

Les transformations du droit du temps de travail

Le temps comme objet de règles (deuxième partie *)

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

PLAN

I. Le temps comme unité de mesure

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

II. Le temps comme objet de règles

- A. Les sources
- B. Les valeurs

II. Le temps comme objet de règles

Domaine de prédilection de la réglementation étatique depuis les débuts du droit du travail, le temps de travail est aujourd'hui le principal terrain de la déréglementation, la loi et le règlement s'effaçant progressivement au profit de la négociation collective, voire du contrat individuel.

Ce mouvement répond, dans le discours officiel, à une volonté d'adaptation de la règle à son contexte, et permet ainsi au droit du temps de travail d'épouser une aspiration très en vogue aujourd'hui, selon laquelle la règle doit être élaborée par ceux à qui elle va s'appliquer (ou leurs représentants). Le ministre du Travail affirmait ainsi à propos de la loi du 20 août 2008 qu'il revient aux accords d'entreprise « *de déterminer, au plus près du niveau d'application des décisions, l'organisation du travail la plus adaptée au développement de l'entreprise comme aux attentes des salariés en matière de pouvoir d'achat et de gestion du temps de travail* » (1). A cette décentralisation de la production normative, qui n'est autre que la raison d'être de la négociation collective, qu'elle soit de branche ou d'entreprise, il n'y a rien à redire au premier abord. Elle masque cependant un mouvement plus profond de désengagement de l'Etat, qui délègue aux partenaires sociaux le pouvoir de créer la norme en matière de temps de travail. Là est le principal danger de la déréglementation, l'adaptation ne se faisant plus sous l'égide de la loi, qui fixe un plancher – l'ordre public social –, mais sans bornes étatiques, au point que

les décrets sont désormais conçus comme supplétifs (2). Sous couvert d'un changement de sources, les enjeux se situent avant tout sur le terrain du fond du droit. Derrière l'adaptation de la règle à son contexte, se joue l'adaptation de l'usage du temps aux besoins de l'entreprise, ce qu'il est convenu de dénommer « flexibilité ». Une autre aspiration, plus radicale, pourrait être celle d'un droit du temps de travail minimaliste, dont les seules prescriptions obligatoires tiendraient à la durée maximale du travail et au repos minimal, les autres composantes (y compris la définition de la durée légale) étant renvoyées à une négociation collective dont le résultat n'est jamais garanti (3) (A).

Face à cette déréglementation, le risque est que tout soit négociable, jusqu'aux valeurs sur lesquelles le droit du temps de travail s'est progressivement construit, que ce soit la protection de la santé ou le respect de la vie personnelle (4). Happé, tout comme l'ensemble du droit du travail, par un discours économique sur le droit qui vise à en faire l'instrument de l'efficacité de l'entreprise ou un outil de lutte contre le chômage, le droit du temps de travail doit être protégé dans ses principes fondamentaux (5), opposables à tous ceux (législateur, partenaires sociaux, contractants...) qui produisent des normes attentatoires à la protection de la personne. Comme l'exprime si bien la directive 2003/88/CE, le travail doit s'adapter à l'homme, non l'inverse (6) (B).

* La première partie de cette étude a été publiée au Dr. Ouv. septembre 2009 p. 418.

- (1) X. Bertrand, débats Ass. Nat., mardi 1^{er} juill. 2008, première séance.
- (2) Art. L. 3121-52 et 53 C. Trav. ; art. L. 3122-46 et 47 C. trav. ; art. D. 3122-7-1 à 3122-7-3 C. trav.
- (3) CAE, Faut-il modifier la réglementation du temps de travail ?, rapp. août 2007, P. Artus, P. Cahuc, A. Zylberberg ; F. Favennec-

Héry et M. Miné, Controverse, Faut-il abroger la durée légale du travail ?, RDT 2008, p. 282.

- (4) M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 157 s.
- (5) M. Grévy, Où en est le temps de travail ?, Dr. Ouv. 2009, p. 192 ; M. Miné, préc.
- (6) Art. 11, préamb.

A. Les sources

Du droit imposé (1.) au droit négocié (7), le droit du temps de travail change de régime, pour privilégier la négociation comme mode de production de la norme (2.).

1. Le recul du droit imposé

Le pluralisme des sources, particulièrement avéré en droit du travail, ouvre au législateur une option, certes encadrée notamment par les règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement, quant à la source qui servira de support à la règle de droit (8) : loi, décret, accord collectif, usages, contrat individuel, voire décision unilatérale du chef d'entreprise (9). L'enjeu est considérable quant à la place de la règle dans la hiérarchie des normes, ses conditions d'élaboration et ses auteurs, ce qui rend les choix souvent difficiles et discutés. Pour preuve le régime des heures d'équivalence à propos duquel le législateur est intervenu pour exiger que les systèmes d'équivalence soient institués par décret après que la Cour de cassation se soit contentée de leur prévision par accord collectif (10).

Le mouvement général est sans conteste celui d'un recul de la loi au profit de la négociation collective, selon un mouvement en trois temps. Dans un premier temps, la loi fixait la règle, que la négociation collective ne pouvait qu'améliorer en faveur des salariés, par application de l'ordre public social. Le second temps a été marqué par l'ouverture, sans cesse plus importante (loi *Auroux* du 13 novembre 1982, loi *Fillon* du 4 mai 2004), de facultés de dérogation *in pejus*, le temps de travail ayant très tôt constitué le domaine de prédilection des accords dérogatoires (11). La loi du 20 août 2008 a impulsé un troisième temps, avec pour maître mot non pas la dérogation mais la délégation (12) ; la loi ne fixe plus la règle, abandonnant aux partenaires sociaux le pouvoir de définir la répartition du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine

(13) ou encore la définition du contingent des heures supplémentaires (14). Sans verrou étatique, le recul de la loi et du règlement porte en germe, à ce stade avancé du processus de déréglementation, une profonde mise en cause des principes fondamentaux du droit du travail. Gardons à l'esprit que le recul de l'Etat n'a rien d'un phénomène social de prise de pouvoir des partenaires sociaux sur la production normative en droit du travail, ou d'une prétendue « autonomie collective » (15). Les espaces, aujourd'hui béants, ouverts à la négociation en matière de temps de travail le sont par l'Etat lui-même, ce qu'atteste le fait que la décentralisation de la production normative est à l'origine d'une réglementation d'une ampleur inégalée, quant à ses sources (circulaires interprétatives, décrets supplétifs...) et son contenu (définition des catégories bénéficiaires (16), détermination des clauses obligatoires de l'accord collectif (17), fixation des niveaux de négociation, ou encore des conditions de dérogation par accord individuel... (18)).

Sur le terrain des sources, la résistance à ce désengagement de l'Etat ne peut provenir que des normes supranationales et constitutionnelles, qui toutes s'imposent au législateur. Le droit communautaire laisse peu de champ à la critique sur ce terrain, l'article 17 de la directive communautaire 2003/88/CE ouvrant largement l'étendue des sources susceptibles de fonder une dérogation, de la loi au règlement en passant par la négociation collective et les sources administratives (19). La Constitution, si elle offre davantage de résistance (20), n'empêchera pas la réalisation du vœu formulé dans l'exposé des motifs de la loi du 20 août 2008 d'une loi recentrée sur la définition des règles nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité et d'une négociation collective aux prérogatives étendues. Car l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel de l'article 34 de la Constitution légitime la délégation conventionnelle en autorisant le législateur à confier à la

(7) Sur cette problématique, Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, publications des facultés de Saint-Louis, 1996.

(8) J.-E. Ray, *De temps... en temps*, Dr. soc. 2000, p. 241.

(9) Fixation par acte unilatéral de la période de prise des congés et de l'ordre des départs, à défaut d'accord collectif (et d'usage s'agissant de l'ordre des départs), art. L. 3141-13, L. 3141-14 C. trav. ; détermination par décision de l'employeur de l'organisation du temps de travail sur plusieurs semaines dans les entreprises fonctionnant en continu, art. L3122-3 C. trav. ; idem pour la modification de l'implantation des appareils de pointage, Soc. 13 juill 2004, JCP E 2005, 35, comm F. Petit, Dr. Ouv. 2005 p.1 n. E. Dockès.

(10) Soc. 29 juin 1999, Bull. civ. V n° 307, Dr. Ouv. 1999, p. 355 n. M. Poirier ; le législateur a exigé qu'ils soient institués par décret, art. L. 3121-9 C. trav.

(11) A. Jeammaud, *Le nouveau régime du temps de travail*, Dr. Soc. 1982, p. 305 ; Y. Chalaron, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. Soc. 1998, p. 355.

(12) F. Favennec-Héry, *Réforme du temps de travail - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008*, JCP éd. S, 2008, n° 1461.

(13) Art. L. 3122-2 C. trav.

(14) Art. L. 3121-11 C. trav.

(15) C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, LGDJ, 2006.

(16) Art. L. 3121-44 C. trav.

(17) Art. L. 3121-40 C. trav. ; L. 3122-11 C. trav.

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

(19) Sur la compatibilité des conventions de forfait jours avec l'article 17, V. F. Favennec, *Liaisons sociales* 2002 p. 93.

(20) G. Borenfreund, M.-A. Souriac, *Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective*, Dr. Soc. 2003, p. 72 ; M.-L. Morin, *La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité*, Dr. Soc. 1998 p. 419.

convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, dès lors que la délégation est suffisamment précise et encadrée (21), ce qui n'est toutefois pas le cas, faute de tout encadrement, du renvoi aux accords collectifs de la fixation de la « durée » du repos (22).

2. La montée du droit négocié

D'imposé, le droit du temps de travail devient négocié, avec un recours accru à la négociation collective (23) voire à la négociation individuelle.

L'aspiration à définir la règle au plus près de ses destinataires (condition d'une meilleure acceptabilité de celle-ci par ces derniers) et de son lieu d'application (condition d'adaptabilité de la règle à son contexte) se traduit par un recours accru à la négociation collective et par une décentralisation de celle-ci vers l'entreprise voire l'établissement. C'est désormais à ce niveau que seront fixés le contingent annuel des heures supplémentaires (24), les conditions du repos compensateur de remplacement (25) ou du compte épargne temps (26), la possibilité de conclure des conventions individuelles de forfait (27) ou encore les règles de répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine (28), la branche n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Cette subsidiarité de la branche fait de la loi du 20 août 2008 une parfaite application de la loi du 4 mai 2004 à moins que la première n'aille plus loin encore, la formule « à défaut de » ne laissant guère d'espoir de pouvoir opposer une clause de verrouillage à la primauté de l'accord d'entreprise. Rappelons de surcroît, ce qui ne surprend pas, que le temps de travail ne figure pas parmi les exceptions à la nouvelle articulation entre accords de branche et d'entreprise telle qu'initée par la loi de 2004.

De la négociation au contrat, le pas est aisément franchi. Ce qui se joue est en effet un retour au contrat comme mode de régulation des rapports de travail et plus encore une réhabilitation de l'accord comme mode de légitimation des engagements des parties (29).

L'abandon de l'exigence d'extension pour les accords de branche, incarnation de la nature partiellement réglementaire de l'accord collectif, signe ce mouvement de contractualisation du temps de travail, qui inquiète quant à la légitimité de la norme qui en découle. Le renvoi à la négociation d'entreprise risque également de faire des règles sur le temps de travail un objet de concurrence entre les entreprises, avec le spectre bien connu du dumping social (30).

Si l'on poursuit la descente dans la hiérarchie des normes, on en arrivera au contrat individuel qui, en même temps qu'il permet aux parties – dans un rapport égalitaire, ce que n'est pas à l'évidence le rapport de travail – de défendre leurs intérêts respectifs, constitue une puissante technique de restriction des droits des salariés, notamment de renonciation à des avantages légaux ou conventionnels. Le législateur l'a bien compris qui, sur le modèle de la clause d'opt-out, autorise la renonciation individuelle aux jours de repos dans le cadre du forfait jours (31). Depuis la loi du 20 août 2008, le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire, et ce dans la limite d'un nombre de jours travaillés fixé par l'accord collectif, ou à défaut par la loi à 235 jours (32). La seule limite légale est la compatibilité du nombre de jours avec les dispositions relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire, aux jours fériés chômés dans l'entreprise et aux congés payés (33). Peut-on admettre que l'organisation du temps de travail soit ainsi laissée à la liberté contractuelle ?

B. Les valeurs

La contractualisation du temps de travail ne susciterait pas l'inquiétude si l'ordre public, limite traditionnelle aux libertés contractuelles et conventionnelles (34), permettait de lui opposer le respect de valeurs collectives (respect des solidarités collectives, incarnées par l'horaire collectif ou la prohibition du travail le dimanche (35)) et

(21) Déc. 7 août 2008, préc ; déc. n° 2004-494 du 29 av. 2004 ; M.-A. Souriac, Les réformes de la négociation collective, RDT 2009, p. 14 ; le même type d'articulation vient d'être retenu dans les rapports entre le pouvoir réglementaire et l'accord collectif, CE 11 mars 2009, n° 303.396, *Fédération des syndicats solidaires unitaires et démocratiques-PTT*, SSL 2009, n° 1405.

(22) Cons. const. DC n° 2008-568 du 7 août 2008.

(23) M.-A. Souriac, Les réformes de la négociation collective, RDT 2009, p. 14.

(24) Art. L. 3121-11 C. trav.

(25) Art. L. 3121-24 C. trav.

(26) Art. L. 3152-1 C. trav.

(27) Art. L. 3121-39 C. trav.

(28) Art. L. 3122-2 C. trav.

(29) P. Lokiec, S. Robin-Olivier, Le droit des contrats comme mode de régulation du rapport de travail, RDT 2007 p. 339.

(30) On conçoit aisément les difficultés posées par la nouvelle architecture du droit du temps de travail dans des secteurs tels que l'aviation civile (aujourd'hui confronté à des compagnies low cost, tentées pour beaucoup de tirer les règles sociales vers le bas) où le temps de travail est un enjeu essentiel en termes de sécurité des personnes, alors même qu'un tel secteur est dépourvu de couverture conventionnelle de branche, à l'exception d'un accord RTT.

(31) L. Milet, Les conventions de forfait pour allonger le temps de travail, La nouvelle vie ouvrière, 17 oct. 2008, p. 27.

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

(33) Art. L. 3121-45 C. trav.

(34) Rappr. art. 6 C. civ.

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

individuelles (respect de la vie personnelle, protection de la santé et de la sécurité). Le déclin de l'ordre public, conséquence du processus de déréglementation, laisse sans support juridique ces valeurs que l'Etat a pour mission de protéger, avec en creux le développement d'un droit conventionnel dont l'intérêt général ne constitue plus l'étalon. Car si la négociation collective offre une garantie sur le terrain de la procédure (négociée), elle n'en offre aucune sur le fond (le compromis est dangereux sur le terrain des valeurs).

D'où l'enjeu d'offrir à ces valeurs un support autre que l'ordre public, qui permette de protéger les principes essentiels du temps de travail (36). L'adjectif « fondamental » (37) a ici une importance clé, dès lors que ce qui est fondamental ne peut être abandonné au bon vouloir des partenaires sociaux ou des contractants individuels. Au déclin de l'ordre public, répond ainsi l'affirmation croissante et néanmoins insuffisante des droits fondamentaux (1.). Ce glissement de l'ordre public vers les droits fondamentaux appelle une double observation. Il conduit tout d'abord à replacer au premier plan les valeurs individuelles, là où l'ordre public accordait une place prépondérante au collectif (38). Ensuite, l'affirmation des droits fondamentaux, pour ne pas se réduire à des formules incantatoires, doit être couplée avec un certain nombre de dispositifs de mise en œuvre (2.).

1. Les principes fondamentaux

A la déréglementation du temps de travail, trois principes fondamentaux sont susceptibles d'opposer une résistance : la protection de la santé et de la sécurité, le respect de la vie personnelle (39) et l'adaptation du travail à l'homme.

La protection de la santé et de la sécurité – Le droit à la protection de la santé, reconnu tant par le droit communautaire (40) que par le droit national (41), constitue une ressource essentielle afin de replacer la personne au centre du droit de la durée du travail, tout particulièrement pour limiter la portée de la

monétarisation du temps de travail (42). Ce phénomène, illustré par la volonté parfois affichée de remplacer la prise des congés annuels par l'octroi d'une indemnité ou par l'élargissement du compte épargne temps, réduit le temps à un bien fongible, susceptible d'être remplacé par l'attribution d'une somme d'argent, comme si le temps n'avait plus à faire avec la personne du salarié (43). Le juge communautaire résiste en affirmant avec constance que tant le repos (44) que les congés (45), accessoires indispensables à la protection de la santé des travailleurs, doivent être pris « effectivement ». Tout est dit dans le préambule de la directive 2003/88/CE, en vertu duquel *"l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique"*.

De cette primauté de la personne sur le marché affichée – une fois n'est pas coutume ! – par le droit communautaire, la Cour de justice des communautés européennes a tiré une conséquence riche de potentialités : la distinction entre le temps de rémunération et le temps de protection (46). Les acteurs sociaux peuvent jouer sur le temps de rémunération, en instituant des temps d'équivalence, des astreintes, des temps de garde ... mais ne peuvent en aucun cas disposer des temps de protection (repos minima et durées maximales). La Cour de justice prend acte du fait que rémunération et santé ne jouent pas sur le même terrain ; dans un cas, sont en cause des considérations financières, dans l'autre la personne du salarié et ses droits fondamentaux. Le juge français n'est pas en reste qui, sur un autre terrain, s'autorise à suspendre une réorganisation du temps de travail (augmentation du nombre de week-end travaillés, des nombres de nuits de travail et de leur durée) au motif qu'elle est de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs (47).

Le respect de la vie personnelle – Si le principe de protection de la santé paraît de prime abord englober le respect de la vie personnelle (les repos, le travail de nuit, les congés, les limitations de durée répondent tout autant

(36) M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, p. 155.

(37) V. Champeil-Desplats, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, D. 1995, p. 323.

(38) L. Jossierand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD civ. 1937, p. 24 ; F. Gaudu, L'ordre public en droit du travail, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 368.

(39) V. en dernier lieu, les propositions de la Commission européenne, Comm. CE 3 oct. 2008, IP/08/1450.

(40) CJCE, 9 sept. 2003, *Jaeger*, C151/02 ; Dir. 2003/88/CE, préamb., art. 17.

(41) DC n° 90-117 du 22 juill. 1980, Dr soc. 1980, p. 441, note D. Turpin.

(42) F. Favennec, Réforme du temps de travail, loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JCP S 2008, 1461.

(43) Sur le recul de « l'approche sécuritaire », F. Favennec-Héry, Le droit de la durée du travail, fin d'une époque, Dr. Soc. 2009, p. 252.

(44) CJCE 9 sept. 2003, *Jaeger*, préc.

(45) CJCE, 16 mars 2006, aff. C-131/04, *Robinson Steele*, Dr. Ouv. 2006, p. 365 n. M. Bonnechère, et C-257/04, *Clarke* ; Soc. 24 févr 2009, n° 07-44488, CSBP 2009, n° 211, Dr. Ouv. 2009 p. 229 n. E. Richard.

(46) CJCE, 2^e ch., 1^{er} déc. 2005, aff. C14/04, JCP G 2006, II 10094.

(47) Soc. 5 mars 2008, n° 06-45888, RDT 2008, p.316, obs. L. Lerouge, JSL 2008, n° 839, note J.-P. Lhernoud ; P.-Y. Verkindt, L'acmé de l'obligation de sécurité du chef d'entreprise, SSL 2008, n° 1346 ; F. Héas, Organisation collective du travail et sécurité des salariés, Dr. Ouv. 2008 p. 424.

à un impératif de protection de la santé qu'au nécessaire respect de la vie personnelle des salariés), ils se distinguent néanmoins sur plusieurs points.

En premier lieu, la vie personnelle peut aboutir à des contraintes plus sévères que la protection de la santé et de la sécurité.

Elle oblige tout d'abord à limiter la durée du travail en deçà des seuils requis par la santé et la sécurité. Le droit au respect de la vie personnelle est plus exigeant, en termes de limitation de la durée et d'aménagement du temps de travail, que le principe de protection de la santé. A titre d'exemple, les astreintes, à considérer qu'elles ne portent pas atteinte à la santé des travailleurs (elles ne sont pas prises en compte pour le calcul des repos quotidiens et hebdomadaires (48)) sont potentiellement attentatoires au droit à une vie personnelle, avec comme perspective pour certains employeurs d'avoir leurs salariés à disposition vingt-quatre heures sur vingt-quatre (49).

Le respect de la vie personnelle implique ensuite une prévisibilité du temps de travail (50). Comment développer une vie familiale normale si le temps passé au travail est imprévisible ? D'où l'importance des délais de prévenance en matière d'aménagement du temps de travail (51), l'obligation de prévoir, dans les contrats de travail à temps partiel, les variations temporelles (52) ou le droit pour le salarié de s'opposer au changement d'horaires attentatoire à ses obligations familiales impérieuses (53).

En second lieu les solutions induites, d'un côté par le respect de la vie personnelle, de l'autre par la protection de la santé, sont opposées quant à la faculté d'initiative laissée au salarié. Le premier suppose de laisser celui-ci maître de son temps, de lui laisser le choix de ses congés, d'exiger son accord pour toute modification de la durée du travail, de soumettre les changements d'horaires au respect d'une vie familiale normale, ou encore de lui accorder la possibilité, s'il le souhaite, de racheter les jours de repos dans le cadre du forfait jours. A cet égard, la monétisation des repos trouve une possible justification dans le droit au respect de la vie

personnelle, dès lors que les seuils de protection de la santé et de la sécurité ne sont pas franchis. De temps choisi (54), il n'est par contre pas question lorsque la règle a pour finalité la protection de la santé du travailleur.

L'adaptation du travail à l'homme – La directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail énonce dans son préambule que « l'organisation du travail selon un certain rythme doit tenir compte du principe général de l'adaptation du travail à l'homme » (55). Alors que les individus sont sommés de s'adapter aux mutations du travail, notamment à l'essor des nouvelles technologies et aux nouvelles méthodes de production, il est bon de rappeler que ce n'est pas à l'homme de s'adapter au travail mais au travail de s'adapter à l'homme (56). Aussi, le droit du travail ne peut-il être une simple chambre d'enregistrement des faits, si irréfutables soient-ils, comme il ne peut recevoir comme un donné des théories économiques, aussi élaborées soient-elles, qui jugent la réglementation du travail sur sa seule capacité à optimiser la production et retiennent comme seul critère de jugement l'efficacité (57). On aurait tort de nier l'évidence, à savoir que la règle de droit, quel que soit son objet, est faite par et pour les hommes (58) !

2. Les techniques de garantie

La proclamation des droits fondamentaux est une chose. Leur réalisation effective en est une autre, qui implique la mise en oeuvre de dispositifs, pour la plupart procéduraux. L'enjeu est essentiel, qui condamne l'usage purement rhétorique des droits fondamentaux à l'image de l'article L. 3132-25-4 du Code du travail issu de la dernière proposition de loi *Mallié* sur le travail dominical qui dispose qu'« à la demande du salarié, il peut être tenu compte de l'évolution de sa situation personnelle » (59).

L'implication – La réalisation des droits fondamentaux, dans sa forme minimale, se traduit dans le fait d'associer les salariés à la prise de toute décision qui leur est potentiellement attentatoire, ce que le droit communautaire nomme « implication » (60). C'est ainsi, au motif que le comité d'entreprise ou à défaut les

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

(49) B. Acar, G. Bélier, *Astreintes et temps de travail*, Dr. Soc. 1990 p. 502.

(50) F. Favennec-Héry, *Le temps vraiment choisi*, Dr. Soc. 2000, p. 295, spéc. p. 303 s.

(51) Art. L. 3122-2 C. trav.

(52) Art. L. 3123-14 C. trav. ; Soc. 18 juin 2008, n°06-45379.

(53) Art. L. 3123-24 C. trav. ; Soc. 15 déc. 2006, n° 05-12133.

(54) F. Favennec-Héry, *Le temps vraiment choisi*, préc.

(55) Art. 11, préamb. Dir. 2003/88/CE.

(56) *L'adaptation du travail à l'homme* fait également partie des principes généraux de prévention en matière de santé et sécurité au travail, art. L. 4121-1 C. trav.

(57) Pour une analyse critique, *L'évaluation du droit du travail, problèmes et méthodes*, Rapport, 2008, IIPCE, dir. A. Lyon-Caen et J. Affichard, appel à projet DARES.

(58) P. Lokiec, *L'adaptation du travail à l'homme*, Dr. Soc. 2009, p. 755.

(59) La formulation est moins évasive dans le texte définitivement adopté, qui prévoit qu'un accord collectif « fixe les conditions dans lesquelles l'employeur prend en compte l'évolution de la situation personnelle des salariés privés de repos dominical » (L. 3132-25-4 C. trav.).

(60) Dir. 2001/86/CE du 8 oct. 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

délégués du personnel sont informés et consultés sur l'utilisation et le volume des heures supplémentaires, que le Conseil constitutionnel a validé le dispositif de la loi TEPA au regard du principe de participation prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et du droit à la protection de la santé (61). Force est d'ailleurs de constater que le droit du temps de travail accueille les principaux – néanmoins exceptionnels – cas de droit de veto du comité d'entreprise, en matière d'horaires individualisés (62) et de mise en place du repos compensateur de remplacement en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise (63). Principalement collective, par le biais des représentants du personnel, que ce soit le comité d'entreprise ou le CHSCT, l'implication dans la décision prend parfois pour sujet le salarié individuel. Tel est le cas de l'entretien annuel individuel que l'employeur est tenu d'organiser avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année, avec notamment pour enjeu une discussion sur les répercussions du forfait sur la vie personnelle du salarié ; l'entretien porte en effet sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, la rémunération du salarié ainsi que l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale (64).

La justification – Plus ambitieuse, l'exigence de justification (65) oblige l'auteur d'une décision ou d'une norme à justifier toute restriction apportée par celle-ci aux droits fondamentaux du salarié. Faible, ladite obligation se résume dans une obligation de motivation, à l'instar de l'ancien dispositif de modulation qui imposait d'indiquer les données économiques et sociales justifiant le recours à cette technique d'aménagement du temps de travail (66). Forte, elle oblige l'employeur à justifier du bien fondé de sa décision, sur le modèle du compte épargne temps qui, jusqu'à la loi du 20 août 2008, obligeait celui-ci à justifier de l'affectation audit compte des heures accomplies au-delà de la durée collective du travail au regard des « *caractéristiques des variations de l'activité* » (67). Ces deux séries d'exigences (68) se cumulent le

plus souvent, comme l'illustre le travail de nuit pour lequel la loi pose une double exigence de justification (le recours au travail nocturne doit être « *justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* » (69)) et de motivation (ladite justification doit figurer expressément dans le corps de l'accord collectif (70)).

L'article L. 1121-1 du Code du travail (71), qui soumet toute restriction aux droits de la personne et aux libertés individuelles et collectives à une double exigence de justification et de proportionnalité, pourrait être sollicité en dehors des – rares – cas expressément prévus par le législateur, par exemple pour limiter le recours aux astreintes qui constituent sans nul doute une restriction au droit à une vie familiale normale. Cette disposition pourrait ainsi, par la généralité de son champ d'application, constituer un précieux outil pour contrecarrer l'inquiétant recul de l'exigence de justification, à l'œuvre dans la loi du 20 août 2008 (72).

L'assentiment – Quoi de plus naturel, lorsque des restrictions sont apportées au droit au respect de la vie personnelle ou à tout autre droit fondamental, que d'exiger l'accord du salarié (73) ! Le législateur s'est engagé dans cette voie, qui soumet au consentement du salarié la renonciation de celui-ci à une partie des jours de repos, en contrepartie d'une majoration de son salaire (74) ou la conclusion d'une convention de forfait annuel (75). Les auteurs de la récente loi du 10 août 2009 sur le travail dominical l'ont bien compris qui font appel au « volontariat » et érigent ce qu'ils qualifient dans l'exposé des motifs de « droit au refus » au rang des « nouvelles garanties ».

Ce mode de réalisation des droits fondamentaux présente toutefois de sérieuses limites, outre la suspicion inhérente à toute expression de volonté dans un rapport subordonné, qui obligent à l'envisager avec prudence.

Exiger l'accord des parties dans un contexte de restriction des droits fondamentaux pose problème alors que ces restrictions sont le plus souvent l'œuvre d'une

(61) Déc. n° 2007-555 DC du 16 août 2007.

(62) Art. L. 3122-23 C. trav.

(63) Art. L. 3121-24 C. trav.

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

(65) F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris-X Nanterre, 2000.

(66) P.H. Antonmattei, *Accord de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin*, Dr. Soc. 2004, p. 839.

(67) Art. L. 3152-1C. trav. dans sa version antérieure à la loi du 20 août 2008.

(68) Sur la distinction entre motivation et justification, L. Aynès, *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555

(69) Art. L. 3122-32 C. trav.

(70) Art. L. 3122-33 C. trav.

(71) Art. L. 120-2 anc. C. trav.

(72) V. les exemples précités, abandon de la justification en matière de répartition du temps de travail sur une période supérieure à la semaine ; idem de l'obligation de justifier de l'affectation au compte épargne temps des heures accomplies au-delà de la durée collective du travail au regard des « *caractéristiques des variations de l'activité* ».

(73) Nous n'envisagerons pas ici la question plus classique du contrat comme mode de résistance aux changements, souvent à l'œuvre en matière de temps de travail, notamment dans le cadre du temps partiel. Soc. 7 juill. 1998, Bull. V n° 373 ; D. 1999, somm. 185, obs. I. Desbarats.

(74) L. 3121-46 C. trav. *supra*.

(75) Art. L. 3121-45 C. trav., *préc.*

décision unilatérale. Se pose ici une question déjà connue du travailleur, à savoir les difficultés liées à l'application d'une procédure de décision unilatérale (l'information-consultation du comité d'entreprise par exemple (76)) à un acte contractuel ou conventionnel, et vice versa à la mise en œuvre d'une procédure conventionnelle (un accord individuel ou collectif) en présence d'un acte unilatéral (77). La loi sur le travail dominical obligera à rouvrir le débat puisque, dans le domaine couvert par ladite loi, l'« accord explicite » du salarié est opposable, à défaut d'accord collectif, à une décision unilatérale de l'employeur (78).

La difficulté n'est toutefois pas insurmontable, qui peut être levée en analysant l'obligation d'obtenir l'accord du salarié, non plus comme l'expression d'un accord des volontés mais comme l'expression de la liberté individuelle du salarié. L'ordre juridique se focalise d'ailleurs sur l'accord de ce dernier, non sur celui des parties (79), faisant dudit accord bien davantage un assentiment du salarié qu'une véritable rencontre des volontés au sens contractuel du terme (80). L'analyse n'est pas inconnue du droit français, qui la retient pour conférer au consentement de la personne malade un régime strictement étranger à la grammaire contractuelle (obligation du patient, dans certains cas, de réitérer son consentement pour qu'il acquiert force obligatoire (81), possibilité pour celui-ci de retirer son consentement à tout moment (82), attention portée à la seule volonté de la personne malade... (83)). Le droit de la santé est en effet particulièrement illustratif de la problématique ici envisagée, qui fait du consentement un mode de protection de la personne, non un simple mode d'expression de la volonté des parties. Autrement dit, le

consentement évolue ici sur le terrain des droits fondamentaux, non sur celui plus traditionnel du droit des contrats (84).

Appliqué au rapport de travail, le changement d'analyse est lourd de conséquences pratiques, puisqu'en tant qu'il exprime la liberté individuelle du salarié et non plus un engagement contractuel (intangibles en vertu du principe de force obligatoire du contrat), l'assentiment du salarié doit pouvoir être librement retiré. Si l'on prolonge le raisonnement, l'accord donné par le salarié dans un contexte de restriction de ses droits fondamentaux échappe à l'analyse contractuelle et, à l'instar du consentement à l'acte médical, « peut être retiré à tout moment » (85). La loi du 10 août 2009 avance timidement dans cette voie, en obligeant l'employeur à informer le salarié de sa « faculté de ne plus travailler le dimanche s'il ne le souhaite plus », laquelle ne peut toutefois s'exercer à tout moment mais seulement trois mois après notification à l'employeur du souhait du salarié (86).

Cette faculté permanente de rétractation, non réductible à un simple droit au refus (87), constitue un premier pas vers une nécessaire dissociation entre l'accord des parties lors de la formation d'un contrat, et l'assentiment de l'une d'entre elles, le plus souvent la partie faible, à un acte d'exécution contractuelle susceptible d'attenter à ses droits fondamentaux. Elle contribue à faire du droit du temps de travail un précieux laboratoire pour analyser les évolutions du droit du travail, et plus largement pour concevoir de nouveaux modes de protection de la personne.

Pascal Lokiec

(76) Le comité doit être consulté sur toute question ou mesure visées par l'article L. 2323-2 C. trav., peu importe que la décision en cause soit une décision unilatérale ou prenne la forme d'un accord collectif d'entreprise, Soc. 5 mai 1998, Bull. V n° 219 ; JCP E 1998, 1407, note Aubert-Monpeyssen, Dr. Ouv. 1998, 350, note D. Boulmier.

(77) V. en ce sens le recours à l'accord de méthode pour encadrer la décision – unilatérale – de licencier ; G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, SSL 2004, n° 1152, p. 8.

(78) Art. L. 3132-25-3 C. trav. issu de la loi n°2009-974 du 10 août 2009.

(79) Art. L. 3132-25-4 C. trav. issu de la loi n° 2009-974 du 10 août 2009.

(80) Sur la distinction entre consentement et assentiment, v. R. Nerson, Le respect par le médecin de la volonté du malade, in *Mélanges Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 870.

(81) L. 1111-4 CSP, obligation pour le patient de « réitérer sa décision dans un délai raisonnable » ; l'usage du vocable de décision illustre d'ailleurs la mise à l'écart de l'analyse contractuelle.

(82) Art L. 1111-4 CSP.

(83) Il n'est question que de la volonté du patient, L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1111-10 CSP.

(84) C'est ce même usage du consentement que fait la CEDH lorsqu'elle consacre l'autonomie personnelle, V. K. A. et A. D. c/ Belgique, CEDH 17 févr. 2005, JCP G 2005. I. 159, n° 12, obs. F. Sudre ; D. 2006. Pan. 1206, obs. J.-C. Galloux ; RTD civ. 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; M. Fabre-Magnan, Le sadisme n'est pas un droit de l'Homme, D. 2005, p. 2973 ; du même auteur, Le domaine de l'autonomie personnelle, D. 2008, p. 31.

(85) Art. L. 1111-4 CSP, préc. ; les conventions relatives à certains droits fondamentaux, en particulier le droit à la vie privée, sont généralement révocables à tout moment sous réserve d'indemnisation (Cass. 1^{re} civ. 18 mai 1972, JCP 1972.II.17209, concl. av. gén. Lindon, D. 1973. somm.16).

(86) L. 3132-25-4 C. trav., V. aussi le texte de l'amendement adopté par la commission des affaires économiques, et non repris ensuite : « le consentement du salarié au travail le dimanche donné pour une durée d'un an, renouvelable tacitement, avec possibilité de renoncement ».

(87) La loi n° 2009-974 du 10 août 2009 prévoit d'ailleurs, aux côtés de cette faculté de rétractation, un droit au refus qui permet au salarié privé de repos dominical, à défaut d'accord collectif, de refuser de travailler trois dimanches dans l'année civile (L. 3132-25-4, dernier al.).