supporter également la charge de l'administration de la preuve de faits qu'il choisit d'alléguer. Ainsi, la distinction peut parfois sembler abstraite. Néanmoins, l'aménagement prévu dans le contentieux des heures travaillées illustre parfaitement la possible disjonction des deux. En effet, alors que l'employeur porte la charge de la preuve conjointement avec le salarié, il n'en supporte pas pour autant le risque de la preuve. En cas d'absence de conviction du juge sur

²²⁵⁷ F. FERRAND, *Preuve*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2023, §142 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 101.

Exemple d'assimilation de la charge de la preuve au risque de la preuve : P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 5^{ème} éd., coll. « Droit et Gestion », Litec, 1990, p. 237 ; ou J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990, p. 537.

²²⁵⁸ S. GUICHARD et alii, *Procédure civile*, coll. « Précis », Dalloz, 2020, p. 491 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., coll. « Sirey Université », Sirey, 2014, p. 260 et s. V. aussi É. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, coll. « Thémis Droit », PUF, 2015, p. 195.

V. aussi Soc. 31 janv. 1962, *Bull.* n° 105 ; 15 oct. 1964, *Bull.* n° 678 : « *L'incertitude et le doute doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de la preuve* ».

²²⁵⁹ Voir par exemple Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022, p. 1898 : « *celui sur lequel pèse la charge de la preuve assume un risque important. [...] S'il ne parvient pas à apporter les preuves requises, il sera débouté* ».

l'existence des heures supplémentaires, celles-ci ne seront pas reconnues. Le risque de la preuve demeure pris par le salarié.

2- La distinction avec l'aménagement probatoire sur la cause du licenciement

782. Plusieurs auteurs ont tenté d'établir des parallèles entre l'aménagement probatoire dans le cadre du contentieux des heures travaillées et celui relatif à la preuve d'une cause réelle et sérieuse du licenciement²²⁶⁰. Les deux diffèrent pourtant, justement sur la question du risque de la preuve. Selon la disposition légale relative à la preuve de la cause réelle et sérieuse, « *si un doute subsiste, il profite au salarié* »²²⁶¹. En d'autres termes, en l'absence de preuve sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse, on considère qu'il n'y a pas de cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire que le licenciement est injustifié. Mais cette solution apparaît propre à l'objet en cause. Si le salarié est demandeur à l'instance, et qu'il y allègue l'absence de cause réelle et sérieuse, il est possible de soutenir que *l'allégation première* est venue de l'employeur. En licenciant le salarié, l'employeur soutient en effet l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Autrement dit, c'est lui qui a bousculé le *statu quo*²²⁶². Or cette particularité ne se retrouve pas ainsi dans le contentieux des heures travaillées. On reconnaît d'ailleurs aisément la dureté qu'il y aurait à condamner l'employeur au paiement des heures que prétendrait avoir effectuées le salarié dès lors qu'un doute subsisterait.

Toutefois, la place particulière et privilégiée de l'employeur dans la preuve des heures supplémentaires milite pour une implication plus engageante que sa seule contribution à la charge de l'administration de la preuve.

B- POUR UNE SANCTION AUTOMATIQUE DE LA CARENCE DE L'EMPLOYEUR DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

783. L'employeur ne supportant pas le risque de la preuve, il importe de chercher à le contraindre, d'une autre façon, à procéder à son obligation de fournir « *au juge les éléments*

²²⁶⁰ G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1996, p. 974 ; A. TROLONG, *D.* 1998 p. 261 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 1996 ; S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705.

²²⁶¹ C. trav. art. L. 1235-1, dernier alinéa (anc. art. L. 122-14-3, depuis la loi du 2 août 1989).

²²⁶² V. Paragraphe 713.

de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ». La carence de l'employeur dans la présentation de ces éléments peut résulter d'un refus de fournir les éléments détenus mais aussi de l'absence de détention desdits documents, qu'il n'aurait pas élaborés ni conservés. Chercher à sanctionner l'employeur de cette carence induit d'abord d'admettre, sans nuance, que l'alinéa 1 de l'article L. 3171-4 du code du travail l'*oblige* à fournir de tels documents²²⁶³ (1). Il s'agit ensuite de s'interroger sur comment sanctionner l'employeur qui s'y soustrait (2).

1- La promotion d'une sanction directe de la carence

784. Une sanction directe de l'employeur consisterait à donner droit aux demandes du salarié en cas de carence de sa part dans l'administration de la preuve. Cette sanction amènerait à un résultat proche de celui du risque de la preuve que supporterait l'employeur. Elle ne suit pourtant pas la même démarche. Comme on l'a vu, en cas de contestation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement, l'inversion du risque de la preuve repose sur le fait que l'employeur, bien que défendeur à l'instance, est en fait le premier à avoir allégué le fait litigieux, la cause réelle et sérieuse. En cas de carence de l'employeur dans la charge de l'administration de la preuve des heures travaillées, le fait de donner droit au salarié s'envisagerait comme une *sanction*. Chez plusieurs auteurs, envisager une telle sanction soulève des objections au titre d'une dénaturation de l'aménagement probatoire prévu (a). Elle serait pourtant justifiée justement par la nature de la participation de l'employeur à la charge de l'administration de la preuve, obligation légale (b).

- a- Des objections contournables de la sanction automatique de la carence de l'employeur dans l'aménagement probatoire

785. Pour plusieurs auteurs, une sanction directe de la carence de l'employeur contreviendrait à « *la neutralisation de la charge de la preuve* »²²⁶⁴. Elle viendrait de plus remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond de l'existence et du nombre d'heures

²²⁶³ Modification de la disposition : l'ancien article L. 212-1-1 du code du travail disposait que « *l'employeur doit fournir* », avec la recodification en 2007 c'est passé à « *l'employeur fournit* » - cependant, l'indicatif valant impératif, cela ne devrait pas en changer la signification.

²²⁶⁴ J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, RJS 2005, p. 175 ; M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89.

travaillées²²⁶⁵. Mais cette objection confond l'évaluation réelle du nombre d'heures, qui prétend à la vérité, et la mesure de sanction, qui n'y prétend pas.

786. Une autre objection juge inadéquat de sanctionner la carence de l'employeur au cours d'un contentieux qui peut se former jusqu'à trois ans après les heures de travail litigieuses – durée de la prescription de l'action en paiement du salaire – car son obligation de conservation des documents ne dure qu'un an²²⁶⁶. On retrouve ici la confusion pour déterminer la prescription applicable entre les deux obligations, celle de présenter les « *documents existant dans l'entreprise ou l'établissement permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié* »²²⁶⁷ et celle, lors d'un contentieux sur le nombre d'heures travaillées, de fournir au juge « *les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ».

b- La justification d'une sanction automatique par la nature d'obligation légale de la participation à l'administration de la preuve

787. Une autre façon d'appréhender la carence de l'employeur justifierait une sanction directe et automatique. Il s'agit de considérer que l'employeur doit être sanctionné en cas de carence dans l'administration de la preuve car cette participation contentieuse est *une obligation légale*²²⁶⁸. Formulée au premier alinéa de l'article L. 3171-4 du code du travail, cette obligation contentieuse découle par ailleurs de son *obligation générale de contrôler la durée du travail*²²⁶⁹. L'arrêt du 18 mars 2020 le suggère d'ailleurs utilement, en soulignant la relation entre le rôle probatoire de l'employeur et son obligation de contrôler le temps de travail.

788. De plus, sanctionner ainsi l'employeur permettrait de s'assurer réellement du partage de la charge de la preuve et d'inciter très fortement l'employeur à décompter scrupuleusement le temps de travail²²⁷⁰.

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ *Ibid.*

²²⁶⁷ C. trav. art. D. 3171-16.

²²⁶⁸ Dans ce sens : R. VATINET, *Dr. soc.* 2000, p. 1018 (note sous Soc. 18 juill. 2000, n° 98-42.542, *Bull.* n° 301).

²²⁶⁹ D. JACOTOT, *JCP E* 2007, 10134 (note sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71).

²²⁷⁰ *Ibid.*

2- Le préjudice de perte de chance écarté, une occasion perdue pour la qualité du contentieux

789. Le préjudice de perte de chance apparaît pertinent pour venir sanctionner l'employeur qui, par sa carence, prive le salarié de la chance que soit établi et évalué le nombre d'heures travaillées. Pour pouvoir ainsi envisager la perte de chance, il convient de bien la définir, pour la déterminer ensuite, en la différenciant notamment du préjudice final potentiel, quant à lui irréparable (a). Cette hypothèse a cependant été rejetée par la Cour de cassation, focalisée sur le mécanisme propre à l'article L. 3171-4, alors même que la perte de chance ne lui ferait pas concurrence et pourrait s'appréhender comme une voie parallèle (b).

a- Le préjudice de perte de chance comme voie pertinente à envisager

790. La carence de l'employeur pourrait utilement donner lieu à la reconnaissance d'un préjudice pour perte de chance. En effet, lorsque la carence empêche d'établir la vérité sur l'existence et le nombre d'heures supplémentaires, elle prive le salarié de la possibilité que soient reconnues les heures travaillées. La perte de chance²²⁷¹ est définie comme « *la disparition de la probabilité d'un événement favorable* »²²⁷². Pour que le préjudice soit réparable il doit être direct, actuel et certain. La Cour de cassation rappelle donc que « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »²²⁷³. Il faut ici bien distinguer deux préjudices. Le préjudice final *potentiel* consiste dans le fait que l'évènement favorable potentiel n'aura pas lieu ; il n'est ni certain ni actuel.

²²⁷¹ Sur la chance, il y a eu longtemps qu'un ouvrage, à notre connaissance, qui n'abordait pas le préjudice pour perte de chance : A. BENABENT, *La chance et le droit*, coll. « Anthologie du Droit », LGDJ, 1973.

On se réfère ici à l'ouvrage de Laura Vitale : *La perte de chances en droit privé*, LGDJ, Paris, 2020, p. 329.

²²⁷² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. Le fait juridique*, 9^{ème} éd., A. Colin, 2001, n° 137 : « *la disparition certaine d'une éventualité favorable* ».

²²⁷³ Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-15.674, Publié. V. aussi Crim. 18 mars 1975, n° 74-92.118, *Bull. crim.* n° 79 : « *qu'en effet, l'élément de préjudice constitue par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* ». V. aussi Civ. 1^{re}, 12 oct. 1984 « *la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un évènement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime* ».

Le préjudice pour perte de chance consiste en la disparation de la chance que l'évènement survienne ; cette disparation de chance est certaine et actuelle. Pour certains auteurs, minoritaires, le préjudice pour perte de chance se confond avec ce préjudice final, et vient réparer « *le doute sur le lien de causalité* »²²⁷⁴. Selon Madame Laura Vitale, il serait défendu ici une « *théorie de l'assimilation des intérêts en présence* », selon laquelle la perte de chance est une modalité d'appréciation de la causalité²²⁷⁵. Lier ainsi préjudice pour perte de chance et préjudice final revient à se tromper sur la nature du préjudice pour perte de chance. Le préjudice pour perte de chance doit s'entendre comme un « *préjudice autonome* »²²⁷⁶. Ainsi, si la réalisation favorable de l'évènement est incertaine, car seulement probable²²⁷⁷, le préjudice pour perte de chance est certain²²⁷⁸. Dans le cas du contentieux des heures travaillées, rien ne dit que les heures supplémentaires revendiquées par le salarié ont été effectuées ni qu'elles auraient été reconnues par le juge si l'employeur avait fourni des éléments utiles. En revanche, la carence de l'employeur dans la production d'éléments utiles voire nécessaires pour que le juge puisse établir la réalité des heures supplémentaires constitue une *disparation de chance de la reconnaissance de la réalisation d'heures supplémentaires*.

791. Il s'agit ensuite de chercher à déterminer le préjudice pour perte de chance. Celui-ci n'équivaut pas à la valeur du gain espéré²²⁷⁹. Néanmoins, et sans en perdre son autonomie, le

²²⁷⁴ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité*, LGDJ, 2004, p. 238.

²²⁷⁵ L. VITALE, *La perte de chance en droit privé*, LGDJ, p. 329.

²²⁷⁶ Voir C. SINTEZ, La perte de chance, une notion en quête d'unité, *LPA* 2013, n° 218, p. 9 ; M. BACACHE, La réparation de la perte de chance : quelles limites ? *D.* 2013, p. 619.

R. SAVATIER, Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? *Dr. soc.* 1970, p. 123 ; F. CHABAS, «La perte d'une chance en droit français», dans *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, O. GUILLOD (dir.), Schulthess, 1991, p. 131.

Laura Vitale rattache ce courant sous la dénomination de « *thèse de la distinction conceptuelle* » entre le préjudice de perte de chance et le préjudice dit « final ».

²²⁷⁷ Civ. 1^{ère} 7 avril 2016, pourvoi n° 15-14.888 : « *la perte de chance implique seulement la privation d'une potentialité présentant un caractère de probabilité raisonnable et non un caractère certain* ».

²²⁷⁸ L. VITALE, *op. cit.*, p. 322, qui précise qu'il est certain mais qui plus est *actuel*. Elle renvoie notamment aux frères Mazeaud (Henri et Léon MAZEAUD, *RTD civ.* 1959, p. 91) qui dès 1959 énonçaient que « *la perte d'une chance n'est pas un préjudice hypothétique* ».

²²⁷⁹ Civ. 1^{ère} 16 juill. 1998, 96-15.380, *Bull.* n° 260 ; Soc. 18 mai 2011, 09-42.741, *Bull.* n° 119 : l'indemnité

préjudice pour perte de chance s'évalue par rapport au préjudice final. Plus exactement, il s'évalue « *par l'application à la valeur du dommage final d'un pourcentage représentant ces chances* »²²⁸⁰. Concernant le contentieux des heures travaillées, le préjudice pour perte de chance pourrait être évalué en fonction d'une multiplicité de critères, parmi lesquels la nécessité des éléments détenus ou censés être détenus par l'employeur.

b- Le préjudice de perte de chance comme voie parallèle rejetée

792. Alors que la reconnaissance du préjudice pour perte de chance s'avèrerait pertinente dans le cadre du contentieux des heures travaillées, elle a été écartée par la chambre sociale de la Cour de cassation²²⁸¹. La cour d'appel faisait droit à la demande du salarié de dommages et intérêts pour perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires effectuées. Bancale, cette solution a la mérite d'inciter très fortement l'employeur à se soumettre à l'obligation de fournir aux juges « *les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ». Mais la décision est cassée au motif que les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail « *excluent la possibilité de réparer une perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires effectuées* ». La décision de cassation repose sur l'obligation pour le juge de parvenir à « *la vérité* »²²⁸² à partir des éléments fournis par les deux parties et si besoin de mesures d'instruction. Pourtant, il aurait été possible pour la Cour de considérer qu'il s'agit ici de deux contentieux distincts, n'empiétant pas l'un sur l'autre.

allouée « *doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». V. aussi par Soc. 18 mai 2011, n° 09-42.741 Publié, obs. A. S. GINON, *Dr. ouvrier* 2011, p. 597.

²²⁸⁰ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 10^{ème} éd., 2021, p. 73 : l'indemnisation se calcule en fonction d'une part des chances d'éviter le préjudice final et de l'importance du préjudice final, dont le montant du préjudice pour perte de chance représentera une fraction.

Voir du même auteur, Sur la perte d'une chance, *RTC civ.* 1992, p. 109.

²²⁸¹ Soc. 15 oct. 2002, n° 00-40.728, *Bull.* n° 315, obs. M.-C. HALLER, *Juris. soc. Lamy* 2002, n° 113, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2002, p. 1144.

²²⁸² Dans ce sens-là, Marie-Paule Coupillaud considère que le rejet du préjudice pour perte de chance s'explique notamment par l'obligation pour le juge saisi d'un contentieux des heures travaillées de se fonder sur *la réalité* (M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89). Sur la recherche de la « vérité » qui guiderait le droit de la preuve, voir : J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980, p. 177.

Dans le cadre d'une saisine pour reconnaissance des heures supplémentaires, le juge doit prononcer une décision, sur la base des éléments portés à sa connaissance au titre de l'article L. 3171-4 du code du travail. Mais cela ne devrait pas interdire au salarié de considérer que la carence de l'employeur a empêché que l'existence des heures supplémentaires soit entièrement révélée et d'invoquer la perte de chance. En ce sens, il s'agit d'une voie parallèle à l'application de l'article L. 3171-4 du code du travail, et non concurrente.

793. La Cour a eu également l'occasion de préciser que le juge ne peut substituer à une demande d'heures supplémentaires une condamnation à des dommages et intérêts. La solution est rendue au double visa de l'ancien article L. 212-1-1 du code du travail et de l'article 4 du code de procédure civile, selon lequel c'est aux parties de déterminer l'objet du litige²²⁸³. Elle se justifie aussi du fait que le paiement des heures supplémentaires représente une obligation de payer et non de faire. Les juges peuvent donc en prononcer une exécution forcée. La reconversion de la demande en dommages et intérêts compensatoires n'est pas nécessaire²²⁸⁴.

II- UNE PRISE EN COMPTE DE LA CARENCE PAR LES JUGES

794. Si la carence de l'employeur n'entraîne pas de sanction autonome, légale comme jurisprudentielle, des arrêts de la Cour de cassation témoignent cependant d'une prise en compte d'une telle carence dans le contentieux des heures travaillées. Elle peut entrer en considération dans l'appréciation faite des éléments apportés, ou non apportés justement, par les parties (A). Mais, elle peut aussi mener le juge à réagir à cette carence, par des mesures d'instruction ou d'intervention, notamment dans l'objectif d'impliquer coûte que coûte l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées (B).

A- LA CONSIDÉRATION DE LA CARENCE DE L'EMPLOYEUR DANS L'APPRÉCIATION DES ÉLÉMENTS APPORTÉS

²²⁸³ Soc. 23 fév. 2005, n° 02-42.552, *Bull.* n° 69, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2005, p. 575.

L'article du 5 du code de procédure civile dispose quant à lui que « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

²²⁸⁴ C. RADÉ, *op. cit.*, 2005, p. 575.

795. Les juges vont pouvoir prendre en considération la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve. Il convient de préciser les types de carences qui font l'objet de considérations par les juges (1), avant d'indiquer les formes que celles-ci prennent dans leurs décisions (2).

1- La considération de différents types de carences

796. L'employeur peut commettre plusieurs types de carences dans l'administration de la preuve. Il y a d'une part la carence « simple », c'est-à-dire le fait de manquer à son obligation de participer à l'administration de la preuve (a). Mais la carence peut, en plus, découler d'un manquement de son obligation d'établir et de conserver des documents de décompte, ce que les juges mettent alors en exergue (b).

a- La carence simple : le manquement à son obligation de participer à l'administration de la preuve

797. Des arrêts isolés de la Cour de cassation choisissent de souligner la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve comme un élément à prendre en compte par les juges du fond. Dès 1996, la Cour de cassation valide la cour d'appel qui a pris en compte le fait que l'employeur n'ait présenté « *aucun élément sur la demande au titre des heures supplémentaires* »²²⁸⁵. Plus expressément encore, un arrêt du 28 novembre 2000 considère que la cour d'appel qui a rejeté la demande d'heures supplémentaires du salarié a violé l'article L. 212-1-1 « *en se déterminant au vu des seuls éléments fournis par le salarié, et alors qu'elle avait relevé la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve* »²²⁸⁶. Dans son rapport annuel de 2004, la Cour de cassation affirme qu'« *il peut être tenu compte de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve pour accueillir les prétentions du salarié* »²²⁸⁷.

798. Notons qu'un arrêt de 2001 prend par ailleurs le soin de soulever l'attitude de l'employeur qui refuse de présenter des éléments de preuve qu'il détient pourtant²²⁸⁸. La

²²⁸⁵ Soc. 17 juill. 1996, n° 94-44.699, inédit.

²²⁸⁶ Soc. 28 nov. 2000, n° 98-44.901, inédit.

²²⁸⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La vérité*, 2004, p. 190.

²²⁸⁸ Soc. 23 mai 2001, n° 99-43.625, inédit ; 23 mai 2001, n° 99-43.625, inédit.

situation est celle en effet de l'employeur qui détient effectivement des documents utiles et se refuse à les fournir au juge. La carence qui en découle en devient entièrement délibérée. Elle suggère peut-être surtout que la production par l'employeur de ces éléments ne jouerait pas en sa faveur, autrement dit cette carence s'entendrait particulièrement comme un aveu de sa part de la réalité des dires du salarié.

799. Depuis l'arrêt du 18 mars 2020, la quasi-totalité des arrêts de la Cour de cassation reprochent aux cours d'appel de débouter les salariés, alors qu'ils avaient présenté des éléments suffisants à l'appui de leur demande et que les employeurs n'avaient fourni aucun élément²²⁸⁹. Ces arrêts concluent que les juges du fond ont violé l'article L. 3171-4 du code du travail en faisant peser sur le seul salarié la charge de la preuve.

- b- La carence par un manquement en cascade : le manquement à la participation à l'administration de la preuve par le manquement aux obligations d'établir et de conserver les documents de décompte

800. Certains arrêts se réfèrent à la carence de l'employeur dans ses obligations à établir ou conserver des documents de décompte. Le manquement à ces obligations devient un élément en défaveur de l'employeur dans le cadre de l'appréciation de l'existence et du nombre d'heures travaillées. Ont été ainsi visées les obligations réglementaires d'enregistrer et de récapituler le temps travaillé, qu'elles soient générales²²⁹⁰ ou spécifiques²²⁹¹, et celles conventionnelles²²⁹². L'obligation légale de conservation des documents²²⁹³ a pu aussi être mise en avant. Cependant, la Cour de cassation prend soin de ne pas limiter l'obligation

²²⁸⁹ Voir, par exemple : Soc. 30 sept. 2020, n° 18-21.724, inédit ; 21 oct. 2020, n° 18-26.697, inédit ; 12 nov. 2020, 19-11.317, inédit ; 3 fév. 2021, n° 19-20.375, inédit.

V. aussi not. Soc. 29 sept. 2021, n° 20-12.972, n° 20-12.977, n° 20-12.984, n° 20-12.988, n° 20-12.990, n° 20-12.991, n° 20-12.993, n° 20-12.994, n° 20-12.997, n° 20-13.003, n° 20-13.007, inédits : l'employeur ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail.

²²⁹⁰ Soc. 5 juin 2002, n° 00-44.851, inédit ; 16 déc. 2005, n° 03-48.221, inédit.

²²⁹¹ Soc. 2 fév. 1999, n° 96-44.532, *Bull.* n° 50 (décret 84-464 du 14 juin 1984 : obligation réglementaire spécifique aux exploitations agricoles de consigner quotidiennement divers éléments relatifs au temps de travail).

²²⁹² Soc. 16 déc. 2005, n° 03-48.221, inédit (sont visés les articles 21 et 22 de la convention collective Hôtels restaurants) ; voir dans le même secteur Soc. 24 mars 1999, n° 97-40.523, inédit ; 10 janv. 2012, n° 10-28.027, *Bull.* n° 3.

²²⁹³ Soc. 13 oct. 1998, n° 96-42.373, inédit.

probatoire aux seules obligations d'établir et de conserver les documents de décompte *stricto sensu*. Ainsi, dans un arrêt du 5 juin 2022, la Cour de cassation reproche à l'employeur à la fois son inexécution de l'obligation légale d'enregistrer le temps de travail *et* de ne pas avoir « *fourni d'autres éléments de preuve des heures effectuées* »²²⁹⁴.

La prise en compte de l'inexécution par l'employeur de ses obligations de décompte du temps de travail est une façon d'apprécier la carence de l'employeur dans la participation à la production d'éléments de preuve. L'employeur qui ne présente aucun élément serait d'autant plus fautif que cette carence résulte de cette inexécution.

2- Les règles imposées au juge dans la considération de la carence

801. Souvent traitée par les juges *comme une absence de preuve contraire présentée par l'employeur*²²⁹⁵, la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve permet d'accorder plus de poids aux éléments présentés par le salarié²²⁹⁶. Dans un arrêt du 25 avril 2001, la Cour de cassation souligne par exemple que, face à l'employeur qui « *ne démonstr[e] pas l'inexactitude du décompte détaillé établi* » par le salarié²²⁹⁷, les juges du fond pouvaient « *sans violer les règles gouvernant la preuve, décider que la preuve des heures supplémentaires était rapportée* ». Cette démarche des juges du fond doit composer avec l'obligation pour eux de se fonder sur les éléments des deux parties (a). En revanche, elle autorise la décision du juge de reconnaissance et d'évaluation des heures travaillées à s'écarter, de façon assumée, de la réalité (b).

²²⁹⁴ Soc. 5 juin 2002, n° 00-44.851, inédit.

²²⁹⁵ Voir explicitement Soc. 24 mars 2004, n° 01-43.875, *Bull.* n° 96. V. aussi : Soc. 25 avril 2001, n° 99-43.056, inédit.

²²⁹⁶ R. VATINET, *Dr. soc.* 2000, p. 1018 (note sous Soc. 18 juill. 2000, n° 98-42.542, *Bull.* n° 301). Voir Soc. 10 mai 2000, n° 98-40.736, inédit ; 23 mai 2001, n° 99-43.625, inédit ; 6 nov. 2001, n° 99-44.501, inédit ; 24 mars 2004, n° 01-43.875, *Bull.* n° 96.

²²⁹⁷ La Cour de cassation se livre à un contrôle de légalité léger : elle considère la solution de la cour d'appel comme une possibilité et non comme une nécessité à laquelle elle devait aboutir.

- a- L'obligation de se fonder sur les éléments des deux parties : la carence de l'employeur comme un élément négatif

802. L'article L. 3171-4 du code du travail impose au juge de se fonder sur les éléments *des deux parties*. La Cour de cassation valide alors les arrêts d'appel dès lors que les juges ont formé leur conviction « *au vu des éléments fournis par les deux parties* »²²⁹⁸. La carence de l'employeur ne permet pas de se fonder sur les seuls éléments des salariés²²⁹⁹, ce qui reviendrait à lui faire porter la charge de la preuve. Elle est un élément à part entière, qui pèse dans la décision du juge en la défaveur de l'employeur. En d'autres termes, la carence de l'employeur est un « élément négatif » sur lequel les juges choisissent de se fonder²³⁰⁰.

Ajoutons cependant que la prise en compte par les juges de cette carence devrait être une obligation imposée aux juges, et non laissée à leur appréciation souveraine. Alors que la Cour de cassation l'imposait justement²³⁰¹, des formulations ultérieures²³⁰² suggèrent que cela n'est finalement plus qu'une possibilité.

803. La valeur à donner à cette carence ne doit relever logiquement que de l'appréciation souveraine des juges du fond. La carence ne saurait cependant amener les juges à reconnaître une présomption du bien-fondé de la demande du salarié comme cela a pu être défendu²³⁰³. Cela reviendrait en effet à une sanction automatique de la carence dans l'administration de la preuve, qui a été rejetée par le droit positif²³⁰⁴.

²²⁹⁸ Soc. 17 juill. 1996, n° 94-44.699 ; 24 mars 1999, n° 97-40.523 (employeur du secteur de l'hôtellerie n'avait pu produire le registre obligatoire des horaires, le conseil de prud'hommes avait dit que la méconnaissance de cette obligation ne pouvait être considérée comme une preuve en faveur du salarié et avait, sur la base de l'analyse d'autres éléments de preuve, fait droit à la demande du salarié).

²²⁹⁹ Certains arrêts l'entendaient ainsi.

²³⁰⁰ Voir D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002, p. 121 (« *se déterminer au vu des éléments omis* », surtout s'ils sont obligatoires, mais il doit impérativement motiver sa décision au seul vu des éléments effectivement remis) ; H. ROSE, *Durée du travail : réglementation du temps de travail*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2022, p. 381.

²³⁰¹ Soc. 1 fév. 2000, n° 97-44.475 à n° 97-44.477, inédits ; 6 nov. 2001, n° 99-44.501, inédit.

²³⁰² Voir Soc. 24 mars 2004, no 01-43.875, *Bull.* n° 96.

²³⁰³ R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 201 : Pour que chaque plaideur doive collaborer à la manifestation de la vérité, et que le juge prenne en compte « *à titre de présomption, la bonne ou la mauvaise volonté apportée par chacun dans la recherche des preuves* ».

²³⁰⁴ V. Paragraphe 778.

b- L'autorisation de s'écarter de la réalité du temps travaillé

804. Dans une certaine mesure, la carence de l'employeur va autoriser une forme de « fiction » dans la recherche de la vérité. Les heures invoquées par le salarié pourront être reconnues par le juge, quand bien même les éléments présentés par le salarié ne sont pas *probants*. Se pose alors la question de savoir quels éléments présentés par le salarié le permettent. On remarque que là où la Cour de cassation accepte que les juges du fond donnent ainsi droit à la demande des salariés, ceux-ci avaient présenté des éléments précis, tels que des relevés horaires²³⁰⁵. Par ailleurs, l'affirmation de la Cour dans son rapport annuel de 2004 selon laquelle les juges peuvent prendre en compte la carence de l'employeur à la faveur du salarié est concomitante avec l'instauration de la notion d'étalement comme condition à la recevabilité de la demande du salarié²³⁰⁶, c'est-à-dire avec le moment où on exige davantage du salarié. En d'autres termes, la prise en compte de la carence intervient à un stade où la demande du salarié doit être étayée, c'est-à-dire appuyée par des éléments précis. Depuis l'abandon de la notion d'étalement en 2020, la question des éléments présentés par le salarié, qui suffisent à donner droit à sa demande face à la carence de l'employeur, se pose à nouveau. Pour emporter la conviction du juge aux côtés de la carence de l'employeur, on peut toutefois supposer que ceux-là se devront d'être assez précis.

805. Une autre question concerne la motivation du jugement, exigée par l'article 455 du code de procédure civile. En effet, au vu du refus par le droit positif que la carence de l'employeur puisse justifier, en tant que sanction, de faire droit à la demande du salarié, les juges du fond doivent motiver leur décision au regard de la réalité des heures travaillées. La Cour de cassation exige ainsi des juges du fond d'indiquer le mode de calcul et le raisonnement adoptés, au risque sinon de priver de base légale leur décision²³⁰⁷. Dans la même logique, la Cour de cassation casse les décisions d'appel qui procèdent par *extrapolation*, en se fondant sur une période où la preuve des heures est rapportée et en l'étendant sur une période plus

²³⁰⁵ Soc. 13 oct. 1998, n° 96-42.373, inédit ; 25 avril 2001, n° 99-43.056, inédit : le salarié avait présenté des « *fiches de travail précisant ses horaires journaliers* ».

²³⁰⁶ Rapport annuel de la Cour de cassation, *La vérité*, 2004, p. 190 : c'est « *lorsqu'un salarié produit des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires* » que la carence dans l'administration de la preuve peut être prise en compte.

²³⁰⁷ Soc. 13 oct. 2004, n° 02-43.274, inédit.

longue²³⁰⁸. Plus généralement, l'évaluation forfaitaire des sommes allouées au salarié est interdite²³⁰⁹. Ces interdictions empêchent les juges de procéder à une appréciation approximative des heures travaillées.

Des arrêts du 4 décembre 2013 viennent assouplir quelque peu ce cadre. Après avoir rappelé que l'évaluation forfaitaire est interdite, ils ajoutent que la cour d'appel n'est pas « tenue de préciser le détail du calcul appliqué » dans son évaluation souveraine des heures supplémentaires. L'appréciation souveraine des juges du fond est bien sûr à l'œuvre dans tout le contentieux des heures travaillées, l'existence et le nombre des heures étant un élément de fait. La nouveauté réside ici dans la dispense du détail du calcul des créances salariales se rapportant aux heures supplémentaires. Cette nouveauté est intégrée, et donc confirmée, dans la décision du 18 mars 2020. Cette souplesse permise aux juges du fond est appréciable en ce qu'elle évite qu'un blocage dans l'accès à certaines preuves ne soit préjudiciable au salarié. Elle ne saurait en revanche autoriser le juge à ne pas procéder aux recherches et investigations qui lui incombent quant à la réalité des heures travaillées²³¹⁰.

B- L'ACTION DU JUGE FACE À LA CARENCE DE L'EMPLOYEUR

806. En France, la procédure civile se veut accusatoire. Selon l'article 2 du code de procédure civile, le procès est conduit par les parties, qui ont l'initiative du procès et des étapes de son déroulé. Fondamentalement, le « principe dispositif » veut que le procès soit « *la chose des parties* »²³¹¹. Au fil du procès, le juge n'est pour autant pas complètement passif, tel un arbitre qui compterait les points et proclamerait à la fin le vainqueur. Il dispose en effet de différents moyens d'immixtion, parmi lesquels les mesures d'instruction et autres mesures d'intervention dans l'administration de la preuve. Issues des réformes relatives au *Nouveau code de procédure civile* au début des années 1970²³¹², ces mesures atténuent la logique

²³⁰⁸ Soc. 12 mai 2010, n° 09-40.933, inédit.

²³⁰⁹ Soc. 8 juin 2010, n° 08-42.825, inédit ; 12 déc. 2012, n° 11-23.769 et 11-23.815, inédits ; 9 janv. 2013, n° 11-18.790, inédit ; 4 déc. 2013, n° 12-22.344, *Bull.* n° 299, n° 12-11.886, *Bull.* n° 296, obs. B. GAURIAU, *Dr. soc.* 2014, p. 391, note M. MORAND, *JCP S* 2014, 1081, obs. G. PIGNARRE, *RDT* 2014, p. 267.

²³¹⁰ M. MORAND, *JCP S* 2014, 1081.

²³¹¹ Sur ces principes voir D. MOUGENOT, *Principes du droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 92 et s.

²³¹² Décret n° 71-740 du 9 sept. 1971 (article 10 et 11) et décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 sur la production de pièces détenues par des tiers ou par une partie (à l'époque, articles 73 à 77).

accusatoire. Cela n'est pas sans soulever des critiques de la part de ceux qui y voient un risque d'une intrusion trop importante du juge²³¹³. Mais le rôle accordé au juge permet, dans une certaine mesure, de réagir à des déséquilibres entre les parties dans l'accès à la preuve. Plus largement encore, cet aspect inquisitoire de la procédure civile se fait au service de la recherche de la manifestation de la vérité²³¹⁴.

Le juge peut procéder à deux types de mesures. Les premières sont des mesures d'instruction, constituant à créer des pièces pour résoudre le contentieux. Utiles, ces mesures ne sont autorisées que pour aider le *salarie* dans la recherche de vérité, elles ne sauraient être demandées par l'employeur fautif de sa carence dans l'administration de la preuve (1). Mais, plus spécifiquement peut-être au contentieux des heures travaillées dans lequel l'employeur est *censé* détenir un grand nombre d'éléments, les mesures d'intervention visant à inciter ou forcer à la production de pièces ne devraient pas être négligées (2).

1- Les mesures d'instruction : la création de pièces

807. D'après l'article 10 du code de procédure civile, « *le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ». Ce pouvoir est rappelé par des dispositions du code du travail spécifiques au procès prud'homal²³¹⁵. Ainsi, en rappelant

²³¹³ Des inquiétudes que le juge soit trop invasif : voir C. BRAHIC-LAMBREY, *La production forcée*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2012 ; P. HEBRAUD, *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge*, *Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse*, t. XXCI, Université des Sciences sociales, 1978, p. 379 ; R. PERROT, *RTD civ*, 2007, p. 178 (obs. sous Civ. 2^{ème} 12 oct. 2006, n° 05-12.835, *Bull.* n° 267) : contre la recherche par le juge de la « vérité objective » qui ne lui est pas demandée ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016 : idée que la neutralité exigée du juge implique sa passivité dans la recherche de la preuve (il renvoie notamment à G. M. SESCOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, thèse 1920, p. 22.

²³¹⁴ Voir très tôt Chambre des Requêtes 17 juin 1879 (cité par C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*, §4) : « *dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent [...] ordonner la production de certaines pièces* ». J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 22 (V. aussi la thèse de cet auteur : *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Nantes, 1991). Il renvoie aussi à Henri Motulski pour qui, dans un procès marquant la manifestation d'un déséquilibre social, le juge se doit de rétablir l'harmonie cassée ; avec cette idée que si l'intervention du juge revient effectivement souvent à contrarier une des parties, et jouer concrètement sur l'attribution de la charge de la preuve (voir P. HEBRAU, *op. cit.*, p. 379), l'intérêt public « *d'harmonie* » surpasse les intérêts individuels des parties en cause.

²³¹⁵ C. trav. art. R. 1454-14 : le Bureau de Conciliation et d'Orientation peut ordonner : 3° *toute mesure*

que le juge forme notamment sa conviction « *après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* », l'article L. 3171-4 du code du travail ne crée aucun droit. Il s'agit alors manifestement d'une incitation du législateur faite au juge d'utiliser si besoin son pouvoir d'instruction²³¹⁶. Le juge conserve bien sûr son appréciation souveraine quant à l'opportunité de l'instruction²³¹⁷. Le recours à cette dernière n'en demeure pas moins hautement souhaitable dès lors que les éléments en présence ne suffisent pas à faire la lumière sur la réalité des heures supplémentaires.

Des expertises ou auditions aident ainsi à établir la réalité des heures travaillées, au regard de la situation individuelle du salarié mais éventuellement aussi des autres salariés de son service. Des expertises peuvent également permettre d'établir la charge de travail du salarié afin de déterminer à combien de temps elle correspond. L'article 145 du code de procédure civile offre par ailleurs une arme probatoire au salarié, permettant à tout intéressé de demander d'ordonner, « *s'il existe un motif légitime, de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* ». En prévision d'un contentieux prud'homal, le salarié pourrait valablement demander au juge d'ordonner une mesure de conservation de documents de décompte.

808. Ces mesures d'instruction sont-elles pour autant autorisées en cas de carence de l'employeur ? La question se pose eu égard à l'article 146 du code de procédure civile, selon lequel « *une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* » et ajoute qu' « *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie*

d'instruction, même d'office, 4° toute mesure nécessaire à la conservation.... V. aussi C. trav. art. R. 1454-4 sur le conseiller rapporteur, alinéa 3 mesures d'instruction et de conservation.

²³¹⁶ D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002, p. 120 ; J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 3/05, p. 175. *Contra* F.-J. PANSIER, La preuve des heures supplémentaires, *Cah. soc.* 1998, n° 105, p. 309.

Avant 1992, voir par ex : Soc. 28 nov. 1968, *Bull.* n° 543 : incertitude complète sur la réalité de l'exécution d'heures supplémentaires, mais juges du fond ne sont pas tenus d'ordonner une mesure d'instruction s'ils s'estimaient suffisamment renseignés par les documents en cause pour statuer sur l'absence de preuves. Parions que cet position des juges du fond auraient été critiquée (ou du moins aurait dû l'être) après la législation de 1992.

²³¹⁷ Soc. 20 janv. 1999, n° 96-45.600, inédit, voir J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 2005, p. 175 ; 15 oct. 2002, n° 00-41.759, *Bull.* n° 306.

dans l'administration de la preuve ». Autrement dit, « *l'abstention délibérée d'une partie d'apporter à l'administration de la preuve d'un fait qu'elle allègue le concours qu'elle a la possibilité de fournir* »²³¹⁸ ne peut être palliée par une action du juge à son service. Ainsi, l'article 146 du code de procédure civile a pour objet d'empêcher qu'une partie se repose sur le juge dans l'administration de la preuve d'un fait qu'elle allègue et dont la charge lui revient normalement²³¹⁹. Mais le partage probatoire dans le contentieux des heures travaillées complexifie les choses. Le salarié allègue un fait mais en partage avec l'employeur la charge de l'administration de la preuve. On ne saurait alors valablement interdire une mesure d'instruction sur ce fait allégué par le salarié, qui a apporté de son côté les éléments suffisants, et dont la carence de l'employeur empêche la conviction du juge de se former²³²⁰. Si une telle carence de l'employeur dans l'administration de la preuve ne saurait faire obstacle à la mesure d'instruction, elle la motive plus encore. Dans un arrêt du 18 juillet 2000, la Cour de cassation considère ainsi que l'absence de justification fournie par l'employeur autorise le juge à ordonner une mesure d'instruction²³²¹.

En revanche, aucune mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait allégué par l'employeur sur les heures travaillées, alors même que se constaterait sa propre carence dans l'administration de la preuve.

2- Les mesures d'intervention : la production de pièces incitée ou forcée

809. Lorsque l'employeur refuse de produire des documents utiles qu'il détient pourtant, il peut s'avérer pertinent de tenter de se procurer ces documents, plutôt que d'ordonner une mesure d'instruction. En d'autres termes, face à la carence délibérée de l'employeur²³²², la

²³¹⁸ Voir J.-M. LE MASSON, La recherche de la vérité dans le procès civil, *Droit et société*, n° 38, 1998.

²³¹⁹ L'alinéa 2 de l'article doit s'entendre comme l'interdiction d'ordonner une mesure d'instruction « *en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* » du fait qu'elle allègue. Les alinéas 1 et 2 doivent être lus ensemble. Voir N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, p. 134 : c'est la partie qui a allégué le fait objet de la potentielle mesure d'instruction qui ne peut demander une mesure d'instruction pour pallier sa propre carence – prolongement de l'article 9 du code de procédure civile selon lequel c'est aux parties de prouver les faits nécessaires au succès de leur prétentions.

²³²⁰ *Contra* J.-M. GASSER, La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 2005, p. 175.

²³²¹ Soc. 18 juill. 2000, n° 98-42.542, *Bull.* n° 301, note R. VATINET, *Dr. soc.* 2000, p. 1018 (V. aussi Soc. 13 oct. 1998, n° 96-42.373).

²³²² Voir le paragraphe 798.

réaction adéquate et logique serait de l'enjoindre à les produire, non seulement du fait des règles générales de procédure selon lesquelles chacun est tenu d'apporter son concours à la vérité²³²³ mais aussi, spécifiquement, de l'article L. 3171-4 du code du travail. Si l'invitation adressée à l'employeur de produire des pièces détenues a peu de chance d'aboutir (a), la production forcée s'avère en revanche particulièrement opportune (b).

a- La vaine invitation à la production de pièces ?

810. Dans une démarche minimale, le juge peut toujours inviter les parties à produire des pièces, comme lui permettent les articles 8 et 446-3 du code de procédure civile. Mais c'est encore l'article L. 3171-4 du code du travail qui semble constituer la disposition déterminante²³²⁴. C'est pour violation de cette disposition légale que la Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui s'était déterminé « *sur la base des seuls éléments de preuve fournis par le salarié, sans avoir invité l'employeur à lui fournir les éléments de nature à justifier du nombre d'heures hebdomadaires de travail effectivement réalisées par celui-ci* »²³²⁵. Par cet arrêt du 31 mai 2000, la Cour de cassation se refuse à laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond l'opportunité d'inviter l'employeur à lui fournir lesdits éléments. N'est pas visé ici la faculté créée par l'article 8 du code de procédure civile²³²⁶ – qui, elle, reste toujours à l'appréciation souveraine des juges du fond. La cassation a été prononcée en raison de la spécificité probatoire du contentieux des heures travaillées par lequel l'employeur *doit* fournir ces éléments au juge. Si les juges du fond *doivent* inviter l'employeur à les lui fournir, c'est dans l'optique de s'assurer du respect de cette obligation patronale. Cependant, la demande du juge restera toujours une *invitation*. Elle n'est pas une injonction. Bien qu'on puisse légitimement admettre que le silence de l'employeur face à une telle invitation amplifie son caractère fautif, l'invitation n'a par essence pas de valeur obligatoire envers son destinataire.

²³²³ C. civ. art. 10.

²³²⁴ Dans un autre arrêt rendu en 2015, la Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui rejette la demande du salarié car ses écritures disaient qu'un décompte était établi mais était absent du dossier ; la Cour considère que la cour d'appel aurait dû inviter les parties à s'expliquer sur cette absence (Soc. 14 janv. 2015, n° 13-23.572). Ce qui est intéressant dans cet arrêt c'est son visa, l'article 16 du code de procédure civile sur le principe du contradictoire que le juge doit faire respecter.

²³²⁵ Soc. 31 mai 2000, n° 98-42.291.

²³²⁶ On pourrait dire aussi que l'article 3 du même code y participe en ce qu'il dispose que le juge s'assure du bon déroulement de l'instance.

De plus, lorsque la carence de l'employeur est *délibérée*, l'invitation à une obligation connue par l'employeur, et à laquelle il refuse de se soumettre, n'aura certainement que très peu d'efficacité.

b- L'opportune production forcée de documents

811. Dans la situation d'une carence dans l'administration de la preuve, la *production forcée* de documents apparaît la plus opportune. Action *ad exhibendum*, elle consiste en la demande d'un plaideur d'obtenir la production d'une pièce détenue par l'autre partie ou un tiers. Alors qu'on a pu considérer que l'adage *nemo tenetur edere contra se*, selon lequel « *personne n'est tenu de produire une pièce contre soi* », y faisait obstacle, l'adage n'est pas consacré en droit positif et renvoie à une lecture strictement individualiste du procès aujourd'hui remise en cause²³²⁷. D'abord interdite²³²⁸ puis autorisée à partir de 1972²³²⁹, la production forcée de pièces est régie par les articles 138 à 142 du code de procédure civile. Évoquée également par l'article 11 du même code, la mesure figure alors parmi les « *principes directeurs du procès* ». La production forcée de pièces détenues par un tiers peut éventuellement être ordonnée, comme des communications passées avec des clients ou des commandes qui établiraient des horaires de travail. Mais ce qui nous intéresse ici est avant tout la solution que représente la production forcée de pièces détenues par l'employeur qu'il se refuserait de fournir. Elle participe au respect d'un ensemble de principes directeurs du procès, parmi lesquelles l'équité et l'égalité des armes²³³⁰ et la loyauté²³³¹ et le respect du principe du contradictoire²³³². L'absence d'une telle mesure reviendrait, en fait, à admettre un « *droit à la dissimulation* »²³³³.

812. Quelles types de pièces sont concernées par la production forcée ? La question plus précise qui s'est posée est de savoir s'il s'agit de pièces que l'employeur est tenu légalement

²³²⁷ Sur ce point voir N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, p. 50 et s.

²³²⁸ Civ. 31 mai 1954, *Bull.* n° 146.

²³²⁹ Décret n° 72-684 du 20 juill. 1972 (article 73 à 77).

²³³⁰ C. VIGNEAU, *L'inéquitable procès prud'homal*, *RJS* 2013, p. 363.

²³³¹ D. CHOLET, *Droit et pratique de la procédure civile*, coll. « Dalloz Action », Dalloz, 2021-2022, chap. 451.

²³³² C. BRAHIC-LAMBREY, *La production forcée*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2012, § 39, et Soc. 14 janv. 2015, n° 13-23.572 (au visa de l'article 16 du code de procédure civile).

²³³³ Voir R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé*, t. 1, Les cours de droit, 1972-1973, p. 364.

de délivrer. Dans un arrêt de 1995, le bureau de conciliation ordonne à une entreprise la remise à la salariée des fiches de pointages journaliers du temps de travail sur une période de trois ans. Dans son pourvoi, l'entreprise faisait valoir que le conseil de prud'hommes avait excédé ses pouvoirs, limités par l'article R. 516-18 du code du travail²³³⁴, en ordonnant la délivrance de pièces que l'employeur n'était pas légalement tenu de délivrer. La Cour de cassation rejette le pourvoi en choisissant de se fonder sur un autre alinéa de l'article qui donne au conseil de prud'hommes le pouvoir d'ordonner « *toute mesure d'instruction, même d'office* »²³³⁵. Cet arrêt a le mérite de soutenir le rôle actif du juge dans la recherche de la vérité, et se comprend d'autant plus ici que le juge sait que l'employeur détient les documents. Le rattachement aux « *mesures d'instruction* » est critiquable²³³⁶, car il s'agissait ici d'une mesure de production forcée et non d'une mesure d'instruction, sauf à entendre largement les « *mesures d'instruction* » visées par l'article R. 1454-15 du code du travail. Ainsi, la production forcée, possible à tout moment de la procédure, n'exige pas de porter sur un élément que l'employeur est tenu légalement de posséder. Notons par ailleurs que les articles 142 et 11 du code de procédure civile parlent, concernant la production forcée, des « éléments de preuve », dans une formule qui se veut donc très large. Cette position a pu être confirmée, plus généralement, dans un arrêt du 20 janvier 2010²³³⁷ dans lequel l'employeur faisait notamment valoir qu'aucune disposition légale ne lui imposait de communiquer le registre du personnel, la cour d'appel n'étant pas admise alors à se fonder sur son refus de la communiquer. Le pourvoi est rejeté et la Cour admet qu'une telle demande est possible.

En revanche, les pièces dont la production est ordonnée, doivent être identifiées ou identifiables²³³⁸. Le juge ne saurait ordonner à l'employeur la production par exemple de

²³³⁴ Actuellement : C. trav. art. R. 1454-14.

²³³⁵ Soc. 7 juin 1995, n° 91-42.604, *Bull.* n° 187, obs. Y. DESDEVICIS, *Dr. soc.* 1995, p. 838, V. aussi là-dessus M.-P. COUPILLAUD, La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89.

²³³⁶ Y. DESDEVICIS, *Dr. soc.* 1995, p. 838.

²³³⁷ Soc. 20 janv. 2010, n° 08-46.697, Publié.

²³³⁸ J.-M. LE MASSON, La recherche de la vérité dans le procès civil, *Droit et société*, n° 38, 1998 ; article 139 parle de « la » pièce ou l'acte, la pièce doit être identifiée ou au moins identifiable (C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*). Voir Civ. 2^{ème} 17 nov. 1993, n° 92-12.922, inédit : « *c'est à bon droit que la cour d'appel énonce qu'il n'est pas possible de condamner sous astreinte une partie ou un tiers à produire des pièces sans que leur existence soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable* ».

« tout document de décompte utile » mais peut ordonner, par exemple, celle « des pointages quotidiens » ou encore « des récapitulatifs hebdomadaires » sur une période donnée²³³⁹.

813. Il faut maintenant préciser que la production forcée ne peut en principe être ordonnée qu'à la demande des parties²³⁴⁰, bien que ce principe puisse être discuté²³⁴¹. Ceci dit, le juge est autorisé, dans les faits, à suggérer au salarié de faire une telle demande²³⁴², ce que facilite d'ailleurs le fait que la demande s'effectue sans forme²³⁴³. De plus, l'oralité de la procédure prud'homale a justifié une réglementation spéciale qui autorise le juge à « mettre en demeure [les parties] de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer ». Sans constituer strictement une production forcée au sens de la procédure civile, cette disposition autorise le juge prud'homal à exiger de l'employeur la production de tout document utile.

814. Enfin, il nous faut nous demander ce qu'engendre le refus de l'employeur de se soumettre à l'ordonnance d'injonction de produire tel ou tel document.

Tout d'abord, alors que les articles 11 et 141 du code de procédure civile prévoient expressément que la production de pièces détenues par des tiers peut être refusée en cas

²³³⁹ Ajoutons seulement ici que l'article 146 du code de procédure civile ne s'applique pas, la production forcée n'étant pas une mesure d'instruction. Voir Soc. 27 janv. 2021, n° 18-18.528 : casse une décision d'appel qui rejetait la demande de la société au motif qu'elle ne pouvait exiger la production forcée de pièce pour suppléer sa carence dans l'administration de la preuve. La Cour considère que la cour d'appel ajoute ici une condition qui n'existe pas dans les textes.

²³⁴⁰ Dans ce sens-là : D. CHOLET, *op. cit.*, chap 451 ; M. POUMAREDE, P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. « Dalloz action », Dalloz, chap. 4152. Se fondent sur : Civ. 1^{ère} 21 oct. 1975, n° 75-12.739, *Bull.* N° 281.

²³⁴¹ Selon l'arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 21 octobre 1975 (note précédente), il ne saurait être reproché à l'arrêt attaqué de n'avoir pas ordonné la production du document qui n'avait pas été demandée devant les juges. Une interprétation stricte de l'arrêt se limite à considérer qu'en l'absence de demande de toute manière on ne peut pas reprocher au juge de ne pas avoir ordonné la mesure ; l'arrêt ne dit rien en lui-même sur la *faculté* de l'ordonner d'office. Cette position-ci est rappelée sans ambiguïté par un arrêt un an après (Civ 2^{ème}, 22 janv. 1976, n° 74-14.935, *Bull.* n° 24).

²³⁴² Civ. 2^{ème} 12 oct. 2006, n° 05-12.835, *Bull.* n° 267, note R. PERROT, *RTD civ.* 2007, p. 178.

²³⁴³ CPC art. 139 auquel renvoie l'article 142 sur la production forcée de pièces détenues par une partie. Dans ce sens-là : C. BRAHIC-LAMBREY, *La production forcée*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2012, §9. La suggestion peut être explicite ou implicite : l'invitation du juge à l'employeur à produire tel ou tel document (art 8 et 10 code de procédure civile) peut inciter le salarié à en faire la demande.

d'« *empêchement légitime* », l'exception n'est pas prévue au bénéfice des parties. L'article 10 du code civil, qui porte largement sur la collaboration de chacun à la manifestation de la vérité, prévoit qu'un « *motif légitime* » autorise à s'y soustraire. L'employeur pourrait donc invoquer cet article général. Cependant, il reste que le législateur a manifestement souhaité différencier l'injonction envers un tiers et celle envers une partie sur cette question du refus pour un motif légitime, exprimant donc une plus grande rigueur envers les parties. Qu'engendre alors un refus injustifié de l'employeur ? Au vu de l'article 10 du code civil, il semble possible d'envisager le versement de dommages et intérêts ou une mise sous astreinte. Une sanction probatoire est également possible. Plusieurs dispositions autorisent en effet le juge à tirer les conséquences de l'abstention ou du refus de la partie à produire les pièces²³⁴⁴. Sans en préciser les conséquences, la loi distingue textuellement l'abstention du refus, la première consistant en la « *non-exécution d'un devoir* » et l'autre en une « *manifestation de non-vouloir* »²³⁴⁵, cette dernière représentant très certainement un comportement plus fautif que le premier²³⁴⁶. Ces articles permettraient donc de militer pour une prise en compte pleine et entière par le juge de la carence délibérée de l'employeur dans l'administration de la charge de la preuve.

815. Les mesures d'instruction et d'intervention du juge, dont la production forcée représente sûrement la mesure la plus pertinente, sont sous-utilisées par le juge. Certains expliquent cette « *grande modération* » par la crainte de déborder du cadre accusatoire, supposé encore définir le procès²³⁴⁷. Pourtant, en plus d'être autorisées, ces mesures ont toute légitimité concernant la preuve des heures travaillées pour lequel l'employeur partage la charge de l'administration de la preuve. L'enjoindre ainsi à produire les documents constitue un formidable *levier de la*

²³⁴⁴ CPC art. 11 : Les parties sont tenues d'apporter leur concours, « *sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ». Cette règle figure, certes, à l'alinéa 1 sur les mesures d'instruction, sans faire alors strictement partie de la production forcée. Cependant, il s'agit ici de principes directeurs, qui figurent parmi les propos généraux et non dans la section sur les mesures d'instruction, permettant de soutenir que la règle énoncée ainsi à l'alinéa 1 vaut aussi pour l'alinéa 2. V. aussi CPC art. 446-3 : inviter les parties à fournir et les mettre en demeure de produire les documents, « *faute de quoi il peut passer outre et statuer en tirant toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus* ».

²³⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., coll. « *Quadrige* », PUF, 2018.

²³⁴⁶ Voir N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, p. 89.

²³⁴⁷ C. VIGNEAU, L'inéquitable procès prud'homal, *RJS* 2013, p. 363 ; J.-M. LE MASSON, *op. cit.*, p. 22.

preuve pour obliger l'employeur à constituer les archives utiles²³⁴⁸. De plus, l'utilisation de ce pouvoir d'instruction et d'intervention n'est pas sans lien avec la question du vol de documents par le salarié. En effet, le salarié aurait moins de pression à se constituer, coûte que coûte, un dossier de défense s'il savait que, au moyen préventif de l'article 145 du code de procédure civile ou au cours du procès par l'arsenal procédural, le juge interviendrait pour que ces documents lui soient absolument présentés.

Ainsi, il existe un décalage entre l'utilité des outils aux mains des juges et leur faible utilisation.

²³⁴⁸ C. WOLMARK, La preuve en droit du travail, propos conclusifs 38^{ème} colloque du SAF, *Dr. ouvrier* 2014, p. 276.

CONCLUSION DE CHAPITRE

816. Ce partage de la charge dans l'administration de la preuve confère un rôle renforcé à l'employeur, soumis à une obligation de justifier d'un décompte du temps de travail du salarié. Au-delà des documents de décompte *stricto sensu*, et de son obligation légale de décompter le temps de travail, l'employeur a le pouvoir de décompter le temps de travail, qu'il tire de son pouvoir de direction et d'organisation. Sa responsabilité archivistique participe à justifier son obligation de justifier d'un décompte. Ainsi, le devoir archivistique entraîne un devoir probatoire. Ce devoir probatoire renforce en retour le devoir archivistique, puisqu'il incite très fortement l'employeur à établir et archiver les documents de décompte utiles.

La Cour de cassation a abandonné l'idée explicite d'une chronologie entre le rôle du salarié et celui de l'employeur. Mais la qualité attendue des éléments fournis par le salarié, de permettre à l'employeur d'y répondre, maintient l'idée d'un ordre dans leur intervention. Néanmoins, on pourrait défendre que cette qualité attendue n'est pas nécessaire à déclencher l'intervention de l'employeur mais cherche seulement à en augmenter la qualité et la pertinence. Cette interprétation peut paraître alambiquée. Elle ressort cependant des arrêts de la Cour de cassation les plus récents. Par ailleurs, la logique d'une responsabilité conjointe dans l'administration de la preuve ne devrait autoriser le rejet de la demande du salarié, même quand elle est jugée trop légère, qu'à l'issue de la confrontation avec les éléments produits par l'employeur. Parce qu'elle implique immédiatement l'employeur, cette appréhension de l'aménagement probatoire renforce l'incitation qui lui est faite de procéder d'une façon ou d'une autre à un décompte du temps de travail.

817. Enfin, assurer l'implication de l'employeur dans l'administration de la preuve appelle à s'intéresser au traitement réservé à une carence de sa part. Formulée au premier alinéa de l'article L. 3171-4 du code du travail, cette implication de l'employeur relève d'une obligation légale. Une sanction de sa carence se justifie par le besoin de rendre effective cette obligation. Elle inciterait par ailleurs, encore plus, l'employeur à décompter scrupuleusement le temps de travail. Pourtant, cette voie n'est pour l'instant pas empruntée par la jurisprudence.

Si elle n'entraîne pas à elle seule de sanction, la carence de l'employeur n'en est pas pour autant ignorée des juges, susceptible de faire office d'élément négatif jouant contre lui. Une telle prise en compte amène en pratique les juges à pouvoir se dispenser du détail du calcul des créances salariales dues au salarié, en évaluant le nombre d'heures travaillées avec une

certaine souplesse. Évitant qu'un blocage dans l'accès à certaines preuves ne soit préjudiciable au salarié, cela ne saurait en revanche autoriser le juge à ne pas procéder aux recherches et investigations utiles à l'établissement de la réalité des heures travaillées. Les juges peuvent inviter l'employeur à produire des pièces, opportunité que la Cour de cassation refuse de laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond en raison de la spécificité probatoire du contentieux par lequel l'employeur doit fournir ces éléments au juge. Il s'avère cependant plus efficace d'ordonner la production de pièces. Les mesures d'instruction et d'intervention du juge, dont la production forcée représente sûrement la mesure la plus pertinente, sont cependant sous-utilisées. Pourtant, enjoindre ainsi l'employeur à produire des éléments constitue un formidable levier de la preuve pour l'obliger à constituer les archives utiles.

CONCLUSION TITRE 2

818. L'obligation de décompter du temps de travail se manifeste largement par le contentieux et la preuve du temps travaillé. Ce contentieux fait l'objet d'un aménagement probatoire spécifique, dans lequel salarié et employeur participent chacun, différemment, à l'établissement du temps travaillé.

819. À l'occasion du contentieux relatif aux heures travaillées, et aux journées pour le forfait jours, le salarié bénéficie d'un droit à faire valoir un décompte de son temps de travail. Ce droit ne signifie pas en lui-même que les éléments présentés soient ni recevables, ni suffisants à justifier de la réalité du temps de travail. Plus encore, ce droit s'articule avec le devoir de l'employeur de justifier, en réponse, d'un décompte. Ainsi, la suffisance des éléments présentés par le salarié n'est pas appréciée au regard de leur valeur probante mais de leur capacité à permettre à l'employeur d'y répondre.

820. Sur les documents et éléments produits par le salarié et recevables, il y a bien sûr les documents qu'il a lui-même établis. Mais le salarié peut aussi être amené à produire des documents de l'entreprise. Il a été reconnu que l'usage de tels documents de l'entreprise à des fins personnelles, notamment en les photocopiant et en les utilisant au-delà de ce qu'exige l'exécution du contrat de travail, est constitutif d'un vol. Cette qualification est sujette à critiques. Les documents de l'entreprise peuvent néanmoins être utilisés en justice, dès lors qu'il s'agit strictement pour le salarié d'exercer ses droits de la défense et qu'il en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, critères restreints par un jeu d'alignement entre Chambre sociale et Chambre criminelle de la Cour de cassation. De cela, il ressort l'absence de prise en compte des informations contenues dans les documents, établies pourtant, même indirectement, au service des salariés et tenues à leur disposition.

821. Sur le fait de savoir si ces documents sont suffisants à considérer l'action du salarié remplie, l'aménagement probatoire se caractérise d'abord par le rejet de la logique probatoire classique en exonérant le salarié de rapporter la preuve des heures travaillées. Alors que la loi est claire et que la Cour de cassation en fait une juste lecture, les craintes d'un renversement de la charge de la preuve et la position résistante de juges du fond ont amené la Cour de cassation à infléchir sa jurisprudence, nourrissant un contentieux extrêmement abondant. La Cour de cassation éclaircit sa solution en 2020 et réaffirme clairement l'aménagement probatoire exonérant le salarié de toute obligation probante, en exigeant seulement du salarié

des éléments à l'appui de sa demande qui permettent à l'employeur de répondre. Face à l'obstination intarissable de juges du fond à contourner la réglementation, il semble absolument nécessaire que la Cour de cassation opère un contrôle serré, de légalité, de sa jurisprudence.

822. Dans le cadre du contentieux des heures travaillées, l'employeur est quant à lui soumis à une obligation de justifier d'un décompte du temps de travail.

L'employeur tient un rôle probatoire de premier plan du fait de son statut. En effet, il a à ce titre une responsabilité archivistique, au-delà de l'établissement et de la conservation des documents de décompte du temps de travail *stricto sensu*. Concernant toutefois ces documents, sa responsabilité contentieuse participe à l'inciter à les établir afin de pouvoir en justifier devant le juge.

L'implication de l'employeur se distingue selon la nature du contentieux. Dans le cas de la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos, l'employeur supporte seul la charge et le risque de la preuve. Dans le cas plus général de la preuve des heures travaillées, une chronologie entre l'action du salarié et celle de l'employeur avait été clairement installée, avant que la Cour de cassation ne revienne sur ses pas. L'idée de chronologie demeure perceptible du fait qu'il est demandé au salarié de présenter des éléments qui permettent à l'employeur de *répondre*, bien qu'on puisse toutefois envisager de défendre une implication immédiate de l'employeur.

L'employeur étant privilégié dans la production et la détention d'éléments justifiant du temps de travail des salariés, il semble légitime d'attendre de lui une participation exigeante dans l'administration de la preuve du temps travaillé. Cette exigence attendue devrait motiver une sévérité dans la recevabilité d'éléments attentatoires au droit à la vie privée des salariés.

823. En cas de carence dans l'administration de la preuve, il faudrait pouvoir sanctionner l'employeur, condition à l'effectivité de son obligation de justifier d'un décompte du temps de travail. Or, il ne supporte pas le risque de la preuve et, pour l'instant, aucune sanction automatique de sa carence n'est reconnue. Même la reconnaissance d'un préjudice pour perte de chance est rejetée. Une sanction serait pourtant utile et fondée.

La carence de l'employeur est néanmoins prise en compte par les juges, comme un élément en sa défaveur, en autorisant alors une forme de fiction de la réalité du temps travaillé. Par ailleurs, elle peut et doit mener le juge à être actif, soit par des mesures d'instruction, soit, plutôt, en invitant ou en forçant l'employeur à la production de pièces, ce qui semblerait non seulement justifié mais particulièrement efficace.

CONCLUSION PARTIE 2

824. L'obligation de décompter le temps de travail se manifeste d'abord directement par une réglementation propre, codifiée comme contrôle de la durée du travail.

À l'examen de cette réglementation, il apparaît opportun, entre autres, d'envisager l'application de la réglementation du décompte individuel à l'ensemble des salariés. Une attention particulière est, et doit être, accordée à la qualité du décompte, notamment à sa fiabilité et à son infalsifiabilité, vigilance qui s'explique notamment par le pouvoir de l'employeur dans l'établissement du décompte et le respect des droits en jeu. Une telle obligation ne peut donner lieu à n'importe quel type de décompte, à n'importe quel coût pour les droits des salariés. Le droit du décompte du temps de travail croise alors celui du contrôle de l'activité des salariés, justifiant une appréciation stricte dans le cas du contrôle du temps de travail, au vu des moyens offerts à l'entreprise, parmi lesquels l'auto-déclaratif.

La remise en cause de l'obligation de décompter le temps de travail a agi de concert avec celle du temps comme limitation du travail. Ainsi, les salariés en forfait jours se retrouvent dispensés de tout décompte horaire, alors même que ce dernier était possible et utile, sans dénaturer le régime pour autant.

825. L'obligation du décompte du temps de travail se traduit également par l'existence d'une forme de décompte *a priori*, dans des cas où l'exécution du travail ne peut pas être contrôlée par l'employeur. Le droit du travail à domicile, et plus récemment et avec des nuances le droit de la distribution directe, s'illustrent ainsi par une quantification préalable du temps à travailler. Celle-ci est perfectible, et ne saurait remplacer le décompte du temps travaillé lorsqu'il est envisageable. Mais la réglementation du décompte *a priori* témoigne de la faculté à décompter, coûte que coûte, le temps de travail.

826. La réalité du temps de travail, que cherche précisément à établir le décompte du temps de travail, peut par ailleurs être garantie ou révélée par des outils supplémentaires, que sont le droit à la déconnexion et la mesure de la charge de travail, qui consolident et aident au décompte. Ces derniers mériteraient toutefois d'être renforcé juridiquement et davantage mobilisés pour produire les effets utiles au décompte.

827. Non en supplément mais en remplacement, le suivi du temps de travail des salariés en forfait jours apparaît insatisfaisant et loin de garantir les mêmes fonctions que celles que le

décompte supporte. Les bases à un véritable suivi sont pourtant posées, avec une jurisprudence stricte dans les termes attendus, mais elles doivent encore trouver à s'exprimer réellement.

828. Pour autant, c'est par le contentieux des heures travaillées que le décompte du temps de travail se manifeste peut-être le plus.

Par l'aménagement probatoire prévu, le salarié est allégé et s'il n'a pas à prouver son temps de travail il peut, très largement, faire valoir un décompte de celui-ci. Cette possibilité ne saurait être une obligation. Elle est toutefois une condition à la prétention de sa demande. Un décompte écrit au crayon, des notes d'agenda, un récapitulatif même postérieur à l'exécution du travail, peuvent suffire. Une barrière à lever serait toutefois de permettre plus facilement l'usage par le salarié de tout document de l'entreprise utile à l'établissement de son temps de travail.

829. En face, l'employeur doit justifier d'un décompte du temps de travail, ce qui apparaît compréhensible et justifié au vu de sa position dans la constitution et la détention d'éléments établissant le temps de travail des salariés. Alors que pour la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos, il est seul à supporter la charge et le risque de la preuve, son implication dans la preuve des heures travaillées s'articule avec celle du salarié, une complémentarité des deux pouvant se défendre.

Le manquement de l'employeur à son obligation de produire des éléments établissant le temps de travail se doit d'être prise en compte d'une façon ou d'une autre. Si les juges s'y refusent, la reconnaissance d'une sanction automatique d'une telle carence serait pourtant pleinement justifiée, et inciterait l'employeur à décompter scrupuleusement le temps de travail des salariés et en conserver les archives. Il semble de plus opportun que les juges puissent user de leur pouvoir d'intervention dans le procès afin d'inciter ou forcer l'employeur à produire toutes les pièces utiles, particulièrement lorsqu'il est su qu'il les détient. La carence de l'employeur est toutefois prise en compte par les juges comme un élément négatif, en sa défaveur.

Finalement, dans le contentieux des heures travaillées, le décompte du temps de travail se manifeste surtout à travers l'acceptation très large d'éléments de la part du salarié, qui mettent l'employeur dans une situation où il a tout intérêt à répondre, là où sa carence risque de peser contre lui. C'est peut-être cela qui constitue la véritable incitation pour l'employeur de procéder au décompte du temps de travail.

CONCLUSION GÉNÉRALE

830. Le décompte du temps de travail est un élément consubstantiel de l'idée de salariat et un élément structurant du droit du travail. Et il demeure tel, même s'il est aujourd'hui attaqué. L'évolution du monde du travail, et en particulier certains changements dans l'exécution du travail, ont conduit à l'idée de son obsolescence. Le temps des horloges ne serait plus à même de mesurer et d'encadrer le travail. Son décompte serait devenu impraticable ou superflu. Or il nous semble, au contraire, que si le travail est moins facilement circonscrit qu'auparavant, il demeure mesurable et encadrable par le temps. Il apparaît même d'autant plus utile, que le travail devient plus volatile.

Le décompte du temps de travail n'est pas un accessoire dispensable, mais un composant essentiel et indépassable du droit du travail, dans tous les cas. Il s'est en fait révélé structurant du droit du travail. Il l'est d'abord en tant qu'il est nécessaire au droit du travail. Il l'est ensuite en tant qu'il est rendu obligatoire par le droit du travail.

831. La nécessité du décompte se dévoile par le lien, évident, qu'il entretient avec le temps de travail. C'est par le décompte que le temps de travail acquiert une consistance et une délimitation matérielles. Et, malgré les évolutions, réelles ou supposées, le temps n'a pas perdu sa pertinence à mesurer et encadrer le travail. De cette double fonction du temps, on en arrive aux deux fonctions du décompte : déterminer le temps de travail et assurer la limitation temporelle du travail.

832. Décompter le temps de travail est indispensable pour assurer le suivi de l'exécution du contrat de travail, pour une raison simple : le temps est au cœur des obligations et prestations respectives du salarié et de l'employeur.

833. Le décompte permet d'abord de déterminer le temps de travail. Et déterminer le temps de travail c'est déterminer l'obligation du salarié. Au contraire, une idée en vogue voudrait voir une évolution de l'engagement du salarié vers une « obligation de résultats », avec plus d'autonomie, des objectifs à atteindre. Or, il se trouve qu'elle a toujours été une obligation de résultats : exécuter un temps de travail. Cette obligation est donc déterminée. Son objet, la prestation, c'est le temps de travail. C'est le temps subordonné, permettant à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié sans s'en saisir pour autant juridiquement. Le décompte est donc nécessaire pour déterminer l'obligation et la prestation du salarié.

Le temps de travail est également ce qui vient justifier le versement du salaire et, souvent, en fixer le montant. Certes, il compose de plus en plus d'autres éléments de rémunération. Mais le temps de travail, tout le temps de travail, se doit toujours d'être rémunéré. La promotion actuelle d'une forme de travail à la tâche influe seulement sur la base forfaitaire du salaire. L'expression horaire s'impose toujours, ne serait-ce que pour vérifier le respect de la réglementation du SMIC. Le décompte du temps de travail est alors nécessaire pour déterminer le salaire, en contrepartie du temps travaillé.

Dans cette détermination du temps de travail, on est dans une recherche d'exactitude, avec une exacte détermination de la prestation et une exacte corrélation entre temps et salaire. Quand on parle de décompte horaire c'est en fait « à la minute près » qu'on décompte.

834. Au-delà de cette fonction de détermination du temps de travail, le décompte permet ensuite de limiter temporellement le travail. La subordination, comme temps exceptionnel, doit être limitée, et cela passe par son décompte. Celui-ci permet non seulement de vérifier le respect de la réglementation de la durée du travail mais aussi de rendre visible le temps de travail et ses frontières.

À l'impératif de décompter le temps de travail, il est objecté fréquemment que les technologies modernes de l'information et de la communication rendraient impossible le décompte. Leur usage croissant et généralisé facilite la survenance du travail en des lieux et des temps autrefois préservés du travail, et appelle assurément une vigilance nouvelle. Cependant, le travail survenu, et rarement décompté, constitue assurément du travail. Cela n'est pas une zone grise aux yeux du droit positif. Le décompter est difficile mais possible, et d'autant plus nécessaire justement que ce temps de travail est invisibilisé et que le décompte lui rend sa réalité juridique.

Même dans le dispositif dérogatoire du forfait jours, la référence horaire refait surface, persiste, avec des « durées raisonnables » à garantir. Malgré un regrettable flou, ces durées forcent à une certaine connaissance horaire du travail.

835. Néanmoins, le décompte n'est pas toujours suffisant. Il faut d'autres outils, pour encadrer d'autres dimensions du travail. Mais le décompte n'en reste pas moins nécessaire. Affirmer cette nécessité du décompte répond à la persistance du temps dans la mesure et l'encadrement du travail. La relation de travail continue à être fondamentalement caractérisée par la subordination. Or celle-ci ne saurait s'exercer que sur un temps de travail limité, déterminé,

décompté. Ici, le décompte structure le droit du travail au sens qu'il le fait tenir sur sa base qu'est la subordination.

836. Le droit positif apparaît pleinement conscient de cette nécessité du décompte du temps de travail. En réponse à cette dernière, le droit du travail cherche en effet à assurer l'obligation de décompter le temps de travail. Ici, le décompte structure le droit du travail en ce qu'il lui donne une forme, il le modèle en le forçant à s'adapter pour assurer l'obligation de décompte.

837. L'étude de la réglementation générale du décompte en témoigne, mais l'étude de dispositifs spécifiques est également très instructive. Dans la distribution directe, les salariés travaillent sans aucun contrôle, sans horloge, sans géolocalisation, et, pourtant, le droit trouve à exprimer le travail en temps. Ces réglementations témoignent de la capacité d'adaptation « technique » du droit à l'objectif de décompter. À la marge, ces dispositifs indiquent particulièrement la norme à laquelle le droit tente de les rattacher absolument.

838. Cependant, assurer le décompte du temps de travail ne saurait se faire à n'importe quelles conditions. Dans l'adaptation du droit à l'objectif de décompter, est pris en compte l'impératif que le décompte du temps de travail ne se fasse pas au détriment des droits des salariés, notamment à la vie privée et personnelle.

Des dispositifs sont strictement interdits comme la surveillance informatique constante. D'autres sont encadrés parce que très invasifs, comme des dispositifs d'enregistrement. D'autres dispositifs encore sont tolérés mais très strictement, comme la géolocalisation s'il n'existe aucun autre moyen possible – laissant une place à l'interprétation.

Ici, le droit impose à l'employeur de s'adapter, se refusant à renoncer à l'obligation de décompte tout en posant des limites dans les outils de décompte mis en œuvre.

839. Le juge joue enfin un rôle facilitateur pour déterminer le temps travaillé, avec l'aménagement probatoire des heures travaillées. Par cet aménagement, le salarié doit seulement apporter des éléments sur son temps de travail qui permettent à l'employeur de répondre. Ainsi, la loi et la Cour de cassation incitent le salarié à produire et donc à procéder à tout type de décompte. De l'autre côté, l'employeur se doit de répondre, ce qui l'incite très sérieusement à établir un décompte. De façon dynamique, l'obligation de décompter de l'employeur et son devoir archivistique participent à justifier son devoir probatoire, qui renforce à son tour l'effectivité de l'obligation de décompter.

840. Il existe des imperfections, comme celle de l’affichage collectif conçue encore comme outil de décompte du temps de travail quand les heures supplémentaires n’ont plus rien d’exceptionnel. Il y a des vraies insuffisances, notables avec le forfait jours. Il y a des résistances, comme celles des juges du fond qui s’obstinent à ne pas appliquer l’aménagement probatoire des heures travaillées.

841. Il serait également opportun de donner des moyens nouveaux à l’ambition juridique que porte le décompte du temps de travail. À l’heure de la dématérialisation du travail et de l’évolution des activités, il s’agirait notamment d’assurer un véritable droit à la déconnexion, et de généraliser la mesure et la régulation de la charge de travail. Tous les deux pour renforcer la fiabilité du décompte.

842. Ainsi, c’est d’abord en partant du droit du travail que s’est déduite la nécessité du décompte du temps de travail. Ici, c’est le décompte qui répond au droit du travail, pour lui permettre de fonctionner. C’est ensuite en partant de cette nécessité que l’obligation de décompter le temps de travail se construit. Là c’est le droit du travail qui répond au décompte, pour lui assurer son existence. Décompte et droit du travail fonctionnant finalement de pair.

843. L’idée commune « le travail, c’est du temps » est presque à prendre dans un sens littéral. Décompter le temps de travail, c’est mesurer l’exécution par le salarié de son obligation principale, la réalisation de son « travail ». Il en est ainsi partout où le travail est subordonné, en droit du travail donc. Décompter le temps de travail, c’est aussi permettre à son contraire, le non-travail, d’exister et d’avoir lui aussi son temps.

Le droit du travail s’évertue donc à imposer le décompte du temps de travail. Il s’agit de l’une de ses dimensions essentielles. D’ailleurs, même lorsqu’il ouvre des brèches dans les frontières du temps de travail, comme avec le forfait jours, il ne réussit pas à s’abstraire totalement de la nécessité du décompte, et même du décompte horaire. Le décompte résiste partout, puisqu’il doit résister, puisqu’il en va de l’essence de la subordination et donc de l’essence de la relation de travail salarié.

Le décompte du temps de travail, même s'il est contesté comme le sont tous les piliers du droit du travail, demeure et demeurera. Il est au cœur de la relation de travail, et il y restera tant que le travail subordonné existera. Imaginer un monde débarrassé de la nécessité du décompte du temps de travail, c'est imaginer un monde libéré de toute subordination. Si chacun peut être amené à l'espérer, cette heure n'est pas arrivée.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX, DICTIONNAIRES ET TRAITÉS

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

AUBERT J.-L., SAVAUX E., FLOUR J. :

- *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17^{ème} éd., coll. « Université », Sirey, 2022.

- *Les obligations. Le fait juridique*, 9^{ème} éd., A. Colin, 2015.

AUBERT J.-L., COLLART-DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, coll. « Connaissances du droit », Dalloz, 2017.

AUBIN G., BOUVERESSE J., *Introduction historique au droit du travail*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1995.

AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5^{ème} éd., 1922.

BAUGARD D., DOCKÈS E., AUZERO G., *Droit du travail*, coll. « Précis », Dalloz, 2023.

BAILLY P., PIGNARRE G., BLATMAN M., VÉRICEL M., *Conditions de travail*, coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2020.

BENTHAM J., *Traité des preuves judiciaires*, t. II, 2^{ème} éd., Bossange, 1830.

BEVORT A., JOBERT A., LALLEMENT M., MIAS A. (dir.), *Dictionnaire du Travail*, PUF, 2012.

BRUN A., GALLAND H., *Droit du travail, t.1 Les rapports individuels de travail*, 2^e éd., Sirey, 1978.

BOUILLOUX A., *Salaires : fixation, montant Trav.*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2011.

BOULOC B., *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2021.

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*,

18ème éd., coll. « Université », Sirey, 2022.

CAMERLYNCK G.-H., *Droit du travail, t. 1 Le contrat de travail*, 2ème éd., Dalloz, 1982.

CAMERLYNCK G.-H., LYON-CAEN G., *Droit du travail*, 11ème éd., coll. « Précis », Dalloz, 1982.

CAPITANT H., CUCHE P., *Cours de législation industrielle*, 2ème éd., Dalloz, 1921.

CARBONNIER J., Les obligations, *dans* Droit civil, t. IV, 20^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 1996.

CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2ème éd., coll. « Dalloz référence », Dalloz, 2018.

CHOLET D., *Droit et pratique de la procédure civile*, coll. « Dalloz Action », Dalloz, 2021-2022.

COEURET A., FORTIS E., *Droit pénal du travail*, 2ème éd., Litec, 2000.

CONTE P., MAISTRE DE CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7ème éd., A. Colin, 2004.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12ème éd., coll. « Quadrige », PUF, 2018.

COUCHEZ G., LAGARDE X., *Procédure civile*, 17ème éd., coll. « Sirey Université », Sirey, 2014.

COUTURIER G., *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3ème éd., coll. « Droit fondamental », PUF, 1996.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, et VI, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Le nouveau droit pénal*, t. 1, 4ème éd., Economica, 1997.

DUMONT J., CLIQUET M., *Les salaires*, coll. « administration des entreprises », Sirey, 1979.

DURAND P., VITU A., *Traité de droit du travail, t. 2*, Dalloz, 1950.

DURAND P., JOUSSAUD R., *Traité de droit du travail*, t.1, Dalloz, 1947.

ESCANDE-VARNIOL M.-C., *Salaires : définition et formes*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2021.

FAVENNEC-HERY F., VERKINDT P.-Y., DUCHANGE G., *Droit du travail*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2022.

GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

GAUDU F., *Droit du travail*, 5^{ème} éd, coll. « Cours », Dalloz, 2013.

F. GAUDU, F. CANUT, *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2018.

GAUDU F., VATINET R., *Les contrats de travail, Traité des contrats*, (dir.) J. GHESTIN, LGDJ, 2001.

GAULEJAC (de) V., *Travail, les raisons de la colère*, Seuil, 2011.

GHESTIN J., *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1988.

GHESTIN J., GOUBEAUX G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990.

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. 1 Le contrat, 4^{ème} éd. [1994], 2013.

GUICHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., MAYER L., *Procédure civile*, coll. « Précis », Dalloz, 2020.

HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Quadrige », PUF, 2012.

LARDEUX G., *Preuve : mode de preuve – La preuve par écrit des actes juridiques*, Répertoire de droit civil, 2019.

LEQUETTE Y., TERRÉ F., SIMLER P., CHÉNEDÉ F., *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2022.

- LOKIEC P.**, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., coll. « Thémis droit », PUF, 2019.
- LYON-CAEN G.**, *Le Salaire. Droit du travail*, t.2, G.H. CAMERLYNCK (dir.), 2^{ème} éd., 1981.
- MAILLARD-PINON S.**, *Travail domestique*, Répertoire droit du travail Dalloz, 2022.
- MALINVAUD P.**, *Introduction à l'étude du droit*, 5^{ème} éd., coll. « Droit et Gestion », Litec, 1990.
- MAZEAUD H.L. et J., CHABAS F.**, *Leçons de droit civil. Obligations Théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrétien, 1998.
- MAZEAUD A.**, *Droit du travail*, 10^{ème} éd., coll. « Domat », LGDJ, 2016.
- MINÉ M.**, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004.
- MOUGENOT D.**, *Principes du droit judiciaire privé*, Larcier, 2009.
- PÉLISSIER J., TROLONG A., JEAMMAUD A., DOCKÈS E.**, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz 2008.
- PÉLISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A.**, *Droit du travail*, 24^{ème} éd., Dalloz, 2008.
- PERROT R.**, *Cours de droit judiciaire privé*, t. 1, Les cours de droit, 1972-1973.
- PESKINE E., WOLMARK C.**, *Droit du travail*, 16^{ème} éd., coll. « Hypercours », Dalloz, 2023.
- PICOD Y.**, *Obligations*, Répertoire droit civil, Dalloz, 2019.
- PIN X.**, *Droit pénal général*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2022.
- PLANIOL M.**, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^{ème} éd., Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932, n° 1898 et s.
- PRADEL J.**, *Droit pénal général*, 11^{ème} éd., Cujas, 1997.
- RASSAT M.-L.**, *Droit pénal spécial. Infraction des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2006.

RIVERO J., SAVATIER J., *Droit du travail*, coll. « Thémis Droit privé », PUF, 13^{ème} éd., 1993.

ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999.

ROSE H., *Durée et aménagement du temps de travail*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2023.

SERIAUX A., *Contrats civils*, coll. « Droits fondamentaux », PUF, 2001.

TAMBOU O., *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, coll. « Droit administratif », Bruylant, 2020.

TEYSSIÉ B., CESARO J.-F., MARTINON A., *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2014.

TOURNEAU (Le) P. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 13^{ème} éd., coll. « Dalloz action », Dalloz, 2023-2024

TROLONG G., *Droit du travail t. 2*, Paris, Dalloz, 1981.

VERGÈS E., VIAL G., LECLERC O., *Droit de la preuve*, coll. « Thémis Droit », PUF, 2015.

VÉRON M., *Droit pénal spécial*, 17^{ème} éd., Sirey, 2019.

ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Cour de droit civil. Contrats*, coll. « Droit fondamental », PUF, 2014.

II- OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

AARNIO A., *Le Rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, LGDJ, 1992.

ADAM P., *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. « Bibliothèque de droit social », LGDJ, 2005.

AKANDJI-KOMBE J.-F. :

- Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, *RDT* 2011, p. 233.

- Le forfait-jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011, *JCP S* 2011, 1332.

ALFASSA G., *Le contrôle de la durée du travail*, rapport devant l'Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, Paris, Félix Alcan, 1905.

AMSELLEM N., *Le travail et ses dehors. Porosité des temps, pluralité des vies*, L'Harmattan, 2013.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, ed. Gauthier et Jolif ; *Sommes théologiques*, éd. du Cerf, 1996.

ASKENAZY P., CARTRON D., DE CONINCK F., GALLFEC M., *Organisation et intensité du travail*, Octorès, 2006.

AUBERT N., *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, Flammarion, 2003.

AUBERT-MONTPEYSSSEN T., *Subordination juridique et relation de travail*, CNRS, 1988.

AVRANE C., *Les ouvrières à domicile en France, de la fin du XIXème siècle à la Seconde Guerre mondiale. Genèse et application de la loi de 1915 sur le salaire dans l'industrie du vêtement*, thèse d'Histoire contemporaine, Université d'Angers, 2010.

BARASSI L., *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria Milano, 1901.

BAUDUIN B., *La constitutionnalisation du droit du travail. Etude d'une dynamique contemporaine*, thèse Université Paris 1, LGDJ, 2021.

BEAUCOURT A., *Le contrat de travail*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.

BÉLLISSENT J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001.

BENABENT A., *La chance et le droit*, coll. « Anthologie du Droit », LGDJ, 1973.

BERNARD S., *Le nouvel esprit du salariat. Rémunérations, autonomie, inégalités*, PUF, 2020.

BOLTANSKI L., CHIAPELLO E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999.

- BOUFFARTIGUE P. , BOUTEILLER J.**, *Temps de travail et temps de vie*, PUF, 2012.
- BOULMIER D.**, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002.
- BOURDU E. , PERETIE M.-M., RICHER M.**, *La qualité de vie au travail : un levier de compétitivité*, Presses des Mines, 2016.
- BRAVO A.**, *La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique : Enjeux et perspectives des prochaines décennies*, La Documentation française, 2009.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE J., LEGAL A.**, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.
- BURNEL P.**, *Travail à domicile. Télétravail*, Éd. Liaisons, 2011.
- CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013.
- CAPITANT H.**, *De la cause des obligations. Contrats*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, réédition La Mémoire du Droit, 2012.
- CAUSSE N.**, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français*, PUAM, 2000.
- CHANTEPIE P., LE DIBERDER A.**, *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, 2005.
- CHANTLAT J.-F.**, *L'individu dans l'organisation*, Presses Universitaires de Laval, 2003.
- COURTIEU G.**, *L'entreprise, société féodale*, Seuil, 1975.
- COUTROT T.**, *L'entreprise néolibérale, nouvelle utopie capitaliste ?* La Découverte, 1998.
- DABOSVILLE B.**, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelles bibliothèques de thèses », 2013.
- DANA A.-C.**, *Essai sur la note d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.
- DEJOURS C.**, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, coll. « Sciences en question », INRA, 2003.
- DEJOURS C., VEIL C., WISNER A.**, *Psychopathologie du travail*, Eme, 1985.

- DELORME-ROUSSELOT Y.** , *Le travail à domicile*, Paris, impr. de M. Lavergne, 1941.
- DEMAY S.**, *La charge de travail à l'ère du numérique : réflexion sur la santé au travail*, Thèse Paris Saclay, coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2023.
- DEMOULAIN M.** , *Nouvelles technologies et droit des relations de travail - Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ 2012.
- DESPAUX M.**, *Rapports sur l'application des lois réglementant le travail en 1904*, Paris Imprimerie Nationale, 1905
- DEVÈZE J.**, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980.
- DIDRY C.**, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, coll. « Travail et Salariat », La Dispute, 2016.
- DOCKÈS E.**, *Valeurs de la démocratie*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2005.
- DOMAT J.**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre 2, *Le droit public*, Paris, 1689.
- DUMONT L.**, *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, 1977.
- DUVEAU G.**, *La vie ouvrière en France sous le Second Empire*, Gallimard, 1946.
- FAVOREU L., DUFFY A., FASSASSI I., GAIA P., Le BOT O., PECH L., PENA A., ROUX A., SCOFFONI G.**, *Droit des libertés fondamentales*, 8^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2021.
- FOLGRINGER-FOUCAULT S.**, *L'aménagement du temps de travail : contribution aux rapports entre l'individuel et le collectif*, thèse Paris X – Nanterre, t. I, 1990.
- FREYSSINET J.**, *Le temps de travail en miettes. 20 ans de politique de l'emploi et de négociation collective*, Les Éditions de l'Atelier, 1997.
- FIN-LANGER L.**, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.
- GAUTHIER W.**, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, 2016.

GAZZANIGA J.-L., *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992.

GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GIRAUDET C., *Théorie de l'institution et droit du travail*, Université Paris Nanterre, 2014.

GLASSON E., *Le Code civil et la question ouvrière*, F. Pichon éd., Paris, 1886.

GORZ A., *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, [Éd. Galilée, 1988], réédité aux éditions Gallimard, 2004.

GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912.

GRAUX G., *Le contrôle de la durée du travail dans les établissements industriels*, thèse Paris, 1909.

GRÉGOIRE M., *L'autonomie et le travail non subordonné en coopérative d'activité et d'emploi : une analyse critique*, thèse Lille, 2019 [en ligne].

HAN B.-C., *La société de la fatigue*, Circé, 2014.

HENNEBELLE D., *Essai sur la notion de salaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

HENRY X., *Les techniques des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992.

HOFFSCHIR N., *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016.

JOHANSSON A., *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006.

JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 10^{ème} éd., 2021.

GÉNIAUT B., *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, 2009.

GROSSIN W. :

- *La création de l'inspection du travail*, L'Harmattan, 1992.

- *Pour une science des temps*, coll. « Travail », Octores, 1996.

- LALLEMENT M.**, *Le travail sous tensions ?* Sciences Humaines Éditions, 2010.
- LALOUX P.**, *Le système Bedaux de calcul des salaires*, Ed. Hommes et techniques, 1950.
- LEGEAIS R.**, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955.
- LE GOFF J. :**
- *Pour un autre Moyen-Âge : temps, travail et culture en Occident*, Gallimard, 1991.
 - *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, [1956], 9^e éd, coll. « Que sais-je », PUF, 2001.
- LINHART D.**, *L'insoutenable subordination des salariés*, Erès, 2021.
- LINHART D. , MOUTET A. (dir.)**, *Le travail nous est compté. La construction des normes temporelles du travail*, La Découverte, 2005.
- LOUIS-LUCAS P.**, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1917.
- LOKIEC P. :**
- *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.
 - *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015.
- LUCAS-PUGET A.-S.**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, 2005.
- MATHIEU C.**, *La vie personnelle du salarié*, thèse Lyon II, 2004.
- MARX K. :**
- *Le Capital. Livre I*, [4^{ème} éd. allemande, 1890], Les éditions sociales, [1^{ère} éd. 1983], 2016.
 - *Salaires, prix et profit*, Éd. Science Marxiste, 2009.
- MAITTE C., TERRIER D.**, *Les rythmes du labeur. Enquêtes sur le temps de travail en Europe occidentale XIVe-XIXe siècle*, coll. « Travail et Salariat », La Dispute, 2020.
- MONTVALON (de) L.**, *La charge de travail*, LGDJ, 2021.
- MOTTEZ B.**, *Systèmes de salaire et politiques patronales. Essai sur l'évolution des pratiques et des idéologies patronales*, CNRS, 1966.
- MOUTET A.**, *Les logiques de l'entreprise. La rationalisation dans l'industrie française de*

- l'entre-deux-guerres*, coll. « Civilisations et Sociétés », Éditions de l'EHESS, 1997.
- OURMET P.**, *Le contrôle de la durée du travail*, thèse Faculté de droit de l'Université de Paris, A. Pedone Paris, 1910.
- OVERSTAKE J.-F.**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, t. XCI, coll. « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 1969.
- PALLANTZA D.**, *La créance de salaire*, L'Harmattan, 2014.
- PASQUIER T.**, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010.
- PEROT-MOREL M.-A.**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961.
- POUGHON J.-M.**, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987.
- PRADEL X.**, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité*, LGDJ, 2004, p. 238.
- PUIG P.**, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.
- RAMPARANY-RAVOLORIARANA H.**, *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse, t. I et II, Poitiers, 2009.
- RÉGNIER J.**, *L'évaluation ergonomique des nouvelles formes d'organisation du travail dans les entreprises industrielles*, coll. « Outils et méthodes », Éditions de l'Anact, 1979.
- REVEL T.**, *La force de travail*, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1992.
- RIALS S.**, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980.
- RIPERT G.**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ROCHEFORT T., GUERIN F.**, *Organisation du travail, charge de travail, performance*, coll. « Études et documents », Éditions de l'Anact, 2000.
- ROSA H.**, *Aliénation et accélération*, La Découverte, 2012.
- ROSSEL A.**, *Le bon juge*, [À l'enseigne de l'Arbre Verdoyant], coll. « Est-ce ainsi que les

hommes vivent ? », A. Colin, 1983.

RUDE F., *Les révoltes des canuts (1831-1834)*, La Découverte, 2007.

SAUZET M., *Le livret obligatoire de l'ouvrier*, Paris, Pichon, 1890.

SCHERER É., *La révolution numérique : Glossaire*, Dalloz, 2009.

SCHIMIZU K., *Le Toyotisme*, coll. « Repères », La Découverte, 1999.

SCHUMPETER J., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, [1943], Traduction française, Payot, 1951.

SUPIOT A. :

- *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

- *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

- *Le Droit du travail*, 7^{ème} éd., coll. « Que-sais-je », PUF, 2019.

TCHAPDA BELLO G., *Le principe d'un salaire minimum garanti*, thèse, Paris I, 1999.

TIMO G., *La désynchronisation des temps professionnels : vers un nouvel ordre temporel ?* Université Toulouse II, 2017.

THOMSON E. P., *Temps, discipline du travail et capitalisme industriel*, [publié dans *The New Press*, 1993], La Fabrique, 2004.

THOEMMES J., *Vers la fin du temps de travail*, PUF, Paris, 2000.

TISSIER A., *L'application de la loi du 10 juillet 1915 sur le minimum de salaire dans l'industrie du vêtement*, F. Alcan, 1917.

TREMBLAY D.-G., *Le télétravail : articuler qualité de vie et performance*, CEFRIO, 2001.

VÉRIN H., *La gloire des ingénieurs- L'intelligence technique du XVI^e au XVIII^e siècle*, Albin Michel, 2014.

VIGNA X., *Histoire des ouvriers en France au XX^{ème} siècle*, coll. « Pour l'histoire », Perrin, 2012.

VITALE L., *La perte de chance en droit privé*, LGDJ, 2020.

WEIL S., *La condition ouvrière*, [Gallimard, 1951], Payot et Rivages, 2022.

WILLARD C., *La France ouvrière, t. 1, Des origines à 1920*, Éditions sociales, 1993.

WISNER A., *Réflexions sur l'ergonomie, (1962-1995)*, Toulouse, Octares, 1995.

III- ARTICLES ET CHAPITRES D'OUVRAGES

ACAR B., BÉLIER G., « Astreintes » et temps de travail, *Dr. soc.* 1990, p. 502.

ADAM P. :

- « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 31.

- Le délégué à la protection des données : indépendant et... subordonné ! *Dr. soc.* 2023, p. 373.

- La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström, *RDT* 2023, p. 156.

- L'horaire collectif de travail : fait ou norme (patronale) ? *Dr. soc.* 2023, p. 564.

AFSA C., BISCOURP P., L'évolution des rythmes de travail entre 1995 et 2001 : quel impact des 35h, *Économie et statistiques* 2004, p. 173.

AMMAR D., Preuve et vraisemblance, *RTD civ.* 1993, p. 499.

ANTONMATTEI P.-H. :

- La qualification de salaire, *Dr. soc.* 1997, p. 571.

- Les cadres et les 35 heures, *Dr. soc.* 1999, p. 996.

- Le temps dans la négociation 35 heures, *Dr. soc.* 2000, p. 305.

- NTIC et vie personnelle au travail, *Dr. soc.* 2002, p. 37.

- Forfait-jours : le jours d'après, *Les Cahiers du DRH* 2011, n° 180.

- Les salariés concernés par les conventions de forfait-jours sur l'année, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1544.

ANTONMATTÉI P.-H., VIVIEN P., Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, *Dr. soc.* 2007, p. 522.

ARSEGUEL A., ISOUX P., Des limites à la dérive de la notion de service organisé, *Dr. soc.* 1992, p. 297.

ASKENAZY P., Réduction du temps de travail. Organisation et conditions de travail, *Revue économique* 2000, vol. 51, n° 3, p. 547.

ASQUINAZI-BALLEUX D., BUGADA A., MORIN C., VACHET G., Quel avenir pour les distributeurs de prospectus et de journaux gratuits en boîte aux lettres ? *JCP E* 2003, 1664.

ASLIN M., OYER J., Flexibilité du temps de travail. Evolution conventionnelle et légale du système de normes et de dérogation en matière de durée du travail, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1987/3, p. 32.

AUZERO G., CANUT F., Le juge et la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 2017, p. 11.

AYNÈS L., Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? *D.* 1993, p. 25.

BACACHE M., La réparation de la perte de chance : quelles limites ? *D.* 2013, p. 619.

BARADEL S., Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité, *Dr. ouvrier* 2012, p. 190.

BARÈGE A., BOSSU B., Les TIC et le contrôle de l'activité des salariés, *JCP S* 2013, 1393.

BARON F., La notion de temps de travail en droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 1097.

BARTHÉLÉMY J. :

- Le professionnel parasubordonné, *JCP E* 1996, n° 47, p. 606.
- Les relations du salaire et du temps travaillé, *Dr. soc.* 1997, p. 581.
- Le soi-disant forfait tous horaires, *JCP E* n° 14, 1999, p. 610.
- Le professionnel libéral et les 35 heures, *Dr. soc.* 2000, p. 485.
- Temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc.* 2001, p. 76.
- Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur, *Cahiers du DRH* 2007, n° 138.
- Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire, *Cahiers DRH*, mars 2008.
- En finir avec le psychodrame des forfaits en jours, *Les Cahiers du DRH*, 1^{er} sept. 2014, n° 212.
- Numérique, civilisation du savoir et définition du temps de travail, *Dr. soc.* 2018, p. 373.

BARTHÉLÉMY J., CETTE G., L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail, *JCP S* 2007, 1168.

BARTHÉLÉMY J., ROSE H., L'arrêt Blue green en débat, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327.

BAUGARD D., Preuve des heures de travail : changement terminologique ou évolution substantielle, *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1925, p. 102.

BAUDUIN B., BROUSSE A., Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? *RDT* 2022, p. 209.

BAULANT M., Le salaire des ouvriers du bâtiment à Paris, de 1400 à 1726, *Annales* 1971, 26-2, p. 463.

BÉLIER G., Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination, *Dr. soc.* 1998, p. 530.

BÉAL S., FERREIRA A., Le contrôle du juge sur le forfait-jours, *JCP E* 2008, 1126.

BÉAL S., TERRENOIRE C., Négociation obligatoire dans l'entreprise (2e partie) Dispositions supplétives et possibilités d'aménagements conventionnels après l'ordonnance n° 2017-1385, *JCP E* 2017, 1700.

BERCUSSON B., Les temps communautaires, *Dr. soc.* 2000, p. 248.

BERGERON-CANUT F., Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, *Dr. soc.* 2010, p. 379.

BERGERON-CANUT F., MARTINON A., MORAND M., Autonomie du salarié et temps de travail, *BJT* 2022, n° 11, p. 66.

BERRA D., « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges Despax*, 2002, Presse Universitaire de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 125.

BERTRAND T., STIMEC A., Santé au travail. Voyage en pays de lean management, *Revue française de gestion* 2011, p. 12.

BOBILLIER-CHAUMON M.-E., Evolutions techniques et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité, *Le travail humain*, 2003, p. 161.

BONNIN V., Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, *RJS*

2017, p. 619.

BONNECHÈRE M., Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? *Dr. ouvrier* 2012, p. 175.

BORGHETTI J.-S., Fixation et révision du prix, *RDC* 2018, p. 25.

BOSSU B. :

- Nouvelles technologies et surveillance du salarié, *RJS* 2001, p. 663.

- « Loyauté et contrat de travail », dans *Droit et loyauté*, F. PETIT (dir.), Dalloz, 2015, p. 115.

- « L'objet de l'acte collectif », dans *Le temps en droit du travail*, B. TEYSSIE (dir.), Édition Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2016, p. 55.

- L'impact du numérique sur les frontières du salariat, *BJT* 2018, p. 134.

BOUBLI B., Le SMIC dans les professions à horaire prédéterminé : l'exemple des distributeurs de prospectus, *JCP S* 2005, 1346.

BOULANGER F., Réflexions sur le problème de la charge de la preuve, *RTD civ*, 1966, p. 738.

BOULARD E., *Du louage de services*, thèse 1886, Paris, Imprimerie Moquet, 1888.

BOULMIER D. :

- Modification du contrat résultant d'une modification de la durée du travail, *RJS* 1998, n° 1445.

- Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance. Le cas des employés de maison, *JCP S* 2008, 1625.

- Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié, *Dr. ouvrier* 2014, p. 263.

BOULMIER D., BAILLY, P., La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions en droit du travail, *RDT* 2017, p. 374.

BOURGEOIS M.-B., TOURANCHET L., ALAS-LUQUETAS X., Le droit à la déconnexion, *JCP S* 2017, 24.

BRANGIER E., VALLERY G., « Charge de travail », dans *Ergonomie : 150 notions clés*, coll. « Univers Psy », Dumod, 2021, p. 148.

BROUSSEAU E., « L'économiste, le juriste et le contrat », dans *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe*, LGDJ, 2001, p. 153.

BRUNET A., GHOZI A., La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, p. 1.

CANAPLE M., FRIEDERICH R., Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1510, p. 5.

CAO P., Alléger le salarié du fardeau de la preuve, *Dr. ouvrier* 2014, p. 205.

CAVALLINI J., L'influence du droit de l'Union européenne sur la durée du travail en France, *JCP S* 2019, 46.

CHABAS F., «La perte d'une chance en droit français», dans *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, O. GUILLOD (dir.), Schulthess, 1991, p. 131.

CHAUCHARD J.-P., « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », dans *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), coll. « Cahier Travail et Emploi, La Documentation française, 2003, p. 25.

CHAUMETTE P., « Entre l'indépendance et l'assimilation au salariat, le cadre juridique du travail à domicile en France », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Ed. Du CDMOT, Nantes, 1993.

CLOT Y., Alain Wisner : un héritage « disputé », *Travailler*, n° 15, 2006, p. 185.

COEFFARD P., THOUVENIN A., La promotion du télétravail, *JCP S* 2018, 1334.

CONINCK (de) F., GUILLOT C., L'individualisation du rapport au temps. Marqueur d'une évolution sociale, *Interrogations* 2007, n° 5, nov. 2017.

CORRIGNAN-CARSIN D. :

- « La preuve à l'insu de... une logique de chambres ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, Éditions Cujas, 2006.

- La géolocalisation des salariés, *JCP E* 2011, 1926.

COTTIN J.-B., Forfait-jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs, *JCP S* 2015, 1065.

COTTEREAU A., Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail, *Annales. Histoire, Sciences sociales*. 57^e année, N. 6, 2002, p. 1521.

COUPILLAUD M.-P., La preuve du temps de travail : le dispositif se précise, *Dr. ouvrier* 2002, p. 89.

COURAULT B., Le travail à domicile en 1981, *Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi*, PUF, juin 1982.

COURTHEOUX J.-P., Le salaire minimum, étalon de valeur, *Dr. soc.* 1984, p. 100.

COUTROT T., Réformes du travail : la centralité des enjeux de santé, *Dr. soc.* 2018, p. 271.

COUTURIER G. :

- De quoi le salaire est-il la contrepartie ? *Dr. soc.* 2011, p. 10.

- Les techniques civilistes et le droit du travail, *D.* 1975, p. 151.

DABOSVILLE B., La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur, *RDT* 2020, p. 491.

DAILLER T., L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail, *LPA* 2017, N° 43, n° 124j5.

DARMAISIN S., L'ordinateur, l'employeur et le salarié, *Dr. soc.* 2000, p. 580.

DELBREL Y., La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail, *Dr. soc.* 2010, p. 224.

DELEUZE G., Post-scriptum sur les sociétés de contrôle, *L'autre journal* n° 1, mai 1990.

DEPELLEY S. , VERKINDT P.-Y., Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2017, p. 705.

DEREPAS L., Les conditions de renvoi du décret à la négociation collective, *Sem. soc. Lamy* 2009, N° 1405.

DESPAX M., La vie extraprofessionnelle du salarié, *JCP* 1963, 1776.

DEVETTER F.-X., Vers une nouvelle norme des temps de travail ? Temps subis ou temps choisis ? *Formation Emploi* 2002, n° 78, p. 53.

DEVETTER F.-X., CONINCK (de) F., Une transformation des temps de travail, *Temporalités* 2012, en ligne.

DEVÈZE J., Le vol de « biens informatiques », *JCP G* 1985, 3210.

DEVOS V., TASKIN L., Entre individualisation et autonomie contrôlée et nouvelles formes d'organisation du temps et de l'espace, *Revue Française de Gestion* 2005, n° 31, p. 92.

DIDRY C., Du louage d'ouvrage au contrat de travail, une autre histoire du droit du travail, *Dr. ouvrier* 2019, p. 545.

DOCKÈS P., Les recettes fordistes et les marmites de l'histoire (1907-1993), *Revue économique* 1993, p. 485.

DOCKÈS E. :

- La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. soc.* 1997, p. 140.

- Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 835.

- Le pouvoir dans les rapports du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 620.

- Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier, *Dr. soc.* 2012, p. 147.

- Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre, *Dr. ouvrier* 2022, p. 293.

DONNETTE-BOISSIERE A., L'autonomie du travailleur subordonné, *BJT* 2021, n° 07-08, p. 49.

DONNETTE-BOISSIERE A., THOEMMES J., GARDES D., L'autonomie du travailleur salarié, concept et enjeux, *BJT* 2022, n° 11, p. 51.

DRAGUE O., De quelques aspects de l'horaire journalier de travail, *Dr. soc.* 1981, p. 621.

DRAI L., « Action : temps de travail », dans *Notions et normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), coll. « Colloques », Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 283.

DUBUT T., Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles, *Revue française de Droit constitutionnel* 2009, p. 749.

DUCHANGE G., Les racines juridiques du droit du temps de travail, *RDT* 2019, p. 468.

DUCLOZ F., FLORES P., La sauvegarde du forfait-jours : le juge et la combinaison des normes, *RDT* 2016, p. 140.

DUMONT F., POINSOT L., Les accords de préservation ou de développement de l'emploi, *Dr. ouvrier* 2017, p. 88.

DUPAYS A., GOASGUEN C., L'encadrement très pluriel, *Sem. soc. Lamy* 2000, n° 990.

J.-J. DUPEYROUX, « Quelques questions », dans *Liberté, égalité, fraternité ... et droit du travail*, 1990, p. 10.

DURAND, P. Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail, *JCP* 1944, I. 387.

DURAND J.-P. :

- Le travail à domicile en France aujourd'hui, *Travail et emploi* 1985, n° 23, p. 33.

- « Télétravail à domicile et retour au mythe pastoral », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Ed. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 55.

DURAND J.-P., GIRARD S., *Attribution, perception et négociation de la charge de travail*, *Les Cahiers d'Évry*, Centre Pierre Naville, 2002.

EMERAS M., Le domicile du salarié, *JCP S* 2015, 1012.

ENJOLRAS L., SOURBES B., Autonomie du salarié et lieu de travail, *BJT* 2022, n° 11, p. 61.

ESCANDE-VARNIOL M.-C., Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieux de travail, *Dr. soc.* 2002, p. 1064.

ESMEIN P. :

- « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », dans *Études de droit civil. A la mémoire de Henri CAPITANT*, Librairie Dalloz, 1940, p. 235.

- « L'obligation et la responsabilité contractuelle », dans *Études offertes à Georges RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950, p. 105

ÉTIEVANT G., Les impacts du numérique sur l'organisation du travail et les conditions de travail, *Dr. ouvrier* 2017, p. 387.

FABRE A. :

- Les temps de travail : entre libertés et pouvoir, *Sem. soc. Lamy* n° 1508, 10 oct. 2011.
- Le forfait-jours sur l'année dans les conventions et accords collectifs de travail, *Les Cahiers sociaux* 2013 n° 111t7.
- Le contentieux du forfait-jours. Essai d'ordonnancement, *Les Cahiers sociaux* 2013, n° 257, n° 111r9
- Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? *Cah. soc.* 2014, p. 336.
- Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise, l'âge de raison ? *Dr. soc.* 2015, p. 882.
- L'interprétation du droit social national à la lumière du droit de l'Union européenne, *Sem. soc. Lamy* 2021, N° 1961.

FABRE-MAGNAN M. :

- Le contrat de travail défini par son objet, dans *Le travail en perspectives*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 101.
- Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p. 85.
- Le forçage du consentement, *Dr. ouvrier* 2012, p. 459.

FANTONI-QUINTON S., L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés, *Dr. soc.* 2010, p. 395.

FANTONI-QUINTON S., LEBORGNE-INGELAERE C., L'impact des TIC sur la santé au travail, *JCP S* 2013, 145.

FANTONI S., VERKINDT P.-Y., Charge de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 106.

FAVENNEC-HÉRY, F. :

- Mutations dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2003, p. 35.
- Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT, *Dr. soc.* 2005, p. 1127.
- Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelles, *Dr. soc.* 2010, p. 23.
- Défense et illustration du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494.
- 2011 : une année clef pour le droit de la durée du travail, *Gaz. Pal.* 10 sept. 2011, p. 14.

- Qualité de vie au travail et temps de travail, *Dr. soc.* 2015, p. 113.
- Données personnelles et responsabilité, *JCP S* 2020, 2030.
- Temps de travail, la pression du droit européen, *Sem. soc. Lamy* 2022, n° 1985.

FAVENNEC-HÉRY F., MINÉ M., Faut-il abroger la durée légale du travail, *RDT* 2008, p. 292.

FERNANDEZ V., GUILLOT C., MARRAUD L., Télétravail et travail à distance équipé. Quelles compétences, tactiques et pratiques professionnelles ? *Revue française de gestion* 2014, p. 40.

FERRIER D., La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations, *RTD com.* 1997, p. 49.

FLAMENT L., Le raisonnable en droit du travail, *Dr. soc.* 2007, p. 16.

FLORENS P. :

- Temps de travail : une qualification en lien avec le pouvoir de direction de l'employeur, *Cahiers sociaux* 2014, n° 263, n° 113j2.
- Le forfait-jours et l'effectivité des garanties offertes, *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1635.
- Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016, *Dr. soc.* 2016, p. 898.

FORTIS E., « L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction », dans *Les droits et le Droit, Mém. dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007.

FOUCAULT M., « Le sujet et le pouvoir », dans *Dits et Ecrits*, IV, Gallimard, 1994, p. 232.

FOURNIER B., GUYOT H., Le télétravail, *JCP S* 2011, 1072.

FRANÇOIS G., L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour, *Dr. soc.* 2022, p. 11.

FRAYSSINET J., La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 : continuité et/ou rupture ? *RLDI* 1^{er} oc. 2005, n° 9.

FREMEAUX S., NOËL-LEMAITRE C., Qu'est-ce qu'une juste rémunération ? Ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin, *Management & Avenir* 2011/8, n° 48, p. 76.

FREYSSINNET J., L'évolution du temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux, *Dr. soc.* 1998, p. 752.

FRISON ROCHE M.-A. :

- Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences, *LPA* 8 déc. 1993, n° 147, p. 14.
- « Du Droit de la régulation au Droit de la compliance », dans *Régulation, Supervision, Compliance*, M.-A FRISON-ROCHE (dir.), Série *Régulations*, Dalloz, 2017, p. 1.

FROBERT L., « "Vivre en travaillant ou mourir en combattant." Les révoltes des canuts (1831,1834) », dans *Histoire des mouvements sociaux en France* (dir.) M. PIGENET, D. TARTAKOWSKY, La Découverte, 2014.

FROSSARD S. :

- Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail, *Dr. soc.* 2006, p. 999.
- La supplétivité des règles en droit du travail, *RDT* 2009, p. 83.
- Les objets soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1680.

FROUIN J.-Y. :

- La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, *Cah. soc.* 1998, n° 99 p. 123.
- Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de la jurisprudence), *JCP S* 2020, 2036.

FROUIN J.-Y., MALABAT V., Définition du travail dissimulé : dialogue ou opposition des chambres sociale et criminelle ? *Dr. pénal* sept. 2014, n° 9, dossier 4.

GABA H. K. :

- La licéité des moyens de preuve dans le contentieux prud'homal : le cas des documents de l'entreprise, *D.* 1999, p. 431.
- Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige, *D.* 2010, p. 306.

GABROY F., Le statut du délégué à la protection des données en droit du travail, *RDT* 2022, p. 625.

GAILLARD S., Les cadres de troisième catégorie au regard de l'article 5 du projet de loi Aubry II, *Sem. soc. Lamy* 1999, n° 956.

GARDIN A., BOULMIER D., « Le statut des salariés dans les services à la personne », dans

Les services à la personne, B. BALZANI (dir.), *La Documentation française*, 2010, p. 41.

GARNIER O., « La théorie néo-classique face au contrat de travail : de la "main-invisible" à la poignée de main invisible », dans *Le travail. Marché, règles, conventions*, *Economica*, 1986 p. 315.

GASSER J.-M., La preuve des heures supplémentaires, *RJS* 2005, p. 175.

GAUDIN T., Les métamorphoses du futur : essai de prospective technologique, *Economica*, p. 169.

GAUDU F.,

- L'application du droit du travail à des travailleurs non-salariés, *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1996, p. 163. 1365.

- Le salaire et la hiérarchie des normes, *Dr. soc.* 2011, p. 24.

GAURIAU B., Le suivi du télétravail, *JCP S* 2020, 3017.

GÉLINEAU-LARRIVET G., Le temps et le droit du travail, *Dr. soc.* 2000, p. 238.

GÉNIAUT B., Covid-19 et télétravail, *Dr. soc.* 2020, p. 607.

GENIN E., L'empiètement du travail des femmes et de hommes cadres sur leur vie personnelle, *Gestion* vol. 34, p. 128.

GERBER F., ASSENS C., De Vauban à Taylor : une approche historique sur la méthode de calcul des coûts du travail, *Revue internationale des sciences de l'organisation* 2020, p. 105.

GHESTIN J., Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, *D.* 1993, p. 251.

GLASSON E. D., « Le Code civil et la question ouvrière », dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 1^{er} semestre, t. 25.

GONIÉ J., Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'Internet, *Dr. soc.* 2005, p. 273.

GOSSELIN H., Alléger le salarié du fardeau de la preuve, *Dr. ouvrier* 2014, p. 197.

GOUBEAUX G., « Le droit à la preuve », dans *La preuve en droit*, C. PERELMAN,

P. FORIERS (dir.), Éd. Bruylant, 1981, p. 277 ; P. HENRIOT, Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, *RDT* 2018, p. 120.

GRASSI B., « L'autonomie du salarié », dans *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), coll. « Cahier Travail et Emploi », La Documentation française, 2003.

GRATTON L., « Volonté du salarié et droits faux », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 183.

GR-PACT, pour un autre droit du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 422.

GRÉVY M. :

- Où en est le temps de travail ? *Dr. ouvr.* 2009, p. 196.

- Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? *Dr. soc.* 1995, p. 329.

GRUMBACH T., La contre-réforme libérale et le droit du travail (II), *Les Temps Modernes*, 2010, p. 256.

GUIN Y., « Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers », dans *Deux Siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Éd. de l'Atelier, 1998.

GUIOMARD F., La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve, *RDT* 2023, p. 133.

GUYOT H. :

- Le télétravail codifié, *JCP S* 2012, 1204.

- Le télétravail : état des lieux, *JCP S* 2013, 1382.

- Le travailleur face au numérique, *Dr. ouvrier* 2017, p. 119.

- La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire, *JCP S* 2020, 3016.

HAICAUT M., « Travail et travailleurs à domicile », dans *Le travail salarié à domicile hier aujourd'hui demain*, P.-J. HESSE, J.-P. LE CROM (dir.), Acte du colloque de Nantes nov. 1990, Ed. Du CDMOT, Nantes, 1993, p. 45.

HAUTEFORT M., Organiser les conditions du droit à la déconnexion, *Les cahiers du DRH*, 2017, 241, p. 8.

HEBRAUD P., La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse*, t. XXCI, Université des Sciences sociales, 1978, p. 379.

HENRIOT P., Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, *RDT* 2018, p. 120.

HÉRAN F. , CAPDEVIELLE P. , « De nouveaux principes d'organisation ;du travail », dans *L'emploi, l'entreprise et la société*, F. MICHON, D. SEGRESTIN (dir.), *Économica*, 1990, p. 67.

HERRMANN J., Quel avenir pour l'erreur sur le droit, *Droit pénal* 2016, n° 3.

HUET J. :

- « Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », dans *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, 2001, p. 429.

- Des distinctions entre les obligations, *Revue des contrats* janv. 2006, p. 89.

HUGLO J.-G., La Cour de cassation et la réparation en droit du travail, *Dr. soc.* 2023, p. 286.

ICARD J., Prescription et droit du travail : le grand remue-méninges de la chambre sociale, *Sem. soc. Lamy* 2021, N° 1963.

JAGLIN E., GIOVENAL O., Le forfait annuel en jours, tel que prévu dans le secteur de la Banque, est conforme aux exigences de la Cour de cassation, *Juris. soc. Lamy* 2015, p. 10.

JEAMMAUD A. :

- « Les fonctions du droit du travail », dans *Le Droit capitaliste du travail*, coll. « Critique du droit », PUG, 1980, p. 158.

- La notion de durée légale du travail, *Dr. soc.* 1981, p. 441.

- Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du règlement intérieur, *Dr. soc.* 1985, p. 480.

- Le temps de travail effectif entre jurisprudence et législation, *Dr. soc.* 1998, p. 744.

- L'avenir sauvegardé de la qualification du contrat de travail – À propos de l'arrêt Labbane, *Dr. soc.* 2001, p. 227.

- Du principe d'égalité de traitement des salariés, *Dr. soc.* 2004, p. 694.

JEANSEN E. :

-« Réputé non écrit », dans *Notions et normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 353.

- Les outils numériques dans la relation individuelle de travail, *JCP S* 2018, 1049.

JAMBU-MERLIN R., Les travailleurs intellectuels à domicile, *Dr. soc.* 1981, p. 56.

JARRIGE F., REYNAUD B., La durée du travail, la norme et ses usages en 1848, *Genèses* 2011, n° 85, p. 70.

JÉOL M., Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995, *RTD com.* 1997, p. 1.

JOBERT A., La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982, *Dr. soc.* 2010, p. 367.

JOHANSSON A. :

- Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à disposition"? *D.* 2006, p. 1711.

- Astreintes : organisation et lieu d'exécution après la loi « Travail » et à la lumière du droit européen, *Dr. ouvrier* 2017, p. 152.

JOURDAIN P., Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? *JCP G* 2016, 909.

JUEN E., Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions, *Dr. soc.* 2015, p. 528.

KHAIRALLAH G., Le raisonnable en droit privé français, *RTD civ.* 1984, p. 439.

LABARTHE F., La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, *JCP G* 2016, 642.

LAGARDE X. :

- « Prix et salaire », dans *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 527.

- Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, *JCP G* 2005, 133.

- Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007, p. 740.

LALLEMENT M., Une forme d'emploi : le travail à domicile, *L'emploi l'entreprise et la société* 1990, p. 191.

LANOUZIERE H., De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés, *Sem. soc. Lamy* 2017, N° 1755.

LARDEUX G. :

- Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, *D.* 2016, p. 1659.

- Le droit à la preuve ; tentative de systématisation , *RTD civ.* 2017, p. 1.

LAULOM S., L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du CEDS du 23 juin 2010, *RDT* 2011, p. 298.

LAURENT-MERLE I., Le travail à domicile en Europe : mythe et réalité, *JCP S* 2005, 1396.

LEBORGNE-INGELAERE C., Technologies de l'information et de la communication » et télétravail : un couple paradoxal, *BJT* 2018, n° 2, p. 139.

LEBORGNE-INGELAERE C., DRAI L., « Les critères du contrat de travail », dans *Les arrêts fondamentaux en droit du travail. Relations individuelles*, B. BOSSU (dir.), Artois Presses Université, 2007, p. 91.

LE BOURGEOIS P., Les données personnelles, éléments de preuve indispensables en matière de lutte contre les discriminations, *RDT* 2023, p. 233.

LECLERC O., Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ? *Dr. ouvrier* 2020, p. 733.

LECLERCQ-VANDELANNOITTE A., ISAAC H., Technologies de l'information, Contrôle et panoptique : pour une approche deleuzienne, *Systèmes d'information et management* 2013, 18.

LEDERLIN F., Télétravail : un travail à distance du monde, *Etudes* nov. 2020, p. 35.

LEDUC S., « Charge de travail », dans *Psychologie du travail et des organisations : 110 notions clés*, coll. « Psycho sup », Dumod, 2016, p. 79.

LÉGER N., La preuve du temps effectivement travaillé, *Dr. soc.* 2022, p. 27.

LE GOFF J. :

- Au Moyen Âge : temps de l'Église et temps du marchand, *Annales* 1960, pp. 417-433.

- « L'occident médiéval et le temps », dans *Un autre Moyen-Âge*, Gallimard, 1999, p. 411.

LE MASSON J.-M., La recherche de la vérité dans le procès civil, *Droit et société* 1998, n° 38.

LEPAGE A., La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail, *Dr. soc.* 2006, p. 364.

LINHART D., La question de la confiance dans les relations de travail, dans *Le travail, entre l'entreprise et la cité*, G. JEANNOT, P. VELTZ (dir.), Éditions de l'Aube, 2001, p. 244.

LIPSIG MUMME C., La renaissance du travail à domicile dans les économies développées, *Sociologie du travail*, juillet-septembre 1983, p. 313.

LOISEAU G. :

- La durée du travail, temps libre pour la négociation collective, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1501.

- La déconnexion, *Dr. soc.* 2017, p. 463.

- L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, *JCP S* 2021, 1305.

LORENZ E., VALEYRE A., « Modèles européens d'organisation du travail », dans *Conditions de travail : les enseignements de vingt ans d'enquête*, J. BUE, T. COUTROT, I. PUECH (dir.), Octorès, 2004, p. 126-137.

LOKIEC P. :

- La « modulation » du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 957.

- Le temps comme unité de mesure, *Dr. ouvrier* 2009, p. 418.

- Le temps comme objet de règles, *Dr. ouvrier* 2009, p. 484.

- Le changement d'horaires : une nouvelle approche, *D.* 2012, p. 67.

- La notion de cadre dirigeant, *D.* 2012, p. 1167.

- La déconnexion du temps de travail et de la rémunération, *Dr. ouvrier* 2012, p. 207.

- La "modulation" du temps de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 957.

- Le nécessaire bornage du droit à la preuve illicite, *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2052.

LUCAS DE LEYSSAC M.-P., L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons, *RSC* 1990, p. 507.

LYON-CAEN G. :

- Défense et illustration du contrat de travail, *Archives de philosophie du droit*, t. XII, 1968, p. 59.

- Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, *RTD civ.* 1974, p. 229 (reproduit dans *Dr. soc.* 2019, p. 524).

- Les travailleurs et les risques économiques, chr. XI, *Recueil Dalloz Sirey* 1974, p. 10.

- Considérations intempestives sur le temps, *Dr. soc.* 2000, p. 236.

LYON-CAEN A. :

- L'égalité et la loi en droit du travail, *Dr. soc.* 1990, p. 68.

- Le forfait-jours, ou les épices du pluralisme, *Dr. ouvrier* 2012, p. 171.

- « Liberté et volonté », dans *La volonté du salarié*, T. SACHS (dir.), Dalloz, 2012, p. 3.

MACHU L., Le travail traversé par le temps, *RDT* 2022, p. 501.

MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », dans *Le raisonnable en droit administratif : actes du colloque de Toulouse*, S. THERON (dir.), Éd. l'Épitoque, 2016, p. 6.

MAILLARD, PINON S., La diversité des règles de droit du travail applicable aux travailleurs domestiques, *Dr. soc.* 2022, p. 680.

MAITTE C., TERRIER D., Conflits et résistances autour du temps de travail avant l'industrialisation, *Temporalités* 2012, 16.

MARTINON A., Le forfait-jours : du cadre au non-cadre – Commentaire de l'article 95 de la loi PME du 2 août 2005, *JCP S* 2005, 1202.

MATHIEU C., Le droit à la déconnexion : une chimère ? *RDT* 2016, p. 592.

MAYAUD Y., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2007, p. 293.

MAZARS M.-F., La protection des données personnelles des salariés : le changement c'est

maintenant ! *RDT* 2018, p. 498.

MAZARS M.-F., EL BOUGEMAOU W., Maîtriser le socle du droit de la protection des données pour aborder l'application du Règlement européen, *RDT* 2018, p. 298.

MAZARS M.-F., FLORÈS P., La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait-jours, *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1499, p. 8.

MAZEAUD H., Essai de classification des obligations, *Rev. trim. De droit civil*, 1936, p. 1.

MAZEAUD D., La distinction obligation de résultat – obligation de moyens : le saut dans le vide ? *D.* 2017, p. 198.

MASSON P. :

- Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? *Dr. ouvrier* 2014, p. 580.

- Le droit du travail à l'épreuve du numérique, *Dr. ouvrier* 2015, p. 695.

MASSON A., PÉPIN M., RTT et enjeux organisationnels, *Travail et Emploi* 2000, n° 83.

MÉDA D., Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité, *Dr. soc.* 2009, p. 763.

MELAN C., CSCINO N., BARTHE B., « Mesurer la charge de travail : une approche pluridisciplinaire », dans *Risques du travail, la santé négociée*, C. COURTET (éd.), coll. « Recherches », La Découverte, 2012, p. 189.

MENGONI L., Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Riv. Dir. Com.*, 1954, I (cité dans T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2010, p. 34).

MESTRE J., À propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même, *RTD civ.* 1997, p. 136.

MEYER F., Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non-cadres "autonomes" », *Dr. ouvrier* 2005, p. 525.

MEYER F., SACHS-DURAND C. :

- « L'évolution du rapport salarial », dans *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à Hélène Sinay*, N. ALIPRANTIS, F. KESSLER (éd.), Peter Lang, 1994, p. 376.

- Compte-rendu d'une table ronde sur les risques psychosociaux, *RDT* 2012, p. 633.

MEYER F., JOHANSSON A., La légalité des heures d'équivalence en question, *Dr. ouvrier* 2004, p. 153.

MICHALLETEZ M., Pour une approche objective de la charge de travail, *JCP S* 2018, 1395.

MICHEL S., Le droit de grève dans les transports, *Dr. soc.* 2022, p. 427.

MICHON P., « Rythme et sociologie : une introduction », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 48.

MILHAU J., La connaissance des salaires, *Dr. soc.* 1965, p. 35.

MINÉ M. :

- L'horaire de travail, *Dr. ouvrier* 2000, p. 412.

- Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale, *Sem. soc. Lamy* 2005, 1228.

- Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne, *Dr. ouvrier* 2011, p. 40.

MOLFESSIS N., Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA* 5 mai 2000, n° 90, p. 41.

MONTVALON (de) L. :

- Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ? *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1743.

- Forfait-jours : état des lieux des garanties conventionnelles exigées par le juge, *Les Cahiers Lamy du CE* 2018, n° 179.

MONTVALON (de) L., ENJOLRAS L., Régulation de la charge de travail et droit à la déconnexion, entre prévention des risques et promotion de la santé mentale des travailleurs, *RDT* 2023, p. 606.

MORAND M. :

- Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions, *JCP E* 2003, p. 704.

- Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1209

- Les cadres dirigeants et le temps de travail, *RJS* 2012, p. 347.

MOREAU J., Le droit à la santé, *AJDA* 1998, p. 185.

- MOREAU M.-A.**, Temps de travail et charge de travail, *Dr. soc.* 2000, p. 263.
- MOREL F.**, Repos ou argent ? Un arbitrage variable dans le droit de la durée du travail, *Dr. soc.* 2005, p. 625.
- MOREL À LHUISSIER P., DUMAS M., RUILIER C.**, Le télétravail : les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ? *Management & Avenir* 2014, n°74, p. 91.
- MORIN M.-L.**, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », dans *Le travail en perspectives*, (dir.) A. SUPIOT, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, p. 125.
- MORVAN M.**, Le nouveau droit de la rémunération, *Dr. soc.* 2008, p. 643.
- MOTULSKY H.**, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175.
- MOULY J.**, Le refus du salarié d'accomplir des heures supplémentaires, *Dr. soc.* 1994, p. 856.
- MOULY-GUILLEMAUD C.**, Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire ? *RTD civ.* 2018, p. 45.
- MOURY J.**, Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil, *D.* 2017, p. 1209.
- MOUSSERTON P.-H.**, Le lieu de travail, territoire de l'entreprise, *Dr. soc.* 2007, p. 1110.
- MUMFORT L.**, *Technique et civilisation* [1934], coll. « Eupalinos », Parenthèses, 2016.
- NOUREDINE S.**, Durée du travail des cadres autonomes et forfait-jours : le contrôle prétorien se renforce, *Cah. soc.* 2013, n° 248, p. 3.
- OURLIAC P.**, « Standard juridique », dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 581.
- PAGNERRE Y., VERNERET J.**, Forfait en jours : de l'illicéité à la sécurisation des dispositifs conventionnels, *JCP S* 2019, 1351.

PASQUIER T., Sens et limites de la qualification de contrat de travail, *RDT* 2017, p. 95.

PAULIN J.-F. :

- Les temps soustraits au pouvoir, *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340.

- Le cumul d'emplois salariés, *JA* 2010, p. 39.

PÉCAULT-RIVOLIER L., Travail à domicile, télétravail : une réponse adaptée à la question de la conciliation vie professionnelle/vie familiale ? *AJ Famille* 2013, p. 212.

PÉLISSE J., À la recherche du temps gagné. Les 35h entre perceptions, régulations et intégrations professionnelles, *Travail et Emploi* 2002, p. 7.

PERELMAN C., « Usage et abus des notions confuses », dans *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984.

PIERCHON M., Le travail au domicile, *Juris. soc. Lamy* 2002, n° 95.

PIGNARRE G. :

- À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, *RTD civ.* 2001, p. 41.

- Sur la répartition de la charge de la preuve de l'accomplissement des heures supplémentaires : vers un retour aux principes directeurs du procès, *RDT* 2012, p. 503.

PIGNARRE G., PIGNARRE L.-F., Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail, *RDT* 2011, p. 647.

PIGNARRE G., VÉRICEL M., Temps de travail : à la recherche d'un véritable équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés, *Dr. soc.* 2016, p. 525.

PINARD R., « Introduction à la deuxième partie », dans *La révolution du travail : De l'artisan au manager*, Presses Universitaires de Rennes, 2000, p. 57.

PLANQUE C., Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ? *D.* 2002, 2292.

PONCIF V. :

- Les rythmes de travail, *RDT* 2012, p. 208.

- « Transformation numérique et vie au travail » : les pistes du Rapport Mettling, *RDT* 2016, p. 185.

PRALONG J., PERETTI-N'DIAYE M., Télétravail, compétences et modes de coordination, *Dr. ouvrier* 2021, p. 142.

PROBST A. :

- Les grèves de mai-juin 1936 revisitées, *Le Mouvement social* 2002, n° 200, p. 3.
- Télétravail à domicile. Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. soc.* 2006, p. 109.

PUJOL É., Déconnexion : plus qu'un droit, un devoir partagé, *D.* 2017.

RADÉ C. :

- Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 2002, p. 26.
- Des critères du contrat de travail, *Dr. soc.* 2013, p. 202.

RANC S., En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire, *Dr. soc.* 2023, p. 309.

RAY J.-E. :

- La flexibilité du temps de travail, *RIDC* 1/1990, p. 185.
- Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc.* 1992, p. 525.
- Temps de travail des cadres et 35 heures, *Dr. soc.* 1998, p. 979.
- Les astreintes, un temps du 3^{ème} type, *Dr. soc.* 1999, p. 250.
- De la sub/ordination à la sub/organisation, *Dr. soc.* 2002, p. 5.
- Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle, *Dr. soc.* 2002, p. 939.
- Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, *Dr. soc.* 2004, p. 1077.
- Temps professionnel et temps personnels, *Dr. soc.* 2004, p. 58.
- Droit du travail et TIC (I), *Dr. soc.* 2007, p. 140.
- Vie professionnelle, vie personnelle et TIC, *Dr. soc.* 2010, p. 44.
- Il faut sauver le forfait-jours ! *Liaisons sociales magazines* 2011, p. 56.
- Légaliser le télétravail : une bonne idée ? *Dr. soc.* 2012, p. 443.
- De la géo-localisation à la télé-localisation, *Dr. soc.* 2012, p. 6.
- Qualité de vie(s) et travail de demain, *Dr. soc.* 2015, p. 147.
- Actualité des TIC – Tous connectés, partout, tout le temps ? *Dr. soc.* 2015, p. 516.
- Grande accélération et droit à la déconnexion, *Dr. soc.* 2016, p. 912.
- Contrôler la durée du travail... chez soi ? *Dr. soc.* 2022, p. 21.

RAYNAUD J., Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail, *JCP S* 2013, 1054.

RENARD T., Précompter n'est pas décompter, *Dr. soc.* 2009, p. 721.

REY T., L'objet du contrat de travail, *Dr. soc.* 1992, p. 859.

REY C., Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des NTIC, *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2001, n° 13, pp. 173-193.

REY C., SITNIKOFF F., Télétravail à domicile et nouveaux rapports au travail, *Revue Interventions économiques*, 2006, en ligne.

RIVERO J., Les libertés publiques dans l'entreprise, *Dr. soc.* 1982, p. 253.

ROLLE P., « Les temps du travail et le travail du temps. Réflexions sur l'objet de la sociologie du travail », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 25.

ROUAST A., « Quelques réflexions sur l'originalité sociologique du contrat de travail », dans *Mélanges offerts à J. BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Brière, 1967, p. 663.

ROUSSEAU T., Charge de travail : un mode opératoire pour soutenir la qualité de vie au travail, *La Revue des conditions de travail, Anact*, 2017.

ROZEC P., Le contentieux de la durée du travail : de la preuve des heures au suivi de la charge de travail, *Cah. soc.* 2011, n° 263.

SAINT-DIDIER C., La preuve par huissier devant le conseil de prud'hommes, *Sem. soc. Lamy* 2006, N° 1286.

SAINT-JAMES V., Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RD publ.* 1997, p. 460.

SAINT JOURS Y., « Du salaire au revenu salarial », dans *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 317.

SARNIN P., Santé des salariés : une urgence lourde de conséquences, *Juris associations* 2012, p. 26.

SAURET A. , Le développement durable du télétravail et la dilution du lien de subordination, *Gaz. Pal.* 2020, n° 42, p. 68.

SAVATIER R. :

- Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie, *D. H.* 1934, chron., p. 37.
- Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? *Dr. soc.* 1970, p. 123.

SAVATIER J. :

- Les minima de salaires, *Dr. soc.* 1957, p. 575.
- Les salaires d'inexécution, *Dr. soc.* 1984, p. 710.
- La portée du droit au SMIC selon les modalités de rémunération, *Dr. soc.* 1985, p. 811.
- La liberté dans le travail, *Dr. soc.* 1990, p. 49.
- La protection de la vie privée des salariés, *Dr. soc.* 1992, p. 329.

SCHIEBERRAS J.-C., Temps de travail et qualité de vie au travail, *Dr. soc.* 2015, p. 121.

SCHOETTL J.-E., Le forfait-jours des salariés non -cadres devant le Conseil constitutionnel, *LPA* 2005, n° 20, p. 7.

SCHWARTZ J. , Les dispositifs de mise en œuvre du droit à la déconnexion, *Cah. soc.* juill. 2017, n° 121f5, p. 48.

SERVEL L. , « Temps, travail et organisations », dans *Sociologie du monde du travail*, N. ALTER (dir.), PUF, 2012, p. 326.

SIAU B., Requalification ou reclassification d'un cadre au forfait-jour ? *Revue Lamy droit des affaires* 2013, N° 78.

SINTEZ C., De la subordination à la domination du salarié : la preuve « sociologique » par le temps de travail, *RDT* 2012, p. 406.

STUDENY C. :

- « La révolution des transports et l'accélération de la France (1770-1780) », dans *De l'histoire des transports à l'histoire de la mobilité*, MATHIEU FLONNEAU, V. GUIGENO (dir.), coll. « Histoire », Presses Universitaires de Rennes, 2009, p. 117.
- L'emprise de l'heure, *Romantisme* 2016/4 n° 174, p. 10.

SUPIOT A. :

- Pourquoi un droit du travail, *Dr. soc.* 1990, p. 487.
- La réglementation patronale de l'entreprise, *Dr. soc.* 1992, p. 215.
- Temps de travail : pour une concordance des temps, *Dr. soc.* 1995, p. 947.
- Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. soc.* 2000, p. 13.
- Travail, droit et technique, *Dr. soc.* 2002, p. 21.

TASKIN L., Les enjeux du télétravail pour l'organisation, *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, p. 81.

TASKIN L., TREMBLAY D.-G., Comment gérer des télétravailleurs ? *Gestion*, 2010, 88.

TERSSAC (de) G., « Autonomie et travail », dans *Dictionnaire du Travail*, PUF, 2012, p. 47.

C. de TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. « CRIDS », Larcier, 2018.

TESTU F. X., La devise de la République française : II/... Égalité..., *RTD civ.* 2020, p. 747.

TETARD-BLANQUART C., La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal, *JCP S* 2013, 1404.

TEYSSIÉ B. :

- La réduction du salaire, *Dr. soc.* 1984, p. 695.
- La preuve en droit du travail, dans *La preuve*, C. PUIGELIER (dir.), coll. « Etudes juridiques », Economica, 2004, p. 73.

TEYSSIER A., Le droit de la durée du travail des cadres au forfait-jours, *JCP E* 2002, 1684.

TEYSSIER C., Télétravail au domicile, une approche juridique des mutations en cours, *Dr. soc.* 2023, p. 38.

THOEMMES J. :

- La mesure des temps des cadres : une solution pour sortir des difficultés professionnelles ? *Temporalités* 2012.
- « Libérer les temporalités de l'emprise des marchés : une question de théorie ? », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 157.

- L'autonomie temporelle, *BJT* 2022, n° 11, p. 51.

THOEMMES J., ESCARBOUTEL M., Les cadres : un groupe social en recomposition à la lumière des temps sociaux, *Informations sociales* 2009/3, n° 153, p. 68.

TOURNAUX S. :

- Changement d'horaire et droits fondamentaux du salarié, *RDT* 2012, p. 31.

- Reconfigurer les temps de vie du salarié, *Dr. soc.* 2022, p. 5.

TRAN H. H., Marx et le concept de la force de travail, *ContreTemps* 2014, n°21.

TUNC A., La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence, *JCP* 1945, 449.

VAN DETH P., Une mise à mal de la protection de la vie personnelle en quête de juste proportion, *RDT* 2023, p. 233.

VATIN F., « Le temps mesure-t-il le travail ? Propos épistémologiques », dans *Temps de travail et travail du temps*, S. MONCHATRE, B. WOEHL (dir.), Publications de la Sorbonne, 2014, p. 62.

VAYRE E., « Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social », dans *Le travail humain*, PUF, 2019, vol. 82, p. 1.

VAYRE E., VONTHRON A.-M., PERISSE M., « Usages des technologies digitales à des fins professionnelles. Incidences sur le rapport à Internet, l'engagement au travail et l'équilibre de vie », dans *Dé-libérer le travail : Démocratie et temporalités au cœur des enjeux de santé au travail*, C. EDEY GAMASSOU, A. MIAS (coord.), Teseo, 2021, p. 127.

VÉRICEL M. :

- La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? *RDT* 2008, p. 574.

- Temps de travail : à la recherche d'un véritable équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés, *Dr. soc.* 2016, p. 525.

- Un nouveau modèle pour la réglementation du temps de travail, *Dr. soc.* 2018, p. 276.

- Les forfaits jours après la loi Travail du 8 août 2016 et la loi du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron : un renforcement de la protection des salariés en trompe l'œil, *Les Cah. Soc.* 2018, n° 307, p. 41.

VIROL M., « La mesure du travail et sa juste rémunération dans les chantiers des places fortes de Louis XIV », dans *Le temps de travail en longue durée. Normes, pratiques, évolutions (XIVe-XIXe siècle)*, C. MAITTE, D. TERRIER (dir.), Presses Universitaires de Rennes, 2014, p. 296.

VERKINDT P.-Y. :

- Les conventions de forfait, *Dr. soc.* 2010, p. 387.
- Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti, *Dr. soc.* 2011, p. 18.
- Forfaits annuels en jours et évaluation, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1544.
- À propos du télétravail et du télétravailleur...après la loi du 22 mars 2012, *Les Cahiers du DRH* 2012, n° 187.

VIAL G., Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses, *RDT* 2023, p. 156.

VIGNEAU C., L'inéquitable procès prud'homal, *RJS* 2013, p. 363.

VOGEL L., Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, *D.* 1995, p. 155.

WAQUET P. :

- Vie personnelle et vie professionnelle du salarié, *Cah. soc.* 1994, n° 64, p. 289.
- La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, *RJS* 1996, p. 793.
- En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 1998, p. 963.
- Le renouveau du contrat de travail, *RJS* 1999, p. 383.
- Le temps de repos, *Dr. soc.* 2000, p. 288.
- Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, *Dr. soc.* 2000, p. 1051.
- Les objectifs, *Dr. soc.* 2001, p. 120.
- Droit du travail et NTIC, *Dr. soc.* 2002, p. 10.
- Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle, *Dr. soc.* 2010, p. 14.

WEBER J.-F., Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* 2009, n° 702.

WILLMANN C., La déconnexion des salariés : un droit « mou », aux forts enjeux, *Daloz IP/IT* 2019, p. 684.

WOLMARK C. :

- La preuve en droit du travail, propos conclusifs 38^{ème} colloque du SAF, *Dr. ouvrier* 2014, p. 276.

- Quelle place pour le travail dans le droit du travail, *Dr. soc.* 2016, p. 439.

ZARIFIAN P., Contrôle des engagements et productivité sociale, *Multitudes* 2004/3, n° 17, p. 57.

IV- OBSERVATIONS, NOTES ET CHRONIQUES

ADAM P. :

- note sous Soc. 6 avril 2004, n° 01-45.227, *Bull.* n° 103, *Dr. ouvrier* 2004, p. 378.

- note sous Soc. 23 juin 2021, n° 19-13.856, Publié, *Dr. soc.* 2021, p. 843.

AMALRIC S. : note sous Soc. 26 sept 2012 n° 11-14.540, *RDT* 2013, p. 273.

ANTONMATTÉI, P.-H. :

- note sous Soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Dr. soc.* 2004, p. 839.

- obs. sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Publié, *Dr. soc.* 2014, p. 687.

AUBERT-MONPEYSSEN T. :

- note sous CJUE 14 mai 2019, n° C- 55/18, *JCP E* 2020, 1328.

- note sous Soc. 5 juin 2019, n° 17-23.228, Publié, *JCP S* 2019, 1257.

AUZERO G. : obs. sous Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, Publié, *RDT* 2008, p. 731.

BARTHÉLÉMY J. :

- note sous Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Dr. soc.* 1999, p. 89.

- note sous Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.226, *Bull.* n° 202, *Dr. soc.* 2010, p. 114.

- note sous Soc. 18 déc. 2001, n° 99-43.351, *Bull.* n° 392, *Dr. soc.* 2002, p. 353.

BASIRE Y., SABBAH J. : note sous Soc. 13 juin 2018, n° 16-25.301, *Bull.* n° 113, *RDT* 2018, p. 680.

BAUGARD D. :

- note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11.

- note sous Soc. 18 mars 2020 n° 18-10.919 Publié, *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1096.

BENTO DE CARVALHO L. : note sous Soc. 24 mars 2021, n° 19-12.208, Publié, *JCP S* 2021, 1132.

BERGERON-CANUT F. :

- obs. sous Soc. 9 avril 2008, n° 07-41.418, *Bull.* n° 82, *Lamy Droit des affaires* 2008, N° 30, p. 56.

- note sous Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.377, *Bull.* n° 200, *RDT* 2010, p. 112.

- note sous Soc. 20 oct. 2010, n° 08-44.594 à 596, *Bull.* n° 237, *RDT* 2011, p. 119.

- note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117, *Cah. soc.* 2013, N° 305, n° 110r0.

- note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, *Bull. du travail* 2015, p. 104.

- note sous Soc. 4 fév. 2015, n° 13-20.891, *Bull. du travail* 2015, p. 169.

- note sous Soc. 7 juill. 2015, n° 13-26.444, inédit, *Cah. soc.* 2015, n° 277, p. 448.

- note sous Soc. 8 sept. 2016, n° 14-26.256, *BJT* 2016, n° 290, p. 493.

- note sous Soc. 17 janv. 2018, n° 16-15.124, *Bull.* n° 2, note *Cah. soc.* 2018, n° 305, p. 149.

- note sous Soc. 6 nov. 2019, n° 18-19.752, Publié, *Bull. du travail* 2019, n° 26.

- note sous Soc. 16 oct. 2019, n° 18-16.539, *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881.

BRIER (de) H. : obs. sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit, *Gaz. Pal.* 2019, p. 58.

BOSSU B. :

- note sous Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427, *Bull.* n° 255, *JCP S* 2015, p. 29.

- note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit, *JCP S* 2019, 1038.

BOSSU B., MORGENROTH T. : note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Bull.* n° 24, *RDT* 2012, p. 156.

BOULMIER D. :

- note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 157.

- note sous CJCE, 1er déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas*, *JCP* 2006, p. 96.

S. BOURETZ : note sous Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Bull.* n° 535, *JCP G* 1999, 10166.

A. BRETONNEAU : rapp. sur CE 15 déc. 2017, req. n° 403776, *Lebon*, *AJDA* 2018, p. 402.

J.-D. BRETZNER, chron. sous Soc. 13 fév. 2007, n° 05-12.016, *Bull.* n° 60, *D.* 2008,

p. 2820.

BUGADA A. : note sous Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, inédit, *JCP G* 2008, 10110.

CARLES M. : obs. sous Soc. 10 juill. 2002, n° 00-18-452, *Bull.* n° 238, *Dr. ouvrier* 2002, p. 581.

CHAMPEAUX F. : obs. sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250, obs. *Sem. soc. Lamy* 2011, N° 1514.

CLAVIÈRE (de) B. : chron. sous Soc. 13 juin 2012, n° 11-10.929, Publié, *RTD eur.* 2013, 292-41.

CORRIGNAN-CARSIN D. : note sous Soc. 26 avril 2006, n° 04-43.582, *Bull.* n° 145, *JCP S* 2006, 1444.

COUTURIER G. :

- note sous Soc. 28 avril 1988, *Dr. soc.* 1988 p. 415.

- note sous Soc. 3 juill. 1996, n° 93-41.645, n° 261, *Dr. soc.* 1996, p. 974.

DARMAISIN S. : note sous Soc. 25 mai 2005 n° 03-44.301, *Bull.* n° 179, *JCP S* 2005, 1033.

DAUXERRE N. : obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, *JCP S* 2007, 255.

DESBARATS I. : obs. sous Soc. 20 oct. 1998, n° 96-43.718, *Bull.* n° 103 *D.* 1999, p. 174.

DESDEVICES Y. : obs. sous Soc. 7 juin 1995, n° 91-42.604, *Bull.* n° 187, *Dr. soc.* 1995, p. 838.

DETRAZ S. : note sous Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *JCP S* 2011, 1450.

DOCKÈS E. : note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, Publié, *Dr. soc.* 2012, p. 147.

DOCKÈS E., FOUVET F., GÉNIAUT C., JEAMMAUD A. : chron. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, *D.* 2007, p. 3033.

DUQUESNE F. :

- note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Dr. soc.* 2004, p. 938.

- obs. sous Crim. 12 mai 2015, n° 12-84.284, *JCP S* 2015, p. 1256.

ESCANDE-VARNIOL M.-C. : sous Soc. 9 déc. 1998, n° 96-44.789, *D.* 1998.

FABRE A. :

- note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702 *Bull.* n° 246, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518.
- note sous Soc. 10 oct. 2012, n° 11-10.455, *Bull.* n° 258, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1560.
- note sous Soc. 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié, *JCP S* 2021, 1292.
- note sous Soc. 10 oct. 2001, n° 99-45.420, *Bull.* n° 315, *D.* 2002, p. 764.

FAVENNEC-HÉRY F. :

- note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *RJS* 2011, p. 589.
- note sous Soc. 25 janv. 2023, n° 21-16.825, Publié, *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2034.

FLORENS P. : obs. sous Soc. 29 avril 2003, n° 01-41.364, *Bull.* n° 145, *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1721.

FORTIS E. : note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, *JCP E* 2005, 736.

FRAISSSE W. : note sous Soc. 2 juillet 2014, n° 13-11.904, *Bull.* n° 171, *D.* 2014.

FROSSARD S. : note sous Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, *Bull. crim.* n° 336, p. 975, *D.* 2000, p. 87.

GABA H. K. : note sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, *D.* 2004, p. 2326.

GALLOIS J. : note sous Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134, *RDT* 2011, p. 507.

GARDIN A. : note sous CNIL délib. n° 2015-165, 4 juin 2015, *RDT* 2015, p. 544.

GOSSELIN H. :

- note sous Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, n° 2285, inédit, *Sem. soc. Lamy* 2007, N° 1327.
- note sous Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.377, *Bull.* n° 200, *Sem. soc. Lamy* 2009, N° 1420.

GRÉVY M. : obs. sous Soc. 13 nov. 2008, n° 06-44.608, *Bull.* n° 211, *RDT* 2009 p. 117.

GUICHAOUA H. : note sous Crim. 16 avril 2013, n° 12-81.767, *Dr. ouvrier* 2013, p. 510.

HALLER M.-C. : obs. sous Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 62, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 142.

HAUTEFORT M. : obs. sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, *Juris. soc. Lamy* 2004, n° 149.

ICARD J. :

- note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117, *Cah. soc.* 2013, N° 253, n° 110r6.

- note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, inédit, *BJT* fév. 2019, p. 15.

- note sous Soc. 27 mars 2019, n° 17-31.715, Publié, *BJT* 2019, n° 5, p. 18.

ILIEVA V. : obs. sous Soc. 16 oct. 2019, n° 18-16.539, *D.* 7 nov. 2019.

JEAMMAUD A. : note sous Soc. 19 déc. 2000, *Bull.* n° 437, *Dr. soc.* 2001, p. 227.

JACOTOT D. :

- note sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71, *JCP E* 2007, 10134.

- note sous Soc. 2 juill. 2014, n° 13-11.940, Publié, *JCP S* 2014, 1435.

JÉOL M. : concl. sous Ass. plén. 1 déc. 1995, n° n° 91-15.999, 91-15.758, 91-19.653, *D.* 1996, p. 13.

JOURDAN D., BARTHÉLÉMY J. :

- obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, *Dr. soc.* 2007, p. 1177.

- obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-45.932, *Bull.* n° 71, *Dr. soc.* 2007 p. 1183.

LAFUMA E. : obs. sous CJUE 14 mai 2019, n° C-55/18, *RJS* 8-9/2019.

LAHALLE T. :

- note sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, Publié, *JCP S* 2007, 1571.

- note sous Soc. 26 sept. 2007 n° 06-41.495, *JCP S* 2008, 1078.

- note sous Soc. 3 nov. 2010, n° 09-40.255, Publié, *JCP S* 2011, 1123

- note sous Soc. 8 juin 2011, n° 10-19.684, inédit, *JCP S* 2011, 1375.

LAMY (de) B. : obs. sous Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.* n° 132, *D.* 2004 p. 17.

LARDEUX G. : obs. sous Civ 1^{ère} 5 avril 2012, n° 11-14.177, Publié, *D.* 2012, p. 1596.

LHERNOULD J.-P. :

- note sous Soc. 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *Bull.* n° 266 *Juris. soc. Lamy* 2011, N° 292.
- note sous Soc. 6 juill. 2011, n° 10-15.050, J.-P. LHERNOULT, *Juris. soc. Lamy* 2011, N° 308.
- note Soc. 12 mars 2014, n° 12-29.141, *Bull.* n° 76, *Juris. soc. Lamy* 2014, N. 10.
- note sous Soc. 13 juin 2012, n° 11-10.929, *Bull.* n° 187, *Dr. soc.* 2012, p. 854.
- note sous Soc. 17 oct. 2012, n° 10-17.370, *Bull.* n° 267, *Juris. soc. Lamy* 2012, N° 333-334.
- note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, *RJS* 12/2012, p. 779.
- note sous Soc. 27 janv. 2021, n° 17-31.046, *Juris. soc. Lamy* 2021, N° 516.
- note sous Soc. 26 janv. 2022, n° 20-21.636, Publié, *Juris. soc. Lamy* 2022, N° 537.
- note sous Soc. 25 janv. 2023, n° 21-16.825, Publié, *Juris. soc. Lamy* 2013, N° 560.

LOISEAU G. :

- note sous Soc. 2 juin 2010, n° 08-40.628 Publié, *JCP S* 2010. 1241.
- note sous Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23.482, *Bull.* n° 2, *JCP S* 2012, 1122.
- note sous Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058, Publié, *JCP S* 2020, 3042.

LOKIEC P. :

- note Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, Publié, *D.* 2012, p. 67.

LOKIEC P., PORTA J. :

- chron. sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *D.* 2012, p. 901.
- chron. sous Soc. 12 fév. 2015, n° 13-19.889, inédit, *D.* 2015, p. 829.

MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J. : chron. sous CEDH 13 déc. 2022, *Florindo c/ Portugal*, n° 26968/16, *Dr. soc.* 2023, p. 330.

MASSON P. : note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661.

MAZARS M.-F., LAULOM S., DEJOURS C. : note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *RDT* 2011, p. 481.

MIGLIETTI J.-M. : obs. sous Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, *Sem. soc. Lamy* 2004, 1173.

MISIRACA S. : note sous Soc. 18 mars 2020 n° 18-10.919, Publié, *Dr. ouvrier* 2020 p. 661.

MORAND M. :

- note sous Soc. 8 juin 2010, n° 08-42.825, inédit, *JCP S* 2014, 1081.
- note sous Soc 21 nov. 2012, n° 11-10.829, Publié, *JCP S* 2013, 1069.
- note sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, *Sem. soc. Lamy* 2014, 1309.
- note sous Soc. 2 juillet 2014, n° 13-11.904, *Bull.* n° 171, *JCP S* 2014, 1406.
- note sous Soc. 7 juill. 2015, n° 13-26.444, inédit, *JCP S* 2015, 1364.
- note sous Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314, *JCP S* 2019, 1132.
- note sous Soc. 18 sept. 2019, n° 17-31.274, Publié, *JCP S* 2019, 1310.

MOREL F. : note sous CE, 28 mars 2012, n° 343072, *JCP E* 2012, 1332.

MOULY J. : note sous Soc. 30 juin 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1042.

NASOM-TISSADIER H. :

- obs. sous Soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314, *Juris. soc. Lamy* 2019, n° 477.
- obs. sous Soc. 7 juin 2023, n° 21-23.232, *Juris. soc. Lamy* 2023, n° 568.

NEAU-LEDUC C. : note sous Soc. 16 juin 2010, 08-42.758, *Bull.* n° 144, *Dr. soc.* 2013, p. 614.

PAGNERRE Y. : note sous Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427, *JCP E* 2014, 1163.

PÉLISSIER J. : note sous Soc. 14 mars 1979, *Bull.* n° 232, *D.* 1979, p. 434.

PERRIN L. : obs. sous Soc. 14 oct. 2008, *D.* 2008, p. 2672.

PERROT R. :

- obs. sous Civ. 2^{ème} 12 oct. 2006, n° 05-12.835, *Bull.* n° 267, *RTD civ*, 2007, p. 178.
- note sous Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n° 12-21.155 et Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 13-14.295, *RTD civ.* 2014, p. 438.

PIGNARRE G. :

- obs. sous Soc. mai 2006, n° 04-45.378 et 23 mai 2006, n° 05-42.921, *RDT* 2006, p. 183.
- note sous Soc. 4 juin 2009, n° 07-43.198, *Bull.* n° 145, *RDT* 2009, p. 524.
- note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull.* n° 117, *RDT* 2006, p. 182.
- obs. sous Soc. 15 janv. 2014, n° 12-19.472, *Bull.* n° 15, *RDT* 2014, p. 267.
- obs. sous Soc. 4 déc. 2013, n° 12-22.344, *Bull.* n° 299, n° 12-11.886, *Bull.* N° 296, *RDT*

2014, p. 267.

- note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, *RDT* 2015, p. 195.

- note sous Soc. 15 déc. 2021, n° 19-20.978, Publié, *RDT* 2022, p. 173.

- note sous Soc. 13 nov. 2014, n° 13-14.206, Publié ; 17 déc. 2014, n°s 13-23.230 et 13-22.890, Publié ; n° 13-20.684, inédit, *RDT* 2015, p. 195.

- note sous Soc. 30 juin 2021, n° 18-23.932, n° 20-12.960, n° 19-14.543, Publiés, *RDT* 2021, p. 721.

RADÉ C. :

- obs. sous Soc. 22 fév. 2000, n° 97-43.465, *Bull.* n° 70, *Dr. soc.* 2000, p. 438.

- obs. sous Soc. 10 mai 2001, n° 99-42.200, Publié, *Dr. soc.* 2001, p. 768.

- obs. sous Soc. 4 mars 2003, *Bull.* n° 78, *Dr. soc.* 2003, p. 658.

- obs. sous Soc. 25 fév. 2004, n° 01-45.441, *Bull.* n° 62, *Dr. soc.* 2004, p. 665.

- obs. sous Soc. 13 juill. 2010 n° 09-42.890 à 09-42.892 *Bull.* n° 178, *Dr. soc.* 2010 p. 1112.

- note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n° 462.

RICHARD E. : note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723.

ROZEC P. : note sous Soc. 8 nov. 2017, n° 15-22.758, *Bull.* n° 191, *JCP G* 2017, 2389.

SAENKO L. : obs. sous Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113, *RTD com.* 2017, p. 713.

SARRAZIN M.-C. : note sous CE 15 déc. 2017, req. n° 403776, *Dr. ouvrier* 2018, p. 702.

SAVATIER J. :

- note sous Soc. 20 mars 1961, *Dr. soc.* 1961, p. 424.

- note sous Soc. 20 fév. 1991, n° 89-41.148, *Bull.* n° 80, *Dr. soc.* 1991, p. 322.

- note sous Soc. 19 mars 2003, n° 00-46.686, *Bull.* n° 103, *Dr. soc.* 2003, p. 655.

- note sous Soc. 26 nov. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 225.

SEGONDS M. : note sous Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, *Bull. crim.* n° 336, p. 975, *D.* 2000, p. 120.

TOURNAUX S. :

- note Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, n°447.

- note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2011, 462.

- note sous Soc. 17 déc. 2014, n° 13-22.890, *Bull.* n° 301, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n° 597.

- sous Soc. 20 janv. 2021, n° 19-10.956, *Dr. soc.* 2021, p. 565.

- note sous Soc. 27 janv. 2021, n° 17-31.946, *Dr. soc.* 2021, p. 475.

- note sous Soc. 5 juill. 2023, n° 21-23.294, n° 21-23.387, inédits, *Dr. soc.* 2023, p. 836.

TOURREIL J.-E. : obs. sous Crim. 19 juin 2001, n° 00-86.867, *Juris. soc. Lamy* 2001, n° 87.

VACHET G. :

- note sous Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, Publié, *JCP S* 2008, 1004.

- note sous Soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Publié, *JCP E* 2014, 1495.

VAN CRAEYNEST B., MASSON P. : note sous Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull.* n° 181, *RDT* 2011, p. 474.

VATINET R. : note sous Soc. 18 juillet 2000, n° 98-42.542, *Bull.* n° 301, *Dr. soc.* 2000, p. 1018.

VÉRICEL M. :

- obs. sous Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313, *Bull.* n° 73, *RDT* 2007, p. 594.

- obs. sous Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43.876, n° 2285, *RDT* 2008, p. 110.

- note sous CE 11 mars 2009, n° 303396, *RDT* 2009, p. 523.

- obs. sous Soc. 29 juin 2011, n° 10-14.753, *RDT* 2011, p. 511.

- note sous Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Bull.* n° 250, *RDT* 2012, p. 42.

- note sous Soc. 13 juin 2012, n° 11-10.929, *Bull.* n° 187, *RDT* 2012, p. 565.

- note sous Soc. 24 avril 2013, n° 11-28 398, Publié, *RDT* 2013, p. 493.

- note sous CJUE 9 nov. 2017 C-306/16, *RDT* 2018, p. 304.

- note sous Soc. 19 déc. 2018, n° 17-14.631, *RDT* 2019, p. 644.

- note sous Soc. 18 mars 2020 n° 18-10.919 Publié, *RDT* 2020 p. 552.

- note sous CJUE 11 nov. 2021, C- 214/20, *RDT* 2022, p. 250.

- note sous Soc. 13 oct. 2021, n° 19-20.561, Publié, *RDT* 2022, p. 110.

- note sous CJUE 2 mars 2023, C-477/21, *RDT* 2023, p. 424.

- note sous Soc. 12 juillet 2018, n° 17-13.029, inédit, *RDT* 2018, p. 860.

WAQUET P. :

- note Soc. 20 fév. 1991, n° 89-41.148, *Bull.* n° 80, *Dr. soc.* 1991, p. 315.

- note sous Soc. 20 oct. 1998, n° 96-43.718, *Bull.* n° 103, *Dr. soc.* 1998, p. 1045.
- note sous Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, *Bull.* n° 367, *Dr. soc.* 2001, p. 99.

V- RAPPORTS ET ENQUÊTES

ANACT, « 10 questions sur le télétravail » : www.anact.fr/10-questions-sur-le-teletravail.

ANTONMATTÉI P.-H., VIVIEN P., *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, déposé 6 mars 2007 auprès du ministre du Travail, Documentation française 2007.

ATTALI J., *Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société*, Rapport du club des juristes, fév. 2022.

BRETON T., *Le Télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Rapport remis au ministre de l'Intérieur, La Documentation française, 1994.

CASTRIES H. de, MOLFESSIS N., *Sécurité juridique et initiative économique*, 2015.

CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport au Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005 [en ligne]

CNIL, *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, La Documentation française, 2022.

DARES :

- Contraintes physiques et intensité au travail, *Synthèse stat* n° 24, fév. 2019.
- Autonomie dans le travail, *Synthèses stat* n°26, avril 2019,
- Quels sont les salariés concernés par le télétravail, *Analyses* nov. 2019, n° 051
- Enquêtes ACEMA, avril, mai et juin 2021

DURAND J.-P., *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, étude effectuée pour le compte du Ministère du travail, convention n° 1788/267, Université Limoges, 1980.

Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 2016 [en ligne]

Forum des droits sur l'internet, *Le télétravail en France*, 2004.

JAUREGUIBERRY F., *Rapport sur la déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication*, ANR, 2014 [en ligne]

LECOCQ C., *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport fait à la demande du Premier ministre, 2018.

Malakoff Humanis, Baromètre annuel Télétravail et Organisations hybrides, 2022.

MOREL F., *Droit du travail : 18 idées pour le prochain quinquennat*, Institut Montaigne, 2022 [en ligne].

MOREL-À-L'HUISSIER P., *Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l'économie française*, Rapport remis au Premier ministre, 2006.

Rapports sur l'application des lois réglementant le travail en 1904, Paris Imprimerie Nationale, 1905.

VILLERMÉ L. R., *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*. Tome 1, Paris, Libraires Jules Renouard et Cie, 1840.

Rapports annuels de la Cour de cassation [en ligne] :

- *La vérité*, 2004.
- *Le droit de savoir*, 2010.
- *Le risque*, 2011.
- *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2012.
- *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2014.

Rapport sur la notion juridique d'entreprise, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, 1947, t. 3, Dalloz, 1948.

Rapport Terra Nova, *La Fabrique de l'industrie*, Anact-Aract.

SUPIOT A., *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, éd. 2016 (1999).

Index alphabétique

(les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Affichage 462, 470, 472, 475, 477

inspecteur du travail 472

travail à domicile 555

Aménagement dans l'administration de la preuve des heures travaillées

allègement de la charge pour le salarié 702 et s.

définition de l'administration de la preuve 661

étalement 712, 715

forfait jours 705

principe de l'égalité des armes 690, 698, 797

risque de la charge de la preuve 766

Aménagement du temps de travail 22, 329

décompte des absences 226

décompte des heures supplémentaires 195

documents de décompte 220

lissage de la rémunération 220

mention des heures travaillées bulletin de paie 220

Astreinte 302 et s., 343, 360 et s.

droit à la déconnexion 581

droit de l'Union européenne 363

temps de repos minimum 362

Auto-déclaratif (modalités de décompte)

511, 512, 534, 756

- C -

Cadences 355, 356

Cadres 336, 489

dirigeants/intégrés/intermédiaires 380

Cause de l'obligation : 114 et s.

Charge de travail

accord collectif (forfait jours) 637

déconnexion 579, 585 et s.

durée du travail 591 et s.

durée du travail raisonnable (forfait jours) 644 et s.

étalement de la demande du salarié (preuve des heures travaillées) 721

intensité du travail 357 et s.

notion 357

régulation (forfait jours) 601

suivi (forfait jours) 482, 638

télétravail 494

Conservation des documents de décompte 470, 477, 739 et s., 771

Contrat d'entreprise 61, 76, 94, 144, 180, 816, 816

- D -

Discipline temporelle 13, 19, 504

Distribution directe 349, 263, 456, 466, 543, 550, 558

décompte réel 456, 466, 558

quantification préalable 543

Droit à la déconnexion 564

forfait jours 567

négociation 572

Droit à la preuve

production d'éléments par l'employeur 759 et s.

Droit à la vie privée

atteinte au droit à la vie privée et preuve des heures travaillées 758 et s.

surveillance constante 532

Droit à une vie personnelle 293 et s.
droit à la déconnexion 573

Droit au repos 290 et s.
droit à la déconnexion 573
forfait jours 414
protection de la santé 290

Droit d'accès aux documents de décompte 470, 667

Durée légale 320 et s.
rémunération minimale mensuelle 246

Durées maximales de travail et minimales de repos 307 et s., 745 et s.
cumul d'activité 2
dérogations 311
droit de l'Union européenne 309, 745
équivalences 351
forfait jours voir Forfait jours
fragmentation du repos 340 et s.
limitation du travail 305 et s.
préjudice nécessaire 315
renversement de la charge de la preuve 741

- E -

Employés de maison
aménagement probatoire preuve des heures travaillées 706
application du SMIC 254

Enregistrement du temps de travail 465 et s.
badge 532
biométrie 533
données à caractère personnel 524 et s.
encadrement 521 et s.
enregistrement automatique 511
géolocalisation 534
heures supplémentaires 508
pointeuse 507
surveillance 512

- F -

Fiabilité du décompte 458, 511 et s.

Force de travail 45, 47, 76

Forfait heures 457, 467

Forfait jours

autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps 383, 386 et s., 394 à 407, 434, 485, 487, 489, 650
décompte en jours 481
dérogation au salaire horaire 216
dérogation au décompte horaire 481, 485, 487
dérogation aux durées maximales de travail 416 et s., 425 et s.
détermination de la prestation 105, 109
dispositif palliatif 620, 625 et s., 640, 646
droit de l'Union européenne 106, 376, 387, 399
durées maximales 417, 423, 429 et s.
durées maximales raisonnables 422
durées minimales de repos 408, 823
durées raisonnables 409 et s., 418 et s.
grève et décompte horaire 233
heures de délégation 236
impossible prédétermination de la durée du travail 106 et s., 381 et s., 387, 405, 488
non-cadres 384, 398
prédictibilité du rendement 208

- H -

Heures supplémentaires 322, 326

Horaire collectif

affichage voir Affichage
forfait jours 383, 407
norme patronale 576
recul 503, 473

- I -

Individualisation du temps de travail : 21, 503 et s.

Intensification du travail 349 et s., 353

Inspection du travail

contrôle de l'affichage 462, 472
contrôle de l'obligation de décompte 477
document de décompte des jours
travaillés 483
distribution directe 550

- L -

Louage 52 et s.

- M -

Mensualisation 218 et s., 228, 244, 260

- O -

Obligation de résultat/de moyens 93, 193

distinction 88 et s., 94
obligation de moyens 87 et s.
responsabilité pour inexécution 89
obligation de résultat 87 et s., 93 et s.,
110, 193

Obligation de *praestere* 77 et s.

Obligation du salarié

obligation déterminée 87, 95

- P -

Prestation du salarié

contractuelle 103
déterminabilité 98, 100 et s.
notion 66
temps de travail 82 et s., 93, 133

Prévisibilité 287, 294, 573

- R -

**Règlement général sur la protection des
données 524 et s.**

**Rémunération au résultat 141, 190, 193
et s.**

Rémunération du résultat 144 et s., 152

Rendement

prédictibilité 206 et s.
risque 189, 199 et s., 202, 206
salaire 146, 175, 182, 190

Responsabilité archivistique 734

Risque :

- et contrat de travail 165 et s.
- et salaire 172, 199, 187 et s.
- du rendement voir Rendement

Rythmes de travail 354, 357

- S -

Salaire:

absence de travail concret 139
contrepartie du temps de travail 130 et s.,
150 et s., 248
déterminabilité 159 et s.
forfaitaire 157 et s., 163
nature fonctionnelle 111, 250
non-paiement 128, 129
revenus de remplacement 140
risque voir Risque
versement 127 et s.

Salaire à la tâche 177 et s.

Salaire au temps 178, 198, 213

Salaire horaire 213 et s., 219

absences 222
grève 225
SMIC voir SMIC

SMIC 214, 239 et s.

distribution directe voir Distribution
directe
finalité 242, 250
rémunération minimale mensuelle 246
salaire minimum travail à domicile 550

taux horaire 247
travail à domicile 550
universalité 254 et s.
VRP voir VRP

Subordination

autonomie de la volonté individuelle 281
critère 171, 365
domicile 344
état/lien de 170
liberté 284, 287
principe d'égalité entre individus 280, 285
origine 55

Surveillance

constante 521
CSE 522
voir Enregistrement du temps de travail
voir Télétravail

- T -

Technologies modernes de l'information et de la communication 26, 331, 335, 345, 359, 512, 677

Télétravail 493

aménagement probatoire heures travaillées 745
charge de travail 357, 605
déconnexion 568
fiabilité du décompte 515
forfait jours 390 et s.
intensification du travail 335, 353
invisibilisation du temps de travail 498
plages de joignabilité 580
réglementation générale 491
surveillance 512, 522, 531
temps de repos 340
temps de travail effectif 346

Temps de repos

astreinte 383
finalité 289
opposition temps de travail 300 et s.
temps libre 363

Temps de travail effectif

détermination 3, 81
domicile 346 et s.
durée de travail effectif 292
définition droit de l'Union européenne 300
temps de travail effectif et pointage 509

Temps partiel 322, 505, 561

Théorie de l'institution 147, 282

Travail-activité 57 et s., 145

Travail à domicile

affichage des temps d'exécution 555
assimilation au salariat 62
commission de fixation des temps d'exécution 545
défaut de fixation des temps d'exécution 560
heures de travail majorées 608
présomption temps complet 561
réglementation générale 536
salaire à la tâche 183
salaire minimum 256 et s., 265
sous-évaluation des temps d'exécution 548
temps d'exécution 540 et s.

Travail à la tâche 7, 187, 207, 537

Travail au sifflet 369

Travail-résultat 61 et s., 195

- V -

Vol de documents 682

abus de confiance 684
exercice des droits de la défense et fait justificatif 690 et s.
vol par photocopie 684

VRP

application du SMIC 261 et s., 820
rémunération à la tâche 183

TABLE DES MATIÈRES

Liste des principales abréviations	3
Introduction	5
A- L'avènement du décompte du temps de travail	10
1- L'émergence de la mesure du temps.....	11
a- L'existence de temps préindustriels.....	11
b- L'horloge comme outil de mesure	13
2- L'installation du décompte du temps de travail.....	15
a- Les besoins industriels de mesurer le travail par le temps	15
b- La préoccupation de quantifier le travail par le temps	17
B- Le contexte du décompte du temps de travail	18
1- La norme temporelle fordiste : le décompte facilité au prix de l'aliénation	18
2- La remise en cause de la norme temporelle fordiste : le décompte compliqué comme prix d'une libération ?.....	20
a- Processus d'individualisation et variabilité du temps de travail.....	20
b- Promotion de l'autonomie dans l'organisation du temps de travail et responsabilisation des salariés.....	24
C- La crise du décompte du temps de travail ?	27
1- Interrogations autour de l'utilité du décompte du temps de travail.....	27
2- Hypothèse du décompte du temps de travail comme condition au contrat de travail.....	30
Partie 1 : La nécessité d'un décompte du temps de travail	33
Titre 1 : Le décompte du temps de travail nécessaire au suivi de l'exécution du contrat de travail	35
Chapitre 1 : Le décompte du temps de travail pour déterminer les prestations et obligations contractuelles	37

Section 1 : L'exécution du temps de travail, obligation du salarié.....	38
I- La caractérisation de l'obligation du salarié : l'exécution du temps de travail	38
A- L'engagement du salarié : un « travail-activité »	38
1- Du louage d'ouvrage au louage de service.....	38
a- Le rattachement initial au louage d'ouvrage : faire quelque chose pour autrui.....	38
b- Le rattachement au louage de service : être au service d'autrui.....	40
2- « Travail-activité » du salarié opposé au « travail-résultat ».....	42
a- Le travail salarié : « travail-activité », l'engagement d'effectuer une quantité de travail donnée.....	42
b- Le « travail-résultat », l'engagement d'effectuer la quantité de travail nécessaire à un résultat	43
i- Le « travail-résultat » : un travail indépendant.....	43
ii- Le travail à domicile : un « travail-résultat » assimilé au salariat	44
B- L'obligation du salarié saisie à travers son objet : le temps de travail	47
1- L'insaisissable force de travail à la racine du rapport salarial.....	49
a- La force de travail indétachable de la personne du travailleur : une prestation interdite.....	49
b- La force de travail objet de la prestation du salarié.....	51
2- L'obligation de mise à disposition de la force de travail permise par le temps de travail	53
a- Une obligation de mise à disposition.....	53
i- Les inadéquates obligations de faire et de donner	53
ii- L'accommodante obligation de praestere	54
b- La mise à disposition de la capacité de la force de travail par le temps de travail.....	56
i- La mise à disposition de la force de travail du salarié : un pouvoir d' « activer » la force de travail.....	57
ii- Le temps de travail, l'outil de la mise à disposition de la force de travail	58
II- La détermination contractuelle : le besoin de décompter le temps de travail ..	59

A-	Le temps de travail, objet d'une obligation de résultat à déterminer	60
1-	La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens.....	60
a-	Obligations de résultat et de moyens : deux intensités d'une même prestation	60
b-	La différence d'appréciation de l'inexécution entre obligations de résultat et de moyens	62
2-	L'exécution du temps de travail : une obligation de résultat.....	64
a-	L'exécution du temps de travail : une obligation à part entière.....	64
b-	L'exécution du temps de travail : une obligation déterminée.....	65
B-	Le temps de travail, prestation à déterminer	65
1-	Obligation de déterminabilité de la prestation du salarié : pour une détermination exacte du temps de travail	66
a-	Une impossible déterminabilité du contenu de l'activité elle-même	67
b-	La déterminabilité exigée et possible du temps de travail et l'exactitude visée par l'unité horaire	68
2-	Forfait jours et détermination du temps de travail en jours.....	71
a-	La difficile prédétermination de la durée horaire du temps de travail...	72
b-	Le nombre de journées de travail, la prestation du salarié en forfait jours à déterminer.....	75
	Section 2 : Le versement du salaire, contrepartie du temps travaillé.....	76
I-	La relation causale entre temps travaillé et versement du salaire	77
A-	La logique causale entre les obligations du salarié et de l'employeur	77
1-	Pour quoi l'engagement : une contrepartie	77
a-	Le pour quoi : la cause de l'obligation	78
b-	L'engagement pour « quelque chose » : la contrepartie	79
2-	La contrepartie : « <i>la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation promise en retour</i> ».....	80
a-	Le contrat de travail synallagmatique : la réciprocité assurée des obligations	80

b-	Le contrat de travail commutatif : une équivalence relative entre obligations	82
B-	Le salaire versé pour le temps travaillé	84
1-	Le salaire, contrepartie de l'obligation du salarié d'exécuter le temps de travail.....	84
a-	Le versement du salaire, obligation de l'employeur.....	84
b-	Le versement du salaire, contrepartie de « la prestation de travail »	86
2-	Le versement du salaire, contrepartie du temps travaillé	88
a-	La contrepartie du temps travaillé	88
b-	La contrepartie due en l'absence de travail concret	89
II-	La mise à mal de la relation causale : le besoin de circonscrire la notion de salaire	90
A-	La rémunération au-delà du temps de travail	90
1-	Une part de rémunération sans temps travaillé	90
a-	L'existence de rémunérations liées au temps de non-travail : l'indemnisation d'un temps	90
i-	Des rémunérations de temps qui auraient dû être travaillés : un « paiement-sanction »	91
ii-	Des rémunérations des temps assimilés à un temps de travail effectif.....	92
b-	L'existence de rémunérations liées au résultat	92
2-	Un changement de l'échange salarial ?	94
a-	La rémunération du résultat : une logique en théorie externe au salariat	94
b-	Une résurgence de la théorie de l'institution.....	95
B-	Le temps travaillé toujours rémunéré par le salaire	97
1-	Rémunération ou salaire : un enjeu terminologique pour désigner les sommes versées en contrepartie du temps travaillé	97
2-	Une dilution entre prestation de travail et rémunération : le principe intact de la rémunération du temps travaillé	99

Chapitre 2 : Le décompte du temps de travail pour quantifier le salaire.....	103
Section 1 : Base du salaire, la préférence pour le temps de travail	103
I- La base temps, une option prépondérante	103
A- Le salaire, créance forfaitaire : l'existence d'une base	104
1- L'exigence d'un salaire prévisible.....	104
a- Le fondement de l'exigence : détermination ou déterminabilité de la prestation de l'employeur de versement du salaire	104
b- La mise en œuvre de l'exigence : des bases fixées et connues à l'avance.....	108
2- Les éléments aléatoires de la réalité du travail écartés : une gestion du risque	109
a- Une protection face au risque par le salaire forfaitaire.....	109
b- Le salaire forfaitaire, caractéristique du salariat et non-critère.....	111
B- Le choix de la base entre temps et tâche	115
1- La présence du temps dans les différents types de salaire	115
a- Le salaire au rendement et le salaire à la tâche : deux rapports au temps distincts.....	115
b- Le salaire au temps : une place exclusive du temps	117
2- La préférence pour le temps parmi les différents salaires	117
a- Le salaire au temps privilégié.....	118
b- L'existence du salaire au rendement : supplément ou substitution ?...	119
II- La base temps, une option protectrice	120
A- Le salaire à la tâche ou au rendement : l'exposition du salarié au risque de la durée d'exécution du travail	121
1- Le risque inévitable pour le salarié sur le montant du salaire	121
a- Le risque relatif à la durée d'exécution du travail	121
b- Un encadrement de la fixation des objectifs impuissant à supprimer le risque porté par le salarié	123

2-	Un risque limité sur le contrat de travail : l'exécution d'un temps de travail, intacte obligation du salarié.....	125
a-	L'impression trompeuse d'une prestation modifiée	125
b-	L'insuffisance de résultats : une cause non autonome de licenciement	126
B-	Le salaire au temps et la relative neutralisation du risque de la durée d'exécution du travail pour le salarié	129
1-	Le montant du salaire au temps indépendant du rendement	130
2-	L'ambition de conserver un lien entre salaire et quantité de travail produite	131
a-	Le travail fourni derrière le salaire au temps.....	131
b-	La complexité de la capacité de prédire un rendement	133
	Section 2 : Unité de la « base temps », l'heure ou le principe d'une préférence pour le temps des horloges	135
I-	L'unité horaire du salaire au temps : la recherche d'une « exacte corrélation » entre salaire et temps travaillé.....	136
A-	La base horaire du salaire : la rémunération des heures travaillées	136
1-	Le principe de la base horaire détecté : les indices par l'ensemble de la réglementation de la durée du travail	136
a-	Salaire horaire et salaire au temps : des raisons pratiques à leur prévalence.....	137
b-	La dérogation du forfait jours : un témoin juridique du principe de la base horaire	137
2-	Lissage du salaire et moyenne des heures travaillées : le principe du temps « exact » rémunéré intact	138
a-	La mensualisation, pour neutraliser l'effet du nombre de jours dans le mois	138
b-	L'aménagement du temps de travail, pour neutraliser l'effet de la période d'activité.....	139

B-	La prise en compte des absences sur le salaire : l'unité horaire omniprésente.....	140
1-	La rémunération ou retenue sur salaire : la recherche de la réalité du temps horaire non travaillé	141
a-	La détermination du nombre d'heures non travaillées : la primauté des heures réelles	141
i-	Retenue pour fait de grève : prise en compte du temps exact de l'arrêt du travail.....	141
ii-	Aménagement du temps de travail au-delà de la semaine : prise en compte de la réalité du temps d'absence	143
b-	La détermination de la valeur à laquelle rapporter les heures non travaillées, un calcul insatisfaisant dans le cadre de la mensualisation	144
2-	L'absence des salariés en forfait jours : une résurgence de l'unité horaire.....	146
a-	La retenue sur salaire pour fait de grève pour une absence inférieure à une journée ou une demi-journée : le temps exprimé sous forme horaire .	146
b-	Les heures de délégation : une correspondance horaire des demi-journées	148
II-	L'unité horaire du salaire minimum : exprimer et vérifier le respect d'un salaire minimum horaire	149
A-	Un salaire minimum horaire à respecter.....	150
1-	Entre salaire horaire et taux horaire	151
a-	Un salaire horaire minimum.....	151
b-	Un taux horaire minimum, illustré par la rémunération minimale mensuelle.....	152
2-	L'assiette du SMIC : la place essentielle du salaire-contrepartie du temps travaillé.....	155
a-	L'étendue incertaine de l'assiette du SMIC.....	155
b-	L'inclusion certaine de la rémunération de la durée du travail dans l'assiette du SMIC	158
B-	L'universalité du salaire minimum.....	158

1-	Le principe du salaire minimum applicable à tous.....	159
a-	L'ensemble des employeurs de droit privé et les salariés concernés en principe.....	159
b-	Le cas légal du travail à domicile : un salaire minimum spécifique et l'application du SMIC	160
2-	De la condition d'horaires déterminés à l'impératif de déterminabilité des horaires : un renversement de logique.....	163
a-	<i>L'a priori</i> d'un SMIC conditionné à l'existence d'horaires déterminés.....	163
b-	L'impératif d'une déterminabilité des horaires au service de l'application de la réglementation du SMIC	165
	Conclusion Titre 1	168
	Titre 2 : Le décompte du temps de travail nécessaire à la limitation du travail par le temps	173
	Chapitre 1 : Le décompte du temps de travail pour s'assurer de la limitation du travail par le temps.....	175
	Section 1 : La pertinence de la limitation du travail par le temps	176
I-	La nécessité d'une limitation par le temps	176
A-	L'impérative circonscription de l'exercice du pouvoir	176
1-	L'exigence d'un encadrement temporel du rapport hiérarchique.....	177
a-	L'exception du rapport hiérarchique entre salarié et employeur	177
b-	Les limites temporelles à l'exercice du pouvoir.....	178
2-	L'exigence d'une absence totale de subordination en dehors du temps de travail.....	179
a-	Le retour à l'égalité et l'exercice de la liberté du salarié hors temps de travail.....	180
b-	La liberté conditionnée à la maîtrise par le salaire du temps hors travail.....	181
B-	La garantie d'un temps de repos en négatif du temps de travail	182

1-	Les fondements de la protection du temps de repos : droit au repos et droit à une vie personnelle	182
a-	Le droit au repos, un fondement du temps de repos solide mais restreint.....	183
b-	Le droit à une vie personnelle, un fondement du temps de repos large mais fragile	185
2-	La construction du temps de repos vis-à-vis du temps de travail.....	187
a-	L'opposition binaire entre temps de repos et temps de travail	188
b-	Le critère du degré de contraintes imposées au salarié pour établir la frontière entre temps de repos et temps de travail.....	189
II-	La matérialité de la limitation par le temps.....	191
A-	Des limites-obstacles : les durées maximales de travail et minimales de de repos	191
1-	Limites et dérogations : le principe d'une interdiction	191
a-	Durées maximales de travail et minimales de repos, une force variable en fonction de la période de référence pour les apprécier	194
b-	Le maintien de l'interdit malgré l'existence de dérogations	197
2-	La violation des limitations sanctionnée, l'employeur responsable.....	199
a-	Un préjudice nécessaire causé par la violation des durées maximales de travail et minimales de repos.....	200
b-	La responsabilité de l'employeur en cas de cumul d'activités.....	202
B-	Des limites-seuils : la durée légale et ses sous-catégories.....	203
1-	Le franchissement de seuils déclencheur de la réglementation des heures supplémentaires : la règle des 35 heures assurée	203
2-	L'affaiblissement du seuil : l'enjeu des 35 heures amoindri	205
a-	La réduction des effets du franchissement de seuil	205
b-	L'éloignement du la ligne de franchissement de seuil.....	206
Section 2 :	La limitation du travail par le temps : une nécessité pas toujours suffisante	208

I- Par-delà le temps de travail ? La fausse fatalité d'une porosité et la pertinence intacte de la limitation du travail par le temps	210
A- Survenance du travail en dehors des plages horaires prévues, une porosité des temps ?	210
1- Intrusions professionnelles : l'exigence redoublée de garantir les frontières.....	211
a- Intrusions professionnelles et injonctions à ne pas compter son temps.....	211
b- Des frontières mouvantes mais nettes par le décompte du temps	213
2- Fragmentation des temps de repos : l'impératif de garantir des heures de repos consécutives.....	214
a- Le risque d'une fragmentation des heures de repos consécutives minimum	214
b- L'interdiction d'une fragmentation des durées de repos minimum : vigilance comptable et compteur à zéro	215
B- Survenance du travail en dehors des espaces préétablis, une porosité des lieux ressurgissant sur la qualification de temps de travail effectif ?.....	215
1- Éclatement de l'unité temps, lieu et action : maintien de l'unité temps et action	216
2- Travail au domicile : la qualification de temps de travail effectif indemne.....	217
II- Au-delà du temps de travail : l'existence de dimensions non saisies par le temps, la limitation du travail par le temps insuffisante.....	219
A- L'incapacité du temps de travail à mesurer et limiter l'intensité du travail : le besoin d'outils complémentaires	220
1- Le principe de la qualification de temps de travail effectif indépendante de l'intensité du travail : l'exception des équivalences.....	221
2- L'existence d'outils de mesure d'intensité du travail	223
a- Les rythmes de travail et les cadences : une prise en compte du « contenu du temps ».....	225

b-	La charge de travail : une prise en compte de l'intensification du temps de travail	227
B-	L'incompétence du temps de travail à reconnaître pleinement la disponibilité du salarié : l'utilité de notions complémentaires.....	230
1-	L'astreinte : un « temps de repos » particulier reconnu par le droit et mesuré par le temps	231
a-	L'idée désavouée d'un « <i>temps du 3^{ème} type</i> ».....	231
b-	L'issue trouvée d'un triptyque dualiste : un temps de travail, deux temps de repos	233
2-	En dehors de l'astreinte : une « télé-disponibilité » permanente à reconnaître juridiquement pour pouvoir la mesurer par le temps	235
a-	La qualification de l'astreinte restreinte aux injonctions professionnelles.....	235
b-	Le besoin d'une reconnaissance juridique des sollicitations professionnelles	237
Chapitre 2 : La fonction du décompte de limitation du travail par le temps amoindrie par le forfait jours		239
Section 1 : L'étendue du champ d'application du forfait jours		242
I-	L'extension du champ d'application par l'évolution de la justification du forfait jours.....	242
A-	La mutation de la justification du forfait jours à partir de l'impossible prédétermination de la durée du travail.....	242
1-	L'exigence d'une justification de la différence de traitement instituée par le forfait jours	242
a-	Une différence de traitement à justifier par une différence de situation objective et pertinente	243
b-	Une différence de traitement à relier à la réduction du temps de travail.....	244
2-	L'élargissement des critères de justification du forfait jours.....	245
a-	La condition initiale de l'impossible prédétermination de la durée du	

travail des cadres	246
b- La suppression de la condition de l'impossible prédétermination pour les cadres et l'ouverture du forfait jours aux non-cadres	248
B- Le risque de glissement de la justification avec le critère de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps.....	250
1- La faiblesse de l'objectivité de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps : un « principe de réalité » à maintenir.....	250
2- La tentative injustifiée d'associer autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps et télétravail	251
a- L'activité en télétravail inchangée	252
b- L'organisation du temps télétravaillé inchangée	252
II- L'appréciation de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, la possibilité de resserrer le champ ?	254
A- L'encadrement légal de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps : le flou du champ d'application maintenu	255
1- L'insuffisante exigence légale de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps	256
a- Le manque de précision du critère de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps exigée	256
b- La condition du droit de l'Union européenne d'avoir un pouvoir de décision autonome : un champ plus restreint ?	257
2- La faiblesse de la délimitation conventionnelle exigée par la loi.....	258
B- La caractérisation jurisprudentielle de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps : un resserrement du champ d'application.....	261
1- L'examen de l'autonomie dans l'organisation de son emploi du temps à partir des fonctions et responsabilités, l'exemple de la classification.....	261
2- La reconnaissance de l'autonomie par la « <i>grande liberté dans l'organisation du travail</i> » et la non-intégration dans un cadre temporel	262
Section 2 : La persistance fragile du temps comme limitation du travail	266
I- « <i>Des durées raisonnables</i> » : un élément du temps de travail à assurer.....	266

A-	L'exigence d'un encadrement de la durée du travail.....	267
1-	La préoccupation d'assurer une limitation de la durée du travail	267
a-	Des durées hebdomadaires potentielles à interdire.....	268
b-	L'affirmation du respect du droit à la protection de la santé et au repos.....	269
2-	L'inauguration jurisprudentielle de limites temporelles.....	271
B-	Le respect de durées raisonnables	273
1-	La nature des durées raisonnables : une limite adaptable	274
2-	L'identification des durées raisonnables : des limites non préétablies....	275
II-	Les « <i>durées maximales</i> » : une option envisagée, une occasion manquée ...	277
A-	La référence éphémères aux « <i>durées maximales de travail</i> ».....	277
1-	Le retour inattendu d'une limite horaire du travail	277
2-	La tentative d'identification des durées maximales de travail	278
B-	L'opportunité de l'application de durées maximales de travail.....	279
1-	L'application de durées maximales de travail justifiée	280
2-	Pour des durées maximales de travail sans le régime légal associé	281
a-	À l'origine de la dérogation : l'absence de remise en cause des seuils en eux-mêmes	281
b-	Pour l'application des seuils sans le régime légal associé ?.....	282
	Conclusion du Titre 2	284
	Conclusion Partie 1	289
	Partie 2 : L'obligation de décompter le temps de travail.....	293
	Titre 1 : L'exécution de l'obligation de décompter le temps de travail.....	295
	Chapitre 1 : L'exécution directe de l'obligation de décompter le temps de travail	297
	Section 1 : L'appréhension de l'obligation de décompter le temps de travail.....	297
	I- L'obligation de décompter le temps de travail assurée	298
	A- L'affirmation de l'obligation de décompter le temps de travail	298
	1- L'énoncé d'une obligation essentielle	298

a-	Une obligation d'ordre public.....	298
b-	Une obligation au service de l'effet utile de droits fondamentaux et d'une fiabilité et objectivité indispensables	300
2-	La traduction pratique de l'obligation selon le type d'horaires.....	304
a-	Le décompte en horaire collectif : l'affichage.....	304
b-	Le décompte hors horaire collectif : l'enregistrement ou le relevé.....	307
B-	La vérification de l'exécution de l'obligation de décompter le temps de travail.....	310
1-	Le contrôle de l'exécution de l'obligation de décompte	310
a-	Le contrôle par le salarié : vérifier et disposer de ses droits.....	310
b-	Le contrôle par l'inspecteur du travail : certifier le décompte par l'affichage.....	311
2-	Les sanctions de l'inexécution	313
a-	Le manquement aux obligations de décompte	313
b-	Le refus de se soumettre au contrôle de l'inspection du travail	315
II-	L'obligation de décompter le temps de travail mise en cause	317
A-	Le rejet assumé de l'obligation de décompte horaire pour le forfait jours	317
1-	Le décompte horaire rejeté	318
a-	Le choix du décompte exclusif en jour.....	318
b-	Le rejet du décompte horaire, un révélateur.....	320
2-	Le décompte horaire envisageable	321
a-	Le décompte horaire possible : faisabilité et non dénaturation	321
b-	Un décompte horaire délicat : une réelle autonomie à assurer.....	322
B-	Le maintien fragile du décompte horaire en télétravail.....	324
1-	Le rappel ambigu de l'obligation de décompte	327
2-	L'opportunité d'une affirmation univoque	328
a-	Une tentative injustifiée de remise en cause de l'obligation de décompte.....	328

b-	Le décompte pour réduire le risque d'une invisibilisation du travail..	330
Section 2 :	La mise en œuvre de l'obligation de décompter le temps de travail.....	331
I-	Le décompte <i>a posteriori</i> : la mesure du temps travaillé	331
A-	Le cadre de mise en œuvre du décompte du temps de travail	331
1-	Le cadre existant de la mise en œuvre du décompte	332
a-	Le cadre d'inscription de la mise en œuvre du décompte : le principe de l'horaire collectif en baisse au profit de l'individualisation des horaires...	332
b-	Le cadre produit par la mise en œuvre du décompte individuel : l'archétype de la pointeuse, des rôles multiples	333
2-	L'exigence d'un cadre à la mise en œuvre du décompte individuel, le choix des moyens pour y entrer	335
a-	Le libre choix du système de décompte, une tendance au contrôle ?..	335
b-	Un choix contraint par une exigence de fiabilité et d'infalsifiabilité du décompte	339
B-	L'encadrement de la mise en œuvre du décompte du temps de travail	340
1-	L'utilisation de dispositifs d'enregistrement encadrée	341
a-	Droit du travail et RGPD : une collecte d'informations à caractère personnel encadrée	342
i-	L'encadrement de l'enregistrement du temps de travail ou de l'activité des salariés par le droit du travail.....	342
ii-	L'encadrement de l'enregistrement du temps de travail ou de l'activité des salariés par le « RGPD » et par la loi Informatique et Libertés	347
b-	Une logique de responsabilité de l'employeur	351
2-	Des dispositifs de contrôle restreints ou interdits.....	353
a-	Des systèmes interdits pour contrôler le temps de travail	353
i-	Interdiction en raison du mode du dispositif : la surveillance constante	353
ii-	Interdiction en raison de la nature des données collectées : le badge avec photo et la biométrie.....	355
b-	Un système subsidiaire pour contrôler le temps de travail : la géolocalisation.....	356

II- La fiction du décompte <i>a priori</i> : la quantification préalable du temps à travailler	359
A- La détermination <i>a priori</i> des temps d'exécution : la recherche inaboutie de refléter la réalité	363
1- Des temps d'exécution abstraits à visée réaliste	363
a- Le principe de la conversion d'une tâche en temps et la recherche de « modèles temps »	363
i- Le principe posé par le droit du travail à domicile	363
ii- Le principe repris et sophistiqué par le droit de la distribution directe.....	365
b- La mobilisation d'acteurs considérés compétents	366
2- Des lacunes qui éloignent de la réalité des temps travaillés	369
a- L'exercice de la détermination des temps d'exécution : la sous-évaluation des temps	369
b- En cas de non-détermination des temps d'exécution : une solution palliative insuffisante	371
B- Les mentions relatives aux temps d'exécution et le rapport à la réalité des temps travaillés.....	372
1- L'établissement des mentions obligatoires relatives aux temps d'exécution : la possibilité d'une distorsion avec la réalité des temps travaillés.....	373
a- Les temps d'exécution fixés <i>a priori</i> : des mentions préalables à l'exécution du travail.....	373
b- L'écart entre les temps d'exécution fixés <i>a priori</i> et les temps réellement travaillés	374
i- Une fiction irrécusable dans le droit du travail à domicile	375
ii- L'exigence de mentionner et de rémunérer les temps réellement travaillés pour la distribution directe.....	375
2- En cas d'absence de mentions relatives aux temps d'exécution : la survenance de la réalité du temps travaillé.....	377
a- La possibilité d'établir les heures travaillées à défaut de mentions relatives aux temps d'exécution	378
b- La présomption de temps complet à défaut de mentions relatives aux	

temps d'exécution : la réalité du temps de travail considéré.....	379
Chapitre 2 : L'exécution indirecte de l'obligation de décompter le temps de travail.....	381
Section 1 : Des outils supplémentaires pour s'assurer de la réalité du temps travaillé	383
I- L'exercice du droit à la déconnexion pour renforcer la fiabilité du décompte du temps de travail	384
A- Vers une généralisation d'un droit à la déconnexion.....	384
1- Une problématique spécifique à certains salariés	384
a- La déconnexion comme condition de validité du forfait jours	385
b- Une trop faible prise en compte de la déconnexion dans le télétravail, compensée par les plages de joignabilité ?.....	386
2- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés.....	387
a- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés au regard de la loi	388
b- La problématique de la déconnexion commune à l'ensemble des salariés au regard de sa finalité	389
B- Pour une conception du droit à la déconnexion davantage tournée vers le décompte du temps de travail.....	390
1- Un droit d'être injoignable pour garantir les limites temporelles du travail	390
a- Le droit de ne pas être connecté, une efficacité à renforcer	391
b- Le droit d'être injoignable tout en travaillant, une utilité limitée	392
2- L'employeur responsable du droit à la déconnexion et l'intérêt à le faire respecter	394
a- L'obligation de l'employeur de respecter le droit à la déconnexion ...	395
b- L'obligation de respecter le droit à la déconnexion à rattacher au décompte du temps de travail.....	398

II- La mesure de la charge de travail pour certifier la crédibilité du décompte du temps de travail	399
A- La notion de la charge de travail comme quantité temporelle de travail ...	400
1- Le lien entre charge de travail et durée du travail	400
a- Reconnaître un lien entre charge de travail et durée du travail	400
b- Généraliser le lien entre charge de travail et durée du travail	401
2- La conversion temporelle de la charge de travail	402
a- La dimension temporelle de la charge de travail	402
b- La compatibilité entre temps de travail et charge de travail raisonnable.....	403
B- La fonction révélatrice du temps de travail de la charge de travail.....	404
1- La durée du travail confrontée à la charge de travail	404
a- La charge de travail pour réguler la durée du travail en forfait jours ..	405
b- La charge de travail pour vérifier la durée du travail en télétravail	407
2- La durée commandée par la charge de travail et la qualification de temps de travail effectif	409
Section 2 : Un procédé alternatif pour suivre le temps de travail des salariés en forfait jours	411
I- L'encadrement inégal du suivi du temps de travail par l'accord collectif.....	412
A- La lourde responsabilité de l'accord collectif	412
1- Le rôle d'encadrement de l'accord collectif.....	413
a- La compétence douteuse des négociateurs sociaux au regard de l'article 34 de la Constitution	413
b- L'encadrement par l'accord collectif comme condition de validité au forfait jours	415
2- L'autonomie de l'accord collectif.....	416
a- L'indifférence à la convention individuelle, un inévitable angle mort ?	416
b- La compensation par les mesures unilatérales, un regrettable	

affaiblissement.....	418
B- L'exigence d'un traitement rigoureux de l'insuffisance de l'accord collectif.....	418
1- L'insuffisance surmontable de l'accord collectif	419
a- La nullité de rigueur en cas d'insuffisance de l'accord collectif.....	419
b- Le dispositif palliatif : un écran ?.....	420
2- Les conséquences sur la convention individuelle de forfait.....	421
a- Insuffisance de l'accord : nullité de la convention individuelle et sécurisation.....	421
b- Inexécution de l'accord collectif : la privation d'effet de la convention.....	425
II- Les exigences de suivi du temps de travail entre laxisme législatif et rigueur jurisprudentielle.....	426
A- La faiblesse des directives légales de suivi du temps de travail.....	428
1- Le contenu de l'accord collectif	428
a- La liste de clauses à stipuler, une perte de direction au cours d'allers-retours législatifs	428
b- Évaluation, suivi et communication, une dimension plus souple que le décompte	429
2- Les mesures palliatives : une double remise en cause.....	430
B- La rigueur des exigences jurisprudentielles d'un suivi	432
1- Le suivi « <i>au fil de l'eau</i> ».....	433
a- L'objectif du suivi : remédier en temps utile à une charge de travail déraisonnable éventuellement incompatible avec une durée raisonnable ..	433
b- Le moyen du suivi : un dispositif d'alerte.....	435
2- Le suivi, une obligation de l'employeur.....	438
a- Le risque du « <i>zèle</i> » ou de la « <i>crainte</i> » du salarié.....	438
b- L'initiative du suivi à la charge de l'employeur	440
Conclusion Titre 1	442

Titre 2 : L'obligation de décompter le temps de travail par le contentieux et la preuve du temps travaillé..... 449

Chapitre 1 : Le droit du salarié à faire valoir un décompte de son temps de travail 453

Section 1 : La recevabilité des documents produits par le salarié..... 453

I- L'intérêt variable de la production de documents de décompte 454

A- Les documents de décompte établis par l'employeur : un intérêt restreint 454

1- L'accès du salarié aux documents de décompte établis par l'employeur pour faire valoir ses droits en justice 454

2- L'utilité de produire les documents de décompte établis par l'employeur en cas d'illégalité manifeste 455

B- Les documents de décompte établis par le salarié..... 456

1- L'ineffectivité de l'adage « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* »..... 456

2- L'opportunité pour le salarié de présenter ses propres documents de décompte 459

a- Les documents établis de sa propre initiative : une utilité probatoire grâce à l'aménagement de la charge de la preuve 459

b- Les documents établis sur délégation de l'employeur : la force probante des documents établis par l'employeur 460

II- L'usage par le salarié d'un document de l'entreprise à des fins de défense.... 461

A- La qualification de vol de l'usage d'un document de l'entreprise utile à l'établissement du temps de travail 462

1- La caractérisation délictuelle de vol par photocopie retenue 462

a- Le vol par détention momentanée utile au photocopie 462

b- Le délit d'abus de confiance écarté 464

2- L'incertitude quant à l'intention du salarié de commettre le délit..... 466

B- L'autorisation à utiliser en justice des documents au nom de l'exercice des droits de la défense 468

1- L'autorisation donnée par la Chambre sociale : l'opportune harmonie

recherchée avec la déresponsabilisation pénale	468
a- La dissonance entre les Chambres de la Cour de cassation sur le traitement des documents de l'entreprise produits en justice par le salarié	468
b- La mise au diapason de la Chambre criminelle avec l'exercice des droits de la défense comme fait justificatif	470
2- La restriction des critères pour autoriser la production en justice des documents de l'entreprise : l'inadéquat alignement sur la déresponsabilisation pénale	473
a- Des documents strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense.....	474
b- La connaissance des documents par le salarié à l'occasion de l'exercice de ses fonctions	476
Section 2 : L'appréciation de la valeur suffisante des documents	478
I- Le rejet de la logique probatoire classique	481
A- L'exonération du salarié de rapporter la preuve des heures travaillées.....	481
1- L'interdiction de se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié	483
2- L'aménagement probatoire applicable à l'ensemble des salariés.....	485
a- L'extension de l'aménagement probatoire à la preuve des jours travaillés.....	485
b- L'application de l'aménagement probatoire indépendante du statut de l'employeur : le cas des employés de maison	487
B- Un partage dans l'administration de la preuve difficile à faire accepter....	489
1- Les craintes d'un renversement de la charge de la preuve à l'origine d'une position confuse.....	490
a- Les craintes d'un renversement de la charge de la preuve : une offensive doctrinale	490
b- La confusion entre étalement et preuve : l'ambiguïté de la Cour de cassation	492
2- Les résistances face à l'affirmation claire de l'aménagement probatoire	494

a-	L'affirmation du partage dans la charge de l'administration de la preuve : un éclaircissement par l'abandon de la notion d'étalement	494
b-	L'obstination des juges du fond dans la non-application de la jurisprudence de la Cour de cassation	496
II-	La consécration de la logique contradictoire.....	498
A-	L'élargissement des éléments suffisants par la reconnaissance de la logique contradictoire.....	498
1-	La caractéristique suffisante des documents : permettre à l'employeur de répondre.....	499
a-	L'inauguration de la logique contradictoire.....	499
b-	La qualité d'être suffisant largement reconnue	500
2-	Une caractéristique indifférente : la fiabilité des documents	501
a-	Le principe de l'indifférence de la fiabilité des documents.....	501
b-	L'application du principe : la suffisance de documents établis <i>a posteriori</i> ou en l'absence de réclamation préalable du salarié.....	502
B-	L'effectivité de la logique contradictoire par le contrôle de la Cour de cassation	503
1-	D'un contrôle de légalité à un contrôle léger : un relâchement jurisprudentiel.....	504
2-	Le retour à un contrôle de légalité : la maîtrise par la Cour de cassation	505
	Chapitre 2 : L'obligation de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail	507
	Section 1 : Le rôle probatoire de premier plan de l'employeur	509
I-	La responsabilité engageante de l'employeur de justifier d'un décompte du temps de travail	510
A-	La responsabilité du fait de la qualité d'employeur	510
1-	La logique de la responsabilité archivistique de l'employeur.....	510
a-	Une considération pragmatique : l'employeur détenteur de principe des documents utiles au contentieux	511
b-	La participation de la responsabilisation de l'employeur à l'effectivité	

des obligations de décompte du temps de travail	512
2- Une prise en compte par la Cour de cassation de l'obligation et du pouvoir de l'employeur de contrôle des heures de travail	513
B- La responsabilité de l'employeur alignée sur la prescription triennale de l'action en paiement de salaires	514
1- Le choix de l'alignement sur la durée de prescription de l'action contentieuse exercée.....	514
a- Le non-alignement sur les durées de conservation des documents à destination de l'inspecteur du travail	515
b- L'alignement en pratique sur la prescription de l'action en paiement des salaires	516
2- L'obligation de décompte et de conservation : une finalité de contrôle par le juge additionnelle à celle du contrôle par l'inspection du travail.....	517
II- L'implication exigeante de l'employeur dans l'administration de la preuve .	518
A- L'implication de l'employeur vis-à-vis de celle du salarié	519
1- L'implication exclusive dans l'administration de la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos	519
a- La charge de l'administration de la preuve du respect des durées maximales de travail et minimales de repos portée par l'employeur	519
b- L'impératif à respecter les durées maximales et repos minimum en jeu.....	522
2- L'implication secondaire de l'employeur dans l'administration de la preuve des heures travaillées.....	524
a- L'instauration prétorienne d'une idée de chronologie	525
b- La nécessité d'une implication immédiate de l'employeur.....	527
B- Les éléments à présenter par l'employeur au vu de sa capacité à justifier du temps de travail	529
1- L'exigence de présenter des éléments justifiant de la réalité du temps travaillé.....	529
a- L'affirmation de l'obligation de l'employeur de fournir des éléments	

justifiant du temps réellement travaillé	530
b- L'insuffisance des éléments produits par l'employeur relatifs au temps de travail <i>a priori</i>	531
2- La production d'éléments de preuve attentatoire au droit à la vie privée : une possibilité restreinte dans le cadre du contentieux des heures travaillées ?	532
a- La recevabilité sous condition d'un élément attentatoire à la vie privée du salarié	533
b- Pour une recevabilité étroite des éléments attentatoires au droit à la vie privée dans le cadre du contentieux des heures travaillées	537
Section 2 : La carence de l'employeur dans l'administration de la preuve, un manquement à sanctionner	540
I- L'absence de sanction automatique	540
A- Le risque de la preuve non supporté par l'employeur	540
1- L'absence d'inversion du risque de la preuve	541
2- La distinction avec l'aménagement probatoire sur la cause du licenciement.....	542
B- Pour une sanction automatique de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve.....	542
1- La promotion d'une sanction directe de la carence.....	543
a- Des objections contournables de la sanction automatique de la carence de l'employeur dans l'aménagement probatoire	543
b- La justification d'une sanction automatique par la nature d'obligation légale de la participation à l'administration de la preuve.....	544
2- Le préjudice de perte de chance écarté, une occasion perdue pour la qualité du contentieux	545
a- Le préjudice de perte de chance comme voie pertinente à envisager ..	545
b- Le préjudice pour perte de chance comme voie parallèle rejetée.....	547
II- Une prise en compte de la carence par les juges	548

A- La considération de la carence de l'employeur dans l'appréciation des éléments apportés	548
1- La considération de différents types de carences	549
a- La carence simple : le manquement à son obligation de participer à l'administration de la preuve.....	549
b- La carence par un manquement en cascade : le manquement à la participation à l'administration de la preuve par le manquement aux obligations d'établir et conserver les documents de décompte	550
2- Les règles imposées au juge dans la considération de la carence	551
a- L'obligation de se fonder sur les éléments des deux parties : la carence de l'employeur comme un élément négatif	552
b- L'autorisation de s'écarter de la réalité du temps travaillé.....	553
B- L'action du juge face à la carence de l'employeur	554
1- Les mesures d'instruction : la création de pièces	555
2- Les mesures d'intervention : la production de pièces incitée ou forcée..	557
a- La vaine invitation à la production de pièces ?	558
b- L'opportune production forcée de documents	559
Conclusion Titre 2	564
Conclusion Partie 2	569
Conclusion Générale	571
Bibliographie.....	577
I- Ouvrages généraux, dictionnaires et traités.....	577
II- Ouvrages spéciaux, monographies et thèses	581
III- Articles et chapitres d'ouvrages	589
IV- Observations, notes et chroniques	617
V- Rapports et enquêtes.....	626
Index alphabétique.....	629
Table des matières	633