

Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité

par *Stéphanie BARADEL*, Avocate au Barreau de Lyon

PLAN

I. L'encadrement du forfait-jours, de ses dérives, de ses abus par le droit au repos et à la préservation de la santé du travailleur

- A. Le forfait-jours
- B. Le droit au repos
- C. La décision de non-conformité du CEDS
- D. L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011
- E. L'obligation de sécurité

II. Les temps compris dans l'environnement du travail et la nécessaire appréhension de la charge de travail

- A. Du ou des repos ?
 - B. Les sources du droit à une vie personnelle et familiale
 - C. Les horaires d'équivalence
 - D. Les temps de trajet et d'habillage
 - E. L'astreinte
 - F. La nouvelle donne technique
 - G. La notion de charge de travail
- En conclusion, un peu de prospective sur le forfait-jours ?

C'est un fait : les premières lois sociales ont concerné la limitation de la durée maximale de travail (la loi du 22 mars 1841 a limité le travail des enfants (1), celle du 2 mars 1848 a plafonné la durée de la journée de travail), parce que la limitation du temps de travail est un vecteur essentiel du droit à la santé. Sa réduction poursuivait donc, d'abord, des préoccupations hygiénistes, et une volonté de progrès social.

Jusqu'à l'époque moderne, et plus précisément jusqu'aux années 1980, le droit du temps de travail s'est donc construit autour de normes strictes, d'ordre public, avec l'objectif de protection des salariés, par limitation du travail quotidien, par acquisition d'un droit au repos, du dimanche, des congés payés... Puis le droit du temps de travail a suivi un mouvement radicalement inverse (et beaucoup plus rapide) de déconstruction de cette architecture, dans un but de flexibilité et de recherche d'une meilleure rentabilité du salarié, au nom de la compétitivité des entreprises.

Les sources du droit de la durée du travail ont parallèlement été modifiées puisque, du champ du droit étatique par excellence, c'est lui qui a ouvert la voie des accords "dérogatoires", jusqu'à donner la priorité aujourd'hui à des dispositifs "à la carte", négociés au niveau de l'entreprise (2).

Le régime juridique du temps de travail est enfin, plus que d'autres encore, lieu d'affrontement politique. La réduction du temps de travail comme moyen de lutter contre le chômage a laissé la place à l'ambition de "*travailler plus pour gagner plus*". Et la tendance n'est plus à la réduction collective de la durée du travail, mais à un aménagement *individualisé* de la répartition du temps de travail (3). Le virage est sensible puisqu'on affiche désormais sans complexe les règles de l'annualisation, de la forfaitisation, de la monétisation du temps de travail, et le temps de travail est de moins en moins tangible. Le règne du forfait annuel en jours a transféré au salarié non seulement la responsabilité de la performance (3 bis), mais aussi la responsabilité du contrôle de la durée du travail. Quel salarié ne s'est vu objecter à une réclamation d'heures supplémentaires qu'aucun travail n'a été commandé et qu'il lui appartient de faire son travail dans le temps imparti ? S'il n'y parvient pas, c'est *forcément* par manque d'efficacité ou de compétence...

Face à ces mouvements, insécurisants au plan économique comme au plan juridique, la problématique de la santé s'est réimposée comme le rempart face aux impératifs de rentabilité. C'est le droit au repos et à la préservation de la santé qui justifie que chaque dispositif d'aménagement du temps de travail soit éprouvé à l'aune d'une recherche d'un équilibre entre la flexibilité et ses limites au titre de l'obligation de sécurité.

(1) Elle est considérée comme l'acte fondateur du droit du travail.

(2) P. Lokiec « Les transformations du droit du temps de travail » Dr. Ouv. sept.-oct. 2009 p. 431, spec. p. 485, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(3) F.Favennec-Héry, "Les forfaits-jours pour tous ou la fin de la RTT", Dr. Soc. décembre 2005 p. 1126.

(3 bis) V. *infra* les interventions de P. Lokiec et P. Riandey.

I. L'encadrement du forfait-jours, de ses dérives, de ses abus par le droit au repos et à la préservation de la santé du travailleur

Parce qu'elle cristallise toutes les problématiques relatives à l'abandon du cadre horaire, l'intangibilité croissante de la durée du travail, ou la remise en cause des équilibres entre temps de travail et vie personnelle, l'organisation du travail sur la base d'un forfait annuel en jours s'est trouvée le lieu privilégié d'expression du droit au repos et de la préservation de la santé.

A. Le forfait-jours

Né de la créativité des partenaires sociaux, encouragée par le législateur entre 1998 et 2000, il a vu sa pratique entérinée par la seconde loi Aubry (4), qui le concevait comme une modalité de la RTT pour certains cadres. Initialement, il était ouvert aux cadres "ni, ni" (ni cadres dirigeants, ni cadres intégrés), travaillant en dehors de l'horaire collectif, et qui devaient réunir trois critères cumulatifs : une durée de travail non déterminée, un certain niveau de responsabilité et un degré d'autonomie suffisant (5).

Le principe constitue une véritable rupture dans le droit du temps de travail, puisque le forfait-jours abandonne l'étalon horaire, pourtant utilisé comme référence pour la plupart des limitations et des droits ouverts aux salariés, au profit d'une référence en jour. Sont donc écartées la durée légale hebdomadaire (35 heures) et les durées maximales hebdomadaire et quotidienne (6) – ce qui supprime toute problématique d'heures supplémentaires. Il a été validé par le Conseil constitutionnel, qui considère que ce régime particulier ne méconnaît pas le principe d'égalité, eu égard aux spécificités d'emploi de la catégorie professionnelle concernée (7).

Le public visé a été ensuite, en plusieurs temps, substantiellement élargi par rapport à la définition de 2000. A ce jour, aux termes de l'article L. 3121-43 du Code du travail, peuvent conclure une convention de forfait annuel en jours :

« *Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire*

collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ».

Autrement dit, ne subsiste plus désormais que le flou (bien commode) du critère de l'autonomie – pour le moins subjectif, alors même que la loi ne donne à aucun moment les critères objectifs pour définir cette autonomie. Ne subsiste plus aucune référence objective à la non-prédétermination des horaires.

« *Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

L'emploi du qualificatif "réelle" concernant l'autonomie paraît signifier que celle visée pour les cadres est de principe. Le dispositif est donc ouvert, sans référence aucune à un niveau de responsabilité ou de rémunération, à des non-cadres, mais dont les fonctions ne permettraient pas, par nature, de pré-déterminer les horaires de travail. Cet élargissement a concerné d'abord les salariés itinérants, puis tous ceux à qui l'on a bien voulu (fût-ce simplement sur le papier) reconnaître une autonomie dans la gestion de leur temps.

Ce faisant, on est passé d'une modalité dérogatoire, justifiée par des conditions professionnelles spécifiques, à une forme normale d'organisation du travail particulièrement souple (8). Et c'est par cette banalisation que le forfait-jours est le bras armé d'une volonté politique de sortir des 35 heures, où l'on parle de "décloisonnement", "déverrouillage", "détricotage", donc finalement un outil de la déconstruction des règles sur le temps de travail (9).

Les conditions de mise en place du forfait-jours sont définies par l'article L. 3121-39 du Code du travail (10). Un accord collectif est indispensable, mais plutôt d'entreprise que de branche (ce qui fait craindre un contenu moins protecteur), et avec un contenu obligatoire substantiellement allégé, alors même qu'il devait constituer une garantie. L'article L. 3121-40 y ajoute la conclusion d'une convention individuelle, écrite (11).

(4) Loi 2000-37 Aubry II du 19 janvier 2000.

(5) Ancien article L. 212-15-3 Code du travail.

(6) Article L. 3121-48 Code du travail.

(7) DCC 99-423 du 13 janvier 2000.

(8) Songeons qu'aujourd'hui, selon une étude de la DARES de décembre 2010, le forfait-jours concerne 11,5 % des salariés à temps complet, soit plus d'un travailleur sur dix, et un tiers des cadres.

(9) "Les conventions de forfait", P-Y. Verkindt, Dr. Soc. avril 2010 p. 387.

(10) « *La conclusion de conventions individuelles de forfaits, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions.* »

(11) Codification par la loi du 20 août 2008 d'une exigence jurisprudentielle.

Les réformes législatives qui ont suivi la loi *Aubry II* n'ont eu de cesse en effet de réformer le dispositif du forfait-jours pour en faciliter l'utilisation, en réduisant son encadrement légal :

– la loi *Fillon* du 17 janvier 2003 a initié la dérégulation en commençant par abandonner le critère le plus objectif des cadres éligibles, l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail, ce qui réduit de fait l'intensité du contrôle judiciaire sur les conditions de mise en œuvre ;

– puis la loi du 31 mars 2005 a augmenté le nombre de jours travaillés dans l'année, en ouvrant la possibilité de racheter des jours de RTT – possibilité qui était alors subordonnée à la conclusion d'un accord collectif ; ce verrou sautera avec la loi *pouvoir d'achat* du 8 février 2008, qui libéralise le rachat des jours de repos en exigeant seulement que leur paiement soit majoré, la rémunération bénéficiant même des exonérations de la loi TEPA (12) ;

– la loi du 2 août 2005 *en faveur des PME* a étendu le forfait-jours aux non cadres (13), avec de nouveau la validation du conseil constitutionnel, « *sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés, résultant du préambule de la Constitution de 1946* ». Le Conseil des 9 sages trouvait alors, dans le régime légal, des garanties de fond à ses yeux suffisantes : l'exigence d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur travail, l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail, l'existence d'un accord collectif et de l'accord écrit des intéressés, le bénéfice de dispositions protectrices (repos journalier, repos hebdomadaire, plafond de 218 jours annuels) (14) ;

– la loi du 20 août 2008 parachève cette déconstruction (15). Elle repousse le plafond annuel, d'une part en le laissant à la libre appréciation des parties, d'autre part en facilitant le dépassement. Le dépassement du forfait annuel était déjà possible, par renonciation à des jours de repos, mais il était conçu comme exceptionnel puisqu'il obligeait à récupérer un nombre de jours équivalent dans le premier trimestre de

l'année suivante, tout en réduisant d'autant le prochain plafond annuel (16). Le dispositif a gagné en souplesse. Certes, l'article L. 3121-44 prévoit que le nombre de jours travaillés dans l'année, fixé par l'accord constitutif, ne peut excéder 218 jours, mais l'article qui suit immédiatement autorise le salarié, en accord avec son employeur, à renoncer à une partie de ses jours de repos, jusqu'à un nombre de jours maximal qui sera fixé par l'accord et, même si l'accord n'a pas prévu cette possibilité, jusqu'à 235 (17). En d'autres termes, même en l'absence de texte conventionnel sur ce point, les salariés au forfait peuvent librement renoncer à 17 jours de repos sur l'année (18), qui seront payés à 110 %, le cas échéant chaque année, par simple avenant individuel, et sans plus aucune obligation de récupérer l'année suivante. La limite maximale peut même atteindre 282 (19) si elle est prévue par accord collectif, puisque la seule limite au nombre maximal de jours travaillés dans l'année est de respecter le repos hebdomadaire, les congés et les jours fériés chômés dans l'entreprise (20).

La loi du 20 août 2008 réduit par ailleurs l'exigence d'encadrement collectif du forfait-jours. Au prétexte qu'elle délègue cet encadrement aux partenaires sociaux, la loi annule l'obligation pour l'accord collectif de prévoir les modalités de décompte des jours travaillés et des jours de repos, le suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude et de la charge de travail, et dispense d'envisager les conditions de contrôle de son application (21). L'accord doit simplement en prévoir "*les principales caractéristiques*".

Enfin, la loi du 20 août 2008 donne priorité à la négociation d'entreprise, fût-ce à l'encontre de normes négociées au niveau de la branche (22).

Ces assouplissements concernant le forfait-jours se sont doublés d'autres réformes également techniques, partageant le même objectif de simplifier et faciliter globalement l'augmentation du temps de travail : suppression du repos compensateur obligatoire légal, suppression de l'autorisation de l'inspection du travail pour les heures supplémentaires au-delà du contingent,

(12) F. Favennec-Héry, "Réforme du temps de travail", JCP S 9 septembre 2008 p. 11.

(13) F. Meyer « Petite histoire du temps de travail où comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non cadres "autonomes" » Dr. Ouv. 2005 p. 528.

(14) DC du 29 juillet 2005.

(15) M. Grévy « Où en est le temps de travail ? » in Actes du colloque du SAF, Dr. Ouv. 2009 p. 192, rect. p. 255 ; A. Teissier, "Réforme du droit de la durée du travail : un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail", JCP S 25 novembre 2008 p. 10.

(16) Ancien art. L 212-15-3 III Code du travail.

(17) Art. L 3121-45 alinéa 1^{er} Code du travail.

(18) La différence entre 235 et 218.

(19) Ce qui correspond à tous les jours de l'année, à la seule exception des dimanches, de 30 jours de congé annuel et du 1^{er} mai, et donc à travailler tous les samedis de l'année et les autres jours fériés. Ce qui fait craindre, au nom de la rentabilité, une remise en cause indirecte des jours fériés, qui ne resteront obligatoirement chômés que si cela résulte d'un accord collectif (jusqu'à sa révision...), mais si cela résulte d'un usage, il pourra très facilement être dénoncé.

(20) On ne peut que s'interroger sur le sens du maintien d'un plafond légal à 218 jours, qui prétendument demeure.

(21) Autant d'obligations qui étaient imposées par l'ancien article L 212-15-3 Code du travail.

(22) Où la directive temps de travail privilégie le niveau national ou régional, plutôt que l'entreprise, pour la mise en œuvre conventionnelle de certaines dérogations (article 18).

libéralisation de l'utilisation du compte épargne temps (23).

Avec le mérite d'une certaine franchise, la loi du 20 août 2008 affiche en d'autres termes les idées qui inspirent le législateur depuis plusieurs années : banalisation de l'annualisation du temps de travail, généralisation de la forfaitisation du temps de travail, encouragement à la monétarisation du temps.

Heureusement, dans un mouvement inverse à celui suivi par le législateur, les tribunaux se sont attachés, dès l'origine et conformément à leur mission, à contrôler l'usage des forfaits-jours, à un triple niveau : d'abord un contrôle de légalité des accords instituant le forfait-jours, au regard des exigences posées par la loi, puis un contrôle de conformité des conventions de forfait aux accords, enfin un contrôle de l'application des dispositifs conventionnels.

Sur le **contenu des accords instituant le forfait-jours**, les juges du fond, saisis de contentieux collectifs, à l'initiative de syndicats demandant l'annulation d'accords, se sont révélés particulièrement exigeants. La Cour d'appel de Lyon annulait ainsi dès 2002 l'accord *Aventis Pasteur* faute de définition précise des catégories de salariés pour lesquelles la durée de travail ne pouvait être prédéterminée, précisant que cette définition devait résulter d'une impossibilité objective et non d'une décision volontariste des partenaires sociaux (24). Concomitamment, la Cour d'appel de Paris annulait l'accord de la société Hachette Livre en se livrant elle aussi à un contrôle strict de la définition des catégories visées et des éléments objectifs qui interdiraient toute prédétermination des horaires. Elle indiquait même que l'accord ne pouvait viser tous les cadres, sauf certaines catégories énumérées, ce qui aurait pour effet d'en faire un régime exorbitant du droit commun (25). Ces décisions font preuve d'un niveau d'exigence supérieur à celui retenu par la Cour de cassation sur la même question dans son arrêt *Michelin* du 26 mai 2004 (26), la Chambre sociale considérant que l'accord litigieux peut se contenter de reprendre la définition légale, sans la détailler ni lister par avance les catégories concernées.

La Chambre sociale est ensuite venue contrôler le contenu de l'accord et son articulation avec la convention individuelle, en jugeant que, si l'accord collectif ne prévoit pas les modalités de contrôle exigées par la loi, le forfait-

jours ne peut être appliqué : les carences de l'accord collectif ne peuvent être suppléées ni par décision unilatérale (27), ni par accord individuel avec le salarié (28).

La chambre sociale faisait même œuvre créatrice en décidant de transposer le régime de la preuve prévu pour les heures supplémentaires (29) au litige sur le nombre de jours travaillés dans l'année dans le cadre d'un forfait-jours, au motif que l'accord doit (devait) prévoir le décompte des jours ou demi-journées de repos, et qu'une récapitulation annuelle s'impose à l'employeur (30).

La Cour de cassation a, dans un second niveau de contrôle, imposé **la convention individuelle** comme une condition substantielle, en l'absence de laquelle le forfait ne peut exister, le décompte du temps de travail devant alors revenir au droit commun du calcul des heures supplémentaires et des repos compensateurs (31), considérant que l'accord ne peut être déduit de l'attribution de jours RTT sur l'année (32). Outre l'existence de cette convention individuelle, la Cour de cassation s'assure également de son contenu, jugeant par exemple qu'en l'absence de fixation du nombre de jours travaillés sur l'année, elle ne répond pas aux exigences de la loi, et qu'elle est donc irrégulière (33).

Surtout, le juge vérifie, même d'office, si le salarié relève bel et bien d'une possible convention de forfait – autrement dit, si le forfait-jours qui a été conclu est valide. C'est l'apport de l'arrêt *Bluegreen* (34) : un moniteur de golf est soumis à un forfait-jours, mais dispose d'une autonomie toute relative puisque c'est son supérieur qui définit le planning de ses interventions, et qu'il n'a pas plus le choix de ses repos hebdomadaires. Il demande la réévaluation de sa rémunération, qu'il estime sans rapport avec ses sujétions (35). La Cour d'appel de Versailles s'est placée, comme elle y était invitée, sur le terrain de l'utilisation abusive du forfait. C'est l'argumentation censurée par la Cour de cassation qui vérifie au contraire, d'office, avant toute autre analyse, que le forfait-jours était bien valable, compte tenu des conditions d'exécution du travail. En l'espèce, elle considère que tel n'est pas le cas et refuse en conséquence d'appliquer la sanction qui n'est prévue par la loi qu'en cas d'utilisation abusive d'un forfait licite. A défaut, c'est le droit commun qui s'applique.

(23) Articles L. 3152-2 et L. 3153-1 Code du travail. Dispositif créé initialement pour financer du temps, le CET est donc devenu, lui aussi, l'outil d'un complément de rémunération dès lors que toute liberté prévaut désormais, à l'exception des seules 4 semaines du congé annuel principal.

(24) CA Lyon, 2 mai 2002, RJS 2002 n° 821.

(25) CA Paris, 18 décembre 2002, RJS 2003 n° 204.

(26) Cass. Soc. 26 mai 2004, n° 02-18756.

(27) Cass. Soc. 13 décembre 2006, n° 05-14685, *Ey Law*, Dr. Ouv. 2007 p. 538, n. K. Hamoudi.

(28) Cass. Soc. 26 octobre 2010 n° 09-41002.

(29) Article L. 3171-4 Code du travail.

(30) Article D. 3171-10 Code du travail ; Cass. Soc. 23 septembre 2009, n° 08-41377 ; cf. *supra* M. Bonnechère.

(31) Cass. Soc. 16 mai 2007, n° 05-43643.

(32) Cass. Soc. 26 mars 2008, n° 06-45990, *Paindor*.

(33) Cass. Soc. 1^{er} décembre 2009, n° 07-44010.

(34) Cass. Soc. 31 octobre 2007, 06-43876, *Bluegreen*, Dr. Ouv. 2008 p. 146, n. K. Hamoudi.

(35) Au visa de l'ancien article L. 212-15-4, al. 2 Code du travail.

De façon similaire, la Cour de cassation déduit des conditions d'exécution du travail que le critère de l'autonomie, exigé pour la conclusion d'un forfait-jours, ne peut être retenu lorsque le salarié est tenu d'être présent à l'ouverture et à la fermeture du magasin, et qu'il doit demander à son supérieur pour quitter son poste (36).

Le même raisonnement l'a encore récemment conduite à considérer que le régime du forfait était inapplicable à un salarié irrégulièrement surclassé, lorsque ses fonctions réelles ne permettent pas de le faire relever de cette disposition conventionnelle, applicable seulement aux ingénieurs et cadres d'un certain niveau (37).

Quant au **contrôle de l'application des modalités d'application** du forfait-jours, c'est surtout sur la question centrale de la sanction que la jurisprudence a évolué, jusqu'à l'arrêt du 29 juin 2011 (38). Jusque-là, quelle que soit la rigueur de son contrôle, la Cour de cassation considérait que le non-respect des modalités de suivi n'affectait pas la validité de la convention de forfait, mais ouvrait droit, uniquement, à des dommages-intérêts (39). L'arrêt du 29 juin 2011 constitue donc un revirement puisque, désormais, la convention de forfait irrespectueuse de ces règles est "privée d'effet", donc inopposable.

B. Le droit au repos

La jurisprudence de la Cour de cassation a appliqué un strict encadrement du forfait-jours, précisément parce qu'il est fortement dérogoire au droit commun du temps de travail. Car, bien qu'elle soit la reine des mesures de flexibilité, la convention de forfait en jours doit se conformer à des exigences de fond. Elle permet peut-être de s'affranchir du cadre hebdomadaire et des durées maximales de travail, mais tout n'est pas permis pour autant. Des règles continuent à s'appliquer : l'exigence d'un repos quotidien de 11 heures (40), l'exigence d'un repos hebdomadaire de 24 heures (41), la limitation annuelle du nombre de jours travaillés, et, hors Code du travail, le respect des durées maximales

prévues par la directive européenne de 2003 sur l'aménagement du temps de travail, qui, contrairement au droit interne, impose une limite moyenne de 48 heures sur 7 jours (42).

Et c'est précisément sur cette question du temps de repos, et de l'absence de limitation de la durée du travail à un niveau "raisonnable", que le Comité européen des droits sociaux a considéré, dans sa décision du 23 juin 2010 (43), que notre forfait-jours n'était pas conforme à la Charte sociale européenne révisée.

Le droit au repos est inscrit comme un droit fondamental tant dans la Constitution que dans les grands textes, notamment européens :

- Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 11 (44),
 - Traité UE, article 152,
 - Charte sociale européenne, article 2 §1 (45),
 - Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989) (45 bis),
 - Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, intégrée au droit de l'union, du 7 décembre 2000, article 31 (46),
 - droit communautaire dérivé (la protection de la santé et la sécurité du travailleur, comme les conditions de travail, relevant des compétences européennes) : directive CE 1993-104, modifiée et codifiée par la directive CE 2003-88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, articles 6 b), 17 et 19.
- Mais c'est surtout la jurisprudence communautaire qui en a dessiné les contours (47). La CJUE (48) rappelle ainsi que la limite maximale de 48 heures "constitue une règle du droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé", et que les dérogations autorisées par la directive (49) ne sauraient être admises que dans le respect de ces principes généraux.

(36) Cass. Soc. 10 décembre 2008 n° 07-42669.

(37) Cass. Soc. 3 novembre 2011 n° 10-14637. Le salarié, qui ne contestait pas l'application du forfait, mais demandait un rappel de salaire au regard de la classification exigée par l'accord, estimant qu'elle lui était de fait reconnue par la conclusion d'une convention de forfait, est débouté.

(38) V. *infra*.

(39) Cass. Soc. 13 janvier 2010 n° 08-43201; Cass. Soc. 7 décembre 2010 n° 09-40750.

(40) Article L. 3131-1 Code du travail.

(41) Article L. 3132-2 Code du travail.

(42) Règle dont le caractère essentiel est rappelé régulièrement par la jurisprudence, cf. notamment CJUE 14 octobre 2010, point 36 ; et CJUE 25 novembre 2010, point 33.

(43) La décision est disp. sur www.coe.int

(44) « La nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. »

(45) « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Etats s'engagent à fixer une durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs en jeu le permettent. »

(45 bis) Reproduite au Dr. Ouv. 1990 p. 131, n. Y. Saint-Jours.

(46) « Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés ». »

(47) M. Bonnechère « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion » Dr. Ouv. 2008 p. 552, spec. p. 555, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(48) CJCE 5 octobre 2004, C-397/01, Pfeiffer, Dr. Ouv. 2004 p. 575, n. M. Bonnechère, RJS 12/04 n° 1336.

(49) Article 17 : en raison de caractéristiques particulières de l'activité, notamment pour les personnes ayant un pouvoir de décision autonome. Article 22 : clause d' "opt out" permettant, par accord entre l'employeur et le salarié, de ne pas respecter la limite maximale de 48 heures hebdomadaires.

Fondamental pour le droit au repos est l'arrêt *Jaeger*, à l'occasion duquel la CJUE, qui se veut pédagogique, indique : « *Il convient de rappeler que la directive 93/104 a pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs. Compte tenu de cet objectif essentiel, chaque travailleur doit notamment bénéficier de périodes de repos adéquates, qui doivent non seulement être effectives, en permettant aux personnes concernées de récupérer de la fatigue engendrée par leur travail, mais également revêtir un caractère préventif de nature à réduire autant que possible le risque d'altération de la sécurité et de la santé des travailleurs que l'accumulation de périodes de travail sans le repos nécessaire est susceptible de représenter ;*

(...) Aussi de telles périodes de repos doivent-elles succéder immédiatement au temps de travail qu'elles sont censées compenser, afin d'éviter la survenance d'un état de fatigue ou de surmenage du travailleur en raison de l'accumulation de périodes de travail consécutives ; (...)

En vue d'assurer une protection efficace de la sécurité et de la santé du travailleur, une alternance régulière entre une période de travail et une période de repos doit donc, en règle générale, être prévue. En effet, pour pouvoir se reposer effectivement, le travailleur doit bénéficier de la possibilité de se soustraire à son milieu de travail pendant un nombre déterminé d'heures qui doivent non seulement être consécutives mais aussi succéder directement à une période de travail, afin de permettre à l'intéressé de se détendre et d'effacer la fatigue inhérente à l'exercice de ses fonctions » (50).

C. La décision de non-conformité du CEDS

L'équivalent de ce qu'est la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'application de la convention éponyme, le Comité européen des droits sociaux est l'organe de contrôle du Conseil de l'Europe qui veille au respect de la Charte sociale européenne (51). A ceci près que, formellement, il ne s'agit pas d'un organe juridictionnel (52). Il statue en droit sur la conformité des législations, réglementations ou pratiques nationales aux exigences de la Charte, soit dans le cadre de la procédure de rapports nationaux, où il adopte des conclusions, soit dans le cadre de la procédure de

réclamations collectives ouverte aux organisations syndicales ou aux ONG, où il adopte des décisions, d'abord sur la recevabilité, puis sur le bien-fondé.

En juin 2010, cependant, et encore moins en avril 2011 lorsqu'elle est rendue officielle, la décision du CEDS n'a rien d'un scoop puisque la législation française a plusieurs fois été retoquée, sur réclamation collective, au motif de l'absence de limitation des durées maximales de travail dans le forfait-jours : par deux décisions du 12 octobre 2004 et du 7 décembre 2004. Par deux fois néanmoins, le Comité des ministres s'est contenté de "prendre note" de ces décisions (53), se livrant, malgré une analyse juridique sans faille, à un véritable sauvetage politique.

En juin 2010, le CEDS statue donc à nouveau sur des questions identiques, sur requête de la CGT (54) et de la CFE-CGC (55) estimant, en des termes similaires, que les régimes juridiques français du forfait-jours et de l'astreinte continuent de violer la Charte sociale européenne. Deux moyens étaient élevés à l'encontre du forfait-jours, au regard de l'article 2 de la charte qui impose une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, et de son article 4 qui ouvre droit à une rémunération majorée pour les heures supplémentaires (56). Pour sa défense, l'Etat français a vainement fait valoir que la garantie d'un repos, quotidien et hebdomadaire, permet de limiter de fait l'amplitude du travail, et que le calcul portant la durée à 78 heures par semaine serait hypothétique. En outre, la loi du 20 août apporterait une double garantie avec le nouveau plafond de 235 heures et la consultation du comité d'entreprise. Enfin, ce mode de calcul serait conforme à la directive européenne, qui prévoit bien des dérogations.

Faisant fi de ces arguments d'opportunité, le CEDS, à l'unanimité, considère qu'une mesure de flexibilité comme le forfait-jours n'est pas en tant que telle contraire à la Charte sociale, mais qu'elle ne peut lui être conforme qu'à condition :

- d'empêcher que la durée du travail journalier et hebdomadaire ne soit déraisonnable – or, effectuer jusqu'à 6 journées de 13 heures compte tenu des seuls repos obligatoires, soit 78 heures par semaine, est une durée "*manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable*" ;

(50) CJCE 9 septembre 2003, C-151/02, *Jaeger*.

(51) Traité signé à Turin le 18 octobre 1961 (ratifié par la France le 23 décembre 1972), révisé en 1996 par l'adjonction d'un texte distinct (Dr. Ouv. 2004 p. 63), avec création d'une procédure de recours collectif (ratification par la France le 7 mai 1999).

(52) Il est composé de quinze membres, dont beaucoup sont néanmoins issus des juridictions suprêmes.

(53) Respectivement dans ses résolutions du 26 mars 2002 et du 4 mai 2005.

(54) Req. n° 55/2009.

(55) Req. n° 56/2009.

(56) Sur la question de la rémunération majorée, l'Etat français défendait sa législation par le paiement majoré des jours de repos auxquels le salarié au forfait renonce, et par le recours juridictionnel prévu par l'article L. 3121-47. Arguments balayés par le CEDS, qui retient que les exceptions à l'article 4 doivent être limitées, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elles concernent comme ici toute une catégorie professionnelle, le paiement majoré de quelques jours n'étant pas suffisant eu égard au nombre d'heures anormalement élevé qu'ils peuvent effectuer.

- d'être établie par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes – le comité critique ici durement le renvoi aux partenaires sociaux, considérant que les modalités d'adoption des accords et le caractère aléatoire du droit d'opposition ne constituent pas des garanties suffisantes, d'autant moins depuis la loi du 20 août 2008 ;

- de prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail – ce que n'est pas la récapitulation seulement annuelle des jours travaillés.

Même si les restrictions sont importantes, le principe même du forfait-jours n'est pas contraire à la Charte sociale européenne, le CEDS considérant en réalité le texte de loi incomplet (et donc, perfectible).

D. L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011

Arrêt de principe, qui a donné lieu à un communiqué de la Cour de cassation, il est riche des questions juridiques qu'il soulève : encadrement du temps de travail par les droits fondamentaux, applicabilité directe de la Charte sociale européenne, articulation des traités du Conseil de l'Europe et du droit de l'Union, place de la négociation collective (57)... Surtout, la Cour de cassation vérifie concrètement la conformité du système du forfait-jours aux principes du droit à la santé et au repos, dont elle rappelle la valeur constitutionnelle.

Les faits étaient les suivants : un responsable commercial international, cadre autonome, a signé, sous l'empire de l'accord national de la métallurgie, une convention de forfait en jours. Il démissionne au bout de 5 ans et, se prévalant des insuffisances du contrôle du nombre de jours travaillés et du suivi de l'organisation de la charge de travail, soutient qu'il n'a pas perçu toutes les sommes auxquelles il pouvait prétendre. Il réclame donc des heures supplémentaires et l'indemnisation du travail dissimulé. Le salarié est d'abord débouté par la Cour d'appel de Caen (58) qui suit intégralement le raisonnement proposé par l'employeur : puisqu'il est cadre au forfait, il n'y a pas lieu de procéder à un

décompte horaire. Et, en admettant même que l'employeur soit effectivement défaillant dans le contrôle, cette carence ne remettrait pas en cause la convention elle-même.

Le visa retenu par la Cour de cassation est long et compliqué, mais très important tant pour ce qui s'y trouve que pour ce qui y manque (59) : « *Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, § 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1 et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie* ».

La Cour de cassation n'a donc pas tranché la question de l'applicabilité directe de la Charte sociale européenne (ce que d'aucuns ont pu regretter), préférant mobiliser les grands principes généraux. On peut tenter plusieurs explications, plus ou moins convaincantes : crainte d'ouvrir la boîte de Pandore d'un corps nouveau de règles et de principes mobilisables pour tout notre droit du travail, crainte aussi d'une rupture frontale avec le Conseil d'Etat qui a clairement statué contre l'effet direct de plusieurs articles de la Charte sociale européenne (60), difficulté à apprécier le caractère "raisonnable" exigé par la Charte (61), incidence de la réserve introduite au paragraphe I de la Charte sociale européenne, qui considère les objectifs remplis si les principes énoncés par la Charte sont applicables à « *une grande majorité de travailleurs* » (62).

Pourtant, la Chambre sociale a déjà rendu des arrêts au visa de la Charte sociale européenne, notamment sur la question de la représentativité syndicale sous l'empire de la loi du 20 août 2008 (63). En quoi la situation

(57) PBR, p. n° 09-71107, Dr. Ouv. 2011 p. 723, n. E. Richard.

(58) CA Caen 3^e Ch.soc., 09/00418 du 18 septembre 2009.

(59) La Cour de cassation ne cite pas la Charte Sociale Européenne en tant que telle, seulement indirectement par l'intermédiaire de l'article 151 du TUE ; sur cette question v. égal. A. Lyon-Caen et M. Bonnechère, *supra*.

(60) Articles 4, 11, 12, 13 et 17, CE 2 octobre 2009 (301034), CE 19 mars 2010 (317225), CE 23 décembre 2010.

(61) Obstacle déjà surmonté pourtant, dans d'autres hypothèses, par exemple pour l'appréciation du caractère raisonnable de la période d'essai qui, au visa des conventions de l'OIT, a conduit à l'invalidation du CNE : Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008 n° 07-44124, Dr. Ouv. 2008 p. 512, n. A. Chirez ; Cass. Soc. 4 juin 2009 n° 08-41359, qui en a jugé de même pour une

période d'essai conventionnelle d'une durée excessive. Voir "Pratique du contrôle de conventionalité par la Chambre sociale de la Cour de cassation", M.-F. Mazars, RDT septembre 2011 p. 482.

(62) Assortie d'une réserve aussi vague, l'obligation posée par l'article 2 est-elle assez précise et déterminée pour bénéficier d'un effet direct ?

(63) Cass. Soc. 14 avril 2010 (09-60429, Dr. Ouv. 2010 p. 405, n. A. Braun et P. Rennes, n. M.-F. Bied-Charreton) ; Cass. Soc. 10 novembre 2010 (09-72856, Dr. Ouv. 2011 p. 199, n. C. Ménard) ; Cass. Soc. 1^{er} décembre 2010 (10-60117) ; Cass. Soc. 8 décembre 2010 (10-60223) ; Cass. Soc. 23 mars 2011 (10-60185) ; Cass. Soc. 16 février 2011 (10-60189).

serait-elle différente pour l'article 2 ou l'article 4 ? En réalité, c'est un faux débat (64). Le juge peut, et même doit, dans une démarche d'interprétation conforme dans la hiérarchie des normes, contrôler qu'un accord collectif respecte les dispositions d'un traité international. Or, la "Charte" sociale européenne n'est rien d'autre qu'un traité conclu entre des Etats souverains qui, volontairement, souscrivent à des obligations réciproques, qu'ils doivent exécuter de bonne foi.

Mais la Cour de cassation s'est volontairement abstenue de trancher cette question, parce que la référence à la Charte n'était pas nécessaire, et elle a choisi de mobiliser des grands principes constitutionnels et européens comparables. Il est en tout cas indéniable qu'elle en a tenu compte, au moins implicitement, pour fonder son interprétation restrictive du régime de la durée du travail (65), et que la décision du CEDS qui l'a précédée irrigue sa jurisprudence. L'arrêt du 29 juin a comme point commun avec l'interprétation du CEDS le même principe directeur, de valeur supérieure : la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, que le forfait-jours doit respecter. L'arrêt cherche de ce fait un point d'équilibre entre flexibilité et nécessaire limitation. Cette recherche passe par le contrôle des garanties prévues par l'accord, et la réalité de leur application par l'employeur. En l'espèce, le système lui-même n'était pas défectueux, puisque plusieurs mesures étaient prévues dans l'accord de branche, mais l'employeur s'est révélé défaillant dans son exécution.

Pour certains commentateurs, l'arrêt définirait ce faisant de « nouvelles » conditions de validité, ce qui est inexact puisque la directive sur l'aménagement du temps de travail, très antérieure, n'autorisait déjà l'exclusion de certaines catégories, notamment des cadres, que sous réserve du respect des prescriptions minimales (66). L'arrêt doit en revanche être remarqué pour la sanction qu'il applique au manquement de l'employeur, qui s'alourdit considérablement, la convention de forfait se trouvant "*privée d'effet*", donc inopposable (67). Cette neutralisation de la convention de forfait emporte un retour au droit commun, avec un handicap majeur pour l'employeur puisqu'il ne dispose, *a priori*, d'aucun décompte à fournir en face de ceux du salarié, qui pourra bénéficier du partage de la charge probatoire.

E. L'obligation de sécurité

L'obligation de sécurité s'est imposée comme le garde-fou aux dérives observées dans l'organisation du temps de travail en général, et dans la généralisation abusive des forfaits jours en particulier. Plusieurs normes ont élevé la santé et la sécurité du salarié au rang de droit fondamental : internationales (OIT n° 155 du 22 juin 1981), européennes (article 3 CSER), communautaires (Charte des droits fondamentaux) et internes (préambule de 1946). La directive cadre 89/391 du 12 juin 1989 visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail prévoit quant à elle, dès son préambule : « *Considérant que 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* ». Le Code du travail l'impose quant à lui dans la relation individuelle de travail : « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » (68).

Cette obligation de sécurité est passée du domaine des relations individuelles (accident du travail, atteinte à l'intégrité, droit de retrait) à la sphère collective, et elle est considérée comme une obligation de résultat. Un certain scepticisme est possible, compte tenu de ces caractères si essentiels qu'ils justifiaient l'intervention du droit étatique et d'un ordre public de protection : est-ce bien la responsabilité des partenaires sociaux que de garantir la sécurité et la santé ? N'est-ce pas la place incontournable du législateur ? N'est-ce pas aussi une source d'inégalité au regard d'un droit qui, au contraire, s'applique à tous et en toutes circonstances, sans aucune exception ?

La Cour de cassation s'en est saisie, au-delà du contentieux de la faute inexcusable en matière d'AT/MP, notamment dans le remarquable arrêt *Snecma* dans lequel, au visa de l'obligation de sécurité, elle fait défense à l'employeur de mettre en application une organisation du travail qu'elle considère comme de nature à dégrader les conditions de travail des salariés, et à les mettre en danger (69).

Le moyen de la protection de la santé et de la sécurité est mobilisable dans la sphère du temps de travail, soit pour faire interdire une organisation qui s'affranchirait de toute limite quantitative et qui exposerait les salariés à des risques psychosociaux, soit pour faire peser la charge

(64) Cet effet direct horizontal n'est d'ailleurs pas plus certain pour les autres visas retenus par la Cour de cassation, notamment pour le traité UE qui a un caractère programmatique.

(65) Voir sur ce point le rapport de M. Gosselin sous l'arrêt *Blue Green*, SSL 2007 n° 1327, qui proposait la cassation sur un moyen soulevé d'office de non-conformité au droit européen, non retenu, mais qui inspire nettement la solution de l'arrêt.

(66) Voir également CJCE 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, Dr. Ouv. 2004 p. 575, n. M. Bonnechère.

(67) Revirement d'importance par rapport à l'arrêt du 13 janvier 2010, qui se cantonnait aux dommages et intérêts, au sujet duquel la Cour de cassation soulignait dans son rapport qu'elle ne pouvait en décider autrement puisque le législateur avait lui-même prévu la solution indemnitaire (article L. 3121-47). Elle a finalement dépassé cet "obstacle".

(68) Article L. 4121-1 alinéa 1^{er} Code du travail.

(69) Cf. Cass. Soc. 5 mars 2008, 06-45888, Dr. Ouv. 2008 p. 424, n. F. Héas.

de la preuve sur le débiteur de l'obligation, l'employeur. A l'employeur de démontrer que le repos quotidien de 11 heures d'un salarié au forfait est respecté (70). Les juges du fond commencent à sanctionner le non-respect de l'obligation de sécurité en propre, comme à Bordeaux dans un arrêt récent du 29 novembre 2011, retenant la faute de l'employeur qui n'a pas veillé, après un mi-temps thérapeutique, à organiser une nouvelle visite pour vérifier l'aptitude du salarié (71).

La nécessité d'imposer un véritable temps de repos et, partant, de préserver la santé et la sécurité du salarié,

s'est encore accentuée en réaction au management par objectifs, à l'augmentation du temps travaillé sur l'année, et à l'intangibilité des temps. Car les jours de repos payés plutôt que pris ne libèrent plus du temps de repos, et celui-ci ne remplit plus son office.

Cela ne concerne pas seulement le forfait-jours, loin s'en faut, mais tous les temps de travail confrontés aux mêmes difficultés d'appréhension par le droit classique de la durée du travail.

II. Les temps compris dans l'environnement du travail et la nécessaire appréhension de la charge de travail

A. Du ou des repos ?

Lorsqu'on pose en principe que la limitation du temps de travail passe nécessairement par le temps de repos, de quel repos parle-t-on ? Le repos répond d'abord à l'idée première du sommeil, ou au moins de l'inaction, mais aussi à l'idée de liberté et de loisirs. Le droit au repos a donc une dimension double puisqu'il est un droit à récupération (et à la reconstitution des capacités de production) mais également un droit à une vie personnelle et du temps libre pour sa vie familiale (72). Cette double dimension est prise en compte dans la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle a récemment souligné que la privation des temps de repos causait au salarié un préjudice spécifique, constitué par le trouble à sa vie personnelle et le risque pour sa santé et sa sécurité (73).

Juridiquement, le repos poursuit en réalité trois finalités distinctes (74) : limiter le travail pour protéger la santé des travailleurs, assurer à l'homme son développement personnel et organiser l'entreprise (75).

Droit au repos lorsqu'on l'entend comme un arrêt du travail, pour une durée limitée et sans rupture du contrat (lequel est suspendu, puisque le salarié est dispensé de toute prestation de travail (76)), dans un but de protection de la santé ou de respect des temps sociaux

et familiaux. Il est alors impératif et général, et doit être continu, condition nécessaire à son efficacité. Parce que c'est un droit, on peut regretter, comme Ph. Waquet, la formulation du Code du travail qui retient que "tout salarié *bénéficie* d'un repos quotidien" (77) pour lui préférer "tout salarié *a droit* à un repos quotidien". Ce repos-là est d'origine légale.

Il s'agira également de l'"usage de temps de repos", qui doivent être distingués, et qui interviennent comme contrepartie à certaines sujétions (astreintes, modulation, habillage). Leur objectif est moins la préservation de la santé que le paiement indirect d'un salaire. Ces repos-là sont d'origine conventionnelle.

Au-delà du droit au repos *stricto sensu*, dont on a rappelé les sources qui en font un droit fondamental, rattaché à la santé du salarié, la séparation nette avec le (ou les) temps du travail garantit au salarié un droit à une vie personnelle et familiale.

B. Les sources du droit à une vie personnelle et familiale

Le droit à une vie personnelle et familiale est mobilisable en droit positif au travers du préambule de la Constitution de 1946, d'un principe général du droit pour le Conseil d'Etat (78), d'un droit à valeur constitutionnelle

(70) On s'en est approché dans un arrêt Cass. Soc. 7 mai 2008 (06-43058), où la Cour a considéré que la preuve de ce que le salarié avait pris les repos qui lui étaient dus incombe à l'employeur.

(71) CA Bordeaux, Ch.soc. A 29/11/2011 RG 10/06382.

(72) M. Miné « Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne » in actes du colloque *Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail*, Dr. Ouv. janvier 2011, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(73) Cass. Soc. 8 juin 2011, 09-67051, Dr. Ouv. 2011 p. 684, n. F. Meyer.

(74) Ph. Waquet "Le temps de repos", Dr. Soc. 2000 p. 288 ; F. Favennec-Héry, "Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail", RJS 12/99 p. 819.

(75) Qui annualise son fonctionnement en modulant la présence de sa force de travail, par les RTT, les repos compensateurs, les CET, les forfaits.

(76) Il ne peut dès lors être reproché au salarié d'avoir totalement coupé son téléphone durant un arrêt maladie, dès lors que l'intéressé : « *dispensé de son obligation de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenu durant cette période de poursuivre une collaboration avec l'employeur* », Cass. Soc. 15 juin 1999 RJS 9/99 n° 1049. Pas plus qu'un salarié ne peut être considéré comme fautif d'avoir refusé de participer à une réunion sur son temps de repos, Cass. Soc. 27 novembre 2001.

(77) Article L. 3131-1 Code du travail.

(78) CE, Ass., 8 décembre 1978, *Gisti*.

pour le Conseil constitutionnel (79) ou des articles 8 de la convention EDH et 16 de la DUDH. C'est à son visa que la Cour de cassation a, par exemple, jugé abusive la clause de mobilité imposant au salarié le changement de sa résidence familiale (80). Et c'est au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui encadre les restrictions aux droits et libertés individuelles, qu'elle a considéré que « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail » (81).

Le droit à une vie familiale était d'ailleurs l'un des moyens de la réclamation collective présentée par la CFE-CGC devant le CEDS contre les forfaits-jours, qui seraient contraires aux articles 20 et 27 de la Charte sociale européenne garantissant le droit à l'égalité de traitement entre les sexes, ainsi que le droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances – moyen qui a cependant été jugé irrecevable (82). L'on remarquera cependant qu'il ne figure pas dans les visas de l'arrêt du 29 juin 2011 (82 bis).

Pour l'exercice de ce droit, ce n'est plus seulement la durée du repos qui compte, mais ses caractères (continu, temps collectif), et son effectivité est plus liée à la qualité du repos (vraie coupure et vraie liberté) qu'à sa quantité.

Enfin, la dialectique entre temps de travail et de repos se heurte à deux obstacles, d'ordre juridique et factuel. D'une part, la définition de ces notions n'est pas identique en droit interne et en droit communautaire. L'article 2 de la directive communautaire définit ainsi une période de repos comme "toute période qui n'est pas du temps de travail". La directive énonce trois critères pour la reconnaissance du travail effectif (être au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité) et ne laisse ainsi place à aucun temps intermédiaire. D'autre part, la frontière est de moins en moins étanche entre temps du travail et temps personnel, au même titre que la distinction s'est estompée entre les lieux de travail. Le temps du travail est devenu sans limite.

La simple opposition du temps de travail effectif et du temps de repos ne suffit donc plus à rendre compte des

différentes réalités juridiques du temps. Comment considérer tous les temps compris dans l'environnement du travail, mais qui ne sont pas du travail effectif, sauf circonstances particulières : temps de trajet, temps de repas sur place, habillage, courtes pauses, astreintes... ? Ils ont une existence tangible, entre le temps du travail effectif (limité à 10 heures) et celui du repos obligatoire (de 11 heures minimum). Il reste donc 3 heures sur les 24 de la journée pour ces tiers temps, qui posent moins problème pour leur comptabilisation que pour leur rémunération, souvent traitée par dispositions conventionnelles par l'attribution de temps de repos supplémentaires. Il convient donc d'apprécier dans chaque hypothèse s'il s'agit de temps contraint.

C. Les horaires d'équivalence

Les horaires d'équivalence ont été créés initialement par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936, avant d'être étendus par accords aux activités qu'on estimait soumises à des temps d'inaction, qui justifieraient de ne pas rémunérer l'intégralité des heures de présence, mais de leur appliquer un coefficient réducteur (83). L'évolution des techniques et des modes d'organisation devait faire disparaître les temps d'inaction, donc les régimes d'équivalence, qui pourtant connaissent une nouvelle jeunesse (84).

Le régime de l'équivalence, parce qu'il conduit à ne pas payer toutes les heures passées sur le lieu de travail, a donné lieu à un contentieux volumineux, nécessitant que le législateur en clarifie les conditions de mise en œuvre – tout en essayant, mais sans succès, de tarir ce contentieux. Le traitement des gardes de nuit en chambre de veille dans le secteur médico-social permet de rappeler l'évolution de la jurisprudence et du droit positif en cette matière (85). La Cour de cassation a d'abord (mais ce temps est révolu) écarté le système d'équivalence, rendant exigible le paiement de toutes les heures effectuées en chambre de veille, au motif que l'objet de la prestation de garde réalisée, dans les locaux de l'entreprise, répondait aux critères du travail effectif (86). Puis, en raison de la multiplication des contentieux,

(79) DCC du 13 août 1993.

(80) Cass. Soc. 12 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 7, Dr. Ouv. 1999 p. 254, n. P. Moussy.

(81) Cass. Soc. 2 octobre 2001, n° 99-42727, Dr. Ouv. 2002 p. 22.

(82) Avec quelques opinions dissidentes, qui ont pu souligner le lien évident entre un temps de travail manifestement excessif et le désavantage qu'il représente pour les travailleurs ayant des responsabilités familiales, de fait empêchés d'accéder à des postes de cadres.

(82 bis) Sur ce point v. M. Bonnechère, *supra*.

(83) Article L. 3121-9 Code du travail.

(84) M. Morand, "La face cachée du régime d'équivalence", JCP S 11.03.2008 p. 14.

(85) La Cour de cassation a adopté la même solution dans la branche des ambulanciers (Cass. Soc. 26 mars 2008, n° 06-

45469). Le CPH de Fontainebleau a jugé quant à lui, le 21 septembre 2011, que l'accord-cadre du 4/05/2000 relatif au temps de travail des ambulanciers (étendu par arrêté du 30/07/2011) était incompatible avec la directive 2003/88 relative à l'aménagement du temps de travail, telle qu'interprétée par la CJCE sur la question des équivalences.

(86) Cass. Soc. 29 juin 1999, n° 97-41567, Dr. Ouv. 1999 p. 355, n. M. Poirier ; Cass. Soc. 24 avril 2001 n° 00-44148 : « Attendu que... le salarié devait effectuer ses heures de garde de nuit dans l'établissement, qu'il devait en permanence se tenir à la disposition de l'employeur, que ses interventions dépassaient la simple surveillance, recouvraient un aspect éducatif et répondaient aux besoins et à l'activité d'un établissement accueillant jour et nuit des mineurs de trois à treize ans ; qu'en l'état de ces constatations, elle a exactement décidé que ces heures de garde de nuit constituaient un temps de travail effectif qui devait être rémunéré comme tel ».

l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 a cru pouvoir valider rétroactivement ce système d'équivalence, y compris pour les procédures en cours, s'attirant les foudres de la CEDH qui a condamné sans réserve une telle ingérence du législateur (87). Pour l'avenir, le système d'équivalence a été rétabli, mettant fin à cette jurisprudence favorable, par décret du 31 décembre 2001 (88)... retoqué à son tour par la CJUE sur question préjudicielle (89) au nom du droit au repos et de la protection de la santé. Pour la CJUE, les termes de la directive communautaire imposent que les heures de présence pondérées pour le salaire soient intégralement prises en compte pour le respect des prescriptions minimales en matière de repos : « *Toute autre interprétation tiendrait en échec l'effet utile de cette dernière et méconnaîtrait sa finalité, qui vise à garantir une protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales* ». Pour ce motif, le Conseil d'Etat a annulé le décret du 31 décembre 2001 dans son arrêt du 28 avril 2006 (90). Le nouveau décret du 29 janvier 2007, qui est aujourd'hui le droit applicable, distingue donc expressément l'application du rapport d'équivalence pour la rémunération, et sa neutralisation pour le contrôle de la durée du travail, c'est-à-dire la prise en compte heure pour heure de toutes les heures de présence (91).

A cet égard, la Cour de cassation est allée encore plus loin, dans un arrêt rendu le même jour que celui sur les forfaits-jours, en se rapprochant de la dialectique européenne qui n'oppose que travail et repos, sans plus distinguer entre les garanties du droit européen et celles du droit interne, se bornant à énoncer que les permanences nocturnes constituent un travail effectif : « *Attendu, d'abord, que les différentes prescriptions énoncées par les directives précitées en matière de temps minimal de repos constituent des règles de droit social d'une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale*

nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ;

Attendu, ensuite, que la notion de temps de travail doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre ; (...) Qu'en statuant ainsi, alors que les permanences nocturnes constituaient du temps de travail effectif, peu important qu'il englobe des périodes d'inaction prises en compte au titre du système d'équivalence » (92).

D. Les temps de trajet et d'habillage

Le temps de trajet vise un autre "tiers temps" dans la mesure où le salarié n'est pas encore au travail, mais plus libre pour autant. C'est la raison pour laquelle, à l'invitation de plaideurs audacieux, la jurisprudence a un temps considéré que le temps de trajet devait, dans certaines conditions et certaines mesures, être considéré comme du temps de travail. Elle faisait pour cela application d'un critère, celui de la disposition à l'employeur, soit que le salarié ait déjà des tâches à exercer pendant le trajet, soit qu'il utilise le véhicule de l'entreprise.

Le principe était le suivant : le temps de trajet pour se rendre sur le lieu de travail, pendant lequel le salarié n'est pas à disposition de l'employeur, n'est pas du temps de travail effectif, puisqu'il s'agit d'un temps non contraint, le salarié conservant toute latitude quant à l'heure de départ ou la nature du trajet emprunté (93). Il en allait autrement du trajet entre deux lieux de travail (94), d'un temps inhabituel de trajet entre le domicile et le travail (95), du trajet effectué par le salarié depuis l'entreprise jusqu'au chantier avec un véhicule fourni par l'entreprise (96), ou du trajet effectué par un maçon tenu de se rendre au siège avant l'heure d'embauche et après la fin du travail pour prendre et rapporter camion et matériels ou transporter du personnel (97).

La CJUE adoptait une position assez similaire, compte tenu de l'absence de liberté du salarié durant ce temps, en considérant qu'« *un conducteur qui se rend à un*

(87) CEDH 9 janvier 2007, *Arnolin et Aubert*, Dr. Ouv. 2007 p. 195, n. M. Bonnechère, JCP Soc. n° 17, 24 avril 2007 p. 34.

(88) Codifié article R. 314-202 du Code de l'action sociale et des familles, les neuf premières heures sont décomptées comme trois heures de travail effectif, les suivantes pour moitié.

(89) CJUE 1^{er} décembre 2005 (C14/04), Dr. Ouv. 2006 p. 364, n. M. Bonnechère.

(90) Req. n° 242.717.

(91) Sur la distinction entre le temps de rémunération et le temps de protection, P. Lokiec, Dr. Ouv. 2009, prec. p. 487.

(92) Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 10-14743, RDT septembre 2011 p. 511.

(93) Circulaire DRT 2000-07 du 6 décembre 2000 ; Cass. Soc. 16 mai 2001.

(94) Cass. Soc. 16 juin 2004 (RJS 2004 n° 1051) : « *le temps de trajet pour se rendre d'un lieu de travail à un autre lieu de travail constitue un temps de travail effectif* ».

(95) Cass. Soc. 5 novembre 2003 (01-43109, Dr. Ouv. 2004 p. 60, n. H. Peschaud) « *Attendu cependant que le temps habituel du trajet entre le domicile et le lieu du travail ne constitue pas en soi un temps de travail effectif ; Qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'elle devait rechercher si le trajet entre le domicile de M. X... et les différents lieux où il dispensait ses formations dérogeait au temps normal du trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu de travail habituel et qu'elle devait faire la distinction entre le trajet accompli entre le domicile et le lieu de travail, d'une part, et celui effectué, le cas échéant, entre deux lieux de travail différents, d'autre part, la Cour d'appel qui n'a pas fait cette recherche, n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle* ». Confirmé par Cass. Soc. 2 juin 2004 (RJS 2004 n° 1050).

(96) Cass. Soc. 27 février 2002 (00-40618) ; Cass. Soc. 31 mars 1993 (89-40865).

(97) Cass. Soc. 13 mars 2002 (99-43000) ; Cass. Soc. 16 janvier 1996.

endroit précis, qui lui est indiqué par son employeur et qui est différent du centre d'exploitation de l'entreprise, pour prendre en charge et conduire un véhicule, satisfait à une obligation vis-à-vis de son employeur. Pendant ce trajet il ne dispose dès lors pas librement de son temps. (...) Le conducteur effectue une tâche qui lui incombe en vertu de la relation de travail qui le lie à son employeur » (98).

En d'autres termes, la jurisprudence réservait un sort quelque peu différent aux temps de « déplacement professionnel », dès lors qu'ils sont inhérents à la qualification du salarié, qu'ils résultent d'une initiative de l'employeur ou découlent d'une obligation professionnelle.

Jusqu'à ce que la loi du 18 janvier 2005 y revienne, choisissant d'exclure toutes les durées d'acheminement non seulement du temps de travail rémunéré, mais aussi, et surtout, du temps décompté pour l'exigence de repos minimum, lui préférant des compensations négociées au plan collectif (99).

Il reste certaines exceptions, liées aux circonstances particulières d'exécution du travail, dans lesquelles le juge reconnaît les caractéristiques d'un travail commandé, qui doit donc être considéré (décompté et rémunéré) comme temps de travail, et ni comme un temps de repos, ni comme un de ces tiers temps. Ainsi, par exemple, du salarié d'astreinte lorsqu'il se rend en intervention. Le temps consacré au trajet pour se rendre du domicile au lieu de travail n'est pas dissociable de l'intervention elle-même et se fait sous la contrainte. Le salarié n'est plus vraiment d'astreinte, mais déjà dans l'intervention et ce temps doit donc être inclus dans le temps de travail effectif (100). Il en a été jugé de même au sujet de salariés d'Eurodisney pour qui, « *entre le lieu où les salariés revêtent leur costume et leur poste de pointage, [le trajet] s'effectue soit à pied à travers des zones ouvertes au public qui peut solliciter ces salariés*

identifiés comme tels par leurs costumes et leurs badges, soit en navette où ils peuvent se trouver en présence de leur supérieur hiérarchique » (101).

Au même titre que les temps de trajet, le législateur a expressément exclu du travail effectif le temps consacré à revêtir et ôter sa tenue professionnelle (102). En revanche, le temps nécessaire à ces opérations doit faire l'objet de contreparties, en repos ou en argent, dès lors que le port de la tenue est imposé par la loi et que ces opérations doivent avoir lieu sur le lieu de travail (103).

E. L'astreinte

C'est la période de temps gris par excellence, puisqu'elle n'est ni temps de travail effectif, ni non plus temps de repos, mais temps "de troisième type", temps "hybride" (104).

Son régime est d'abord jurisprudentiel. La loi du 19 janvier 2000 a été la première à légiférer sur l'astreinte, avant d'être modifiée par la loi du 17 janvier 2003, puis par celle du 20 août 2008, le législateur prenant alors le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considérait que l'astreinte n'était pas un temps de repos, qu'ainsi l'on ne pouvait considérer que le salarié d'astreinte bénéficiait de son repos hebdomadaire, même sans qu'il intervienne (105). Le législateur a lui-même qualifié ce temps : exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale du repos quotidien et hebdomadaire (106). La circulaire d'application le confirme : lorsque le salarié n'intervient pas, l'astreinte est totalement décomptée dans le temps de repos ; s'il intervient, le repos intégral doit être donné à compter de la fin de l'intervention, sauf s'il en a déjà bénéficié entièrement avant. Cette disposition a été jugée conforme à la Constitution (107).

Pourtant, cette même législation a été considérée par le CEDS comme non conforme à la Charte sociale

(98) CJCE 18 janvier 2001 aff. 297/99.

(99) Article L. 3121-4 Code du travail : le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du travail n'est pas un temps de travail effectif. Toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit financière. Cette contrepartie est déterminée par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire.

(100) Cass. Soc. 31 octobre 2007 (06-43834)

(101) « *Durant ce trajet imposé par l'employeur, les salariés sont à la disposition de ce dernier et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles, (...) le temps de déplacement en costume entre le vestiaire et le lieu de pointage doit être considéré comme*

du temps de travail effectif », Cass. Soc. 13 janvier 2009, n° 07-40638, Eurodisney.

(102) Article L. 3121-3 Code du travail.

(103) Conditions cumulatives : Cass. Ass. Plén. 18 novembre 2011, à paraître au Dr. Ouv. 2012, n. S. Gunel ; Cass. Soc. 26 mars 2008, n° 05-41476, Dr. Ouv. 2008 p. 501, n. A. Mazières et N. Bizot ; Cass. Soc. 28 octobre 2009, p. n° 08-41953, Dr. Soc. février 2010 p. 238.

(104) J.-E. Ray, Dr.Soc. 1999 p. 250 ; Ph.Waquet, Dr. Soc. 2000 p. 290.

(105) Cass. Soc. 4 mai 1999, 96-43037 ; Cass. Soc. 10 juillet 2002 00-18452, Dr. Ouv. 2002 p. 582, n. M. Carles ; Cass. Soc. 16 décembre 2005, 03-47118.

(106) Article L. 3121-6 Code du travail.

(107) QPC du 22 juin 2011.

européenne, à deux reprises : une première fois le 4 mai 2005, puis de nouveau dans la décision du 23 juin 2010 (108). L'assimilation des périodes d'astreinte au temps de repos constitue, selon le CEDS, une violation du droit à une durée raisonnable du travail. Car même si l'intervention reste éventuelle, l'astreinte empêche le salarié de se consacrer à des activités de son libre choix. L'absence de travail effectif n'est constatée qu'*a posteriori*, pour une période de temps dont le salarié n'a pas eu *a priori* la libre disposition, et qui ne peut de ce fait être assimilée à une période de repos.

On notera que, sur ce point, il subsiste une divergence avec la jurisprudence de la CJUE qui s'est prononcée, à propos de la situation des médecins de garde, plutôt dans le sens de la loi française. Elle distingue en effet : d'une part, le temps de présence et de disponibilité sur le lieu de travail, en totalité considéré comme du temps de travail effectif, quand bien même il serait discontinu ou d'intensité relâchée ; d'autre part, le temps pendant lequel le salarié doit se tenir à disposition sans être obligatoirement présent sur le lieu de travail, en pouvant gérer son temps plus librement et se consacrer à ses propres intérêts, dans le cadre duquel seules les prestations effectives devront être décomptées comme temps de travail (109).

Le facteur déterminant serait donc l'obligation d'être physiquement présent sur le lieu de travail. Mais celle-ci est largement modifiée par les moyens techniques à disposition.

F. La nouvelle donne technique

Désormais, avec l'invasion numérique des NTIC et la multiplication des portables, PDA, smartphones, Blackberry et autres, l'essentiel pour caractériser l'astreinte n'est pas de rester chez soi, mais de pouvoir en permanence être joint. Les vraies astreintes sont de ce fait de moins en moins astreignantes, car il est finalement rarement question de se rendre à l'usine pour une intervention, mais plus généralement de traiter le problème à distance.

Et c'est la même chose pour tout temps de travail, puisqu'on peut travailler partout et tout le temps grâce à ces technologies mobiles, qui conduisent à s'interroger :

liberté ou servitude ? Wifi ou fil à la patte ? Ces nouveaux moyens techniques autonomisent et responsabilisent les salariés, mais prolongent aussi le contrôle et la subordination. On chasse les temps morts au nom d'impératifs de rentabilité.

Les NTIC ont quatre effets sur le travail :

- compression du temps : on demande une réponse immédiate (dans une véritable culture de l'urgence (110)) ;
- dilatation du temps de travail (on classe ses mails de chez soi, du métro..., etc.) ;
- porosité des temps, la vie professionnelle mord sur la vie privée (111) ;
- le salarié devient "multitâches".

La surcharge informationnelle et cognitive précède de peu la surcharge d'activité – aidée par le fait que les nouvelles technologies ne remplacent pas les anciennes, mais se surajoutent ! Faut-il ajouter au droit au repos, au droit à une vie familiale, un "droit à la déconnexion" ?

La réglementation du télétravail, qui peut constituer un risque supplémentaire d'intangibilité du temps, fournit pourtant des pistes. Il est défini par l'ANI du 19 juillet 2005 comme "*une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu se réaliser dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière*". Par ses objectifs, il tend à cette recherche d'équilibre, poursuivant l'idée de mieux articuler le travail et la vie familiale, en gérant plus facilement son emploi du temps et en économisant sur les temps de trajet. Mais il doit respecter les durées maximales de travail et les temps de repos, et la vie privée du salarié. Les parties doivent fixer en concertation les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut contacter le salarié. Quel sera cependant le moyen de contrôle effectif de ces limites ? Les conditions qui encadrent le télétravail prennent en compte expressément la préservation de la santé du salarié : il doit être volontaire, et réversible. L'entreprise doit veiller notamment à la prévention de l'isolement. Surtout, la charge de travail, les normes de production et les critères

(108) « Les périodes d'astreinte pendant lesquelles le salarié n'a pas été amené à intervenir au service de l'employeur, si elles ne constituent pas un temps de travail effectif, ne peuvent néanmoins être, sans limitation, assimilées à un temps de repos au sens de l'article 2 de la Charte sociale révisée, sauf dans le cadre de professions déterminées ou dans des circonstances particulières et selon des mécanismes appropriés. (...) Les périodes d'astreinte sont des périodes au cours desquelles le salarié est tenu de rester à la disposition de son employeur pour accomplir, si ce dernier le requiert, une prestation de travail. Or, cette obligation, alors même que la réalisation de la prestation présente un caractère purement éventuel, empêche incontestablement le salarié de

se consacrer à des activités relevant de son libre choix, programmées dans les limites du temps disponible avant la reprise du travail à un terme certain, et ne souffrant d'aucun aléa lié à l'exercice de l'activité salariée ou à la situation de dépendance qui en découle. »

(109) CJCE 3 octobre 2000, C-303/98, Dr. Ouv. 2000 p. 505, n. M. Bonnechère.

(110) S.Fantoni-Quinton, "L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés", Dr. Soc. avril 2010, p. 396.

(111) Et, dans une certaine mesure, la vie privée s'invite dans le temps de travail.

de résultat exigés doivent être équivalents à ceux des salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. Les délais d'exécution doivent être évalués suivant les mêmes méthodes.

C'est donc bien seulement par l'analyse et le contrôle de la charge de travail que l'équilibre peut être trouvé.

G. La notion de charge de travail

Historiquement, la détermination du temps de travail a toujours résulté d'une approche quantitative (voulu par le modèle fordiste) correspondant au temps mesurable. Et, dans ce cadre, la détermination de la charge de travail a toujours été prérogative souveraine de l'employeur – pour peu qu'il respecte la qualification du salarié. La mesure du travail passait donc uniquement par le temps – à l'exception peut-être des quelques salariés encore payés à la tâche (111 bis).

Le temps de travail a toujours affecté la santé, mais ses nouvelles dimensions, en faisant émerger les troubles psychosociaux, ont heurté la santé de façon renouvelée, exigeant de nouveaux instruments de mesure et la prise en compte d'une composante qualitative. Le droit du temps de travail classique a les plus grandes peines à appréhender ces nouvelles dimensions, tout particulièrement les forfaits-jours. Aisée pour un salarié qui produit, la mesure est devenue plus difficile avec le glissement vers la compétence et le résultat.

Mais la "charge de travail" n'a pas de définition en droit, et n'est même pas une notion juridique. Elle apparaît pour la première fois dans le Code du travail, avec la loi *Aubry II*, au sujet des conventions de forfait : l'accord collectif doit déterminer les conditions de suivi de l'organisation et de la charge de travail (112). La notion subsiste aujourd'hui, toujours au sujet des conventions de forfait, s'agissant de l'entretien annuel du salarié qui doit porter sur la charge de travail (113).

La référence à la charge de travail est, en revanche, plus appuyée dans les accords collectifs, parce que c'est un objet de négociation. Elle était déjà effleurée dans l'accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, qui fixait l'objectif de "*tenir compte, dans l'organisation du travail, de la nécessité d'avoir des effectifs suffisants afin d'éviter toute charge excessive de travail*". Elle constitue aujourd'hui une référence dans certains accords interprofessionnels : dans l'ANI du 5 décembre 2003 sur la formation tout au long de la vie (le salarié ne doit pas être dissuadé d'une formation "*du fait de la charge de travail excessive à son retour*"), dans celui du 19 juillet 2005 sur le télétravail

(l'employeur doit prévoir des modalités d'évaluation de la charge de travail), dans celui du 2 juillet 2008 sur le stress (la charge de travail est un facteur de stress professionnel).

La charge de travail fait donc irruption au moins dans le débat social, si ce n'est encore dans les débats juridiques. Quoique. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de sanctionner le fait d'avoir confié des missions incompatibles avec la durée légale du travail. La Cour de cassation rejetait ainsi la faute grave d'un salarié qui ne pouvait accomplir le travail demandé dans un temps compatible avec ses horaires (114). Elle considérait en outre qu'un employeur ne pouvait reprocher au salarié de s'être absenté sans autorisation, alors qu'il était censé avoir toute latitude de s'organiser, et qu'exiger sa présence toute la semaine aux heures d'ouverture le conduirait à exécuter un temps de travail excédant les limites légales (115). Ces deux arrêts de 1999 et 2000, anciens et non publiés, ont donné lieu à peu de commentaires. La notion de charge de travail y est en tout cas prégnante, même sans référence expresse.

Une charge de travail excessive est une atteinte indirecte au repos, puisqu'elle contraint le salarié à y renoncer, pour traiter par exemple le dossier urgent remis le vendredi à 18 heures pour le lundi 9 heures... De quelle autonomie dispose véritablement le salarié face à une super charge de travail, si elle se résume au choix d'arbitrer entre travailler le soir ou le week-end ?

L'appréciation de la charge de travail sera rendue difficile parce qu'elle est forcément très subjective, et même variable en fonction des individus. Mais sa définition ne peut demeurer une prérogative patronale. Il y a là encore, indépendamment de l'aménagement du temps de travail, une compétence pour le CHSCT. Ne devrait-on pas envisager une modification législative sur le champ de sa consultation (116), en ajoutant au projet d'aménagement, "*avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail*", tous ceux "*ayant un impact sur la charge de travail*" ?

Parce que la notion est nécessairement subjective, devant le juge, le contrôle ne sera qu'un contrôle minimum : celui de l'abus manifeste. Il s'agira donc d'un contentieux de la surcharge de travail. La démarche n'est cependant pas totalement étrangère au juge, lequel intervient déjà, par exemple, pour apprécier le caractère

(111 bis) Sur ces aspects v. P. Lokiec, Dr. Ouv. 2009 ptec.

(112) Ex article L. 212-15-3 Code du travail.

(113) Article L. 3121-46 Code du travail. L'article L. 3221-4 évoque également la "charge physique et nerveuse" comme un critère d'appréciation de l'égalité au travail.

(114) Cass. Soc. 16 novembre 1999, *Gelso mi* (97-43285)

(115) Cass. Soc. 12 janvier 2000, *Castorama* (97-44015)

(116) Article L. 4612-8 Code du travail.

réaliste ou atteignable d'objectifs – où il est aussi question de la détermination d'une charge de travail.

Il est enfin forcément pertinent de relier la déconstruction du temps de travail au droit à la santé quand on songe que la (sur)charge de travail a pu conduire certains salariés au suicide. C'est le lien qu'a reconnu la Cour d'appel de Versailles dans sa décision du 19 mai 2011, pour retenir la faute inexcusable de la société Renault comme étant à l'origine du suicide d'un de ses cadres sur son lieu de travail, lequel avait laissé un mot mettant directement en cause son travail (117), au visa de l'obligation de sécurité de résultat qui s'impose à l'employeur. Les juges de Versailles ont tenu compte de la surcharge de travail ressentie par le salarié et décrite par sa veuve et souligné, en réponse aux dénégations de ses supérieurs hiérarchiques, que *"ceux-ci ont toujours été dans l'incapacité totale de pouvoir préciser quel était le volume précis de travail fourni par ce salarié au titre de l'ensemble des missions accomplies"*, stigmatisant *"l'absence de tout dispositif dans l'entreprise pour évaluer la charge de travail, notamment des cadres, l'absence de visibilité des managers sur la charge de travail de leurs collaborateurs, la culture du surengagement et l'augmentation des objectifs"*. Et la Cour de conclure de remarquable façon que *"la société Renault avait nécessairement conscience du danger auquel était exposé ce salarié en cas de maintien sur une longue durée des contraintes de plus en plus importantes qu'il subissait pour parvenir à la réalisation des objectifs fixés pour chacune des missions confiées et n'a pris aucune mesure pour l'en préserver ou pour permettre à son entourage professionnel d'être en mesure de mettre en place de telles mesures"*. De tels cas ne sont, malheureusement, pas isolés.

L'employeur ne peut remplir son obligation de sécurité qu'en analysant aussi la charge de travail. Dès lors, pour tout le monde, même les fervents défenseurs du forfait-jours, la mise en place d'indicateurs objectifs et adaptés sur la charge de travail, est incontournable. Ces indicateurs devront être pertinents, et réalistes, car beaucoup des méthodes de décompte ou de contrôle reposent inévitablement sur les déclarations du salarié lui-même. Certains syndicats proposent d'instituer des

seuils d'alerte en cas de dépassement de ces durées, qui signaleraient les cotes mal taillées, et le besoin de réajuster le forfait en termes de charge de travail ou de rémunération (118). Des commissions de suivi pourraient être instituées par l'accord constitutif. L'entretien sur la charge de travail doit être plus fréquent qu'à l'année. D'aucuns suggèrent encore d'augmenter les jours de repos (donc de revenir sur le déplaçonnement voulu par le législateur), et d'en imposer deux par semaine.

Enfin, on ne peut pas faire l'économie de réintroduire une notion horaire comme le seul moyen de respecter des durées maximales de travail. Il n'y aurait là qu'un juste retour de balancier du qualitatif au quantitatif. Beaucoup s'insurgent contre l'idée de réintroduire une notion d'heure dans les forfaits-jours, ce qui serait "contre nature". Mais l'inapplicabilité d'horaires collectifs ne signifie pas qu'on ne puisse pas mesurer le temps de travail, même si le décompte est plus difficile ou qu'il doit avoir lieu *a posteriori*. Des techniques de comptage du temps individualisé doivent être conçues (119).

D'ailleurs, toute appréciation quantitative n'a jamais été totalement exclue du forfait-jours (120). Même la référence horaire a parfois subsisté, par exemple en cas d'astreinte d'un salarié sous convention de forfait : la rémunération des heures d'astreinte, distincte de celle des heures de travail effectif, doit s'ajouter au salaire forfaitaire (121). Elle est surtout indispensable pour le calcul de certains droits qui se réfèrent encore au cadre horaire. La Cour de cassation en a jugé ainsi, par exemple, pour le droit de grève des salariés au forfait-jours, sur la question de savoir comment traiter la retenue sur salaire si l'intéressé fait grève pour une durée inférieure à la journée ou la demi-journée. Elle a donné la solution dans un arrêt du 13 novembre 2008 (122) : soit l'accord collectif règle la question des absences inférieures à l'éta lon-jour, auquel cas ses dispositions doivent s'appliquer comme pour toutes les absences (123) ; soit, à défaut, pour respecter le principe de proportionnalité de la retenue à la durée de l'absence, l'on est contraint au calcul d'un salaire horaire fictif, en divisant la rémunération annuelle (seule donnée connue) par un nombre d'heures de travail également

(117) CA Versailles 19 mai 2011, RG n° 10/00954.

(118) La rémunération doit être en rapport avec la charge de travail pour compenser effectivement le nombre des heures réalisées et l'intensité du travail fait. C'est la philosophie du recours juridictionnel qui subsiste à l'article L. 3121-47, le salarié au forfait-jours pouvant saisir le juge afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi en cas de disproportion.

(119) Il existe même des logiciels qui permettent le comptage du temps de travail informatique, ou des temps d'inactivité entre la souris et le clavier.

(120) Même la loi du 20 août 2008 l'a imposée, sur l'année, par le décompte annuel des jours travaillés (article D. 3171-10).

(121) Cass. Soc. 4 mai 1999 n° 96-45453.

(122) Cass. Soc. 13 novembre 2008 n° 06-44608 ; rapp. CA Paris 12 nov. 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 237, concl. P. Henriot.

(123) Les dispositions conventionnelles s'appliquent bien par priorité : lorsque l'accord stipule qu'aucune suspension du contrat de travail de moins d'une demi-journée de travail n'entraînera de retenue sur salaire, un employeur ne peut même pas retenir le minima d'une demi-journée au cadre au forfait qui aurait cessé le travail 1 heure pour se joindre à un mouvement de grève, ni pour ce motif d'absence, ni pour aucun autre (Cass. Soc. 4 mars 2009 n° 07-45291).

fictif (124). La réintroduction d'une notion horaire sera également nécessaire pour le calcul d'une allocation de formation hors du temps de travail, ou pour l'indemnisation du chômage partiel.

En conclusion, un peu de prospective sur le forfait-jours ?

Le dispositif du forfait-jours est donc au cœur de la recherche d'un équilibre retrouvé du temps, quelle que soit sa mesure, via l'obligation de sécurité. Mais les exigences de rentabilité et de souplesse ont rendu cet équilibre instable. C'est la raison pour laquelle le forfait-jours doit demeurer sous observation – et en cela que l'arrêt du 29 juin est bel et bien un arrêt d'étape (125), dont les incidences peuvent être imaginées comme suit.

D'abord sur la négociation collective, tant l'invitation est nette de la Cour de cassation à l'attention des négociateurs. Elle a certes rappelé la place centrale de l'accord, mais aussi la vigilance dont elle entendait faire preuve. De nombreux accords sont à négocier (et à renégocier) à la lumière de ces principes, avec une attention toute particulière à la redéfinition des catégories de salariés éligibles. D'aucuns ont souligné l'insécurité juridique majeure des employeurs, incités par le législateur à toujours plus de souplesse, mais qui ne sont pas à l'abri de lourds rappels de salaire alors même qu'ils appliqueraient un régime de forfait ou d'astreinte parfaitement légal (126).

Le législateur doit lui aussi se sentir interpellé dans la mesure où l'arrêt de la Cour de cassation intervient comme un nouvel avertissement : si le principe n'est pas remis en cause (127), le forfait-jours doit respecter des règles impératives, protectrices de la santé, et donc faire l'objet d'un strict contrôle. Pourtant, le législateur reste sourd à ces alertes – ou plutôt fait-il la sourde oreille. Comment sinon expliquer l'absence de toute initiative législative après trois décisions de non-conformité à la Charte sociale européenne – et malgré une proposition de résolution présentée au Sénat le 4 mars 2011, tant pour le forfait-jours que pour les astreintes (128)? Le législateur avait tout loisir de durcir les conditions de

validité ou de suivi des forfaits-jours, mais, au contraire, après avoir plusieurs fois restreint les garanties, il a clairement aggravé son cas par la loi du 20 août 2008. Juridiquement, le gouvernement français peut continuer ainsi en l'absence de tout effet contraignant des décisions du CEDS sur les Etats (129). L'"opprobre" internationale n'y suffit pas non plus, et pour cause. Le Conseil de l'Europe est resté à ce stade plus que compréhensif ! La procédure CEDS prévoit en effet la transmission de la décision de non-conformité à l'organe politique, le Comité des ministres, qui aurait pu (au mieux) adresser une recommandation du Conseil de l'Europe à la France pour lui demander de se mettre en conformité (130). Pourtant, une déclaration de non-conformité aussi nette devrait, fût-ce au titre de l'exécution de bonne foi, conduire le législateur national à revoir sa copie. C'est d'ailleurs le plus souvent le cas, mais il semble qu'on ait bien une exception en matière de temps de travail, comme si l'exigence de rentabilité était supérieure.

A n'en pas douter, les conclusions du CEDS s'inviteront également dans la révision en cours de la directive communautaire, initiée par la Commission le 21 décembre 2010.

A tout le moins, et dans l'attente, c'est à l'autorité judiciaire d'interdire, au besoin, l'application des dispositifs insuffisants, et ce sont donc les contentieux qui seront élevés d'ici là qui pourront favoriser de tels changements.

La Cour de cassation n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée en juin dernier de juger le principe même du forfait-jours contraire à la norme internationale (131), et de le rendre totalement inopposable. Le principe même de la forfaitisation du temps de travail paraît en effet difficilement contestable, pour des raisons juridiques (132) autant que de bon sens. Est-il vraiment envisageable, pour certains emplois, de s'en tenir au droit commun du temps de travail, aux limitations quotidiennes et hebdomadaires, heures supplémentaires, repos compensateurs... qui ne seront pour certains pas appliqués – et pas applicables. Le forfait-jours a eu le mérite de mettre en phase le droit et

(124) Par exemple, pour un salaire annuel de 42 000 € et 218 jours de travail, le nombre d'heures fictif est $218 \times 151.67/12 = 2\,755,33$ h et le salaire théorique sera donc de $42.000 / 2\,755,33 = 15,24$ €, et la retenue sera, pour 2 heures de grève, de $15,24 \times 2 = 30,48$ €.

(125) Quelle sera la position de la Cour d'appel de renvoi (Paris) ?

(126) M. Miné, SSL 17 novembre 2011. Il leur restera à rechercher la responsabilité de l'Etat devant le tribunal administratif comme en matière de CNE...

(127) C'est pour cela que l'arrêt est salué par le patronat, et qu'il parvient à être considéré comme une victoire aussi bien par le MEDEF que par la CGT !

(128) « *Ce sont des violations importantes, puisqu'elles participent à affaiblir les droits sociaux des salariés, à réduire leurs rémunérations et à les exposer à des rythmes de travail*

pouvant avoir des conséquences importantes sur leur état de santé ».

(129) Il n'existe pas à ce niveau de pénalités financières comme celles qui suivent les arrêts de manquements rendus par la CEDH.

(130) Après s'être contenté de "prendre note" des deux premières décisions, en 2002 et 2005, le Comité des ministres adoptait (simplement) le 6 avril 2011 deux résolutions "appelant de ses vœux" que la France fasse état, lors du prochain rapport sur l'application de la charte, de tout nouvel élément dans la mise en œuvre de la Charte...

(131) A l'instar de ce qu'elle a fait au sujet du CNE, jugeant l'ordonnance du 2 août 2005 non conforme à la convention 158 de l'OIT.

(132) N'oublions pas que le dispositif a même été, par deux fois, validé par le Conseil constitutionnel, en 2000 et 2005.

la réalité (133) et peut-être que son utilité, voire sa nécessité, ne doivent pas être perdues de vue en raison de sa banalisation, où se situe l'abus. La Cour de cassation a dès lors choisi de contrôler que le forfait-jours reste dans ses limites, en les rappelant avec force et les assortissant de la sanction civile la plus lourde, l'inopposabilité. Mais elle a statué sur les conventions de forfait dans leur régime antérieur à la loi du 20 août 2008, laquelle a substantiellement allégé depuis le contenu des accords collectifs. Si la Cour de cassation venait à connaître des mêmes faits, mais postérieurement, la condamnation serait peut-être plus sévère encore.

Le débat judiciaire se trouve donc replacé sur le contenu et l'efficacité des garanties.

Les contestations devront, d'abord, se situer **dans la mise en place du forfait-jours**, en étant exigeant quant au contenu des accords collectifs, dont le caractère substantiel est mis en avant. Il appartient en effet aux partenaires sociaux de compléter la norme légale, et d'assurer la conformité du forfait-jours au droit positif interne et international, par délégation du législateur. Cet accord, prioritairement d'entreprise, devra être majoritaire. Il pourra déroger à l'accord de branche, quand bien même ce dernier aurait voulu imposer des règles impératives – le Conseil constitutionnel a clairement confirmé sur ce point l'applicabilité immédiate : on peut donc négocier des accords d'entreprise malgré l'existence de clauses contraires dans les accords de branche (134). Il faudra contrôler l'effectivité des dispositions conventionnelles, et d'abord l'absence d'accord collectif, comme l'absence de convention individuelle. Mais même quand ces accords existent, il reste à critiquer les catégories éligibles, en arguant de l'absence d'autonomie véritable avec un argument possible : soutenir que l'application d'une convention de forfait à des non-cadres (pourtant rendue possible par le législateur) n'est pas compatible avec la directive sur le temps de travail, qui certes prévoit des dérogations, mais exige un "*pouvoir de décision*", ce qui concerne donc difficilement les non-cadres. Et pourquoi ne pas contester également l'absence dans l'accord de toute référence à une durée maximale ? De telles limites existent déjà dans certains accords, par exemple dans la branche de l'hospitalisation

privée et le secteur social et médico-social à caractère commercial (135).

Le contrôle doit s'attacher ensuite au **suivi collectif**, qui s'impose d'abord parce que la charge de travail est forcément une notion collective. La loi a prévu une consultation annuelle spécifique du comité d'entreprise sur le recours aux conventions de forfait et sur les modalités de suivi de la charge de travail (136). Aucune précision similaire n'a été apportée aux consultations obligatoires du CHSCT, mais elle devrait s'imposer dès lors que la conclusion d'un forfait est de nature à impacter la santé et les conditions de travail, ainsi qu'à fragiliser l'équilibre personnel et familial.

Enfin le contrôle doit s'opérer dans le **suivi individuel** et l'appréciation de la charge de travail. La loi a prévu un entretien annuel sur ce thème (137). Il faudra être exigeant sur son contenu en sorte qu'il ne soit pas seulement formel, puisqu'il s'agit de la pièce essentielle pour s'assurer du respect de la santé et de la sécurité et du droit au repos. Se posera également le problème de sa fréquence, le rythme annuel n'étant pas adapté pour une alerte efficace sur la charge de travail. En outre, pour être efficace, il ne devrait pas se confondre avec l'entretien individuel d'évaluation et l'enjeu des augmentations de salaire. Il reste possible de contester l'absence de système de suivi de la charge de travail, l'absence de décompte annuel des jours travaillés ou des amplitudes de travail déraisonnables, en produisant des décomptes précis. L'absence totale d'entretien annuel sur la charge de travail, ou l'absence de prise en considération des remarques qui y auraient été faites par le salarié, pourront également alimenter le contentieux de faute inexcusable, l'employeur, alerté, ayant nécessairement conscience d'exposer l'intéressé à un risque.

Telle est bien la répartition des rôles qui découle de ces développements, pour une application effective du droit à la préservation de la santé et de la sécurité du salarié : au droit européen le rappel des fondamentaux, face au recul du législateur ; au législateur de faire respecter les temps de repos ; aux partenaires sociaux d'assumer la gestion de l'organisation du temps de travail et de ses limites ; et aux plaideurs de maintenir la pression judiciaire contre les excès du forfait.

Stéphanie Baradel

(133) F. Favennec-Héry, préc.

(134) DCC 2008-568 du 7 août 2008.

(135) L'accord (étendu) prévoit un forfait-jours avec un maximum de 212 jours par an, et une durée maximale hebdomadaire de 48 heures et annuelle de 1 700 heures, un autre sans ces limitations maximales, mais avec une réduction corrélative du nombre de jours plafond à 205 (pour un même salaire conventionnel, donc avec une augmentation de la rémunération).

(136) Article L. 2323-29 Code du travail, nouvel alinéa ajouté par la loi du 20 août 2008.

(137) Obligation pénalement sanctionnée par une amende de 4^{ème} classe.