

La légalité des heures d'équivalence en question

(A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003)

par *Anja JOHANSSON*, Doctorante, Chargée de cours à l'université Robert Schuman
et *Francis MEYER*, Maître de conférence à l'université Robert Schuman,
Institut du travail

PLAN

I. La légalité des heures d'équivalence au regard du droit interne français

- A. L'évolution du cadre juridique des équivalences
- B. Légalité formelle des équivalences mais incohérence par rapport à la définition actuelle du temps de travail effectif

II. La légalité des heures d'équivalence au regard du droit communautaire

- A. Les heures d'équivalence aboutissent à prolonger la durée du travail
- B. Les critères du temps de travail au sens du droit communautaire
- C. Le droit au repos : un composant des droits fondamentaux



l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 (1) a été rendu suite à plusieurs recours, dont un recours de la CGT, en annulation du « décret n° 2001-1384 du 31 décembre 2001 pris pour l'application de l'article L. 212-4 du Code du travail et instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées et à but non lucratif » (1 bis).

Son article 2 prévoit que : « Pour le calcul de la durée légale du travail dans les établissements et pour les emplois visés à l'article 1^{er} du présent décret, chacune des périodes de surveillance nocturne en chambre de veille est décomptée comme trois heures de travail effectif pour les neuf premières heures et comme une demi-heure pour chaque heure au-delà de neuf heures ».

Selon son article 3 : « La période de présence en chambre de veille s'étend du coucher au lever des personnes accueillies tels qu'ils sont fixés par les tableaux de service sans que sa durée puisse excéder douze heures » (2). Ainsi, l'application de l'équivalence prévue par ce décret aboutit au calcul suivant de la durée du travail :

- 9 heures de surveillance sont comptées comme 3 heures de travail effectif,
- 10 heures de surveillance sont comptées comme 3 1/2 heures de travail effectif,
- 11 heures de surveillance sont comptées comme 4 heures de travail effectif, et
- 12 heures de surveillance sont comptées comme 4 1/2 heures de travail effectif.

Au-delà de douze heures de présence en chambre de veille, aucune équivalence ne peut être appliquée en vertu de l'article 3 du décret. En effet, l'équivalence s'applique à la surveillance nocturne. Cette limite de l'application de l'équivalence a le mérite de la clarification et de l'objectivité, puisque la période « du coucher au lever des personnes accueillies » peut varier et sa seule application pourrait donner lieu à des abus. Or, les recours en annulation de ce décret, dont celui de la CGT, contestent sa légalité, d'une part au regard du droit interne français (I) et, d'autre part au regard du droit communautaire (II). Nous allons ici relever une partie des arguments permettant de contester la validité du décret.

(1) Reproduit ci-après p. 159.

(1 bis) *Journal officiel* du 3 janvier 2002 p. 149.

(2) C'est nous qui soulignons.

I. La légalité des heures d'équivalence au regard du droit interne français

A. L'évolution du cadre juridique des équivalences

Le cadre juridique des heures d'équivalence est constitué par la définition du temps de travail effectif. C'est cette notion qui, à l'origine, a permis de justifier la création de ces heures. Dès lors, si le sens de la notion de temps de travail effectif évolue, cette évolution devrait avoir une incidence sur la validité des équivalences. C'est pourquoi il convient d'exposer brièvement l'évolution de la notion de temps de travail effectif.

1. Les équivalences dans le cadre du temps de travail effectif défini comme temps productif

Contrairement à ce que l'on avance parfois, les heures d'équivalence ne trouvent pas leur origine dans la loi des quarante heures de 1936 qui n'admet aucune possibilité de dérogation et qui ne mentionne pas la possibilité d'instaurer des régimes d'équivalence.

Ce sont certains décrets d'application de cette loi qui ont néanmoins institué ces régimes. Ainsi, à l'origine les équivalences ne reposent pas sur un fondement légal. Toutefois, en 1942 un acte dit loi du gouvernement de Vichy permet la création d'équivalences par décret et les exclut du temps de travail effectif (3). Si le fondement légal des heures d'équivalence est ainsi discutable, elles sont néanmoins considérées comme justifiées au regard de la notion de *temps de travail effectif*.

En effet, alors qu'aucune loi ne définit cette notion, elle est, depuis le milieu du XIX^e siècle, interprétée comme désignant le temps de travail *productif*. Par conséquent, si le temps de travail effectif n'inclut que le temps de travail productif, la notion d'équivalence peut être justifiée concernant des activités comportant des périodes d'inaction pendant lesquelles aucun travail productif n'est accompli.

Ainsi, par application de la technique d'équivalence, une durée supérieure de *présence* est réputée équivaloir à une durée inférieure de travail *effectif*, par exemple 46 heures sont considérées comme équivalentes à 40 heures ou, après la réduction du temps de travail en 1982, 45 heures sont censées être équivalentes à 39 heures. Parmi ces heures, sont comptées dans la durée du travail et rémunérées uniquement les heures réputées correspondre à un temps de travail effectif, c'est-à-dire les 40 ou 39 heures, alors que sont écartées du décompte du temps de travail et du paiement (sauf disposition plus favorable) les six heures ajoutées par l'équivalence. Le recours aux heures d'équivalence permet donc à l'employeur de prolonger la durée du travail des salariés sans coût supplémentaire.

La notion de travail effectif définie comme temps productif permet donc de justifier l'existence des heures d'équivalence. Or, à la fin des années 1990 une nouvelle définition du temps de travail effectif s'est imposée.

2. Les équivalences dans le cadre du temps de travail effectif défini comme temps à disposition

En l'absence de définition légale du temps de travail effectif, la jurisprudence a élaboré, dans les années 1990, une définition jurisprudentielle qui ne se réfère plus au temps productif mais au temps à *disposition*. En effet, une adaptation s'imposait car, si l'interprétation de la notion de temps de travail effectif en tant que temps productif pouvait se justifier dans une société à prédominance industrielle, une telle interprétation est devenue inappropriée dans notre société actuelle dans laquelle le secteur tertiaire est très important.

Cette nouvelle définition du temps de travail effectif a été consacrée par la loi Aubry 1 du 13 juin 1998 et se trouve à présent dans l'article L. 212-4 du Code du travail : « *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* » (4). Ainsi, c'est le fait pour le salarié de se tenir à la disposition de son employeur (conformément à ses directives, ce qui lui empêche de vaquer librement à des occupations personnelles) qui caractérise le temps de travail effectif aujourd'hui.

Il est intéressant de remarquer que la définition du temps de travail en tant que temps à disposition n'est pas du tout nouvelle. En effet, l'article 2 de la convention du 28 juin 1930 de l'Organisation Internationale du Travail (5) précise qu'« *est considéré comme durée du travail le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur* ». Or, l'application de la nouvelle définition du temps de travail effectif conduit à qualifier l'intégralité du temps couvert par l'équivalence de temps de travail effectif. En effet, aussi bien pendant le temps considéré comme « productif » ou du moins actif, que pendant les périodes « d'inaction », le salarié a l'obligation de rester à la disposition de son employeur. Il se conforme à ses directives et ne peut pas vaquer librement à des occupations personnelles. Les heures d'équivalence ne devraient donc plus exister dans le cadre de la nouvelle définition du temps de travail effectif.

Cependant, les lois Aubry ont maintenu la possibilité de créer des équivalences, malgré la définition du temps de travail effectif en tant que temps à disposition. Dès lors il convient d'examiner la légalité et la justification de ce maintien.

B. Légalité formelle des équivalences mais incohérence par rapport à la définition actuelle du temps de travail effectif

Aujourd'hui, dans le cadre du temps de travail effectif défini comme temps à disposition, les heures d'équivalence instituées par décret, dont celles en cause dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003, ont bien un fondement textuel – le dernier alinéa de l'article L. 212-4 – mais elles n'ont plus aucune justification au regard de la définition du temps de travail effectif.

(3) Cette disposition a été codifiée à l'article L. 212-4 ancien, et supprimée par la loi Aubry 2 du 19 janv. 2000.

(4) C'est nous qui soulignons.

(5) Convention n° 30 sur la durée du travail dans le commerce et les bureaux, non ratifiée par la France.

1. L'existence d'un fondement textuel des équivalences réglementaires

Le législateur français de 1998 et de 2000 (6), tout en consacrant la définition du temps de travail effectif en tant que temps à disposition, maintient la possibilité d'instituer des équivalences. En effet, la loi Aubry 1 laisse subsister l'ancienne rédaction de l'article L. 212-4 permettant la création d'équivalences par décret, et la loi Aubry 2, supprime l'ancienne rédaction, mais prévoit l'institution d'équivalences « *soit par décret, pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'Etat* », donc toujours obligatoirement par décret. Or, contrairement au texte clair de l'ancien article L. 212-4, la jurisprudence avait très tôt admis la création d'équivalences également par voie conventionnelle en s'appuyant sur l'article L. 212-2 alinéa 3.

Il est à ce sujet intéressant de relever que l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 écarte l'application de l'article L. 212-2 pour n'admettre que l'article L. 212-4 en tant que fondement juridique pour l'instauration d'équivalences. En effet, l'article L. 212-4 concerne expressément les équivalences et constitue donc un texte particulier qu'il convient d'appliquer. Par contre, l'article L. 212-2 est un texte plus général. En outre, la création d'équivalences n'entre dans aucune des catégories limitativement énumérées, ouvertes à la dérogation conventionnelle. En estimant que seul l'article L. 212-4 est applicable en matière d'équivalences, le Conseil d'Etat n'admet donc pas les équivalences conventionnelles.

Alors que cette décision fait application du *nouvel* article L. 212-4 il convient de remarquer que sur ce point elle est une confirmation de la position déjà exprimée par le Conseil d'Etat dans le précédent arrêt *D.* du 28 juillet 2000 (7). Ce dernier fait application de l'article L. 212-4 issu de la loi Aubry 1 qui a laissé subsister l'*ancienne* rédaction, expressément citée dans l'arrêt, et conclut dans le même sens en n'admettant pas l'application d'un régime d'équivalence conventionnel. Le fait que le Conseil d'Etat ait ainsi écarté l'application d'équivalences conventionnelles sur la base de l'ancienne rédaction de l'article L. 212-4 devrait donc impliquer qu'il estime que, même avant les lois Aubry, seules les équivalences réglementaires étaient conformes à la législation en vigueur. Cette position du Conseil d'Etat, qui diverge sur ce point de celle de la Cour de cassation, doit être approuvée comme conforme aux textes en vigueur aussi bien avant que depuis l'intervention des lois Aubry. L'équivalence en cause dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 n'est pas instituée par accord collectif, mais bien par décret. Par conséquent, au regard du fondement juridique exigé par le droit français, cette équivalence est valable et doit donc être considérée comme légale.

Cependant, bien qu'ayant une origine réglementaire conforme à la loi, cette équivalence, comme toutes les équivalences, peut être critiquée au niveau du droit interne en raison de l'absence de justification de son existence dans le cadre du temps de travail effectif défini comme temps à disposition.

2. L'impossibilité de justifier les équivalences au regard de la définition actuelle du temps de travail effectif

Depuis que le temps de travail effectif est défini comme un temps à *disposition*, l'application de cette notion aux *équivalences* devrait avoir pour conséquence de qualifier l'intégralité du temps qu'elles recouvrent de *temps de travail effectif*, ce qui aboutirait à supprimer toutes les équivalences. Or, selon le dernier alinéa de l'article L. 212-4 il est possible de prévoir des équivalences : « *Une durée équivalente à la durée légale peut être instituée dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des **périodes d'inaction**... Ces périodes sont rémunérées conformément aux usages ou aux conventions ou accords collectifs* » (8).

A ce sujet, il est capital d'observer que cette possibilité de créer des équivalences est en complète contradiction avec la définition du temps de travail effectif qui ne se réfère plus du tout à la productivité, autrement dit à l'intensité, plus ou moins importante de l'activité du salarié, mais uniquement à son obligation de se tenir à la disposition de l'employeur. Les heures d'équivalence, qui sont censées prendre en compte la moindre productivité du temps de travail, ne se justifient que dans le cadre du temps de travail défini comme temps productif. C'est seulement dans ce cadre, aujourd'hui dépassé, qu'il est adéquat de se référer à des périodes d'inaction. Mais depuis que l'article L. 212-4 définit le temps de travail au regard de la *disposition* du salarié, l'existence ou non de périodes d'inaction ne constitue plus un critère pertinent, et les équivalences n'ont plus lieu d'être, sous peine d'aboutir à des contradictions inextricables.

C'est bien une telle contradiction que reflète l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003. En effet, concernant le décret dont l'annulation est demandée, le Conseil d'Etat relève que « *les heures de surveillance de nuit au cours desquelles les personnels [...] doivent être en mesure de répondre à toute sollicitation des pensionnaires de l'établissement constituent un temps de **travail effectif*** ». L'application de la nouvelle définition du temps de travail effectif conduit à cette conclusion puisque, durant ces heures de surveillance, les salariés restent à la *disposition* de leur employeur, doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles.

Après avoir ainsi constaté que le temps de surveillance devrait être qualifié de temps de travail effectif, il poursuit qu'« *il ressort des pièces du dossier que, dans la mesure où ces personnels ne sont pas constamment sollicités, les heures en cause doivent être regardées comme comportant des **périodes d'inaction**, au sens des dispositions précitées du dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail, **justifiant** par suite l'instauration d'un horaire d'équivalence* ».

Donc, d'abord, le Conseil d'Etat relève que les heures de surveillance constituent du temps de *travail effectif* (il applique la *nouvelle* définition) et ensuite il poursuit que l'équivalence se justifie par les périodes d'inaction (il raisonne suivant la logique de l'*ancienne* définition, conformément au dernier alinéa de l'article L. 212-4) ce qui a pour conséquence

(6) Les lois Aubry 1 et 2 du 13 juin 1998 et du 19 janv. 2000

(7) RJS 11/00 n° 1098 p. 740, JSL n° 66 du 19 oct. 2000 p. 27

(8) Depuis la loi Aubry 2 du 19 janv. 2000 les heures d'équivalence doivent donc faire l'objet d'une rémunération. Cependant,

puisqu'elles sont soustraites à la qualification de temps de travail effectif, elles peuvent être rémunérées en dessous du SMIC. C'est l'une des raisons pour lesquelles les employeurs sont attachés à cette technique.

que les heures de surveillance *ne sont comptées qu'en partie* en tant que temps de travail effectif...

Or, le dernier alinéa de l'article L. 212-4 qui permet la création d'équivalences relève de l'*ancienne* logique dans laquelle la *productivité* est prise en compte. Cette ancienne logique est *incompatible* avec la logique de la *nouvelle* définition du temps de travail effectif qui prend en considération la *disposition* du salarié. Ainsi, les équivalences ne sont *pas* « justifiées » dans le cadre du temps de travail effectif défini comme temps à disposition, car dans ce cadre la plus ou moins grande *intensité de l'activité* du salarié est un critère *inopérant*. Ce qui importe, c'est de savoir si le salarié doit ou non se tenir à la *disposition* de l'employeur. Par conséquent, en ce qui concerne les heures de surveillance de nuit visées par le décret, l'équivalence prévue n'est *pas* « justifiée ». Lorsque le Conseil d'Etat dit que l'équivalence est « justifiée » par l'existence de périodes d'inaction, cela signifie tout simplement que ces heures remplissent le critère exigé par le dernier alinéa de l'article L. 212-4, c'est-à-dire le critère de l'existence de périodes d'inaction qui figure bien dans l'article mais qui est aujourd'hui totalement inadéquat par rapport à la nouvelle définition du temps de travail effectif.

Ainsi, le maintien par le dernier alinéa de l'article L. 212-4 de la possibilité d'instituer des équivalences, contraint le Conseil d'Etat à mener un raisonnement incohérent, qui découle donc de la non-justification des équivalences au regard de la nouvelle définition du temps de travail effectif.

■ II. La légalité des heures d'équivalence ■ au regard du droit communautaire

Le Conseil d'Etat aurait pu dans cette affaire comme dans bien d'autres, considérer qu'il n'y avait aucun doute quant à la compatibilité des dispositions nationales avec le droit communautaire et rejeter l'ensemble des demandes formulées. Il a cependant accordé un certain crédit aux moyens des requérants qui soutenaient notamment que « *les dispositions du décret, instaurant un horaire d'équivalence, assimilent en fait le temps passé en chambre de veille pour assurer une surveillance nocturne permanente des pensionnaires... à un simple temps d'astreinte* » et sont par là contraires d'une part aux directives 89/391 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la santé et de la sécurité au travail et 93/104 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et d'autre part à l'arrêt de la CJCE du 3 octobre 2000 (9).

Il a donc décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE les deux questions préjudicielles, l'une pour savoir si la définition du temps de travail qu'énonce la directive s'applique aux seuls seuils communautaires ou si elle vise aussi les seuils retenus par les droits nationaux, l'autre pour savoir dans quelle mesure un régime d'équivalence consistant à prendre en compte la totalité des heures de présence tout en leur appliquant un mécanisme de pondération tenant à la moindre

De façon plus générale, les équivalences ne trouvent pas non plus de justification au regard de la logique du *travail au temps*, par opposition au travail à la tâche, aux pièces, au rendement. En effet, ce qui caractérise le travail au temps c'est que le salarié met sa force de travail à la *disposition* de son employeur pendant un certain *temps*. Par conséquent, la plus ou moins grande intensité du travail, que les équivalences sont censées prendre en compte, ne constitue pas un critère pertinent dans le cadre du travail au temps. Dans la logique du travail au temps ce n'est pas l'intensité variable du travail qui est pris en considération pour le décompte du temps de travail, mais justement et uniquement le *temps* pendant lequel le salarié a l'obligation de se tenir à la *disposition* de son employeur.

Dès lors que le salarié se conforme à son obligation de se tenir à disposition, c'est à l'*employeur de fournir du travail* à son salarié. S'il ne lui en fournit pas, le temps passé par le salarié à sa disposition doit néanmoins être décompté comme temps de travail effectif et payé comme tel dans son intégralité (rémunération de chaque heure au SMIC au minimum). Ainsi, le travail au temps fait peser le risque de l'entreprise sur l'employeur entrepreneur – ce qui est tout à fait logique – alors que l'admission d'équivalences dans le cadre du travail au temps a pour conséquence de transférer ce risque aux salariés.

Il convient de conclure qu'au regard du droit interne français, l'existence d'heures d'équivalence est en complète contradiction, aussi bien avec la nouvelle définition du temps de travail effectif, qu'avec la logique du travail au temps, dont le temps de travail effectif défini comme temps à disposition est d'ailleurs l'expression.

intensité du travail fourni est compatible avec les objectifs de la directive 93/104.

– La première question concerne la portée de la définition du temps de travail formulée par la directive : a-t-elle pour objet de ne s'appliquer qu'aux limites fixées par la même directive ou éventuellement à des limites plus protectrices posées par les droits nationaux ?

Les périodes d'inaction comprises dans les heures d'équivalence font en effet l'objet « *d'un décompte spécifique en vue de tenir compte de la moindre intensité du travail fourni tout en s'inscrivant dans un cadre juridique plus contraignant que le droit communautaire* » (10). Il en découle que des services de nuit qui durent entre 9 et 12 heures et qui se succèdent dans la semaine dépassent les seuils de 48 heures (L 212-7 : la durée ne peut excéder 48 heures au cours d'une même semaine) (11) ainsi que celui de 44 heures en moyenne sur douze semaines.

Ils sont donc incompatibles avec « *les seuils nationaux retenus* ».

Par contre si l'on ne retient que les limites fixées par la directive qui sont d'une part un seuil de 48 heures calculé en moyenne sur quatre mois, avec des dérogations permettant d'étaler la période de référence sur six, voire douze mois,

(9) Aff. Simap, C-303/98, Dr. Ouv. 2000 p.505 n. M. Bonnechère.

(10) Arrêt du Conseil d'Etat p. 159.

(11) Voir à ce propos Cass. Soc. 5 novembre 2003, RJS 1/04 n° 58.

d'autre part une période de repos de 11 heures entre deux séquences de travail, les séquences de travail demeurent compatibles avec les seuils du droit communautaire. Il s'agit toutefois d'une question un peu périphérique. Le cœur du débat se trouve dans la deuxième question préjudicielle.

– Par la deuxième question, c'est la légalité même de la notion d'équivalence qui est mise en débat puisque s'agit de savoir si une période de travail effectif peut être modulée en fonction de l'intensité du travail attaché à cet emploi. Autrement dit, l'effectivité du travail peut-elle être relative ? Le temps de travail peut-il se comprimer ou se distendre en fonction de l'intensité de la tâche que l'on effectue ?

A. Les heures d'équivalence aboutissent à prolonger la durée du travail

Concernant ce premier point, la question est de savoir si les Etats peuvent, par des dispositifs internes, aménager la définition du temps de travail en y incluant des périodes d'inaction. Cela voudrait dire que l'on peut identifier des périodes de repos à l'intérieur des séquences de travail qui permettent de restaurer la capacité de travail et donc de déborder du cadre légal, alors que ce cadre a été établi pour protéger le salarié contre une fatigue excessive.

Le législateur français, en « important » la notion de temps de travail du droit communautaire, a renoncé à une approche d'inspiration « productiviste ». Dès lors, comme cela a été souligné plus haut, le fait d'autoriser dans le dernier alinéa de l'article L 212-4 l'instauration « d'une durée équivalente à la durée légale... dans des professions et pour des emplois déterminés... » apparaît comme une atteinte frontale à l'acception communautaire. En effet « le mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction » (12) n'est ni plus ni moins qu'une remise en cause de la définition de la directive qui a été « communautarisée ».

La Cour a en effet « clairement délimité la marge de manœuvre des Etats dans l'interprétation de la définition du temps de travail » (13).

Dans l'arrêt *Simap*, la Cour a d'abord affirmé que « le temps qu'effectuent les médecins ...selon le régime de présence physique doit être considéré dans sa totalité comme du temps de travail ». L'élément objectif est ici la présence physique dans (14) l'établissement. Selon la Cour, « exclusion de la notion de temps de travail la période de garde selon le régime de présence physique reviendrait à remettre sérieusement en cause ledit objectif » (15) de la directive qui est d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs.

Dans l'affaire *Jaeger* (16) les choses sont encore beaucoup plus claires et le cas d'espèce plus proche de l'affaire française. La Cour énonce que « les notions de temps de travail et de périodes de repos constituent des notions de droit

communautaire qu'il convient de définir **selon des caractéristiques objectives**, en se référant au système et à la finalité de ladite directive... Seule une **interprétation autonome est de nature à assurer à cette directive sa pleine efficacité ainsi qu'une application uniforme desdites notions dans l'ensemble des Etats membres**. Dès lors, la circonstance que la définition de la notion de temps de travail fait référence aux [législations et/ou pratiques nationales] ne signifie pas que les Etats membres peuvent déterminer unilatéralement la portée de cette notion. **Aussi les Etats ne sauraient-ils subordonner à quelque condition que ce soit le droit des travailleurs à ce que les périodes de travail et, corrélativement, celles de repos, soient dûment prises en compte, un tel droit résultant directement des dispositions de cette directive** » sinon ils contreviennent à l'objet de la directive qui est de faire profiter « tous les travailleurs...de périodes de repos suffisantes » (17).

Ces formulations sont particulièrement nettes et devraient amener une condamnation par la CJCE du système des équivalences. En effet dire « qu'un tel régime n'a pas pour effet d'assimiler à des périodes de repos ou d'astreinte des heures de présence de ces salariés sur le lieu du travail », mais que ces heures « font l'objet d'un décompte particulier » est un sophisme. On transporte le régime de l'astreinte à l'intérieur du temps de travail. Cet artifice ne change rien au fond du problème : le salarié est présent physiquement sur le lieu du travail et en situation de veille, il est donc au travail.

B. Les critères du temps de travail au sens du droit communautaire

L'article 2 de la directive énonce trois critères : être au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité professionnelle. Si ces critères sont réunis, il s'agit d'un temps de travail « plein » et car « dans la logique de la directive, il n'existe pas de catégorie intermédiaire : toute période ne peut être considérée que comme temps de travail ou temps de repos, ces deux notions étant mutuellement exclusives » (18). Des discussions ont eu lieu pour savoir si la Cour exige ou non la présence cumulative des trois critères (19).

On peut toutefois relever que dans l'espèce qui nous occupe, le Conseil d'Etat affirme que le cas « diffère des cas précédemment soumis à la CJCE en ce qu'il consiste à prendre en compte la totalité des heures de présence » (20) mais que ces heures ont fait l'objet d'une "pesée d'intensité".

Or cette faculté ne semble guère admissible dans le cadre de la définition communautaire. « Le fait que, dans l'arrêt *SIMAP* précité, la Cour ne se soit pas prononcée explicitement sur la possibilité pour les médecins accomplissant un service de garde selon le régime de la présence physique dans l'hôpital, de se reposer, voire de dormir, pendant les périodes où il n'est

(12) Arrêt du Conseil d'Etat p. 6.

(13) Communication de la commission au Conseil, au Parlement au Conseil économique et social et au comité des régions concernant le réexamen de la directive 93/104 CE sur certains aspects de l'aménagement du temps de travail, COM 2003 843 final p. 21.

(14) Souligné par nous.

(15) Arrêt *SIMAP* p. 49.

(16) Arrêt du 9 octobre 2003 aff. C 151/02.

(17) Considérant 5 de la directive 2003/88.

(18) COM 2003 843 final p. 21.

(19) Pour l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, point 28 ainsi que pour l'avocat général Saglio point 36 « les trois critères mentionnés à l'article 2 paragraphe 1 de la directive 93/104 sont autonomes » Selon le premier, la Cour à confirmer cette position sous le point 48 de l'arrêt *Simap*. D'autres auteurs sont d'un avis contraire (F. Baron, J. Fairhurst), avec les formulations néanmoins empruntées du doute. Voir note 14 des conclusions de l'avocat Ruiz-Jarabo Colomber dans l'affaire *Norbert Jaeger*.

(20) Arrêt du Conseil d'Etat.

pas fait appel à leurs services **n'est d'aucune pertinence à cet égard**. De telles périodes d'inactivités sont inhérentes au service de garde que les médecins effectuent selon le régime de la présence physique... » (21). L'avocat général montre d'ailleurs par un raisonnement à l'absurde quelles conséquences découleraient de l'introduction d'une telle subjectivité dans l'estimation de la tâche (22). Les arguments en défense du gouvernement français visant à démontrer que dans le cas d'espèce soumis à la CJCE, c'est un mécanisme de forfait qui a été appliqué, alors qu'en France il s'agit d'un temps d'inaction proportionnel au temps de travail réalisé ne sont guère convaincants (23). Le temps d'inaction est forfaitisé, peu important le nombre de sollicitations réelles dont fait l'objet le salarié. Et de toute manière il a en charge la responsabilité de nombreuses personnes même sans intervention effective.

On voit bien ici qu'on est dans une logique « productiviste » qui s'attache non pas à délimiter le temps mis à disposition, mais à établir un comptage minutieux des périodes où le salarié a « rapporté quelque chose » à l'employeur. Et cette acception du temps de travail n'est plus recevable depuis que le droit français a adopté la conception communautaire. Cela met en opposition la jurisprudence de la CJCE (le régime de présence physique... doit être considéré dans sa totalité comme du temps de travail et le cas échéant comme des heures supplémentaires... (24)) et le droit français qui retranche du temps « effectif » des périodes non productives...

Il y a là incontestablement comme le démontre Anja Johansson (25), une opposition entre une logique productiviste héritée du XIX^e siècle et une logique de mise à disposition du temps qui intègre les temps « annexes » qui contribuent à la bonne exécution du travail et qui surtout tiennent compte du fait que ces temps « gris » n'appartiennent pas au salarié.

C. Le droit au repos : un composant des droits fondamentaux

C'est une problématique qui relève des droits fondamentaux que l'on trouve en réalité derrière les questions soulevées : le salarié peut-il s'émanciper de sa situation de travail en accomplissant des (et non pas ses) occupations personnelles qui ne sont que des pis-aller par rapport à l'exercice pleine et entière de sa liberté ? Peut-on imposer au salarié de dormir en des lieux, de pratiquer des loisirs qu'il n'a pas choisis mais qui résultent des sujétions de son contrat de travail ?

Selon l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer « les périodes de travail durant lesquelles l'employé se tient sur le lieu de

travail, à la disposition de l'employeur constituent du temps de travail même s'il n'est pas en train d'exercer ses fonctions, puisque l'employeur a le pouvoir d'attribuer à tout moment des tâches au personnel. On peut en dire autant des moments où l'employé se trouve à son travail et exerce une activité, sans être à la disposition de l'entrepreneur parce qu'il jouit d'une large autonomie pour atteindre un résultat concret et de ceux dans lesquels il est à la disposition de l'entrepreneur et exerce ses fonctions mais en dehors du lieu de travail » (point 30). Pour lui « les notions de l'article 2 sont définies de manière large afin d'englober toutes les situations qui se présentent en pratique ». « La présence des deux critères est donc une condition nécessaire et dans la majorité des cas suffisante, pour pouvoir comptabiliser certaines périodes comme temps de travail au sens de l'article 2 paragraphe 1 » (point 28).

En définitive, on voit bien que la jurisprudence de la CJCE est en train d'incommoder de nombreux gouvernements ce qui peut expliquer l'initiative de la Commission de publier une communication à ce sujet (26). L'étude de la Commission révèle que la Grande-Bretagne s'est affranchie des contraintes de la directive en utilisant la clause « d'opt-out » qui permet au salarié de renoncer par contrat au bénéfice de certaines protections instaurées par la directive. Elle suggère que toutes les souplesses et dérogations autorisées par la directive n'ont pas été utilisées (notamment dans le cas où la durée du travail ne peut être prédéterminée). Elle propose comme piste de travail d'assurer un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, tout en donnant aux entreprises une plus grande flexibilité et en évitant d'imposer des contraintes déraisonnables aux entreprises, notamment aux PME. On perçoit mal comment concilier ces critères pour trouver une « solution équilibrée ».

Il est clair en tous cas qu'en France le régime des équivalences est utilisé de plus en plus largement pour contourner les contraintes résultant de la nouvelle définition du temps de travail (27). Il est notamment « exporté » dans l'administration centrale des ministères (28). Les conventions collectives antérieures à la loi Aubry continuent par ailleurs de prévoir par avenant des équivalences qui ne sont pas issues d'un décret (29). Il serait donc temps que la Cour de justice apporte un coup d'arrêt à ces dérives qui vident de son contenu la notion même de temps de travail.

Anja Johansson, Francis Meyer

(21) Arrêt Jaeger point 59.

(22) « Comment pourrait-on qualifier un employeur qui au lieu de fournir au médecin un lit pour qu'il se repose durant ses phases d'inactivité, ne mettrait qu'une chaise à sa disposition pour qu'il s'assise en attendant d'être appelé pour effectuer une intervention ? Je me demande si le juge qui a soumis cette question estimerait que les heures qu'un médecin passe assis sur une chaise correspondraient davantage à la notion de temps de travail que celles qu'il passe allongé sur un lit » point 38 conclusions.

(23) Mémoire du ministre des Affaires sociales à M. le vice-président du Conseil d'Etat en date du 30 janvier 2003.

(24) Arrêt Simap point 49.

(25) Anja Johansson termine une thèse sur « La mesure du temps de travail ».

(26) « Dans la plupart des Etats les périodes inactives des temps de garde étaient exclues du temps de travail par l'interprétation ci-

dessus exposée de la notion de temps de travail ou parce que la législation prévoyait des périodes intermédiaires pendant lesquelles le salarié n'exécutait pas un travail mais devait être prêt à travailler si nécessaire ». Communication précitée. La Commission souligne dans son rapport le coût induit par cette position jurisprudentielle.

(27) Voir par exemple le décret 2004-123 du 9 février 2004 relatif aux heures d'équivalence dans le tourisme social et familial (une heure comptée pour trois au-delà de dix heures).

(28) Décret n° 2003-897 du 12 septembre 2003 relatif aux heures d'équivalence des chauffeurs de l'administration centrale du ministère des Sports, JO du 19.

(29) Voir par exemple l'avenant n° 37 à la convention collective de la réparation automobile relatif au travail de nuit et au régime d'équivalence du 13 janvier 2004 et notamment l'article 2 concernant le travail de gardiennage à temps plein (équivalence 35/43).

DURÉE DU TRAVAIL – Heures d'équivalence – Compatibilité avec le droit communautaire (Directive 93/104) – Questions préjudicielles – 1° Temps de travail – Définition – Champ d'application – 2° Pondération du décompte du temps de travail en fonction de son intensité – Licéité.

CONSEIL D'ÉTAT (1^{re} sous-section) 3 décembre 2003 - D. et autres

Considérant que les requêtes de M. D., de la Confédération Générale du Travail, de la fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFTD et de la fédération nationale de l'action sociale Force Ouvrière sont dirigées contre le décret n° 2001-1384 du 31 décembre 2001 pris pour l'application de l'article L. 212-4 du Code du travail et instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la légalité du décret attaqué :

En ce qui concerne la légalité externe :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 212-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail : *"Dans les établissements ou professions mentionnées à l'article L. 200-1 (...), la durée légale du travail effectif est fixée à trente-cinq heures par semaine"* ; qu'aux termes des deux premiers alinéas de l'article L. 212-2 du même code : *"Des décrets en Conseil des ministres déterminent les modalités d'application de l'article L. 212-1 pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière. Les décrets fixent notamment l'aménagement et la répartition des horaires de travail, les périodes de repos, les conditions de recours aux astreintes, les dérogations permanentes ou temporaires applicables dans certains cas et pour certains emplois, (...). Ces décrets sont pris et révisés après consultation des organisations d'employeurs et de salariés intéressées et au vu, le cas échéant, des résultats des négociations intervenues entre ces dernières"* ; que, selon le dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la même loi : *"Une durée équivalente à la durée légale peut être instituée dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction soit par décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'Etat. Ces périodes sont rémunérées conformément aux usages ou aux conventions ou accords collectifs"* ;

Considérant que si les modalités d'application de l'article L. 212-1 du Code du travail doivent faire l'objet de décrets en Conseil des ministres pris après consultation des organisations syndicales intéressées, il résulte des dispositions précitées de l'article L. 212-4 du même code que le législateur a entendu fixer des règles de compétence et de procédure particulières pour la création des régimes d'équivalence et écarter ainsi les règles générales prévues par l'article L. 212-2 ; que le décret attaqué a pour fondement légal les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 212-4, lesquelles n'imposent pas la consultation préalable des organisations syndicales intéressées ; que, par suite, le moyen tiré de ce défaut de consultation doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'inexacte application du dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail :

Considérant, en premier lieu, que le décret attaqué s'applique, selon le b) de son article 1^{er}, aux *"emplois à temps plein de personnels éducatifs, d'infirmiers ou d'aides-soignants ou de personnels de même niveau de qualification appelés à les remplacer"* ; qu'il définit ainsi avec suffisamment de précision les emplois auxquels s'applique le régime d'équivalence, sans que les requérants puissent invoquer la

circonstance, extérieure au présent litige, que certains employeurs du secteur confieraient la responsabilité des surveillances nocturnes à des personnels non qualifiés ;

Considérant, en deuxième lieu, que si les heures de surveillance de nuit au cours desquelles les personnels ainsi définis par l'article 1^{er} du décret attaqué doivent être en mesure de répondre à toute sollicitation des pensionnaires de l'établissement constituent un temps de travail effectif, il ressort des pièces du dossier que, dans la mesure où ces personnels ne sont pas constamment sollicités, les heures en cause doivent être regardées comme comportant des périodes d'inaction, au sens des dispositions précitées du dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail, justifiant par suite l'instauration d'un horaire d'équivalence ;

Considérant, enfin, que seuls les services de surveillance nocturne, à l'exclusion des services de jour, comportent des périodes d'inaction ; que, dès lors, en autorisant une application différenciée du régime d'équivalence selon le nombre de services de surveillance nocturne accomplis par les intéressés, le décret fait une exacte application des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail qui, précisément, lie l'application du régime d'équivalence à l'ampleur des périodes d'inaction ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en établissant à l'article 2, entre les heures de présence et les heures décomptées dans le cadre de l'horaire d'équivalence, un rapport de 3 à 1 pour les neuf premières heures, puis de 2 à 1 et en reprenant ainsi les coefficients d'équivalence que les partenaires conventionnels s'étaient entendus pour appliquer avant l'adoption du décret attaqué, l'auteur de celui-ci aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ; (...)

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'institution d'un régime d'équivalence conduirait à méconnaître les objectifs de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 modifiée :

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, le dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail précité permet l'institution de durées équivalentes à la durée légale pour certaines catégories de salariés dont l'emploi comporte des périodes d'inaction ; que le régime d'équivalence ainsi prévu, qui tient compte du caractère intermittent de l'activité concernée, constitue, en vue notamment de l'appréciation des règles relatives aux rémunérations et aux heures supplémentaires, un mode particulier de comptabilisation du travail effectif, défini au premier alinéa du même article L. 212-4 comme *"le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles"* ; qu'ainsi, l'instauration d'un tel régime n'a pas pour effet d'assimiler à des périodes de repos ou d'astreinte celles des heures de présence de ces salariés sur leur lieu de travail qui font l'objet de ce décompte particulier, ni de faire obstacle à ce que ces dernières soient regardées dans leur totalité comme du temps de travail effectif ;

Considérant toutefois que les requérants soutiennent que l'institution par le décret attaqué d'un tel régime d'équivalence serait incompatible avec les objectifs de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, qui définit, au 1^{er} de son article

2, le temps de travail comme "toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales" et qui prescrit aux Etats membres de fixer des règles minimales en matière de protection des travailleurs, notamment un temps de pause après six heures de travail effectif, une durée maximale hebdomadaire de quarante-huit heures en moyenne sur toute période de quatre mois consécutifs et, pour les travailleurs de nuit, une durée maximale de travail quotidien de huit heures en moyenne sur une période déterminée ;

Considérant qu'il ressort de l'interprétation précédemment donnée par la Cour de justice des Communautés européennes de la notion de temps de travail au sens de la directive du 23 novembre 1993 que celle-ci fait obstacle à ce que soient regardées comme du temps de repos les périodes durant lesquelles un salarié présent sur son lieu de travail en vue d'y accomplir un service de garde n'est pas effectivement sollicité, dès lors qu'il demeure, pendant ce temps d'inaction, à la disposition de son employeur ; qu'à cet égard, le régime d'équivalence prévu au dernier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail n'est pas, dans son principe, incompatible avec la directive dans la mesure où, ainsi qu'il a été dit plus haut, un tel régime ne conduit pas à assimiler à du temps de repos les périodes d'inaction comprises dans un service de veille et ne fait pas obstacle à ce que lesdites périodes soient regardées dans leur totalité comme du travail effectif en vue d'apprécier le respect, par les employeurs, de leurs obligations en matière de durées maximales de travail et de temps de pause ;

Considérant que le régime d'équivalence prévu par la législation française prévoit néanmoins que les périodes en cause font l'objet d'un décompte spécifique en vue de tenir compte de la moindre intensité du travail fourni, tout en s'inscrivant dans un cadre juridique plus contraignant que le droit communautaire, s'agissant notamment de la durée maximale hebdomadaire ; que, dans ces conditions, la réponse au moyen dont le Conseil d'Etat est saisi à l'encontre du décret attaqué dépend de la question de savoir : 1° si, compte tenu de l'objet de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, qui est, aux termes du 1 de son article 1^{er}, de fixer des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, la définition du temps de travail que cette directive énonce doit être regardée comme s'appliquant aux seuls seuils communautaires qu'elle fixe ou comme étant d'application générale et visant aussi les seuils retenus par les droits nationaux, notamment en vue d'assurer la transposition de cette directive, alors que ces derniers seuils peuvent, comme dans le cas de la France et dans un souci de protection des salariés, avoir été fixés à un niveau plus protecteur que ceux de la directive (par exemple, une durée

maximale hebdomadaire de quarante-quatre heures sur douze semaines consécutives selon le Code du travail contre quarante-huit heures sur quatre mois consécutifs en vertu de la directive) ; 2° dans quelle mesure un régime d'équivalence strictement proportionnel, qui diffère des cas précédemment soumis à la Cour de justice des Communautés européennes en ce qu'il consiste à prendre en compte la totalité des heures de présence, tout en leur appliquant un mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction, pourrait être regardé comme compatible avec les objectifs de la directive invoquée ;

Considérant que ces questions sont déterminantes pour la solution du litige que doit trancher le Conseil d'Etat ; qu'elles posent une difficulté sérieuse ; qu'il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 234 du traité et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur les requêtes de M. D., de la fédération de la santé et de l'action sociale CGT, de la fédération nationale des services de santé et des services sociaux CFDT et de la fédération nationale de l'action sociale Force Ouvrière ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de l'Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social est admise.

Article 2 : Il est sursis à statuer sur les requêtes susvisées jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur les questions suivantes :

1° compte tenu de l'objet de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, qui est, aux termes du 1 de son article 1^{er}, de fixer des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, la définition du temps de travail qu'elle énonce doit elle être regardée comme s'appliquant aux seuls seuils communautaires qu'elle fixe ou comme étant d'application générale et visant aussi les seuils retenus par les droits nationaux, notamment en vue d'assurer la transposition de ladite directive, alors même que ces derniers peuvent, comme dans le cas de la France et dans un souci de protection des salariés, avoir été fixés à un niveau plus protecteur que ceux de la directive ;

2° dans quelle mesure un régime d'équivalence strictement proportionnel, consistant à prendre en compte la totalité des heures de présence, tout en leur appliquant un mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction, pourrait-il être regardé comme compatible avec les objectifs de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993.

(Mlle Courrèges, rapp. - M. Devys, comm. du gouv. - SCP Monod, Colin, SCP Masse-Dessen, Thouvenin, M^e Brouchet, av.)

Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

Vendredi 14 mai 2004
à 17h30

"La subordination dans le travail salarié"

par Jean-Pierre Chauchard, Professeur à l'Université de Nantes,
Palais de Justice de Paris
Salle des criées (entrée Salle des Pas perdus, entrée libre).

Vendredi 11 juin 2004

"La négociation collective à l'heure des révisions"

Journée de droit social Université de PARIS X Nanterre / AFDT
(inscription obligatoire)