

## LES TEMPS SOUSTRATS AU POUVOIR

*« Le temps et le rythme sont le facteur le plus important du problème ouvrier(...) »  
(Simone Weil, in La condition ouvrière, Folio essais 2002, p. 347)*

Si temps et travail n'ont pas toujours été mis en rapport<sup>1</sup>, il n'en reste pas moins que le travail a constamment subi des contraintes qui lui sont extérieures. Le rythme des jours, des saisons ou le climat ont longtemps cadencé le travail<sup>2</sup>. L'industrialisation l'a soumis à de nouvelles contraintes, celle de la machine<sup>3</sup> et, bien sûr, celle de l'autorité patronale<sup>4</sup>. A la différence du travailleur indépendant, restant maître de son temps pour accomplir son ouvrage, le salarié au travail en perd la maîtrise<sup>5</sup>. De fait, la part du temps consacrée au travail ne peut être laissée au pouvoir de l'employeur. Il est donc revenu à la législation du travail de forger un ordre où s'opposent temps de travail et temps de non-travail<sup>6</sup>. De cet ordre temporel et née une dialectique qui détermine une part de la liberté de l'individu du fait de la subordination dans laquelle le salarié est placé à l'égard de l'employeur. Au temps du travail, le salarié accepte de se soumettre au pouvoir patronal, il abandonne une part de sa liberté, alors, qu'hors du temps de travail, le salarié doit la recouvrer. Le critère du temps apparaît ainsi comme une limite objective à l'exercice du pouvoir.

Pourtant, on sait que cette différenciation des temps est mise à l'épreuve. Elle l'est en raison de l'évolution du travail. Certes, le modèle industriel du travail a placé le temps de travail au cœur de l'organisation des temps sociaux en opposant d'ailleurs travail et loisir. Mais ce modèle a aussi assuré une segmentation rigide de ces temps. Pour reprendre une image, en changeant d'habit, le travailleur subordonné assurait la coupure entre le temps professionnel et le temps non-professionnel<sup>7</sup>. Or à l'évidence, depuis plusieurs décennies s'opère une désynchronisation entre ces temps à mesure même ou le temps consacré au travail se réduit. Le salarié doit gérer des aléas, répondre immédiatement à des problèmes, être connecté en continu en dépit de tout cadre horaire<sup>8</sup>. Se pose alors la question de savoir si le droit du travail perd sa capacité à instituer un rythme entre les temps, à garantir que le salarié ne soit pas

---

<sup>1</sup> A. Smith a fait du travail l'élément central des échanges. Ainsi pour échanger des biens il convient de mesurer le travail et l'un des critères de cette mesure est le temps. Le travail devient alors le temps (recherches sur les causes de la richesse des nations, GF-Flamarion, 1991. Comp. P. BOURDIEU, La société traditionnelle. Attitude à l'égard du temps et conduite économique, Sociologie du travail, n°1, 1963, pp. 24-44.

<sup>2</sup> J. RIGAUDIAT, Réduire le temps de travail, Syros, Paris, 1993 ; également P. NAVILLE, Temps et technique, Librairie Droz, Paris, 1972.

<sup>3</sup> E.-P. THOMSON, Temps, travail et capitalisme industriel, Payot, Paris, 1979 ; W. GROSSIN, Pour une science des temps : Introduction à l'écologie temporelle. Toulouse éd. Octares, 1996.

<sup>4</sup> J. LE GOFF, Un autre Moyen-âge, Gallimard, Paris, 1999, spéc. p. 58 et s. Voir aussi, G. AUBIN et J. BOUVERESSE, Introduction historique au droit du travail, P.U.F., Paris, 1995, spéc. n°139. V. infra note 46\$.

<sup>5</sup> Cependant, pour l'effacement de cette frontière, A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000. 131.

<sup>6</sup> M. MINE, Droit du temps de travail, LGDJ, 2004.

<sup>7</sup> J.-E. RAY, Temps professionnels et temps personnels, Dr. soc. 2004. 58.

<sup>8</sup> D. ETTIGHOFFER et G. BLANC, Le Syndrome de Chronos, du mal travailler au mal vivre, Dunod, Collection Eurotechnopolis, 1998 ; également, D. ETTIGHOFFER, Le monde, 16 sept. 1992. Voir aussi, Le temps de travail de ceux qui ne le comptent pas, par B. BRUNHES Consultants, sous la direction de Danielle KAISERGRUBER, Paris éditions d'Organisation, 1999 ; D. SCHILLER, Le monde diplomatique, février 2005, p. 1 et 22-23.

étranger à son propre temps<sup>9</sup> ? N'y aurait-il pas, dès lors, un affaiblissement des temps de non-travail, des temps soustraits au pouvoir, face à un pouvoir plus fort ? C'est en définitive se demander si le pouvoir de l'employeur, entendu ici comme la faculté de donner des instructions pour assurer l'exécution du contrat, ne transcende pas le temps du travail pourtant déterminé par ce contrat<sup>10</sup> ? Pour tenter de répondre à ces questions, l'hypothèse est ici faite que le rapport entre les temps ne s'inscrit pas fondamentalement dans un rapport d'exclusivité mais plutôt dans un rapport d'intensité où manifestations (II) et cantonnement du pouvoir (III) sont configurés par les temps soustraits repérés (I).

## **I. L'IDENTIFICATION DES TEMPS SOUSTRATS**

Parmi les temps référés au travail, seul le temps de travail fait l'objet d'une véritable définition dont les éléments constitutifs font sens. Consubstantielle à la notion de temps de travail, la notion de temps soustraits devrait donc en exprimer l'envers. La Directive du 23 novembre 1993 procède ainsi, en qualifiant de « période de repos », toute période qui n'est pas un temps de travail<sup>11</sup>. Si l'identification des temps soustraits, catégorie résiduelle, se fonde sur cette symétrie (A), les temps la composant se révèlent être pluriels (B).

### **A. Un critère double d'identification**

A seulement considérer les temps soustraits dans leur définition négative, ils ne sont pas des temps de travail (1), on en viendrait à oublier que positivement, ces temps sont des droits (2). Le critère de leur identification est donc double.

#### **1. Un critère négatif : les soustraits ne sont pas des temps de travail**

L'intervention du facteur temps dans le contrat de travail entraîne des effets juridiques importants dont la localisation du pouvoir patronal n'est pas l'un des moindre. Contrat à exécution successive, le contrat de travail place le salarié sous la subordination de son employeur. Mais, si pour le salarié, l'obligation de se tenir à disposition, est l'obligation principale qui découle du contrat de travail, on se saurait considérer que ce contrat institue un rapport permanent de subordination. La consécration de durées maximales de travail, de droits à repos et congés l'attestent<sup>12</sup>. Surtout, la durée du travail occupe, parmi les éléments du

---

<sup>9</sup> R. SUE, Temps et ordre social, Paris, P.U.F., 1994. Charge de travail, horaires irréguliers ou imprévisibles, rythmes de travail contraignants, s'accroissent pour les salariés éloignés du noyau dur l'emploi concrétisé par la figure juridique de contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein. Voir T. PILLON, les intérimaires et le temps, in Le salariat, théorie, histoire et formes, sous la direction de F. VATIN, La Dispute 2007.

<sup>10</sup> Comment doit être interprétée l'expression « lien de subordination juridique permanente » comme l'envisage l'alinéa 2 de l'article L. 120-3 du code du travail ? C'est aussi se demander si au temps du travail l'obligation faite au salarié de se tenir à disposition de l'employeur est permanente comme l'a affirmé la Cour de cassation comme l'article L. 212-4 bis relatif à l'astreinte invite à le penser.

<sup>11</sup> Article 2 2) de la Directive CE 93/104 du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail Journal officiel n° L 307 du 13/12/1993 p. 0018-0024. Adde, CJCE 9 septembre 2003, Landeshauptstadt Kiel contre Norbert Jaeger affaire C-151/02.

<sup>12</sup> Durée maximale quotidienne et durée maximale hebdomadaire (C. trav., art. L. 212-7). Voir cependant, infra §2 spéc. B.

rapport d'emploi, une place imminente<sup>13</sup>. Aussi, lorsque le salarié accepte de se placer sous l'autorité de son cocontractant, c'est pour un temps, limité, celui du travail. C'est ainsi que, pour la Cour de cassation, 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<sup>14</sup>. Et, lorsque la loi<sup>15</sup> ou la jurisprudence de la Cour régulatrice<sup>16</sup>, laissent entendre qu'une modification de la durée du travail ne constitue pas une telle modification, c'est à la condition première que le temps de subordination soit réduit<sup>17</sup>. Ainsi, l'employeur ne saurait unilatéralement augmenter la durée contractuelle du travail sans affecter la situation juridique du salarié qu'il soit à temps complet ou à temps partiel. A la quantité de temps subordonné s'oppose donc le temps hors du contrat, temps par nature soustrait à l'emprise du pouvoir<sup>18</sup>.

Qu'en est-il alors au temps du travail ? Des temps soustraits au pouvoir ont-ils leur place ? Dans la limite du temps consenti par le salarié à son employeur s'exprime l'obligation principale du salarié. Aussi est-il cohérent de retrouver comme éléments centraux de la définition du temps de travail, pour le droit communautaire<sup>19</sup>, ou du temps de travail effectif, pour le droit national<sup>20</sup>, les manifestations du pouvoir de direction de l'employeur. Le temps de travail est effectivement défini comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives. Pendant le temps de travail, le salarié travaille et, par voie de conséquence, précise le législateur, il ne peut vaquer librement à des occupations personnelles<sup>21</sup>. On observera ainsi que la conjonction entre le pouvoir de l'employeur et l'entrave portée à la liberté du salarié sert aussi bien de critères d'identification du temps de travail effectif que d'indices caractéristiques de la qualification contrat de travail<sup>22</sup> et, corrélativement, de critères d'identification des temps soustraits au pouvoir de l'employeur.

---

<sup>13</sup> La durée du travail, fixée par une norme extérieure au contrat, la loi ou convention collective, oblige les parties au contrat à s'y référer pour fixer un élément essentiel du rapport d'emploi. Le contrat de travail est conclu pour un temps complet (durée légale ou conventionnelle) ou pour un temps partiel.

<sup>14</sup> Cass. soc. 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n°433. Pour le travail à temps partiel, l'article L. 212-4-3 du code du travail exige que la durée du travail soit mentionnée au contrat (Cass. soc. 16 nov. 1999, Bull. civ. V, n°443).

<sup>15</sup> L'article L. 212-3 du code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000 dispose que « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail ». C'est, a contrario, considérer que l'augmentation de la durée du travail en application d'un accord collectif constituerait une modification du contrat. La durée de travail relèverait bien alors des « éléments nécessairement contractuels du rapport d'emploi » (A. LYON-CAEN, Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Dalloz 2004, 357).

<sup>16</sup> Cass. soc. 12 janv. 1994, n°91-45887 ; Cass. soc. 18 novembre 1997, n°95-41372.

<sup>17</sup> Il apparaît également, dans cette hypothèse, que la réduction de la durée du travail n'est pas une modification du contrat de travail pour autant qu'aucun autre élément du rapport d'emploi, notamment la rémunération, ne soit modifié (Cass. soc. 24 mars 2004, Bull. civ. V, n°98). Voir aussi Cass. soc. 31 oct. 2000 Bull. civ. V, n°354 ; Cass. soc. 27 fév. 2001, Bull. civ. V, n°60 (2) ; Cass. soc. 27 mars 2001, Bull. civ. V, n°109.

<sup>18</sup> Hors du temps de travail, le salarié, dispensé de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur (Cass. soc. 15 juin 1999, Bull. civ. V, n° 279 ; Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-43155). Formulée à propos d'un arrêt maladie, la règle nous paraît être applicable chaque fois que l'obligation principale du contrat de travail est suspendue.

<sup>19</sup> Directive CE 93/104 du 23 novembre 1993, précitée.

<sup>20</sup> C. trav., art. L. 212-4 alinéa 1.

<sup>21</sup> Directive CE 93/104 du 23 novembre 1993, précitée, article 2 1) et C. trav., art. L. 212-4 alinéa 1.

<sup>22</sup> Un arrêt d'espèce de la chambre sociale en date du 12 nov. 2002 relève ainsi, pour écarter l'existence d'un contrat de travail, que si la personne devait occuper la maison mise à sa disposition, elle avait la liberté de vaquer à des occupations personnelles sans être tenu d'accomplir un travail effectif et actif de gardiennage ; que, dès lors, elle n'était pas placée dans un lien de subordination (Cass. soc. 12 nov. 2002, 00-45549).

De ce point de vue, le critère de l'autonomie utilisé par le législateur pour identifier certaines catégories de salariés ne relevant pas du droit commun de la durée du travail ne doit pas tromper. Que les salariés, à raison des responsabilités qui leur sont confiées ou de leur fonction<sup>23</sup>, jouissent d'une grande indépendance<sup>24</sup>, ou plus simplement d'autonomie<sup>25</sup> voire de réelle autonomie<sup>26</sup> dans l'organisation de leurs emplois du temps, ces salariés, comme les autres, restent dans l'obligation de demeurer à disposition immédiate de l'employeur pour une durée et aux moments contractuellement déterminés. Certes, si l'organisation de l'emploi du temps ne résulte pas des seules directives de l'employeur<sup>27</sup>, ces salariés n'en restent pas moins tenus de répondre à une injonction de disponibilité, comme celle, par exemple, de participer à une réunion<sup>28</sup> ou d'accepter un changement d'horaires, pourtant contractualisés<sup>29</sup>.

En somme, au temps du travail le salarié, même autonome, n'a pas la faculté, sans commettre un acte d'insubordination, de se soustraire au pouvoir de l'employeur. Le seul temps soustrait serait donc celui extérieur au temps de travail, temps pendant lequel le salarié n'a plus l'obligation de se tenir immédiatement à disposition, peut vaquer librement à des occupations personnelles<sup>30</sup> mais également temps pendant lequel l'employeur ne peut ni contrôler l'activité du salarié<sup>31</sup> ni le sanctionner<sup>32</sup>. Cependant, les temps soustraits ne sont pas seulement des temps de non travail.

## 2. Un critère positif d'identification : l'exercice d'un droit

En effet, même au temps du travail, le salarié peut se soustraire à l'exercice du pouvoir patronal. Se confirme alors le rejet de toute permanence de la subordination. Non seulement le

---

<sup>23</sup> Qu'ils télé-travaillent notamment.

<sup>24</sup> Pour les cadres dirigeants, C. trav., art. L. 212-15-1.

<sup>25</sup> Pour les cadres dits autonomes soumis aux conventions de forfait annuelle, en heures ou en jours, C. trav., art. L. 212-15-3.

<sup>26</sup> Salariés itinérants non cadres, C. trav., art. L. 212-15-3.

<sup>27</sup> Pour un exemple topique, Cass. soc. 12 janvier 2000, Pirotte, n°97-44015 Inédit titré. « Par motifs propres et adoptés la cour d'appel a retenu que selon son contrat de travail, M. Pirotte avait toute latitude pour organiser son emploi du temps suivant les nécessités de son service et la mission qui lui avait été confiée et qu'il ne pouvait être présent au magasin pendant toutes les heures d'ouverture de celui-ci comme le demandait l'employeur, sous peine d'exécuter un temps de travail excédant les limites légales. »

<sup>28</sup> Cass. soc. 8 juin 1999, n°97-41101. L'absence d'un salarié, bénéficiant d'un statut de cadre lui permettant de revendiquer une relative liberté dans l'organisation de son horaire de travail sans motif légitime pendant une journée, n'avait pas été autorisée par l'employeur, fautive sérieuse.

<sup>29</sup> Dans cet arrêt du 16 mai 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis l'exigence de disponibilité en matière d'horaires de travail à l'égard d'un cadre dit dirigeant tenu d'accepter un changement d'horaires, pourtant contractualisés, dès lors que la durée du travail n'était pas modifiée (Cass. soc. 16 mai 2000, Dr. soc. 2000. 776).

Pour des situations anciennes et plus anecdotiques concernant des cadres, voir Cass. soc. 5 avril 1978, Bull. civ. V, n°288 et Cass. soc. 10 janv. 1980, Bull. civ. V, n°34.

<sup>30</sup> Ce qui ne signifie pas le que le salarié ne soit pas lié, hors du temps de travail par des obligations particulières, obligation de loyauté notamment. Voir sur ce point spécialement, M. JULIEN, Le contrat de travail source d'obligations Thèse Lyon 2, 2003.

<sup>31</sup> Arrêt Néocel, Cass. soc. 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n°519. « 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. » Soulligné par nous.

<sup>32</sup> Le temps hors du temps de travail est, par nature, temps de la vie personnelle. C. MATHIEU, La vie personnelle du salarié, Thèse Lyon 2, 2004 ; P. WAQUET, L'entreprise et les libertés du salarié, éd. Liaisons, 2003.

lien juridique de subordination n'est pas permanent<sup>33</sup> puisque qu'alternent temps de travail et temps de repos mais, surtout, l'obligation d'être à disposition au temps du travail n'implique pas un état permanent ou continu de subordination<sup>34</sup>. Autrement dit, loin de s'emparer illégalement de temps subordonnés, le salarié exerce un droit<sup>35</sup>.

Dans la perspective qui est la nôtre, ces temps soustraits au temps de travail peuvent s'entendre, pour le salarié, de périodes, plus ou moins longues, opposables à l'employeur au titre de l'exercice de droits formellement reconnus. Ils manifestent ainsi, par leur exercice, le droit au bénéfice du salarié de suspendre, sans faute, pendant le temps de travail, l'obligation de se tenir à la disposition immédiate de l'employeur. En cela, ils peuvent être distingués des faits la vie personnelle du salarié au temps du travail lesquels manifestent également une soustraction légitime au pouvoir de l'employeur. En définitive, un temps soustraits pourrait être défini comme une période pendant laquelle le salarié, n'étant plus à la disposition de l'employeur, peut s'occuper librement à d'autres activités que celles du travail. Compte tenu de leurs fonctions, ces temps sont divers.

## ***B. La variété des temps soustraits***

A l'évidence, la catégorie des temps soustraits au pouvoir n'est pas homogène. Néanmoins le recensement de ces temps peut s'opérer selon qu'ils sont soustraits au temps de travail ou qu'ils se situent précisément hors du temps de travail.

### **1. Les temps soustraits au temps de travail**

Ces droits reconnus aux salariés de se soustraire, pour un temps, au pouvoir poursuivent des finalités diverses. La première identifiable est relative à la protection de la santé et de la sécurité des salariés au temps de travail. Cet objectif est consacré par la directive cadre du 12 juin 1989 qui formule l'exigence d'adaptation du travail à l'homme. Cette exigence est notamment déclinée dans la directive aménagement du temps de travail du 23 novembre 1993 qui en constitue un prolongement. Pour parvenir à cet objectif, la directive fixe des prescriptions minimales notamment l'obligation faite à l'employeur de faire bénéficier le travailleur d'un temps de pause pendant la journée de travail au cas où le temps de travail journalier est supérieur à six heures<sup>36</sup>. La condition particulière de la femme enceinte justifie également que celle-ci puisse cesser son travail spécialement pour se rendre aux examens médicaux obligatoires<sup>37</sup>. Subsiste encore le droit pour cette dernière, pendant une année à

---

<sup>33</sup> V. cependant, l'article L. 120-3 du code du travail. Infra §2 B.

<sup>34</sup> La Cour de cassation avait d'ailleurs abandonné l'expression de subordination permanente dans sa définition du temps de travail effectif. Si l'on admet donc que l'obligation d'exécuter le contrat, au temps du travail, ne peut être continue, il convient de prolonger ce droit « de soustraction » aux accessoires du pouvoir de direction et particulièrement au pouvoir de contrôle, spécialement lorsque ce dernier est porté par une technologie particulièrement intrusive pour l'intimité de la personne.

<sup>35</sup> J.-E. RAY, Temps professionnels et temps personnels, Dr. soc. 2004. 58.

<sup>36</sup> Directive CE 93/104 du 23 novembre 1993, précitée, article 4. C. trav., art. L. 220-2. De ce point de vue, la notion de « journée continue » est obsolète. Mais la spécificité des horaires des salariés à temps partiel, effectuant moins de six heures de travail consécutives, justifie-t-elle que ces salariés n'aient pas droit à une pause proportionnelle à la durée journalière considérée ?

<sup>37</sup> C. trav., art. L. 122-25-3 et R. 2122-1 du Code de la santé publique.

compter du jour de la naissance de son enfant, le droit d'interrompre son travail une heure par jour à raison de deux périodes de 30 minutes pour l'allaiter<sup>38</sup>.

Un second volet législatif tend à assurer au bénéficiaire des salariés un droit à l'action collective et justifie que le salarié soit momentanément dispensé d'exécuter son obligation de fournir sa prestation de travail. Ainsi, les salariés peuvent-ils exercer, pendant le temps de travail<sup>39</sup>, aux conditions fixées par la loi, leur droit d'expression<sup>40</sup>. Dès lors, les opinions émises ne sauraient motiver une sanction ou un licenciement. Plus encore, le droit de s'absenter reconnu aux conseillers prud'hommes pour l'exercice de leurs fonctions<sup>41</sup> et les heures de délégation attribuées aux représentants du personnel<sup>42</sup>, dans leur mise en œuvre, concrétisent l'existence de ces temps soustraits au pouvoir. En effet, l'exercice effectif du droit à la représentation suppose que le représentant puisse, au temps du travail, échapper à son obligation d'exécuter le travail<sup>43</sup> sans autorisation préalable ni justification a priori. Tout au plus, le représentant peut être tenu d'une obligation préalable d'information, sans que cette obligation ne soit détournée de son objet et n'entrave l'exercice du mandat<sup>44</sup>.

Ces temps soustraits au temps de travail, techniquement portés par la suspension de l'obligation pour le salarié de se tenir à disposition, constituent le vecteur de mise en œuvre, on vient de le voir, d'autres droits. La situation quoique différente vaut aussi pour les temps par nature soustraits au pouvoir car se situant hors du temps de travail.

## 2. Les temps hors du temps de travail

La catégorisation légale du temps place dans un rapport antithétique temps de travail et temps de non travail, que le droit communautaire nomme temps de repos. Ces temps autoritairement soustraits à l'emprise du pouvoir patronal en manifestent d'ailleurs les limites les plus anciennes. Comme le relève M. Supiot, « la limitation du temps de travail, dans les pays européens, est un acte fondateur du droit du travail »<sup>45</sup>, et c'est par ces lois nouvelles que c'est amorcé le passage d'un temps de réparation du corps au profit de temps de loisir<sup>46</sup>.

---

<sup>38</sup> C. trav., art. L. 224-2 et R. 224-1. Ce texte a cependant été abrogé par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 art. 12 I Journal Officiel du 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2008.

<sup>39</sup> C. trav., art. L. 461-3.

<sup>40</sup> C. trav., art. L. 461-1.

<sup>41</sup> C. trav., art. L. 514-1 al. 1 - Les employeurs sont tenus de laisser aux salariés de leur entreprise, membres d'un conseil de prud'hommes, le temps nécessaire pour se rendre et participer aux activités prud'homales définies par décret en Conseil d'Etat.

<sup>42</sup> Articles L. 412-20, L. 424-1, L. 434-1 et L. 236-7 du code du travail. Mais ces temps, ne sont pas des temps utilisables à des fins personnelles.

<sup>43</sup> Le représentant peut cependant utiliser son crédit d'heures en dehors de son temps de travail.

<sup>44</sup> Pour les bons de délégation, Cass. soc. 10 mai 2006 Bull. civ. V, n°174.

<sup>45</sup> A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, Dr. soc. 1995. 941. Egalement du même auteur, Le travail, liberté partagée, Dr. soc. 1993. 711. La diminution de la durée du travail est un ressort essentiel du progrès social.

<sup>46</sup> L'évolution du temps de repos au temps de loisirs est progressive mais ambivalente. Loi du 13 juillet 1906 relative au repos dominical, loi du 23 avril 1919 posant le principe de la journée de travail de 8 heures et loi du 20 juin 1936 instituant les premiers congés payés. Sur ces évolutions voir notamment, F. MEYER, Travail « effectif » et effectivité du travail : une histoire conflictuelle, Dr. ouv. 1999. 385 ; Deux siècles de droit du travail, sous la direction de J.-P. LE CROM, éd. de l'atelier 1998 et J. LE GOFF, Du silence à la parole, PU Rennes 2004. F. GUEDJ, G. VINDT, Le temps de travail : une histoire conflictuelle, Paris Syros, 1997.

Partie intégrante de l'exécution du contrat de travail, ces temps sont quantifiés. Il en va ainsi des périodes de congés comme du temps de repos hebdomadaire ou quotidien. Pour ce dernier, la période minimale de repos est fixée à 11 heures consécutives<sup>47</sup>. Mais en limitant par ailleurs à 10 heures le temps de travail effectif sur un même jour<sup>48</sup>, on comprend que l'opposition entre temps de travail et temps de repos n'a pas la rigueur symétrique que suggère pourtant la définition communautaire de ces temps. La diversité apparaît donc comme le premier trait commun aux temps soustraits au pouvoir ; leur objet devrait les doter d'un régime juridique identique. Aussi, convient-il de vérifier qu'aux temps soustraits repérés le salarié échappe effectivement aux manifestations du pouvoir de direction de l'employeur. Mais poser l'hypothèse n'est-ce pas déjà apporter une réponse ?

## **II. LES MANIFESTATIONS DU POUVOIR AFFECTANT LES TEMPS SOUSTRATS**

Le temps de travail impose la discipline de l'entreprise au salarié. Aux temps soustraits, le salarié devrait donc échapper à cette discipline et recouvrer sa liberté. Sans doute, cette liberté d'agir est-elle variable lorsque, soustrait au pouvoir de l'employeur, le salarié se trouve encore au temps du travail comme c'est le cas pour la pause. Mais, une fois le temps de mise à disposition achevé, le salarié devrait retrouver le libre usage de son temps. La question de la maîtrise du temps, pour l'employeur comme pour le salarié, est bien essentielle. Elle l'est évidemment pour l'employeur lequel doit pouvoir compter sur la quantité de temps de travail convenue. Elle l'est, plus encore, pour le salarié, car le temps travail structure les temps libérés de la subordination. Alors qu'aux temps soustraits le salarié devrait avoir la liberté de fixer son emploi du temps, il s'avère que le modelage des frontières entre les temps est largement laissé au pouvoir de l'employeur. Ce dernier peut non seulement déterminer le rythme des temps (A), plus encore entraver le temps libre (B).

### ***A. Le pouvoir de déterminer le rythme de travail***

Entre le droit du salarié au bénéfice d'une vie personnelle libérée des sujétions professionnelles et l'intérêt de l'organisation de l'entreprise, le dispositif juridique relatif à la durée du travail et la jurisprudence font, dans certaines limites, primer le pouvoir de direction. La manifestation la plus tangible de ce pouvoir consiste à reconnaître à l'employeur, dans le cadre de la durée du travail, la prérogative de moduler le temps subordonné et, conséquemment, d'altérer le temps libre. Or, comme M. Dockès l'a démontré, il y a une contradiction à laisser au domaine du pouvoir la répartition du temps de travail alors que la durée relève du contrat<sup>49</sup>. La détermination des horaires de travail et des heures supplémentaires par l'employeur sont deux illustrations remarquables de l'emprise du pouvoir sur le temps libre du salarié.

---

<sup>47</sup> C. trav., art. L. 220-1 et article 3 de la Directive CE 93/104 du 23 novembre 1993, précitée.

<sup>48</sup> C. trav., art. L. 212-1. Cette durée s'apprécie dans le cadre de la journée civile soit entre 0 heure et 24 heures (Circ. min. n°94-4, 21 avril 1994, BO trav. 1994, 9).

<sup>49</sup> E. DOCKES, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997. 140. Voir supra §1 A 1.

Concernant les horaires de travail<sup>50</sup>, sauf stipulation particulière, l'étude du droit positif incline à les considérer comme relevant du champ du pouvoir de direction<sup>51</sup>. La solution serait fondée sur le caractère collectif de l'horaire de travail pour autant que, nous semble-t-il, le salarié soit employé à temps complet. Mais, pour le salarié à temps partiel, dont les horaires s'insèrent plus difficilement dans un cadre collectif, on relèvera que, si la loi impose une détermination contractuelle de la durée et de la répartition du temps de travail, elle n'en fait rien pour les horaires<sup>52</sup>. Aussi, l'insertion des horaires dans le champ du pouvoir plutôt que du contrat nous semble clairement indiquer le *prima* de l'intérêt de l'entreprise sur celui de la personne<sup>53</sup>.

Or, pour le salarié, les conséquences juridiques et pratiques sont importantes. Au plan du droit, le mouvement d'interprétation objective de l'horaire de travail conduit les juges du fond à décentrer l'analyse du sujet, le salarié, à l'objet, les horaires. Simple changement des conditions de travail, le refus d'un changement de l'horaire de travail constitue alors un acte d'insubordination justifiant un licenciement pour faute, parfois tempéré par des considérations personnelles au salarié<sup>54</sup>. Et pour la chambre sociale si le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit<sup>55</sup>, ou d'un horaire fixe à un horaire variable<sup>56</sup> constitue des modifications du contrat de travail, pour le salarié tout changement d'horaire bouleverse l'organisation de sa vie.

Il n'en est pas autrement pour les heures supplémentaires. Là encore leur régime juridique manifeste clairement l'expansion du pouvoir de direction. Tout se passe en effet comme si, par la conclusion du contrat de travail, s'impose au salarié, à temps complet du moins<sup>57</sup>, un accroissement, aujourd'hui conséquent<sup>58</sup>, de son temps subordonné, les heures supplémentaires n'étant que le prolongement de l'obligation faite au salarié de se tenir à disposition de l'employeur. Dès lors, la Cour de cassation peut affirmer que les heures supplémentaires ne modifient pas la durée du travail, qu'elles ont donc un caractère obligatoire pour le salarié<sup>59</sup>. En somme, dans ces systèmes, le droit à un temps libre pour la

---

<sup>50</sup> M.-C. ESCANDE-VARNIOL, Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail, *Dr. soc.* 2002. 1064 ; M. MINE, L'horaire de travail, *Dr. ouv.* oct. 2000. 412.

<sup>51</sup> Jurisprudence constante. Déjà, Cass. soc. 5 oct. 1978, *Dr. ouv.* 1979. 172. Récemment, Cass. soc. 20 fév. 2007, n°05-42734. Le changement d'horaires consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée de travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur et non une modification du contrat de travail. Egalement, C.A. Lyon (ch. soc.), 9 février 2005 - R.G. n°01/05459 ; Voir supra note §.

<sup>52</sup> C. trav., art. L. 212-4-3 al. 1. Le texte précise que l'employeur doit communiquer par écrit les horaires de travail pour chaque journée travaillée. A défaut de clause fixant un horaire précis de travail quotidien, le changement de l'horaire relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur. Cass. soc. 27 juin 2001, *Bull. civ. V*, n°234 ; Cass. soc. 17 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n°328.

<sup>53</sup> Dans cette perspective, ce n'est pas seulement anecdote que de rappeler que lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi dite Aubry I, une proposition d'amendement concernant le caractère contractuel de l'horaire de travail fut rejetée. Amendement de M. Cochet visant à introduire un article L. 212-3 ainsi rédigé : « L'horaire de travail est un élément du contrat de travail ». Assemblée nationale - 3<sup>e</sup> séance du 15 oct. 1999.

<sup>54</sup> Cass. soc. 2 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999. 419, obs. A. MAZEAUD. *Comp. Cass. soc.* 15 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n°335 ; Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 2003, *Bull. civ. V*, n°125 ; Cass. soc. 4 juin 2002, *Bull. civ. V*, n°189. Voir infra §3 B.

<sup>55</sup> Cass. soc. 27 fév. *Bull. civ. V*, n°61 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 1605 FD.

<sup>56</sup> Cass. soc. 18 décembre 2000, *Bull. civ. V*, n°423 ; Cass. soc. 14 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n°365 ; Cass. soc. 10 mai 1999, *Bull. civ. V*, n°208.

<sup>57</sup> Pour le salarié à temps partiel, la loi conditionne l'exigibilité d'heures complémentaires à une stipulation expresse du contrat de travail, C. trav., art. L. 212-4-3.

<sup>58</sup> Le contingent annuel d'heures supplémentaires est passé de 130 heures à 220 heures.

<sup>59</sup> Jurisprudence constante : Cass. soc. 20 mars 1961, *Dr. soc.* 1961. 424 ; Cass. soc. 2 fév. 1999, *Bull. civ. V*, n°47 ; Cass. soc. 9 mars 1999, *Bull. civ. V*, n°103 Cass. soc. 10 juin 2003, *RJS.* 10/2003, n°1174. Le refus est

personne n'est pas renforcé ; sont, en revanche, confortées les prérogatives patronales. Ainsi l'employeur peut unilatéralement modifier l'agencement des temps libres jusqu'à en réduire l'étendue. La situation est d'une autre ampleur lorsque le moyen lui est donné d'entraver la liberté d'agir du salarié hors du temps de travail.

## **B. L'entrave au temps libre**

Ni temps de travail effectif ni temps de repos, selon la Cour de cassation<sup>60</sup>, l'astreinte ne retranche cependant qu'au temps libre du salarié. En effet, définie comme « une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile pour effectuer un travail au service de l'entreprise »<sup>61</sup>, l'astreinte prend place dans l'ordonnement légal des temps. Ce montage peut surprendre du fait que le législateur combine exercice du pouvoir patronal et restriction corrélative de la liberté du salarié pour définir un temps hybride pourtant soustrait à la subordination puisqu'il se situe, par nature, hors du temps de travail. Or, à bien comprendre, si l'astreinte n'oblige pas le salarié à se tenir à la disposition permanente de son employeur, considérant sans doute que le salarié peut vaquer à des occupations personnelles, elle consacre la permanence du lien juridique de subordination. Par le biais de l'astreinte, l'état de subordination sort des limites du contrat pour s'institutionnaliser c'est-à-dire prendre un caractère continu en toute indifférence des temps considérés<sup>62</sup>. La liberté d'agir<sup>63</sup> corolaire de la soustraction du salarié au pouvoir de l'employeur est dès lors compromise. Notamment, le salarié ne peut aller et venir où bon lui semble puisqu'il doit rester à son domicile ou à proximité pour effectuer le travail commandé. Plus généralement sa liberté d'action est entravée, l'employeur pouvant interrompre à tout moment les occupations personnelles auxquelles le salarié s'adonnait<sup>64</sup>.

On pourra cependant objecter, qu'à la différence des rythmes de travail précédemment évoqués, la mise en place de l'astreinte ne peut pas être unilatéralement imposée au salarié et est encadrée par loi. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré, à juste titre, que l'employeur ayant imposé à une salariée des permanences et des astreintes qu'elle n'assumait pas jusqu'alors avait ainsi modifié le contrat de travail<sup>65</sup>. Toutefois cette résistance offerte par le

---

une faute réserve faite cependant du non-respect par l'employeur de ses obligations : informations du comité d'entreprise, paiement ou d'un recours systématique (Cass. soc. 16 mai 1991, n° 89-44485, Dr. soc. 1994. 863 comp. Cass. soc. 26 nov. 2003, n°01-43140).

<sup>60</sup> Cass. soc. 4 mai 1999, Bull. civ. V, n°187, Grands arrêts du droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd., n°57. Egalement, P. LYON-CAEN, Astreinte et temps de repos, avis sous Cass. soc. 12 juillet 2002, SLEC, RJS 12/2002, p. 995. G. VACHET, L'astreinte n'est ni un temps de travail effectif, ni un temps de repos, Le Dalloz, 2003, n°14, 935.

<sup>61</sup> C. trav., art. L. 212-4 bis al. 1<sup>er</sup>. Voir J.-E. RAY, Les astreintes, un temps d'un troisième type, Dr. soc. 2001. 76.

<sup>62</sup> M. A. SUPLOT considère que le lien de subordination n'est alors plus contractuel mais personnel. A. SUPLOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, Dr. soc. 1995. 941 ; également du même auteur, Au-delà de l'emploi, Rapport pour la Commission européenne, 1999, Flammarion.

<sup>63</sup> Liberté d'agir recouvre la liberté d'aller et venir. Elle est protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Voir décision n°2005-532 DC, 19 janvier 2006, cons. 16, Journal officiel du 24 janvier 2006, p. 1138, texte n°2.

<sup>64</sup> Cass. soc. 6 mai 2003, n°01-41518 (Mais attendu que, répondant aux conclusions, la cour d'appel, qui a relevé que le salarié avait, lors d'une astreinte pendant laquelle il lui incombait de veiller à la permanence du fonctionnement d'une centrale hydraulique, non seulement décidé de ne pas intervenir pour remédier à une panne affectant cette installation, mais aussi dissimulé l'incident à la direction et dissuadé ses collègues de se rendre sur les lieux et qui a constaté que ces agissements constituaient la véritable cause du licenciement, a pu décider que le comportement du salarié rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé.)

<sup>65</sup> Cass. soc. 31 mai 2000 Rejet n°98-42102.

contrat au pouvoir cède lorsque l'astreinte est instituée par l'application d'une convention collective. Fidèle à sa jurisprudence, la Cour régulatrice considère que « la décision de l'employeur de mettre en œuvre le régime des astreintes prévu par un accord collectif définissant ces astreintes, qui s'impose au salarié, n'entraîne aucune modification du contrat de travail<sup>66</sup>. » Si l'astreinte n'est donc pas une manifestation directe du pouvoir de l'employeur, l'accroissement par la voie de la négociation collective du champ du pouvoir trouve là l'une de ses illustrations les plus contestables<sup>67</sup>. Or, nous semble-t-il, toute restriction apportée à la liberté particulièrement aux temps soustraits, quelles que soient leur source, ne devrait être admise que pour des cas exceptionnels et fermement encadrée.

### III. LE CANTONNEMENT DU POUVOIR SUR LES TEMPS SOUSTRATS

Fait de l'homme, le travail occupe une place centrale dans notre vie individuelle et sociale<sup>68</sup>. Or, aucune frontière perméable entre temps professionnel et temps non-professionnel n'est, on l'a vu, établie. Le rapport entre temps et travail est donc équivoque : au temps du travail, malgré l'état de subordination du salarié, une part irréductible de la personne est soustraite au pouvoir de l'employeur<sup>69</sup>. Mais le travail, aussi, peut s'immiscer dans le temps libre. Cette intrusion est, sans aucun doute, extérieure au droit lorsqu'elle est le fait de la pensée. En revanche, lorsque l'assujettissement au travail procède du pouvoir patronal c'est que ce pouvoir transcende le contrat. Aussi le droit du travail se doit-il d'assurer la concordance entre ces temps<sup>70</sup>. Deux voies peuvent être esquissées. La première doit s'attacher à en assurer l'intégrité. Les temps soustraits, de part leur nature, doivent demeurer insaisissables (A). La seconde doit assurer l'effectivité de la jouissance par le salarié de son temps libre en posant les conditions de leur éventuelle préhension par l'employeur (B).

#### A. L'indisponibilité des temps soustraits

La notion de temps soustraits permet de rassembler des droits variés<sup>71</sup>. Même s'ils poursuivent des objectifs différents, ces temps devraient avoir en commun, au titre de leur régime juridique, d'être impératifs et continus. En effet, afin de garantir l'exercice des droits qu'ils consacrent, les temps soustraits ne devraient faire l'objet d'aucune interruption au titre de l'exécution d'un travail qu'il soit commandé ou suggéré<sup>72</sup>. Par exemple, est-il envisageable qu'un délégué du personnel, lors de l'exercice de son mandat, fasse l'objet d'une injonction de travail ? Comment résoudre la situation de ce même représentant du personnel utilisant, comme il en a le droit<sup>73</sup>, ses heures de délégation hors du temps de travail s'il était sollicité au titre d'une période d'astreinte et qu'il ne se mette pas à la disposition immédiate de l'entreprise ? Pourtant, l'article L. 212-4 bis du code du travail conduit à considérer comme licite l'imputation d'une période d'astreinte sur le temps de repos ! Le temps de repos n'est de fait pas un temps continu. L'éventualité d'une interruption au titre de l'astreinte ne garantit

---

<sup>66</sup> Cass. soc. 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n°556, Dr. soc. 1999. 250, note J.-E. RAY.

<sup>67</sup> G. BORENFREUND, L'articulation du contrat de travail et des normes collectives, Dr. ouv. 1997. 514.

<sup>68</sup> D. MEDA, Le travail, une valeur en voie de disparition, Alto Aubier 1995.

<sup>69</sup> Voir S. FROSSARD, Les objets soustraits au pouvoir.

<sup>70</sup> A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps, Dr. soc. 1995. 941.

<sup>71</sup> Supra §1 B.

<sup>72</sup> P. WAQUET, Dr. soc. 1998. précité. Le caractère d'ordre public de la loi est également opposable au salarié, qu'il s'agit alors de protéger contre lui-même (par ex. : durée maximale de travail).

<sup>73</sup> C. trav., art. L. 412-7 ; C. trav., art. L. 421-17 et C. trav. L. 434-1.

donc pas l'exercice du droit même si, après l'intervention, le salarié doit bénéficier d'un repos complet.

Y-a-t-il une justification à ces différences ? On ne le pense pas. Les droits portés par ces temps soustraits trouvent tous leur fondement dans la loi et peuvent être rattachés directement ou indirectement à des normes constitutionnelles et internationales<sup>74</sup>. Le caractère impératif de la loi avait d'ailleurs inspiré une remarquable construction prétorienne à la laquelle la loi du 17 janvier 2003, dite loi Fillon, tente de faire échec. Rappelons justement que la Cour de cassation avait forgé une jurisprudence destinée à endiguer les intrusions du pouvoir patronal aux temps qui lui sont soustraits. Elle a d'abord affirmé que la suspension du contrat de travail dispense le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail de sorte qu'il ne saurait être tenu durant cette période de poursuivre une collaboration avec l'employeur<sup>75</sup>. Elle avait encore, dans son arrêt SLEC, précisé qu'un temps de repos, suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail<sup>76</sup>.

Les conséquences du caractère d'ordre public de ces droits doivent donc être tirées. En premier lieu, il faut considérer, comme l'a d'ailleurs fait la chambre sociale dans un arrêt du 27 novembre 2001, non publié<sup>77</sup>, que tout refus de collaboration, hors du temps de travail, constitue l'exercice d'un droit insusceptible de sanction, sous réserve de l'obligation de loyauté. En second lieu, toute dérogation à ces droits, autorisant l'employeur à demander un travail, doit être limitée et trouver, par principe, sa source dans la loi. Ces exceptions existent spécialement pour les repos. Leur domaine est cantonné à des motifs précis, travaux urgents, mesures de sauvetage ou prévention d'accidents<sup>78</sup>. Ce sont d'ailleurs ces considérations, interventions éventuelles et exceptionnelles en cas de nécessité, notamment pour des motifs de sécurité qui ont justifié, en l'absence de texte, que la pause puisse être interrompue<sup>79</sup>. Cependant, ces règles ne valent que pour des temps portés par des droits. Qu'en est-il, pour ce temps hybride, ni temps de travail ni temps de repos, c'est alors s'interroger sur la condition juridique du temps libre.

## ***B. Les conditions de préhension des temps soustraits***

L'époque n'est sans doute plus à celle de l'organisation par l'Etat des loisirs<sup>80</sup> ou d'un ministère du temps libre<sup>81</sup>. Mais la question d'une régulation du rapport entre temps de travail

---

<sup>74</sup> Pour le droit au repos : préambule de la Constitution de 1946, onzième alinéa (Conseil constitutionnel 13 janvier 2003, décision n°2002-465) et article 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; pour le droit à la participation, préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, alinéa 8.

<sup>75</sup> Cass. Soc. 15 juin 1999, Bulletin 1999 V n°279 ; Le Dalloz, 2000-06-15, n° 23, p. 511, note C. PUIGELIER, adde Cass. soc. 6 fév. 2001 Bull. civ. V, n°43.

<sup>76</sup> Cass. soc. 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°238. P. LYON-CAEN, Astreinte et temps de repos, avis sous Cass. soc. 12 juillet 2002, SLEC, RJS 12/2002, p. 995. Adde, P. WAQUET, Le temps de repos, Dr. soc. 2000. 288 ; F. FAVENNEC-HERY, Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail, RJS 12/1999, p. 819. V. également CJCE du 9 septembre 2003, précité, spéc. point 94.

<sup>77</sup> Cass. soc. 27 novembre 2001, n°99-43290. Les hauts magistrats ont approuvé une cour d'appel d'avoir décidé qu'un refus de participer à une réunion, pour un salarié en période de repos, n'était pas un comportement fautif

<sup>78</sup> C. trav., art. L. 221-12, pour le repos hebdomadaire.

<sup>79</sup> Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 2003 Bull. civ. V, n°129.

<sup>80</sup> En 1936, M. Léo Lagrange fut nommé sous-secrétaire d'Etat à l'organisation des loisirs et du sport.

<sup>81</sup> 1981-1983, au gouvernement de Pierre Mauroy, M. André Henry fut ministre du temps libre, de la Jeunesse et des Sports et du Tourisme et Mme Edwige Avice, ministre déléguée.

et temps libre devient prégnante lorsque, comme le relevait le Président Gélinau-Larivet<sup>82</sup>, le risque est à « l'effacement de la frontière entre temps réservé au travail et temps réservé à la vie privée »<sup>83</sup>. En effet, les manifestations du pouvoir patronal<sup>84</sup> font peser sur ce temps trop d'incertitudes pour que la personne puisse librement composer avec son propre temps. L'approche quantitative du temps de travail par le droit de la durée du travail doit donc s'enrichir de règles préservant la qualité du temps libre. Par conséquent, il convient de soumettre le pouvoir d'exiger un travail, au-delà de la durée convenue, aux exigences des temps sociaux<sup>85</sup>. Deux voies complémentaires peuvent être explorées.

Cet objectif pourrait d'abord passer par le renforcement du mouvement d'objectivation du contrat de travail<sup>86</sup>. Un auteur a ainsi démontré que la licéité de l'objet de l'obligation faite au salarié d'être à disposition de son employeur doit s'entendre non seulement de la durée mais également de la répartition de cette durée et les horaires de travail<sup>87</sup>. Toujours à propos de ces derniers, un autre auteur suggère que si les horaires n'ont pas à être précisément fixés, il devrait être tenu, au plan contractuel, « que les plages de travail restent cantonnées dans la fourchette des horaires habituels sur lesquels s'articulent la plupart des éléments de la vie sociale. »<sup>88</sup> En conséquence, l'appartenance des horaires de travail, plus avant des rythmes de travail, au champ du contrat plutôt que du pouvoir s'impose afin de limiter l'indétermination des temps subordonnés et exclure du champ disciplinaire le refus du changement d'horaire<sup>89</sup>. Partant c'est assurer au salarié la maîtrise de son temps libre. Mais on sait aussi que, même par le contrat, l'employeur peut se réserver la faculté d'agencer le temps de travail.

A quelles conditions de validité cette préhension du temps libre peut-elle être alors admise ? La voie de l'article L. 120-2 du code du travail apparaît tout indiquée<sup>90</sup>. En effet, si le temps libre n'est pas un droit, des droits substantiels s'inscrivent dans ce temps. On pense au droit fondamental de mener une vie familiale normale<sup>91</sup>, à la liberté d'agir<sup>92</sup> et à la liberté du travail, ou encore au droit à la vie privée. En outre, l'encadrement des clauses, ou du pouvoir, pourrait être utilement complété par la reconnaissance d'une exigence générale de prévisibilité des rythmes de travail déjà à l'œuvre notamment au sein du dispositif juridique relatif au travail à temps partiel. Certaines de ces règles n'ont, effectivement, pas d'autre finalité que de faire échec aux variations de l'emploi du temps du salarié. Il n'est donc aucune raison que les

---

<sup>82</sup> G. GELINEAU-LARIVET, *Le temps et le droit du travail*, Dr. soc. 2002. 238.

<sup>83</sup> Voir également l'article caustique de J.-E. RAY, *La guerre des temps*, Dr. soc. 2006. 3.

<sup>84</sup> *Supra* § 2.

<sup>85</sup> « Civiliser le pouvoir patronal », selon l'expression d'A. SUPIOT, *Principe d'égalité et limites du droit du travail*, Dr. soc. 1992. 385, note 18.

<sup>86</sup> A. LYON-CAEN, *Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie*, à propos de la modification du contrat de travail, *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Dalloz 2004, 357.

<sup>87</sup> E. DOCKES, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997. 140.

<sup>88</sup> J.-M. BERAUD, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouv. 1997. 529.

<sup>89</sup> Pour un exemple saisissant, parmi d'autres. Cass. soc. 17 oct. 2000, Bulletin 2000 V n°327 « Dès lors que le contrat de travail ne prévoit pas l'horaire quotidien avec une pause dans l'heure de midi, l'employeur ne modifie pas le contrat en demandant au salarié de travailler à ce moment de la journée. Le refus du salarié, s'il est fautif et le rend responsable de l'inexécution du préavis, ne constitue pas une faute grave, alors qu'il disposait précédemment librement de l'heure du déjeuner, ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants d'âge scolaire. »

<sup>90</sup> C. SACHS-DURAND, *Réduction du temps de travail et droits fondamentaux*, in *Temps de travail et temps de vie*, sous la direction de F. MEYER et F. TRIBY, PU Strasbourg, 2000, p. 99.

<sup>91</sup> A. GARDIN, *La prise en compte de la vie familiale dans les normes légales et conventionnelles du travail*, Dr. soc. 2002. 854.

<sup>92</sup> *Supra* note §.

droits du salarié à temps complet soient moins fermement garantis que ceux du salarié à temps partiel<sup>93</sup>. En conséquence, tout changement initié par l'employeur affectant l'emploi du temps libre du salarié devrait répondre à trois exigences plus particulières.

En premier lieu, les variations autour du temps de travail pourraient être soumises à une exigence de justification. L'article L. 212-4-3 du code du travail requiert de l'employeur la prévision des cas de changement de la répartition des plages de travail et la nature des modifications<sup>94</sup>. Et l'on sait avec quelle rigueur, la Cour régulatrice a interprété ces conditions<sup>95</sup>. Mais il importe encore que cette justification soit mise en concurrence avec le ou les droits (droit à une vie familiale normale, liberté du travail), mis en cause afin de s'assurer qu'il n'existe pas d'autres solutions alternatives moins attentatoires à ces droits<sup>96</sup>.

En deuxième lieu, le changement des rythmes de travail devrait être subordonné à l'exigence du respect par l'employeur d'un délai raisonnable de prévenance. Cette exigence valable pour tous les modes particuliers d'organisation du travail mais aussi pour les heures complémentaires<sup>97</sup> pourrait être étendue à l'ensemble des changements de rythmes de travail décidés par l'employeur<sup>98</sup>. En tous cas, la méconnaissance de ce préavis devrait légitimer le refus du salarié (ni une faute ni motif de licenciement), comme cela est prévu en matière de temps partiel<sup>99</sup>.

En troisième et dernier lieu, le droit au refus du salarié ne saurait être limité aux seuls cas de non-respect par l'employeur de ses obligations. Le salarié doit plus généralement pouvoir opposer un refus légitime aux modifications de ses rythmes de travail lorsque ses droits fondamentaux sont en cause. Cette exigence permettrait d'abord de mettre fin à une jurisprudence qui considère que le refus d'un changement de rythme pour un salarié à temps complet constitue une faute dont le degré est notamment atténué par la prise en compte de ses obligations familiales impérieuses<sup>100</sup> alors que c'est un droit pour le salarié à temps partiel<sup>101</sup>.

---

<sup>93</sup> Rappelons que ces règles sont également destinées à mieux assurer l'égalité de traitement entre homme et femme. Or les enquêtes font que l'arbitrage sur les temps est discriminatoire, l'engagement des femmes étant plus important dans les temps domestiques et le temps consacrés à l'éducation des enfants. Notamment, Au-delà de l'emploi, Rapport pour la Commission européenne, 1999, Flammarion.

<sup>94</sup> Par ailleurs, on relèvera qu'en cas de recours aux heures supplémentaires, le chef d'entreprise devant consulter le comité d'entreprise avant leur mise en œuvre (C. trav., art. L. 212-6) doit fournir pour information le motif et les périodes de recours aux heures supplémentaires (Circ. min. n°94-4, 21 avril 1994).

<sup>95</sup> Cass. soc. 6 avril 1999, Reboul, Bull. civ. V, n°166. Sont ainsi exclus les motifs tels que les circonstances ou les nécessités du service (Cass. soc. 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n°373).

<sup>96</sup> De ce point de vue l'urgence n'apparaît pas être un critère décisif car la justification par des travaux par nature urgents confère à la préhension un caractère permanent et non pas exceptionnel. Comp. G. VACHET, L'astreinte n'est ni un temps de travail effectif, ni un temps de repos, Le Dalloz, 2003, jurisprudence, p. 935.

<sup>97</sup> C. trav., art. L. 212-4-3.

<sup>98</sup> Par exemple, 7 jours ouvrés en cas d'annualisation du temps de travail (C. trav., art. L. 212-8) ; changement des jours dits de RTT (C. trav., art. L. 212-9 I). Voir encore en matière de congés payés (C. trav., art. L. 223-7). Concernant les heures supplémentaires, la loi impose seulement la consultation du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 212-6). Voir cependant, Cass. soc. 20 mai 1997, n°94-43653 (Mais attendu que la cour d'appel a constaté que ce n'était qu'exceptionnellement et parce qu'il n'avait pas été prévenu suffisamment tôt que le salarié avait refusé d'effectuer des heures supplémentaires ; qu'en l'état de ces constatations, elle a décidé, par une décision motivée, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que le licenciement ne procédait d'aucune cause réelle et sérieuse).

<sup>99</sup> C. trav., art. L. 212-4-3.

<sup>100</sup> Cass. soc. 14 déc. 2005, Bulletin 2005 V n°364 (ne constitue pas une faute grave le refus d'une modification des horaires de travail d'une salariée à son retour de congé de maternité qui invoque des obligations familiales impérieuses). Sur la qualification du licenciement pour refus d'un simple changement des conditions de travail (Cass. soc. 15 déc. 2004, Bull. civ. V, n°335) ; dans le même sens que Cass. soc. 9 avril 2002, Bull. civ. V,

Surtout, ce droit au refus donnerait une consistance positive au temps libre, comme au temps de repos, temps pendant lesquels le salarié doit pouvoir concrètement exercer ses droits et fondamentaux.

Jean-François Paulin, mai 2007.

---

n°123. Sur la prise en compte des obligations familiales impérieuses pour apprécier le bien-fondé du refus des changements dans les conditions de travail, Cass. soc. 9 mai 2001, Bull. civ. V, n°157. Voir encore, C.A. Poitiers (ch. soc.), 10 octobre 2006 - R.G. n°05/00968 (S'il est de principe que le changement des horaires de travail constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise, il en va autrement quand le changement d'horaires décidé par l'employeur est d'une nature ou d'une importance telles qu'il apporte un véritable bouleversement des conditions de travail, objectivement appréciable. Dans cette hypothèse, le changement d'horaires constitue une modification du contrat de travail qui doit être soumise comme telle à l'accord préalable du salarié).

<sup>101</sup> C. trav., art. L. 212-4-3. V. aussi C. trav., art. L. 213-4-3 pour le travail de nuit.