

# Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne

par *Michel MINÉ*,

Professeur de droit du travail au CNAM, LISE/CNAM/CNRS

## PLAN

### I. Des droits fondamentaux de la personne, vecteurs de résistance à des aménagements du temps de travail

- A. La décision unilatérale de l'employeur questionnée
- B. La production collective interrogée
- C. La loi mise en cause

### II. Des droits fondamentaux de la personne, sources d'inspiration du droit du temps de travail

- A. Un mouvement amorcé
- B. Un mouvement à intensifier

**Le droit du temps de travail est un droit touffu en quête de repères (1). Les droits fondamentaux de la personne offrent des balises pour élaborer, mettre en œuvre, interpréter, voire parfois paralyser et sûrement réformer ce droit. Il en est ainsi notamment en matière de vie personnelle et familiale. Ces droits fondamentaux de la personne sous-tendent déjà des règles légales et des solutions jurisprudentielles ; avec une intensité variable et plus ou moins explicitées, ces droits comblent des silences de la loi ou renforcent son propos.**

**Le droit du temps de travail applicable résulte de la confrontation entre plusieurs intérêts exprimés dans différentes demandes juridiques :**

- de l'employeur (extension de la « flexibilité », définie comme le transfert sur les salariés des risques de l'entreprise en matière de répartition et modification du temps de travail (2) et de coûts du travail),

- des salariés aspirant à exercer leurs droits fondamentaux notamment pour mener une vie familiale normale (3) (amélioration des conditions de travail et de l'articulation de la vie professionnelle avec la vie personnelle et familiale, augmentation de la rémunération...),

- de la Société (amélioration de la situation de l'emploi par la réduction du temps de travail ou par son augmentation, la durée du travail étant perçue comme un levier de la politique publique de l'emploi pour favoriser le « droit à l'emploi » ; articulation des temps de la Cité).

**Suivant les branches d'activité, les entreprises, voire les qualifications, les compromis sont variables et plus ou moins équilibrés, parfois déséquilibrés au profit d'une demande.**

**Ces confrontations traversent l'histoire du droit du temps de travail. Ainsi, en France, au cours de la période moderne, ce droit à son origine vise la sauvegarde de la santé de travailleurs pour des raisons démographiques ; dans cette perspective sont adoptées les premières législations sur le travail des enfants puis des femmes.**

**Avec la création de l'Organisation Internationale du Travail et, en France, la législation du Front populaire, le droit du temps de travail est davantage marqué par le souci de répondre à des exigences des personnes au travail (réduction de la durée du travail), tout en satisfaisant des demandes des employeurs (imposition de l'horaire collectif). Après le Protocole de**

(1) M. Miné, *Le droit du temps de travail*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, spéc. p. 174.

(2) « Horaires atypiques et contraintes dans le travail », DARES - Premières synthèses, mai 2009, n° 22.2.

(3) Sur les fondements juridiques de ce droit (Conventions de l'OIT, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

et des libertés fondamentales, Charte sociale européenne révisée, droit communautaire, Code civil...), voir notamment « Le droit de mener une vie familiale normale », in T. Grumbach et L. Pina (coord.), *35 heures, Négociier les conditions de travail*, Éd. L'Atelier, 2000.

Grenelle, en mai 1968, c'est sur un terrain plus qualitatif que les demandes des salariés vont commencer partiellement à être intégrées dans la législation (il s'agit d'aménager le temps de travail dans une perspective d'amélioration des conditions de travail et de reconnaître une certaine autonomie à des salariés dans la fixation de leurs horaires (4)).

Depuis 1982, le droit du temps de travail est surtout convoqué pour répondre à des impératifs gestionnaires. En effet, depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982, le droit du temps de travail est devenu le laboratoire de la dérogation *in pejus*. Les lois se succèdent à rythme soutenu pour répondre à des demandes des entreprises en favorisant la « flexibilité » par le biais des « accords dérogatoires ». Dernière étape en date, la loi du 20 août 2008 qui, à travers un objectif de simplification, réduit le contenu obligatoire des accords collectifs nécessaires pour mettre en œuvre les dérogations et donc les garanties pour les salariés.

Au niveau de l'Union européenne, dans le cadre de la nouvelle procédure de révision de la directive n° 2003/88 sur le temps de travail, la communication de la Commission Baroso II, destinée à la première phase de consultation des partenaires sociaux (5), est une illustration emblématique de ces confrontations et des dérives possibles (6). Ainsi, il y est énoncé que :

*« La protection de la santé et de la sécurité des travailleurs doit rester l'objectif premier de toute réglementation relative au temps de travail (...). Il convient toutefois de fixer d'autres objectifs. Les dispositions de l'Union concernant le temps de travail jouent un rôle très important dans l'amélioration de l'équilibre entre travail et vie de famille (...). La réglementation sur le temps de travail peut également avoir un effet notable sur la capacité des entreprises à faire face de manière plus flexible à un environnement extérieur en évolution. Le fait d'appliquer une plus grande flexibilité sur les délais de production et les horaires d'ouverture peut constituer pour les entreprises un avantage de coût concurrentiel (...) » (7).*

En vue de satisfaire ces objectifs, la Commission propose aux partenaires sociaux de négocier sur la définition du temps de travail, la durée maximale du travail, etc. sur la base des propositions qui ont été refusées lors du Comité de conciliation du 27 avril 2009. Ce faisant, la Commission, chargée de veiller au respect des Traités, minore le fait que la directive a pour fondement les dispositions de l'article 153 concernant « l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ». En réponse, la CES n'a pu que rejeter cette proposition de négociation (8). La Commission serait bien inspirée de reformuler sa proposition en respectant les prescriptions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (9) et les engagements internationaux des États membres.

Un droit plus équilibré entre les différentes attentes légitimes est nécessaire et semble parfois en cours de construction. Dans ce rééquilibrage, qui implique de nouveaux arbitrages, le rôle du juge apparaît essentiel, en droit du travail comme dans d'autres branches du droit. Ici se dessine un « rééquilibrage des sources du droit... vers un droit plus jurisprudentiel », les droits fondamentaux étant porteurs d'une nouvelle logique juridique de « défiance envers la loi » (10) et parfois envers les contrats, individuels mais également collectifs, en puisant dans d'autres sources, internes et surtout internationales et européennes (11).

Dans ce mouvement complexe et évolutif, les droits fondamentaux de la personne peuvent remplir plusieurs fonctions. D'une part, ces droits fondamentaux permettent de résister à certains aménagements du temps de travail. D'autre part, ils inspirent un nouveau paradigme au droit du temps de travail. Une rapide relecture du droit positif du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne est ici proposée.

(4) Ces horaires individualisés renouent avec une revendication ouvrière datant de la révolution industrielle : « L'ouvrier prend l'ouvrage à son heure ! ».

(5) Art. 154 (2) TFUE.

(6) E. Dockès, « L'Europe anti-sociale », RDT mars 2009.

(7) Communication du 24 mars 2010, COM (2010) 106 final ; spéc. § 4 « Les objectifs d'un réexamen en profondeur ».

(8) Résolution du Comité exécutif de la CES, adoptée le 2 juin 2010.

(9) Voir notamment l'art. 31.

(10) L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », JCP G n° 30-34, 26 juill. 2010, p. 1523.

(11) M. Miné (dir.), *Le droit social international et européen*, Éd. d'Organisation, 2010.

# I. Des droits fondamentaux de la personne vecteurs de résistance à des aménagements du temps de travail

Le travailleur est avant tout une personne singulière avec des attentes et titulaire de droits fondamentaux, opposables à l'employeur (que sa décision soit unilatérale ou légitimée par un accord collectif). L'employeur ne peut pas employer les compétences, les capacités de travail de la personne du travailleur en ignorant ses attentes légitimes et ses droits fondamentaux. L'employeur peut restreindre l'exercice de droits de la personne, mais il ne peut pas supprimer leur exercice au sein de son entreprise ; ces restrictions devant être justifiées et proportionnées au but légitime poursuivi (12).

Il convient d'examiner certains aménagements du temps de travail, souples pour les gestionnaires d'entreprises mais s'avérant rigides pour les salariés et de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux à une vie personnelle ou au droit de mener une vie familiale normale. Il s'agit alors de redécouvrir des ressources juridiques permettant de résister à ces aménagements du temps de travail. Les aménagements du temps de travail sont donc à revisiter, qu'ils soient mis en œuvre par décision unilatérale de l'employeur ou avec l'assentiment des partenaires sociaux. Au sein d'une jurisprudence riche et évolutive, quelques exemples sont à signaler, au regard de la principale source de droit en cause en n'oubliant pas qu'en matière de temps de travail plusieurs sources sont souvent imbriquées.

## A. La décision unilatérale de l'employeur questionnée

Tout d'abord, c'est le socle de ce droit, la mesure du temps de travail qui doit retenir toute l'attention. L'employeur ne peut pas exclure du temps de travail certains temps qui répondent aux critères légaux ou communautaires et qui empiètent sur la vie du salarié.

Ainsi, le salarié à qui il était imposé de participer à des soirées scientifiques organisées sous forme de cocktails dînatoires peut considérer qu'il était bien en situation de temps de travail, lors de ces soirées, même s'il disposait d'une liberté de mouvement ; sa demande de rappel de salaire aboutit avec succès (13). Cette solution s'avère conforme à la jurisprudence européenne en matière de mesure du temps de travail (14). En revanche, dans

d'autres affaires, le refus de la qualification de temps de travail ne convainc pas (15).

L'aménagement du temps de travail se montre parfois brutal dans sa négation de droits fondamentaux, notamment quand il est constitué par une absence de tout horaire de travail. Cette absence d'horaires entraîne une mise à disposition permanente du salarié envers son employeur, situation que le juge sanctionne, sur la base de différents fondements suivant les situations d'espèce (16). La variation d'une partie des heures de travail, d'un mois sur l'autre, crée également pour la salariée une contrainte générant un préjudice que l'employeur doit réparer (17).

Quand des horaires de travail existent, une modification imposée par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut avoir pour effet de bouleverser le contrat de travail et de ruiner l'exercice de droits fondamentaux.

Il en est ainsi quand une société décide d'affecter une salariée, veuve et seule avec ses deux jeunes enfants, sur un nouveau site éloigné et à des horaires plus tardifs. Le licenciement de la salariée, qui a refusé ce changement au regard de sa situation familiale, est jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse, la modification des conditions de travail portant atteinte à sa vie personnelle et familiale (18).

En matière de modification par passage d'un horaire de jour en horaire de nuit (ou l'inverse), le licenciement du salarié qui refuse de travailler de nuit, alors même que ce travail de nuit est prévu par la convention collective applicable et par son contrat de travail, est dépourvu de cause réelle et sérieuse (19).

L'aménagement du temps de travail, encore le plus utilisé et le moins complexe, est le recours par l'employeur aux heures supplémentaires. Au regard de ses différents paramètres de mise en œuvre (délai de prévenance du salarié, niveau – nombre d'heures à effectuer et fréquence...), cet aménagement peut porter atteinte à des droits fondamentaux. Dans ce cas, le salarié est alors en droit de refuser d'effectuer ces heures supplémentaires, sans que son refus puisse revêtir un caractère fautif (20). Dans certaines branches

(12) Art. L. 1121-1 C. trav.

(13) Soc. 5 mai 2010, n° 08-44.895.

(14) CJCE 1<sup>er</sup> déc. 2006, *A. Dellas et a.*, D. 2006, n° 25, p. 1722.

(15) Ex. : Soc. 7 avril 2010, n° 09-40.020, Dr. Ouv. 2010-505, n. S. Carré (temps d'attente d'un chauffeur).

(16) Soc. 29 sept. 2004, Dr. Ouv. 2005-114, et Soc. 26 janv. 2005, n° 02-46.146, requalifications de contrats à temps partiel en contrats à temps plein.

(17) Soc. 7 mai 2008, n° 06-42.185.

(18) Soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562; Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523, Dr. Ouv. 2009 p. 16, 5<sup>e</sup> esp., n. F. Canut.

(19) Soc. 24 mars 2010, n° 08-43.324.

(20) Ex. : Soc. 16 mai 1991, Dr. soc. 1994-856, note J. Mouly.

professionnelles, le refus du salarié peut s'appuyer sur des dispositions des accords nationaux interprofessionnels qui prévoient que les heures supplémentaires sont uniquement destinées à répondre à des besoins conjoncturels (21) ; une demande de l'entreprise d'effectuer fréquemment des heures supplémentaires contrevient donc à ces prescriptions conventionnelles...

## B. La production collective interrogée

L'employeur doit respecter les droits fondamentaux de la personne. Cette exigence s'applique également aux délégations syndicales qui négocient et concluent des accords collectifs (et par extension aux élus du personnel qui pourraient négocier de manière dérogatoire des accords d'entreprise). Les organisations syndicales ne sont pas habilitées à conclure une disposition qui aurait pour effet de restreindre l'exercice des droits fondamentaux des personnes au travail, pour lesquelles elles négocient (22), et à échanger des droits des personnes, droits non patrimoniaux dont elles ne sont pas propriétaires (23). Les partenaires sociaux doivent notamment veiller à ne pas causer de discrimination indirecte par le biais de dispositions conventionnelles (24).

Quand l'entreprise met en œuvre une modulation de la durée du travail, l'instauration de ce système au regard des variations des durées du travail imposées au salarié selon les périodes de l'année constitue une modification de son contrat de travail (25). Bien que les horaires de travail soient considérés comme relevant du pouvoir de direction de l'employeur et par conséquent des conditions d'exécution du contrat de travail, l'accord exprès du salarié est nécessaire au regard des bouleversements opérés par cette modification sur l'exercice de ses droits fondamentaux. Cette évolution jurisprudentielle (26) mérite l'approbation.

La mise en œuvre d'une modulation implique la conclusion d'un accord collectif, de branche ou d'entreprise, et la consultation des représentants du personnel. En l'absence des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, des dispositions conventionnelles prévoient que l'employeur peut « instituer cette modulation après information des

*salariés concernés* » ; dès lors que l'information avait été communiquée aux « seuls chefs d'équipe », « ce régime était inopposable aux salariés » (27).

Le salarié qui doit se tenir à la disposition de son employeur peut considérer que ce temps sans travail, même à son domicile, n'est pas du temps libre du fait du non respect par l'employeur du délai de prévenance en matière de modification des horaires (28). L'exercice des droits fondamentaux, notamment à une vie personnelle ou pour mener une vie familiale normale, implique de pouvoir s'organiser ; le temps sans travail n'est pas *ipso facto* du temps libre pour exercer ces droits.

Cette jurisprudence trouvera à s'appliquer dans le cadre du nouveau dispositif légal de « répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année » (29).

De manière générale, l'employeur doit appliquer de manière loyale les dispositions conventionnelles, en particulier les prescriptions d'un accord d'entreprise qu'il a conclu. Ainsi, une salariée doit obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'impossibilité d'émettre ses préférences concernant la répartition de ses heures de travail alors que l'accord d'entreprise prévoyait qu'il avait pour objectif de « permettre de faciliter les conditions de vie des salariés travaillant à temps partiel et de donner à chacun, à chaque fois que cela est possible, la maîtrise de son temps de travail » (30).

## C. La loi mise en cause

La question devient plus délicate quand c'est la loi elle-même qui est en cause, quand des dispositions légales sont susceptibles de porter atteinte à ces droits fondamentaux de la personne et que l'employeur applique la loi. La loi, source particulière du droit, ne peut plus ignorer le droit, qui existe à travers ses différentes autres sources, et l'État n'est plus au-dessus du droit. L'expérience judiciaire du CNE constitue une illustration emblématique de ces données essentielles : une ordonnance, régulièrement adoptée, a été jugée contraire à un engagement international de la France et donc inapplicable (31) et l'employeur qui avait appliqué ce texte et qui de ce fait a subi une condamnation civile, à la demande du salarié, peut en demander réparation à l'État (32).

(21) ANI du 23 mars 1989 et du 31 oct. 1995, signés par les organisations patronales « représentatives, mais non étendus.

(22) F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. soc. 2010-379, spéc. p. 382.

(23) CJUE 12 oct. 2010, aff. C-45/09, §§ 41-53.

(24) Soc. 9 janv. 2007, Sté Sporfabric, RDT avril 2007, p. 245.

(25) Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161 ; RDT 2010-725, n. F. Canut ; Soc. 23 sept. 2009, n° 07.44-712.

(26) H. Gosselin, « Le temps de travail, Jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation », Dr. soc. 2010-374.

(27) Soc. 9 mai 2009, RDT 2009, p. 521, note M. Véricel.

(28) Soc. 14 févr. 2001, Moulinex, Dr. soc. 2001-573.

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

(30) Soc. 7 mai 2008, n° 06.43-989, Dr. Ouv. 2008-572, n. N. Bizot.

(31) Soc. 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 07-44.124, Dr. Ouv. 2008-512, n. A. Chirez.

(32) TA Montpellier, 29 mars 2010, n° 0902407.

En matière de confrontation des règles légales du temps de travail avec les droits fondamentaux de la personne, une telle configuration est à envisager sérieusement. Ainsi, la loi permet à l'employeur de conclure avec des salariés des forfaits en jours (33). Mais le Conseil de l'Europe considère que ce système de mesure du temps de travail constitue une violation de la Charte sociale européenne révisée, notamment du fait de la durée du travail hebdomadaire excessive autorisée (34).

Ignorant ces décisions, la France n'a pas réformé sa législation pour se mettre en conformité ; bien plus, la législation a été modifiée dans le sens d'une aggravation de la situation au regard de l'atteinte à l'exercice de droits fondamentaux. Après les lois du 2 août 2005 et du 20 août 2010, des salariés « *cadres et non cadres* » peuvent subir le régime des forfaits en jours et, dans le cadre légal, travailler jusqu'à treize heures par jour, et ce jusqu'à 235 jours par an (avec un accord individuel) voire environ 272 jours (jusqu'à 282 jours au maximum, avec un accord collectif). Dans ces hypothèses, le temps disponible pour mener une vie personnelle ou une vie familiale normale s'avère des plus limité, avec des répercussions négatives possibles sur la santé et en matière d'égalité professionnelle (35) ; l'articulation vie professionnelle-vie personnelle et familiale devient vaine alors que cette « *articulation est un corollaire de l'égalité de traitement entre hommes et femmes* » (36). Après la réduction des exigences légales concernant l'accord collectif de mise en place du régime dérogatoire du forfait en jours, le défaut d'entretien annuel entre l'employeur et le salarié en la matière devrait, au regard des conséquences de ce régime, amener le juge à écarter l'application de l'accord collectif instaurant cette dérogation (37).

A la suite de deux nouvelles réclamations collectives (n° 55 et 56/2009), le Comité européen des droits sociaux, du Conseil de l'Europe, a adopté deux décisions de condamnation de la France, le 23 juin 2010, conformes aux décisions précitées de 2004, rendues publiques le 14 janvier 2011.

(33) P.-Y. Verkindt, « Les conventions de forfait », Dr. soc. 2010-387.

(34) Décisions du Comité Européen des Droits Sociaux d'oct. et déc. 2004, Résolutions du Conseil des ministres du 5 mai 2005, Sem. Soc. Lamy 2005-1228.

(35) M. Miné, « Brefs propos sur la promotion et l'ignorance de l'égalité entre les femmes et les hommes par le droit du travail », Revue du MAGE, n° 15, 2010.

(36) CJCE 17 juin 1998, Hill, aff. C-243/95.

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

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

(39) L'Etat est tenu de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en

En matière de temps d'astreinte pendant les temps de repos (38), la situation est voisine. Dans les mêmes décisions, la législation française a été considérée contraire au droit européen non communautaire.

Ces décisions européennes peuvent bien entendu être mobilisées dans le cadre de contentieux du contrat de travail, devant le Conseil de prud'hommes, ou de contentieux d'accords collectifs, devant le Tribunal de grande instance ; le juge étant appelé à interpréter la Charte sociale européenne révisée au regard des décisions du Conseil de l'Europe et plus particulièrement du Comité européen des droits sociaux.

Des employeurs qui ont appliqué la loi, en matière de forfaits en jours ou d'astreintes, pourraient alors se voir condamnés à indemniser des salariés qui ont subi des préjudices de ce fait (39).

Autre illustration. La loi du 10 août 2009 élargit les possibilités de dérogation à l'interdiction d'ouverture et d'emploi de salariés le dimanche (39 bis). L'employeur titulaire d'une dérogation, de droit ou sur demande, peut ouvrir son magasin le dimanche, en toute légalité. Quand est-il de la situation des salariés ? Dans certains cas, la loi est silencieuse sur la question du volontariat des salariés appelés à travailler le dimanche (40). Ces salariés ne sont pas automatiquement astreints à travailler le dimanche du fait de l'autorisation dont bénéficie l'employeur ; cette autorisation joue dans la relation de l'entreprise à l'égard de l'État mais pas dans la relation de l'employeur à l'égard de chaque salarié. Ainsi, des salariés pourraient légitimement refuser de travailler le dimanche sur le fondement de leur droit de mener une vie familiale normale (41). Il a déjà été jugé que le salarié est en droit de refuser l'augmentation du nombre de dimanche matins travaillés, même en présence d'une clause contractuelle de variation (42).

Pour que le respect de ces droits fondamentaux soit effectif, au bénéfice des personnes concernées, la violation de ces droits doit être sanctionnée par la sanction la plus élevée (43). Ainsi, quand un salarié refuse un aménagement du temps de travail qui porte atteinte à ses droits fondamentaux, la décision de sanction de l'employeur devrait être frappée par la nullité

méconnaissance des engagements internationaux de la France (CE 8 févr. 2007, n° 279522).

(39 bis) M. Poirier "Le repos dominical après la loi du 10 août 2009", Dr. Ouv. 2010-22.

(40) Voir notamment : L. 3132-25 C. trav.

(41) Une affaire est pendante devant le CPH Créteil, suite au refus de travailler le dimanche sur cette base (la conciliation a échoué le 25 janv. 2010).

(42) Soc. 17 nov. 2004, Dr. soc. 2005-227, note C. Radé.

(43) J.-M. Verdier, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'Homme et rôle du juge », D. 1988, chron. P. 69. M. Grévy,

(44), permettant une réparation intégrale. Une réparation seulement indemnitaire, notamment pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, n'est pas à la hauteur de

l'enjeu du respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail.

## II. Des droits fondamentaux de la personne sources d'inspiration du droit du temps de travail

Le droit du temps de travail, qui n'est pas qu'un instrument de gestion de la « *force de travail* », doit permettre à la personne d'exercer ses droits fondamentaux au sein de l'espace-temps du travail et en dehors (classiquement il s'agit notamment de limiter le temps de la sujétion à l'entreprise). Le mouvement amorcé est à intensifier.

### A. Un mouvement amorcé

La loi, qui devrait être la source naturelle d'équilibre entre les différentes attentes légitimes, articule timidement ces droits fondamentaux avec certains aménagements du temps de travail obtenus par des employeurs.

En matière de travail de nuit, la loi prévoit que « *lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, le salarié peut refuser d'accepter un changement de ses horaires de travail sans que ce refus constitue une faute ou un motif de licenciement* » (45). Cependant, malgré cette disposition, des salariés qui refusent de travailler de nuit pour des raisons familiales sont licenciés; il en est ainsi notamment pour un salarié « *père de deux enfants, qui étaient à l'époque âgés de 11 et 4 ans, et dont l'épouse travaillait loin du domicile* » (46). Cette disposition légale, qui ne vise que des situations particulières, apparaît en-deça des potentialités du droit de mener une vie familiale normale, qui mériterait dès lors d'être mobilisé.

La situation est comparable en ce qui concerne le régime légal du travail à temps partiel. Soit le contrat n'a

pas prévu la modification de la répartition de la durée du travail, le refus du salarié ne constitue pas un motif de licenciement, soit le contrat a prévu des cas et modalités de modification, le refus du salarié ne constitue pas un motif de licenciement si ce changement n'est pas compatible avec des « *obligations familiales impérieuses* ». Ce « *droit de refus* », à géométrie variable, pourrait utilement être intensifié, là encore, par le recours au droit de mener une vie familiale normale.

La loi prévoit des dispositions sur des congés liés à des situations et des événements familiaux. Les congés annuels payés, dont « *la fonction est le repos, la prise de distance et la détente* » (47), peuvent permettre d'exercer le droit à une vie personnelle et/ou à une vie familiale normale. Dans cette perspective, le juge européen vient intensifier ce droit pour le salarié malade (48). Le principe posé affirme que le salarié est titulaire d'un droit à congés payés, qu'il ait fourni une prestation de travail ou qu'il en ait été empêché du fait de son état de santé (49). Les règles d'application prévoient notamment que le salarié qui a acquis des jours de congés et qui n'a pas été en mesure d'en bénéficier, du fait de son arrêt de travail, ou qui a été en arrêt maladie au cours de son congé, doit bénéficier des jours acquis et non pris à son retour dans l'entreprise (50).

### B. Un mouvement à intensifier

Les droits fondamentaux de la personne, précieux repères pour imaginer la nécessaire rénovation du droit du temps de travail en offrant des lignes directrices et des modes de raisonnement (50 bis), sont à articuler avec plusieurs fondements juridiques.

« Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Dr. Ouv. 2006-114.

(44) C'est la mesure « *qu'exige toute méconnaissance d'un droit fondamental* », J.-M. Verdier, « Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes : vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs », Dr. soc. 1991-709.

(45) Art. L. 3122-37 C. trav. ; L. 3122-44 pour un retour sur un poste de jour.

(46) CA Versailles 24 fév. 2006, Dr. Ouv. 2006-598.

(47) Concl. Av. gral, 24 janv. 2008 § 58, sous CJCE 20 janv. 2009, *infra*.

(48) CJCE gr. ch. 20 janv. 2009, aff. C-350 et C-520/06, Concl. av. gén., 24 janv. 2008 §§ 77 et 79 ; cf. *Le droit social international et européen*, préc., spéc. chap. 4.

(49) A la suggestion de modifier une disposition du Code du travail pour assurer sa mise en conformité avec le droit communautaire, il a été répondu : « *La directrice des Affaires civiles et du sceau a fait savoir que le ministère du Travail est conscient de cette incompatibilité qui sera réglée à l'occasion d'une prochaine modification législative du code du travail* » (Cour de cassation, Rapport annuel 2009, du 15 avril 2010).

(50) Soc. 24 fév. 2009, CPAM de Creil, n° 07-44.448, Dr. Ouv. 2009-229, n. E. Richard ; CJCE 10 sept. 2009, aff. C-277/08.

(50 bis) P. Lokiec « Les transformations du droit du temps de travail », Dr. Ouv. 2009-418 et 484, spec. p. 487.

De manière générale, l'employeur doit « *adapter le travail à l'individu* » (51). L'entreprise doit donc penser le travail et son organisation en fonction de la personne humaine. Il devrait en être ainsi notamment en matière de temps de travail (durée et répartition). Cette adaptation du travail à la personne concerne en particulier la charge de travail qui a des incidences sur l'exercice de droits fondamentaux (52).

Au regard de l'exigence de loyauté (53) et de l'impossibilité de supprimer l'exercice des droits fondamentaux (54), l'employeur doit essayer de répondre aux attentes légitimes du salarié (un aménagement d'horaires pour exercer son droit à une vie

familiale normale, etc.), il est débiteur d'une obligation pour lui permettre la mise en œuvre effective de ses droits fondamentaux. En cas de réponse négative, l'employeur doit s'appuyer sur des éléments objectifs et pertinents, son refus doit être justifié et également proportionné (l'employeur doit tenir compte des droits fondamentaux en présence).

Au-delà de dispositions légales particulières (55), l'heure est à une reconnaissance d'un droit subjectif du salarié au choix concernant son temps de travail, à une flexibilité inspirée par l'exercice des droits fondamentaux de la personne du salarié (56).

**Michel Miné**

(51) Dir. n° 89/391 du 12 juin 1989 et Dir. n° 2003/88 (considérant 11 et art. 13); art. L. 4121-2-4° C. trav.

(52) C. Dejours (dir.) et J.-C. Valette (coord.), « Entre vie personnelle et travail : la place du sujet », Étude IRES-CNAM, 2007. Voir ANI du 23 mars 1975.

(53) Art. L. 1222-1 C. trav.

(54) Art. L. 1122-1 C. trav.

(55) Horaires individualisés, art. L. 3122-23 et s. C. trav. (notamment L. 3122-26 al. 2 concernant les aménagements d'horaires au bénéfice des proches d'une personne travailleur handicapé) ; Temps partiel à la demande du salarié, art. L. 3123-5 C. trav. ; etc.

(56) Sur le choix du lieu de travail à la demande d'une salariée pour raisons familiales : Soc. 24 janv. 2007, n° 05-40639, Dr. Ouv. 2007-282. (rendu au visa de l'art. 8 de la CESDH et de l'ancien art. L. 120-4 C. trav.).