

Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ?

par Michèle BONNECHÈRE, Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne

PLAN

I. Le contrôle de la charge de travail : une exigence de prévention découlant du droit communautaire

- A. Autonomie dans le travail et autocontrôle du temps : rétablir les responsabilités
- B. Assurer l'effectivité de la protection
- C. L'invocation du droit communautaire par les salariés

II. Temps de travail et respect de la vie privée et familiale : où la finalité du droit rejoint la substance

- A. Pertinence de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme
- B. Respect de la vie privée et familiale et concordance des temps : quelles orientations s'imposent ?

Le droit européen du temps de travail, entendu comme renvoyant aux normes de l'Union européenne et à celles du Conseil de l'Europe, est un droit de la finalité et de la substance. « 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 » : c'est le considérant 4) de la directive 2003/88 (1), copie du considérant 13) de la directive cadre 89/391 sur la protection de la santé et de la sécurité au travail (2). Les considérants sont la motivation de la norme et en guident l'interprétation.

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». C'est l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Deux axes apparaissent, ce seront ceux de mon étude. Ils sont classiques, mais révolutionnaires par la primauté affirmée de l'humain, qui ne saurait être une ressource à gérer. A souligner que le conflit d'intérêt inhérent à la relation de travail n'est pas nié par la directive dans son considérant 4 précité, et ceci est essentiel pour une visée protectrice du salarié au travail. Cette perspective s'intègre dans l'objectif du travail décent de l'OIT, au cœur de son programme depuis 1999 (3). Elle s'inscrit aussi dans la pluralité des ordres juridiques, avec la construction d'une logique juridique nouvelle qu'une partie de la doctrine appelle depuis quelque temps, et dont la Cour de cassation a semblé se rapprocher dans son arrêt du 29 juin 2011 (3 bis). Tant que seront en cause des droits fondamentaux, relevait François Rigaux, « le droit ne sera réalisé que par la concertation d'acteurs multiples appartenant à des ordres juridiques différents » (4).

L'organisation du travail, le travail lui-même ont été transformés par les nouvelles technologies, et la réglementation du temps de travail doit probablement évoluer. Mais pourtant ne changent pas les rythmes biologiques, les exigences du métabolisme du corps humain, « l'organisme humain » (visé au considérant 7 de la directive). Et demeurent « contre nature » les durées et charges de travail excessives.

N'a-t-on pas tardé à réclamer que soient tirées toutes les conséquences des directives "temps de travail" et des normes européennes ? Cette normativité par objectifs dont a parlé Alain Supiot à propos de la primauté (5) donnée par

(1) La directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail a remplacé la directive 93/104 du 23 novembre 1993 en codifiant le texte initial et les modifications ultérieures.

(2) Directive 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

(3) *Un travail décent*, rapport du directeur général de l'OIT à la 87^e session de l'Organisation, juin 1999. Le travail décent assure liberté, sécurité, dignité et équité à qui le réalise, en fonction de critères individuels et collectifs de l'être humain concerné. Son optique se situe dans le prolongement de la déclaration de Philadelphie. V. M. Bonnechère, « L'optique du travail décent », Dr. Ouv. 2007, p. 57 à 74 disp. sur

<http://sites.google.com/site/droitouvrier> et « Travail décent et modernisation du droit du travail », Travail et Emploi n° 113, 2008.

(3bis) 09-71107.

(4) F. Rigaux, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, dir. J.Y. Carlier et O. De Schutter, Bruylant 2002, p. 255. V. aussi J.F. Flauss, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », Les petites affiches 2001, n° 148, p. 9 ; M. Bonnechère, « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe », SSL n° 1187 du 25 oct. 2004 et 1188 du 2 nov. 2004.

(5) A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil 2010.

les arrêts *Laval* et *Viking* aux libertés économiques de circulation doit être prise pour ce qu'elle est. Elle se traduit par une conception téléologique de l'interprétation qui ne conduit pas seulement à un pragmatisme fonctionnel favorable au libéralisme économique, mais aussi à l'affirmation de valeurs communes.

L'élargissement de l'Union européenne n'a pas fait disparaître l'essentiel de l'œuvre normative, auquel se rattache la directive dite « cadre » 89/391 sur la protection de la santé-sécurité des travailleurs au travail, dont les directives 93/104, puis 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail sont des prolongements (directives « particulières »).

Le problème est de mobiliser cette finalité, de l'intégrer dans les combats juridiques, ce qui ne signifie pas taire les contradictions, mais doit se répercuter sur l'interprétation. La dignité est visée en même temps que la santé et la sécurité par l'article 31 (« conditions de travail justes et équitables ») de la Charte de Nice : « 1. *Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.* 2. *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés* ».

Donc la directive sur le temps de travail, dont on rappellera certes la flexibilité, ne se donne pas pour objectif l'instrumentalisation du temps de travail et ses effets régulateurs du marché du travail, d'ailleurs loin d'être établis (6). Le Royaume-Uni l'avait reproché au Conseil. Dans son grand arrêt du 12 novembre 1996 (7), la Cour de justice a approuvé le fondement choisi pour la directive 93/104, l'ex-article 118 A, visant l'amélioration de la santé (« un état complet de bien-être physique, mental et social », définition de l'OMS reprise par la Cour), fondement toutefois refusé pour le principe du repos dominical qui figurait dans le texte adopté. L'arrêt *Fub* du 14 octobre 2010 (243/09) (refus d'un pompier allemand d'aller au-delà des durées maximales) parle d'amélioration des conditions de vie et de travail à propos de la directive temps de travail.

Oserai-je dire qu'objectivement, malgré ses apports évidents à souligner (v. *infra*), l'arrêt du 29 juin 2011 de la Chambre sociale (8) a fait prévaloir le réalisme économique et que j'ai du mal à ne pas le rapprocher de l'arrêt *Nova services* de l'Assemblée plénière en 1985 sur l'ex-article L. 122-12 (8 bis) ? Pour beaucoup de gens, ce qui explique cette décision (et son « grand écart » (9)) relève moins de l'articulation des sources du droit et de la technique juridique que du souci de ne pas placer dans une situation très difficile nombre d'entreprises, car l'invalidation de la technique du forfait-jours telle qu'elle est dessinée par la loi de 2008 aurait engendré un très lourd passif d'heures supplémentaires.

Dans un contexte de crise grave, génératrice de souffrances, se manifeste pourtant une demande de droits. Les effets directifs du droit communautaire, analysés avec subtilité par P. Rodière dès 1990 (10), laissent insatisfaits, et une question devient pressante : qu'advient-il des droits reconnus par les Chartes européennes, Charte de l'Union et Charte sociale européenne (10 bis) ? Et au-delà : qu'apporte le droit européen aux travailleurs ?

La directive 2003/88, quant à elle, fixe des prescriptions minimales de santé et de sécurité en matière de temps de travail. Ses outils sont les temps de repos, journalier et hebdomadaire, de pause, la durée maximale hebdomadaire, le congé annuel. L'on a là « des règles de droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur » selon la Cour de justice (11). Le texte traite aussi du travail de nuit, des rythmes de travail. A ces règles impératives, les États peuvent déroger.

(6) Selon les constatations du Centre d'études pour l'emploi. V. *Connaissance de l'emploi* n° 21, 2005 et n° 73, 2010.

(7) CJCE 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c/Conseil*, C-84/94, Dr. Ouv. 1997 p. 513, n. M. Bonnechère.

(8) Dans son arrêt 09-71107 du 29 juin 2011 (Dr. Ouv. 2011 p. 723, n. E. Richard) la Chambre sociale, en visant plusieurs instruments européens et le préambule constitutionnel, a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Caen qui déboutait un responsable commercial en forfait-jours, d'une demande de paiement d'heures supplémentaires, de congés payés et repos compensateurs, demande fondée notamment sur les insuffisances de l'employeur quant au contrôle du nombre de jours travaillés ou au suivi de sa charge de travail, pourtant prévus par l'accord collectif de la métallurgie. L'arrêt ne remet pas en cause le forfait-jours, mais encadre les accords collectifs.

(8 bis) Ass. Plén. 15 nov. 1985, n° 82-40301, Dr. Ouv. 1986 p. 24.

(9) F. Favennec-Héry, « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9 2011, 587.

(10) P. Rodière, « Sur les effets directifs du droit communautaire », Rev. trim. de dr. européen 1991, p. 425.

(10 bis) Il convient en effet de distinguer : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 (Dr. Ouv. 2001 p. 105) et proclamée solennellement par le Parlement européen, le Conseil et la Commission le 12 déc. 2007 (JOUE C303/1 du 14 déc. 2007) et la Charte sociale européenne adoptée par le Conseil de l'Europe le 18 oct. 1961 et révisée par un instrument distinct le 3 mai 1996 (Dr. Ouv. 2004 p. 63). Quant à la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, elle est demeurée un texte signé par les chefs d'Etat et de gouvernement le 8 déc. 1989 (Dr. Ouv. 1990 p. 131).

(11) CJUE 14 oct. 2010, C-428/09, *US Solidaires Isère*, pt. 31, rappelant CJCE 26 juin 2001, C-173/99, *Bectu* et CJCE 7 sept. 2006, C-184/04, *Commission c/Royaume-Uni*.

La négociation collective peut être source de dérogations, mais elle ne peut pas remplacer les règles impératives. Il y a un « modèle » dans la directive ; elle privilégie par exemple la négociation nationale ou régionale, ne parle pas de négociation d'entreprise, qu'elle n'envisage implicitement (art. 18) qu'en l'absence de système permettant un autre niveau.

Comme annoncé, l'étude aura deux axes : la protection de la santé des travailleurs, le droit au respect de leur vie privée et familiale.

I. Le contrôle de la charge de travail : une exigence de prévention découlant du droit communautaire

La charge de travail n'a pas de définition juridique précise. Des études relèvent que, contrairement à ce qui se passe dans la société industrielle, la charge de travail n'est plus directement proportionnelle au temps de travail dans la société de l'information (12), car la fatigue mentale et le stress sont aussi importants que la fatigue physique.

Sans la définir, l'ANI du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail affirme que la charge de travail supportée par les salariés doit être compatible avec les exigences de leur santé physique et morale. Le mot a été introduit dans le Code du travail à l'article L. 140-2 (« charge physique et nerveuse ») en 1983, puis à L. 212-15-3 III, s'agissant des forfaits-jours, par la loi *Aubry* du 19 janvier 2000. Plusieurs directives communautaires emploient l'expression de « charge mentale » (13).

Aux termes de la directive 89/391 (art. 5 § 1) l'employeur a l'obligation d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs « dans tous les aspects liés au travail ». Dans le cadre de son obligation générale de sécurité, il doit mettre en œuvre des principes généraux de prévention, au premier rang desquels l'adaptation du travail à l'Homme, notamment pour l'organisation du travail.

Des responsabilités sont affirmées, une exigence d'effectivité s'en dégage, et des droits sont reconnus. Trois points.

A. Autonomie dans le travail et autocontrôle du temps : rétablir les responsabilités

Si la technique du forfait-jours se trouve au cœur des débats relatifs à l'avenir du droit du temps de travail, c'est en raison de sa contradiction interne : la recherche d'un

meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle, censé être promu par l'évacuation de la comptabilisation des heures de travail, mais aussi des durées maximales légales. Or le fondement de la directive 2003/88 nous remet clairement sur le terrain de l'ordre public de protection le plus classique, renvoyant à un encadrement par l'État, tout en précisant les obligations de l'employeur.

1. Responsabilité de l'État

L'État est garant du résultat imposé par la directive, comme des engagements résultant de la Charte sociale européenne. Pourtant la loi du 20 août 2008 n'impose plus que les conventions et accords collectifs sur les forfaits-jours précisent les modalités du « suivi » de la charge de travail, contrairement à l'ancien article L. 212-15-3 III issu de la loi du 19 janvier 2000 (13 bis). Le Comité européen des droits sociaux (CEDS), en se prononçant sur les réclamations introduites par la CGT et la CFE-CGC, a constaté cette importante lacune (14) par référence à la Charte sociale européenne qui affirme le rôle de l'État (article 2 : « les parties contractantes s'engagent : 1. à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire... »).

Est de même en cause le respect des principes généraux de la protection de la santé-sécurité, condition substantielle des dérogations (ici aux durées maximales) dans la directive 2003/88. L'arrêt du 29 juin a un parfum d'interprétation conforme (*v. infra*). Mais en ratifiant le choix de la négociation collective, il ne garantit aucun minimum commun à tous les cadres. Le « temps libre pour la négociation collective », selon la formule d'un auteur (15), débouche nécessairement sur les inégalités,

(12) *La charge de travail : de l'évaluation à la négociation*, ANACT 2004 ; Y. Lasfargue, *Halte aux absurdités technologiques*, éd. d'Organisations, 2003.

(13) Notamment directive 90/270 concernant le travail sur écran ; Directive 92/85 du 19 oct. 1992 concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes.

(13bis) M. Grévy « Où en est le temps de travail ? » in Actes du colloque du SAF, Dr. Ouv. 2009 p. 192, rect. p. 255.

(14) Décisions du 23 juin 2010 du CEDS, venant après celles du 12 oct. 2004 et du 16 nov. 2001. v. les commentaires de M. Miné, SSL 2005, n° 1228 ; de J-F. Akandji-Kombé « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011.233 ; de S. Laulom « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens » RDT 2011.298.

(15) G. Loiseau, « La durée du travail, temps libre pour la négociation collective », SSL, n°1502 du 29 août 2011 et 1503 du 5 sept. 2011.

les protections et limites fluctuantes et variables. La flexible protection contre les durées du travail excessives n'est pas admissible : déjà s'éloigne même le thème de la « flexicurité » (16).

Une étape incontournable est une modification de la loi sur les forfaits-jours, fixant les garanties minima, rétablissant un cadre général pour la négociation. En 2008, les cadres ont été « bafoués par le Parlement » ont affirmé des syndicalistes. L'on rappellera (*infra*) que tout en plafonnant le forfait-jours à 235 jours par an, la loi permet un dépassement par accord de branche ou d'entreprise, le maximum (théorique, certes) étant, selon le « portail » du gouvernement, de 282 jours (17) : l'inégalité entre les salariés est programmée, dans un domaine où leur santé est impliquée.

2. Responsabilité de l'employeur

La responsabilité de l'employeur se situe sur deux plans : le fameux « suivi » et la mesure du temps.

a) L'article L. 3121-46, la notion de « suivi » et les faits

Aujourd'hui, affirment les spécialistes RH, « la question de la charge de travail est essentiellement traitée à l'occasion d'un entretien annuel du salarié avec son employeur » (C. trav., art. L. 3121-46). Interrogeons les faits, ils sont implacables. Dans la pratique, l'entretien annuel n'a pas pour objet le contrôle de la charge de travail et l'équilibre avec la vie familiale. En la forme, l'accord, qui en fait la pièce maîtresse du suivi, est respecté. Au-delà de l'apparence, il y a dévoiement de l'obligation d'évaluation (*v. infra*).

Mais surtout, parlons de l'autonomie. Certes, l'autonomie est une condition de validité du forfait-jours, l'arrêt *Blue Green* du 31 octobre 2007 (18) le soulignait, le Conseil de prud'hommes de Limoges l'a rappelé le 6 septembre dernier (s'agissant du « manager » d'un rayon

boucherie d'un supermarché) (19), la Chambre sociale encore le 3 novembre 2011 (20).

Toutefois, l'autonomie est d'autant plus « sacralisée » (21) qu'elle rime avec solitude face aux attentes de l'entreprise, aux objectifs fixés. Dans une vision abstraite ou simple, l'autonomie permet au salarié d'organiser lui-même la concordance du temps professionnel et du temps personnel (22). Cette vision ne doit pas occulter la question des moyens qui lui sont alloués, de l'organisation dans laquelle il travaille. Le travailleur, « qui se vit comme responsable si la réussite n'est pas au rendez-vous », peut être « libre » de travailler vingt-quatre heures sur vingt-quatre. La technique du forfait-jours est très adéquate à la révolution managériale (23). Prévoir, comme le font de grandes entreprises, de mesurer par un système de badge le temps passé par le salarié entre son entrée et sa sortie permet de connaître l'amplitude de la journée, mais pas la charge de travail, pas le temps réel. Cette constatation vaut en général, elle est particulièrement préoccupante pour les salariés en forfait-jours.

Liberté d'organisation du travail et contrôle du temps ne sont nullement incompatibles (24). L'accord de 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie prévoit pour les forfaits un contrôle du nombre de jours travaillés. Un document de contrôle, qui peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur, fait apparaître journées et demi-journées avec les dates. Par hypothèse, cela ne renseigne pas sur les heures et, donc insuffisamment sur la charge de travail. Le Code du travail parle de modalités de contrôle fixées soit dans l'accord collectif, soit sur la base de l'article D. 3171-8.

b) Obligations de mesure et de preuve du temps

On a parlé de l'approche comptable (25) du Comité européen des droits sociaux (CEDS), organe de contrôle de la Charte sociale européenne (*v. infra*), à propos de la notion de durée raisonnable du travail. Mais la finalité

(16) Le concept, s'il a un sens, conduit à la recherche d'un équilibre complexe non seulement entre la souplesse recherchée par les entreprises dans les « gestion de la main-d'œuvre » et la sécurité de l'emploi, des salaires, le respect des droits des salariés, mais aussi entre des souplesses au profit des salariés (conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale et sociale et des sécurités pour les entreprises). V. *Flexicurité et réforme du marché du travail*, Travail et Emploi, n° 113, 2008, notamment M. Bonnechère « Travail décent et modernisation du droit du travail », pp. 91-101.

(17) www.gouvernement.fr, quelles nouveautés concernant le forfait-jours pour les cadres ? « Une limite annuelle est fixée par accord collectif à 218 jours au plus, mais un salarié peut légalement travailler au-delà de cette limite jusqu'à 282 jours ».

(18) Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43876, RDT 2008, 110, obs. M. Véricel.

(19) Conseil de prud'hommes de Limoges, 6 sept. 2011, RG n° 10-00548.

(20) Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14637.

(21) Pour reprendre l'expression de V. de Gaulejac, *Travail, les raisons de la colère*, ed. Seuil, 2011.

(22) L'expression est celle de A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. soc. 1995.949.

(23) cf. V. de Gaulejac, op. cit., p. 309 : « la pointeuse incarnait bien cette frontière entre le moment de l'arrivée au travail et le moment de la sortie qui représentait la liberté. La révolution managériale change les données du rapport individu-organisation : la frontière entre le travail et le hors travail devient poreuse, l'intrication entre les affects et les pratiques professionnelles est intense, la subjectivité est massivement mobilisée... L'on est dans l'absence de limites, l'attente d'une mobilisation de tous les instants... Quand le travail devient la raison de vivre principale, il peut tout autant devenir la source principale du mal de vivre » ; v. aussi Y. Clot, *Le travail à cœur, pour en finir avec les risques psychosociaux*, éd. La Découverte 2010.

(24) Dès lors que le contrôle respecte les droits des personnes - pas le contrôle du temps par géolocalisation, même pour un salarié aux 35 heures (Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18036, Dr. Ouv. 2012 p. 153, n. S. Baradel et P. Masanovic).

(25) J. Barthélémy, « Le forfait-jours exige un degré élevé d'autonomie », entretien avec la SSL n° 279, 2-15 juin 2011, p. 8.

protectrice du droit communautaire impose pareillement une telle approche. Un arrêt du 23 septembre 2009 (26), cité au rapport annuel de la Cour de cassation et rappelé par le rapport du conseiller Ballouhey sur l'arrêt du 29 juin 2011, relevait que la loi (art. L. 3121-48) ne soustrait nullement les conventions de forfait aux règles de preuve du temps de travail (art. L. 3171-4). La mécanique prévue pour la preuve des heures supplémentaires, la preuve dite partagée, vaut pour déterminer l'existence et le nombre de jours travaillés, ou encore le dépassement du nombre de jours prévus dans la convention de forfait. La jurisprudence est bien établie sur ce point (27). Un arrêt du 11 janvier 2011 (28) estime que les juges n'ont pas à attacher plus d'importance au silence de l'entretien annuel sur une surcharge qu'au décompte établi sous forme de tableau par une salariée à l'appui de la preuve d'un dépassement du forfait.

Le temps doit être mesuré (29). La directive parle ainsi, à propos du « repos suffisant » auquel a droit tout travailleur, de périodes dont la durée est exprimée en unités de temps.

En droit communautaire, les éléments caractéristiques de la notion de temps de travail renvoient au fait que le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses fonctions (29 bis). L'obligation d'être présent et disponible suffit, même si l'intensité de l'activité varie. D'où l'inclusion bien connue des périodes de garde sur le lieu de travail (30), d'où l'obligation de compter toutes les heures des systèmes d'équivalence pour vérifier que les durées maximales et les temps de repos sont respectés (31).

La Chambre sociale en a tiré une conséquence sur l'amplitude journalière de travail, qu'elle définit comme « le temps séparant la prise de poste de sa fin », et qui ne doit pas excéder 13 heures (c'est-à-dire 24 moins 11) (32).

Le 29 juin 2011 (33), elle a précisé qu'un système d'équivalences (il s'agissait d'un éducateur spécialisé) doit respecter le temps de pause après six heures de travail

effectif, permanence nocturne comprise : interprétation conforme aux directives de 1993 et 2003 de l'article L. 3121-33.

Mais la mesure du temps n'est pas seulement un problème de contrôle : c'est de prévention des risques qu'il s'agit.

B. Assurer l'effectivité de la protection

Parce que le droit européen (les directives) impose aux droits nationaux de rattacher la réglementation du temps de travail à la protection de la santé du travailleur, il introduit une exigence d'effectivité.

1. Retour sur la finalité

L'on ne peut que citer l'arrêt *Jaeger* (34) : « *Compte tenu de l'objectif essentiel de la directive 2003/88, qui est de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs, chacun de ceux-ci 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.* »

Le principe d'effectivité est au cœur du droit européen. Des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », nous a dit la Cour de Strasbourg à propos de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, dans l'affaire *Airey* (35). Des périodes de repos qui doivent être effectives, précise la Cour de Luxembourg.

2. Effectivité des droits et prévention sont indissociables

Des membres éminents de la Chambre sociale ont écrit sur l'exigence d'effectivité du droit dans le domaine de la santé au travail (36). Et la Cour de cassation l'inscrit dans

(26) Soc. 23 sept. 2009, n° 08-41377. Le rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, p. 336, parle du « régime de preuve équilibré » du temps de travail.

(27) Soc. 4 mai 2011, 09-71003.

(28) Soc. 11 janv. 2011, 09-65415, arrêt de cassation.

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

(29 bis) Directive 2003/88 du 4 nov. 2003, article 2 § 1 : « *Toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales.* »

(30) Arrêt *SIMAP* du 3 oct. 2000, aff. C-303/98, Dr. Ouv. 2000 p. 505, n. M. Bonnechère.

(31) Arrêt *Dellas* du 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, Dr. Ouv. 2006 p. 364, n. M. Bonnechère.

(32) Soc. 23 sept. 2009 n° 07-44226.

(33) C'est un autre arrêt du 29 juin 2011, n°10-14743.

(34) Cour de Justice CE 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-152/02, pt 92 de l'arrêt. V. aussi l'arrêt *Commission c/ Royaume-Uni* précité, point 41.

(35) Cour européenne des droits de l'Homme, *Airey c/Irlande*, 9 oct. 1979, spéc. pt 24.

(36) V. P. Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », JCP (S) 2006, J. n° 1278 ; M. Blatman, « L'obligation de sécurité, actualité de la jurisprudence », rapport à la journée annuelle de l'Association française de droit du travail (Santé et charge de travail), 10 déc. 2010, à lire sur www.afdt-asso.fr

ses arrêts relatifs à l'obligation de sécurité de résultat (37). Elle va dans ce sens en sanctionnant le non-respect des accords collectifs mais, indépendamment de leur contenu ou de leur existence, s'impose l'obligation d'évaluation de la charge de travail.

a. L'importance du revirement jurisprudentiel sur la sanction du non-respect des dispositions conventionnelles concernant le suivi de la charge de travail des salariés en forfait-jours est claire. Dans son arrêt *Castorama* du 13 janvier 2010 (38), la Chambre sociale avait considéré que le comportement de l'employeur ne mettait pas en cause la validité de la convention de forfait, tout en ouvrant droit à des dommages et intérêts au profit du salarié. L'arrêt du 29 juin 2011 pose en principe que l'inobservation par l'employeur des stipulations de l'accord collectif, dont le respect est « *de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* », doit conduire le juge à déduire que la convention de forfait en jours est « *privée d'effet* ». Le salarié peut alors prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

b. L'obligation d'évaluation, premier apport du droit communautaire, inclut dans son champ d'application le temps de travail.

Nous sommes évidemment dans le domaine de l'obligation de sécurité, laquelle passe d'abord, selon la directive 89/391, par **l'évaluation des risques**, élément majeur de la norme.

L'évaluation lors de l'entretien annuel visé par la loi du 20 août 2008 ne concerne pas sérieusement dans la pratique la charge de travail, on l'a dit. Il n'en irait différemment qu'en remettant en cause un aspect du « *management par objectif* » : la gestion par les compétences (savoir gérer une situation), qui intègre le comportement dans les critères d'appréciation. A Renault Guyancourt l'on parle de loyauté, et la culture de l'engagement ou même du « *surengagement* » est d'actualité.

L'accord-cadre européen sur le stress (39) vise, parmi les facteurs d'identification des problèmes de stress au travail, l'aménagement du temps de travail et la charge de travail, ce que l'accord national interprofessionnel du

2 juillet 2008 (40) traduit par « *charge de travail réelle manifestement excessive* » résultant de dépassements excessifs et systématiques d'horaires et aussi d'une « *mise sous pression systématique qui ne doit pas constituer un mode de management* ». Suit un paragraphe indigent sur la responsabilité des employeurs et des travailleurs et un coup de chapeau au rôle du médecin du travail.

Le stress découlant de l'organisation du travail est aussi visé comme pouvant conduire à des situations de harcèlement et de violence au travail par les accords sur ces questions (41).

S'agissant de la prévention des risques liés à la charge de travail, le droit communautaire est devenu du droit interne. Les principes généraux de prévention découlant de la directive 89/391 sont énoncés à l'article L. 4121-2 du Code du travail. « *Éviter les risques. Évaluer les risques. Adapter le travail à l'homme. Planifier la prévention en y intégrant dans un ensemble cohérent notamment l'organisation du travail* », donc l'aménagement du temps.

L'inspection du travail a un rôle important à jouer, le document unique d'évaluation doit être tenu notamment à sa disposition. L'on est pleinement dans la problématique du rapport 2010 de l'Inspection du travail (rapport *Catala*) sur France Telecom (42). C'est-à-dire que l'on est renvoyé aux alertes éventuelles des médecins du travail, du CHSCT, lesquelles, si elles sont systématiquement ignorées, traduisent la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité imposée par la loi, exposant directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessure. Le dossier du Techno-centre de Renault est hélas là pour le prouver. N'oublions pas que le directeur départemental, sur rapport de l'inspecteur, peut aussi procéder par mise en demeure de respecter les principes généraux de prévention, donc imposer l'évaluation (article L. 4721-1 du Code du travail).

Qu'en est-il des possibilités d'invocation des normes européennes et si besoin de saisine d'un juge ? J'envisagerai la question en droit communautaire, n'évoquant l'applicabilité des instruments du Conseil de l'Europe que dans la deuxième partie (II).

(37) Citons le rapport 2006 de la Cour de cassation : « *L'arrêt majeur est celui du 28 février 2006 (Bull., V, n° 87 ; JCP (S) 2006.1278) énonçant que "L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité". D'autres arrêts ont été dans le même sens, comme celui du 20 septembre 2006 (pourvoi n° 05-42 925), du 28 novembre 2006 (pourvoi n° 04-47.621) ou du 13 décembre 2006 (pourvoi n° 05-44 580)* ».

(38) 10 janv. 2010, 08-43201.

(39) Accord cadre européen sur le stress au travail du 8 oct. 2004, appartenant à la catégorie des accords dits volontaires ou « *autonomes* », c'est-à-dire n'ayant pas été transformés en norme communautaire par une directive, et devant être mis en

œuvre grâce au relais de la négociation collective au plan de chaque Etat membre.

(40) ANI étendu par arrêté du 23 avr. 2009.

(41) Accord-cadre européen du 26 avr. 2007 sur la harcèlement et la violence au travail, qu'ont voulu transposer les signataires de l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 (étendu par arrêté du 23 juill. 2010). Selon ce dernier accord, « *les phénomènes de stress lorsqu'ils découlent de facteurs tenant à l'organisation du travail, l'environnement de travail ou une mauvaise communication dans l'entreprise, peuvent conduire à des situations de harcèlement et de violence au travail plus difficiles à identifier* ».

(42) Rapport du 4 févr. 2010 transmis au Parquet sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, consultable notamment sur observatoiredustressif.org.

C. L'invocation du droit communautaire par les salariés

La question de l'invocabilité tant de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (« *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail...* ») que des directives d'harmonisation se pose concrètement. Deux types de normes sont en cause : les données des problèmes à résoudre ne sont pas les mêmes.

1. Droits fondamentaux, Charte de l'Union européenne : un combat juridique

Que des droits fondamentaux soient en cause ne résulte pas seulement de leur place dans la Charte de l'Union, mais du rattachement à la dignité du travailleur, du fondement évoqué de la directive. Les avocats généraux de la Cour de justice sont d'accord là-dessus (43).

De cette qualification de droits fondamentaux, tout devrait découler. Selon la phrase lumineuse de François Rigaux « *la seule suprématie compatible avec la protection des droits fondamentaux est celle de la règle de droit* » d'où, nécessairement, « *le rôle d'acteurs multiples appartenant à des ordres juridiques différents* ». D'où la voie inéluctable de l'**interprétation intertextuelle** des normes. D'où leur **justiciabilité**.

La justiciabilité est la possibilité de demander à un juge de tirer des conséquences de la règle de droit. Il le peut et il le fait avec l'interprétation conforme, laquelle est fondée sur la **primauté** du droit communautaire. Justiciabilité objective, d'interprétation et de contrôle, disait Guy Braibant à propos des principes contenus dans la Charte : celle qu'a retenue l'arrêt du 29 juin.

L'invocabilité ou l'applicabilité directe, c'est un degré supérieur dans la justiciabilité. Celle-ci devient subjective : des droits individuels en dépendent.

L'enjeu est fondamental : les salariés peuvent-ils se prévaloir devant le juge national des droits fondamentaux qu'ils tirent de la Charte ? (on verra pour la directive).

La Charte de l'Union européenne a, depuis le traité de Lisbonne, rang de droit primaire, le même rang que le traité. L'article 31 exprime un impératif clair, susceptible d'application en l'état. Les critères habituels de

l'applicabilité directe d'une disposition d'un traité (rédaction, « autosuffisance » du texte) sont réunis. L'étendue de sa justiciabilité reste à approfondir. Terme optimiste, car des conclusions très rigides, négatives, ont été exprimées par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire 282/10 (44). S'attachant à la lettre de l'article 51 de la Charte, aux termes duquel celle-ci s'applique aux institutions de l'Union et aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ces conclusions qualifient les particuliers de tiers, non de destinataires (45) ! Les seules atteintes envisageables aux droits fondamentaux proclamés par la Charte émaneraient des États ne garantissant pas dans leur réglementation des conditions de travail justes et équitables. L'arrêt du 24 janvier 2012 ne mentionne la Charte à aucun moment... Un arrêt rendu le 22 novembre 2011 par la CJUE (46) visait pourtant l'article 31 de la Charte comme critère de contrôle d'une convention collective sur les congés payés, en des termes plus encourageants.

Il faut se situer sur le terrain d'un combat juridique (47). Le point de départ en est l'arrêt *Simmenthal* (47 bis) : « *Tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale* ». C'est le principe de la protection juridictionnelle effective, souvent rappelé par les juristes de la Commission devant la Cour.

2. Des directives aux principes

a) Des droits reconnus, sans effet direct « horizontal »

S'agissant des directives, les juges font partie des autorités de l'État redevables du résultat à atteindre. La Cour de justice elle-même, à propos du bénéfice effectif d'une limite à la durée maximale du travail, parle « *d'un droit social directement conféré par la directive au travailleur, partie faible du contrat* » (48). Mais elle s'en tient à la jurisprudence *Facini Dori* de 1994 (49). Une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier. Traduction : elle ne peut être invoquée en tant que telle à l'encontre d'un employeur. A moins que cet employeur ne soit soumis au contrôle de l'État, ou dispose de pouvoirs exorbitants par rapport aux

(43) On le constate aussi bien dans les conclusions de M. Tizzano du 8 févr. 2001 sur l'affaire *Bectu* (CJCE 16 juin 2001, aff. C-173/199) que dans celles de Mme Trstenjak du 8 sept. 2011, dans l'affaire C-282/10.

(44) Dans cette affaire C. 282/10, l'arrêt, sollicité par question préjudicielle de la Cour de cassation, a été rendu le 24 janvier 2012 (v. *infra*, II)

(45) Soulignons la confusion d'une telle analyse : il serait exact de dire que les États sont destinataires d'une directive, mais nous parlons de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

(46) CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-241/10, pt 37 : « *Le droit au congé annuel payé revêt, en sa qualité de principe du droit social de l'Union, non seulement une importance particulière, ainsi qu'il*

a été relevé au point 23 du présent arrêt, mais il est aussi expressément consacré à l'article 31, § 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, TUE reconnaît la même valeur juridique que les traités », à paraître au Dr. Ouv. 2012, comm. V. Lacoste-Mary.

(47) *Au cœur des combats juridiques*, dir. E. Dockès, Dalloz, thèses et commentaires, 2007.

(47 bis) 9 mars 1978, C-106/77.

(48) CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01, § 82, Dr. Ouv. 2004 p. 575, n. M. Bonnechère.

(49) CJCE 16 juill. 1994, *Paola Facini Dori*, aff. C-91/92, Dr. Ouv. 1995.37, n. M. Bonnechère.

relations entre particuliers (50). L'invocabilité dite verticale permettra alors de préserver le droit reconnu au salarié, la disposition nationale contraire devant alors être écartée. Ce fut possible pour Mme Foster, employée de British Gas, en 1990 (50 bis), cela ne le serait plus après la privatisation. Et M. Fub, un pompier de la ville allemande de Halle, a pu se prévaloir de l'article 6 b de la directive 2003/88 pour mettre en cause une mesure de mutation forcée ayant pour origine sa demande de respect de la durée maximale hebdomadaire fixée par cet article (51).

Les mécanismes censés compenser cette absence d'effet direct horizontal sont désormais (52) bien connus : l'obligation d'interprétation conforme (53), sous réserve qu'elle ne devienne pas *contra legem* (sécurité juridique oblige), mais plus exigeante lorsque sont en cause des droits fondamentaux et l'action en responsabilité contre l'État auteur de la mauvaise transposition, ce qui renvoie au préjudice et au lien de causalité (54)

La distinction suggérée par les avocats généraux Colomer dans l'affaire *Pfeiffer*, et Blot, dans l'affaire *Kucukdeveci* (55), entre un effet direct créateur d'obligations pour le particulier employeur et un effet direct d'exclusion du droit national contraire n'a jamais été reprise par la Cour dans le cadre d'un litige « horizontal ». Et l'arrêt *Maribel Dominguez* du 24 janvier 2012 est d'un classicisme remarquable à cet égard (55 bis).

b) Les principes, minimum intangible invocable

La situation actuelle met en évidence le rôle déterminant des principes du droit communautaire, mais il y a principes et principes... Historiquement d'abord, les principes généraux du droit communautaire, qui traduisent les principes fondamentaux de l'Union et de

ses États membres, ont servi à partir des années 1970 (56) de canal, de voie de pénétration des droits fondamentaux dans le droit communautaire. Puisés dans les traditions constitutionnelles communes des États et les instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'Homme, ils priment sur le droit dérivé.

Certains principes sont « concrétisés » par une directive, qui ne les consacre pas elle-même ; le juge, saisi d'un litige entre particuliers, doit garantir le plein effet du principe, toute disposition contraire de la réglementation nationale entrant dans le champ du droit communautaire devant être écartée. On sait que la Cour de justice a ainsi admis l'effet direct d'éviction du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, concrétisé par la directive 2000/78 (57), application du principe général d'égalité de traitement. La Chambre sociale s'est conformée à cette jurisprudence dans des arrêts de mai 2010 (58).

Le droit à une limitation de la durée du travail relève sans doute (la Cour de justice ne s'est pas prononcée) d'un principe général du droit communautaire concrétisé par la directive 2003/88. Il est en effet consacré, outre la Charte de l'UE citée, par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 24 (59), et l'article 7 d du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDES) de 1966 (60). La Charte UE vise la limitation de la durée maximale, tandis que le PIDES parle de limitation raisonnable de la durée du travail et la Charte sociale européenne de fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire. Le même raisonnement doit concerner le droit aux congés payés, sachant toutefois que la Cour de justice parle d'un « *principe de droit social de l'Union revêtant une importance particulière* » (61). Il reste à obtenir aussi que

(50) CJCE 4 déc. 1997, *Kampelmann*, aff. 253/96 : la directive non ou mal transposée peut être invoquée « à l'encontre de l'État et de tout organisme ou entité soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers ».

(50 bis) CJCE 12 juillet 1990, C 188/89.

(51) CJCE 14 oct. 2010, C-243/09, *Günter Fub*.

(52) Ce n'était pas encore tout à fait le cas lorsque le Syndicat des avocats de France organisa (6 déc. 1999) un colloque sur *Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social*, cf. M. Bonnechère, « De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. Ouv. 2000 p. 84.

(53) CJCE 10 avr. 1984, *Von Colson*, aff. 14/83 ; CJCE 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89 ; CJCE 16 juill. 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling SA*.

(54) L'origine est la jurisprudence *Francovich* (CJCE 19 nov. 1991, 6/90). Sur l'ensemble, lire D. Simon, « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou inflexion ? », Europe, 2010 étude 3.

(55) CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, Dr. Ouv. 2010.217, n. M. Bonnechère, précité, à propos du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, principe général du droit communautaire concrétisé par la directive 2000/78 du 27 nov. 2000.

(55 bis) L'arrêt 282/10 du 24 janv. 2012 (v. *infra*, note 105) cite la jurisprudence *Francovich*.

(56) CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, aff.11/70.

(57) V. note 55

(58) Soc. 11 mai 2010, 08-43681, Dr. Ouv. 2011 p. 225 : « la Cour d'appel, qui devait appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union... », et Soc. 11 mai 2011, 08-45307.

(59) Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 24 : « Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques ».

(60) Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966, article 7 : « les États parties au présent pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables qui assurent notamment... d) le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques ».

(61) V. les arrêts du 26 juin 2001, C-173/99, Dr. Ouv. 2002 p. 85 ; du 16 mars 2006, *Robinson-Steele e.a.*, C-131/04 et C-257/04, Dr. Ouv. 2006 p. 365 ; du 20 janv. 2009, C-350/06 et C-520/06, Dr. Ouv. 2009 p. 351 ; du 10 sept. 2009, *Vicente Pereda*, C-277/08. L'arrêt du 12 janvier 2012 (C 282/10) n'a pas innové.

le principe d'adaptation du travail à l'homme soit affirmé comme un principe général du droit de l'Union (62).

En l'état des solutions, l'invocation d'un droit social fondamental semble bien devoir passer par les principes généraux. Relevons qu'il en va différemment pour les droits attachés à la libre circulation des travailleurs parce qu'elle est inscrite dans le Traité **indépendamment** de la Charte. C'est toute la force de la jurisprudence *Walrave* (63).

Reste tout de même à savoir si le traité de Lisbonne n'est pas susceptible de modifier la lecture des restrictions résultant de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*supra*). Certes l'article 6 du traité sur l'Union européenne, tout en affirmant que « la Charte a la même valeur juridique que les traités », renvoie pour son interprétation au titre VII de la Charte, dans lequel figure l'article 51, mais ceci ne devrait pas faire obstacle à l'effet direct, tant horizontal que vertical, des dispositions claires et inconditionnelles de cet instrument, en tant que ses dispositions ont acquis la même force juridique que celles du traité. L'on se rappelle, par exemple, l'effet direct de l'ancien article 119 du traité

admis par l'arrêt *Defrenne* (64). Une incertitude résulte toutefois de la portée que donnera la Cour de justice au champ de la « mise en œuvre » du droit de l'Union : la protection des droits fondamentaux sur la base du droit de l'Union dans un contentieux, y compris la Charte, ne joue que si la situation en cause relève du champ d'application du droit communautaire, rappelle la doctrine (64 bis).

La Communauté économique européenne a été voulue comme un marché ; les libertés économiques de circulation sont les libertés fondamentales dans le traité. La Charte des droits fondamentaux de décembre 2000, et les références à cet instrument enfin opérées par la Cour de justice, représentent un changement majeur. A condition que les citoyens de l'Union, et plus largement les travailleurs, ne soient pas considérés comme des tiers. A condition aussi que citoyens et travailleurs demandent quelque chose au droit communautaire et que les juges nationaux en tirent toutes les conséquences.

Cette demande de droits s'exprime plus souvent peut-être sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'Homme ou de la Charte sociale européenne. D'autres combats se profilent.

II. Temps de travail et respect de la vie privée et familiale : où la finalité du droit rejoint la substance

Comme le dit l'accord national interprofessionnel de 1975 (65), le respect des exigences de la santé des salariés est une condition nécessaire au développement de leur personnalité

L'on rejoint naturellement le droit au respect de la vie privée et familiale. L'arrêt du 29 juin 2011 sur le forfait-jours est présenté comme une illustration de la « montée en puissance » du contrôle de la conventionalité des lois (66). Il est certain que le visa de trois chartes européennes, de l'article 151 du traité et des directives sur le temps de travail est assez retentissant, malgré les limites de ses conséquences concrètes (67).

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, spécialement en son article 8, est la grande absente de l'arrêt du 29 juin. Pourtant, la pertinence du recours à l'article 8 s'impose comme une (redoutable) évidence pour assurer la protection du droit au repos, la garantie du respect des durées maximales du travail (A). Mais l'idée d'une concordance des temps n'est pas absente de la directive communautaire telle que l'interprète la Cour de justice, malgré le fameux « opt out ». De nombreux « ajustements » sont en cours dans la jurisprudence française : l'on tentera d'aller au bout de la logique des droits fondamentaux en cause (B).

(62) Le statut des autres principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs encadrant les dérogations autorisées par la directive 2003/88 est pareillement incertain - à tout le moins devraient-ils conditionner la validité des accords collectifs dérogatoires.

(63) CJCE 12 déc. 1974, *Walrave*, aff. 36/71 § 16 : « Attendu que les articles 7, 48 et 59 (du traité) ont en commun de prohiber dans leurs domaines respectifs toutes discriminations exercées en raison de la nationalité ; § 17 que la prohibition de ces discriminations s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler de façon collective le travail salarié et les prestations de services ».

(64) CJCE 8 avr. 1976, *Defrenne*, aff. 43/75.

(64 bis) D. Simon, note sous CJCE 1^{er} mars 2011, aff. C-457/09, Europe 2011, com. 154 ; v. J. Porta, « L'applicabilité des droits fondamentaux dans l'Union européenne » RDT 2011.590. A noter que le Conseil d'Etat exclut l'invocation de la Charte de l'Union pour contester un acte qui ne met pas en oeuvre le droit de l'Union, CE 24 février 2011, n° 340122.

(65) ANI du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail étendu avec ses avenants par arrêté du 12 nov. 1996.

(66) V. not. M.F. Mazars, in M.F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours, « Pot pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, santé et validité des forfaits-jours » RDT 2011, 481.

(67) « Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires », Dr. Ouv. 2011 p. 723, prec.

A. Pertinence de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

1. La substance du droit au respect de la vie privée et familiale

La notion de vie privée, nous dit la Cour européenne des droits de l'Homme (68), n'est pas susceptible de définition exhaustive, mais recouvre « *l'intégrité physique et morale de la personne* ». Elle peut englober le droit au développement personnel, ou le droit à l'autodétermination d'une personne, son droit de nouer des relations sociales. Contrairement à ce que l'on dit souvent, il n'est pas sûr que le concept de vie personnelle de la Chambre sociale ait un champ plus étendu.

On a parlé (Alain Supiot) de l'émergence d'un principe de concordance des temps, découlant du principe général d'adaptation du travail à l'homme. Les psychologues du travail évoquent quant à eux l'absence d'étanchéité entre l'engagement subjectif au travail et dans l'espace familial et privé. C'est vrai pour le polytechnicien en forfaits-jours que son épouse trouve à 4 heures du matin devant son ordinateur, comme pour la femme de service qui ne parvient pas à équilibrer les temps dont elle a besoin pour sa famille et ses heures de travail.

2. La justiciabilité de l'article 8

De nouveau doit être examinée la justiciabilité des droits garantis. A rappeler d'abord, sans la développer, l'obligation d'agir pour l'État (qui recoupe celle de la directive, faisant de l'État le garant du résultat imparti). Des obligations « positives » nées de la Convention EDH pèsent sur les États (69). Les normes de l'OIT créent aussi de telles obligations, comme le soulignent les experts. L'on peut rapprocher ces obligations des remarques exprimées par la commission d'experts sur l'application des conventions : le gouvernement français, en autorisant des dérogations au repos dominical, doit garantir le volontariat (69 bis).

a) Devant la Cour EDH : quels recours ?

Devant la Cour EDH, c'est exclusivement la responsabilité internationale de l'État qui est en jeu. Mais question préliminaire : si l'ingérence de l'État, au travers d'une législation ne garantissant pas l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, peut être dénoncée devant la Cour de Strasbourg, une organisation syndicale représentative peut-elle déposer une requête devant la Cour ? Des commentaires ont fait état d'une action de la CFE-CGC. Ce fut effectivement le cas, il y a bientôt 10 ans,

pour contester la réglementation alors en vigueur des forfaits-jours, mais un comité de trois juges de la Cour a déclaré irrecevable, le 8 juillet 2002, la requête sur le fondement de l'article 35 de la Convention. Car si l'article 34 permet les requêtes individuelles d'ONG ou « *groupes de particuliers* », c'est à la condition que le requérant ait subi un préjudice, qualifié même d'« *important* », comme victime. Certes, la notion de victime est une notion autonome, et la Cour accepte exceptionnellement des requêtes de victimes indirectes ou potentielles, mais il doit exister un lien entre le requérant et le préjudice et, comme le dit un arrêt *Ligue des Musulmans de Suisse* du 28 juin 2011 (70), la Convention EDH n'envisage pas l'*actio popularis* visant l'interprétation des droits reconnus. La CFE-CGC n'a pas déposé de nouvelle requête, et cette situation au regard de la Convention est un élément qui a sans doute incité les organisations syndicales ou ONG à se tourner vers la procédure de réclamation collective devant le Comité européen des droits sociaux de la Charte du Conseil de l'Europe.

Si recours il doit y avoir, notamment sur le forfait-jours, il devra donc émaner d'un cadre directement concerné, après épuisement des recours internes. Le requérant devra se prévaloir d'une insuffisante mise en balance par les juridictions nationales des intérêts légitimes de son employeur et du respect de son droit à une vie privée et familiale.

S'agissant de cet effet horizontal, clairement admis, de l'article 8, le contrôle de proportionnalité ne recherche pas, comme dans une action visant l'État, un équilibre entre l'intérêt général et un intérêt individuel, mais une prise en compte équilibrée des intérêts privés et des droits des parties. Dans la démarche de l'arrêt *Schüth* précité, le juge national doit préciser les éléments pris en considération lors de la mise en balance des intérêts. Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly parlent à ce propos de « *proportionnalité privatisée* », évoquant la promotion d'une forme rudimentaire d'Europe sociale (70 bis). Il appartient donc au juge de réfléchir à ce que sont les intérêts du salarié en fonction de la substance du droit au respect de sa vie privée et familiale.

Face à cette jurisprudence européenne, étonnant est l'arrêt du 3 novembre 2011 (71) à propos des horaires modifiés d'une femme de service, posant comme limite au pouvoir de direction concernant la répartition du travail sur la journée l'atteinte excessive au droit du salarié au

(68) Cour EDH, 23 sept. 2010, req. 1620/03 §53, *Schüth* (licenciement d'un organiste, ayant une liaison extraconjugale, par sa paroisse catholique).

(69) S'agissant des droits sociaux l'article de référence est celui de F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », RTDH 2003.755.

(69 bis) Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT, 100^e session, 2011.

(70) Cour européenne des droits de l'Homme, 28 juin 2011, *Ligue des Musulmans de Suisse* (66274/09).

(70 bis) J.P. Marguénaud et J. Mouly, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, D. 23 juin 2011 p. 1637.

(71) P. n° 10-14702.

respect de sa vie personnelle et familiale ou a son droit au repos. L'article 8 n'est pas visé. Il aurait dû conduire à une interrogation sur la substance du droit : toute atteinte à celle-ci est une violation.

b) Devant la Cour de cassation

Au plan interne, donc, le visa de l'article 8 dans l'arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999 (72) a marqué l'intervention de la Convention européenne dans le champ du contrat de travail. Que l'on parle d'applicabilité, d'invocabilité, d'effet direct, ils ne sont pas discutables. L'on relève pourtant, sauf démonstration contraire, une réticence de la Chambre sociale à se fonder sur l'article 8, et une préférence pour l'article 9 du Code civil ou l'article L. 1121-1 du Code du travail, complétés par le recours à la bonne foi contractuelle.

Interpréter l'article L. 1121-1 à la lumière de la directive 89/391 et de l'article 8 de la Convention EDH : beau programme ! Mais l'article 8 lui-même est un fondement susceptible d'invalider, sous réserve du contrôle de proportionnalité évoqué, des conventions de forfait faisant obstacle au respect de la vie privée et familiale, voire des stipulations d'accords collectifs n'assurant pas les garanties nécessaires.

Sur le plan strictement technique, cette approche est plus sûre que la mobilisation de la Charte sociale européenne.

c) La souhaitable, mais difficile, mobilisation de la Charte sociale européenne

Tant la Charte sociale européenne, adoptée à Turin le 18 octobre 1961, que la même Charte révisée, établie à Strasbourg le 3 mai 1996 (73), comportent un article 2 relatif au « droit à des conditions de travail équitables », qui stipule : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les parties s'engagent : 1) à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent... ». Il peut sembler logique d'invoquer, plutôt que l'article 8 de la Convention EDH, les dispositions de cette Charte du Conseil de l'Europe, ayant vocation à garantir les droits sociaux fondamentaux.

La Charte sociale européenne n'est pas une proclamation, elle a la qualité d'un traité international (74), ayant, en vertu de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois. Cette primauté n'est pas contestée et elle fonde certainement l'obligation pour le juge national d'interpréter la loi française sans contredire la Charte sociale européenne.

Cette primauté vaut pour la portée que donne à ses dispositions son organe de contrôle, le CEDS, qui n'est pas une juridiction tranchant des litiges, mais se prononce depuis 1995 (74 bis) sur des réclamations collectives, comme celle de la CFE-CGC ayant donné lieu à la décision du 23 juin 2010 sur les forfaits-jours et les astreintes. Le problème est l'absence de sanction accompagnant ces décisions. C'est donc le domaine de la bonne volonté de l'État (J.-F. Akandji-Kombé).

Lorsque la Charte est invoquée devant les juridictions françaises, et elle l'est, se pose sérieusement la question de la justiciabilité des droits sociaux. La question de l'effet direct est jusqu'à présent tranchée de façon négative en jurisprudence.

Le Conseil d'État semble avoir admis la justiciabilité normative de la Charte en confrontant (il est vrai d'une manière lapidaire) à l'article 24 b l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat nouvelles embauches (75). Par contre, il maintient que les dispositions de la Charte « ne produisent pas d'effet direct à l'égard des nationaux des États contractants » (76).

De son côté, la Cour de cassation, dont on dit qu'elle a contrôlé « la conventionalité de la loi du 20 août 2008 et ses règles relatives à la représentativité syndicale » (77), entretient un certain brouillard. L'on constate que, tout en faisant référence aux articles 5 et 6 de la Charte consacrant la liberté syndicale et le droit de négociation collective, la Chambre sociale vise également les conventions 98 et 135 de l'OIT, ainsi que l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (78). D'autre part, et surtout, ces arrêts n'ont pas tranché le problème de l'invocabilité directe de la Charte à l'appui de la protection d'un droit subjectif. La multiplicité des visas dans l'arrêt du 29 juin correspond à une approche très

(72) Soc. 12 janvier 1999, n° 96-40755, *Speelers*, Dr. Ouv. 2000 p. 254, n. P. Moussy.

(73) Ce sont deux instruments distincts, ratifiés par la France respectivement le 9 mars 1973 et le 7 mai 1999.

(74) J.-F. Akandji-Kombé, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011, p. 233.

(74 bis) Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 nov. 1996 prévoyant un système de réclamations collectives, ratifié par la France le 7 mai 1999.

(75) CE 19 oct. 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 75, n. G. Koubi. L'arrêt affirme que les syndicats requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée méconnaîtrait les dispositions de l'art. 24. Il n'y a, contrairement à ce qu'il en est pour l'art. 4 de la convention 158 de l'OIT, aucune motivation.

(76) Déjà CE 20 avr. 1984, *Valton*, rec. 148 ; et plus récemment CE 23 déc. 2010, *Association Aides et autres*, req. n° 335738 et CE 24 août 2011, n° 332876.

(77) S. Laulom, « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens », RDT mai 2011, p. 298, spec. p. 304 ; J.-F. Akandji-Kombé, loc. cit.

(78) Soc. 14 avr. 2010, n° 09-42064, Dr. Ouv. 2010 p. 417, n. A. Braun et P. Rennes, n. M.-F. Bied-Charretton.

riche juridiquement (*v. supra*), mais elle a un revers : elle contourne la question de l'effet direct en droit interne.

La gêne de la Chambre sociale est illustrée par les propos de certains de ses membres éminents, faisant référence dans un commentaire de l'arrêt du 29 juin (79) à une « *difficulté supplémentaire* » qui résulterait de l'article 1^{er}, partie V de la Charte sociale européenne. Selon ce texte, relatif à la mise en œuvre des engagements souscrits, « *les engagements découlant des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de l'article 2 (...) seront considérés comme remplis dès lors que ces dispositions seront appliquées, conformément au paragraphe 1 du présent article, à la grande majorité des travailleurs* ». Ces directives, destinées à guider le Comité européen des droits sociaux lorsqu'il examine, sur la base des rapports des États parties ou des réclamations collectives qui lui sont présentées (80), la conformité d'une législation et d'une pratique nationales, n'ont aucune pertinence dans le contexte d'un litige individuel.

Par contre, n'envisager, comme le font les auteurs, la prise en compte d'une décision du Comité européen des droits sociaux (81) que parce qu'elle constitue (« pour le moins ») un « *fait juridique* » (82) suscite l'étonnement. L'on sait que l'arrêt *Bluegreen* (83) avait été interprété comme tenant compte implicitement des décisions du CEDS. L'on peut se demander si, 50 ans après l'adoption de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation française ne pourrait s'inspirer de la pratique des Cours européennes prenant en compte expressément les règles de protection des droits fondamentaux issues d'un autre ordre juridique en situant leur interprétation dans le prolongement de celle de l'autre Cour ou de l'organe de contrôle, citation à l'appui (84). En appuyant son interprétation sur les décisions du CEDS, la Cour de cassation ne ferait que donner tout son sens à la ratification de la Charte par la France (85).

d) Deux repères pourtant me paraissent s'imposer. D'abord l'évolution de la jurisprudence concernant la Convention sur les droits de l'enfant. A partir d'arrêts du 18 mai 2005, le fait que la Convention parle d'engagement des États (comme la Charte) n'a plus été considéré

comme un élément rédactionnel et juridique s'opposant à l'effet direct. Ensuite, la prise de position remarquable de la Chambre sociale sur l'article 6 du PIDES, appliqué directement, sur la base d'un moyen relevé d'office dans son arrêt du 16 décembre 2008 (86).

Mis ainsi en perspective, l'arrêt du 29 juin 2011 sur le forfait en jours apparaît comme une occasion manquée de donner une portée d'effet direct au principe d'une durée raisonnable du travail inscrit dans la Charte sociale européenne, et de faire intervenir l'article 8 de la Convention EDH dans le champ de la durée du travail.

B. Respect de la vie privée et familiale et concordance des temps : quelles orientations s'imposent ?

Sur des points concrets, est à souligner la nécessité de conjuguer la directive 2003/88 avec l'article 8. Seront évoqués le problème de la prévisibilité du temps de travail s'appliquant au salarié, puis le rapport direct entre la limitation du temps de travail, le droit au repos et aux congés et le droit au respect de la vie privée et familiale.

1. Prévisibilité

Apparaît en premier lieu l'importance d'une consolidation de la jurisprudence sur la préservation des droits des salariés en cas de changement d'horaires. Des arrêts récents, rendus au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail et de l'article 1134 du Code civil, ont précisé notamment qu'une répartition nouvelle de l'horaire de travail ayant pour effet de priver le salarié du repos dominical constitue une modification du contrat de travail qu'il est en droit de refuser (87), qu'il en va de même pour le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu (88). L'on retrouve aussi l'arrêt précité du 3 novembre 2011, aux termes duquel « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». L'on retiendra la première partie de cet attendu de principe, en regrettant le qualificatif « *excessive* » (*v. supra*).

(79) M.F. Mazars et Ph. Flores, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », SSL n° 1499 du 4 juill. 2011 p. 5, spéc. p. 6.

(80) Dans le système de réclamations collectives mis en place par le protocole additionnel du 9 nov. 1995 et utilisé par la CFE-CGC et la CGT sur la question du forfait en jours.

(81) La première chambre civile (Civ. 1, 25 avr. 2006, n° 02-17344), citée par le commentaire, a parlé de « *fait juridique* » à propos des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU. La comparaison ne convainc pas, le CEDS étant l'organe compétent pour interpréter et contrôler l'application d'un instrument de protection des droits fondamentaux.

(82) Il s'agit de la décision du 23 juin 2010 sur réclamation de la CGT n° 52/2009. L'on sait que le CEDS n'est pas une juridiction, mais l'organe de contrôle désigné par la Charte sociale européenne, qu'il a qualité pour interpréter. Ses

décisions débouchent ou non sur une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

(83) Soc. 31 oct. 2007, n° 06-43876, rapport H. Gosselin, SSL 2007, n° 1327, Dr. Ouv. 2008 p. 146, n. K. Hamoudi.

(84) M. Bonnechère, « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe ? », préc.

(85) Il est arrivé au comité EDS d'inviter les juridictions nationales à se prononcer à la lumière des principes qu'il dégagait, ainsi dans sa décision du 15 mai 2003, *Confédération des entreprises suédoises*, recl. n° 12/2002, citée par J.F. Akandji-Kombé, loc. cit., p. 235.

(86) Soc. 16 déc. 2008, p. n° 05-40876, Dr. Ouv. 2009 p. 87, n. M. Bonnechère.

(87) Soc. 2 mars 2011, n° 09-43223.

(88) Soc. 3 nov. 2011, n° 10-30033.

La directive 2003/88 devrait être légèrement modifiée dans le cadre de sa révision prochaine : le salarié serait obligatoirement informé à l'avance de tout changement significatif apporté aux formules de travail. Les employeurs auraient l'obligation d'examiner les demandes de modification des heures et des formules de travail (réciprocité dans la flexibilité). Il faut bien dire que le droit de l'Union est peu contraignant. Selon la jurisprudence (89), le salarié doit être informé à l'embauche de ce qu'il devra effectuer des heures supplémentaires sur demande en vertu de la directive du 14 octobre 1991, mais il revient aux droits nationaux de préciser les conséquences d'un défaut d'information.

L'article 22 de la directive permet au salarié, si la législation nationale elle-même le permet (90), d'accepter le dépassement du maximum hebdomadaire fixé par la norme à 48 heures sur une période de 7 jours, ou en moyenne sur une période de référence ne pouvant excéder 4 mois. Cette clause dite de l' « opt out », permettant à la volonté individuelle supposée de mettre en échec une règle d'ordre public, n'implique-t-elle pas de donner inversement toute sa force au refus du travailleur d'effectuer des heures supplémentaires, et une évolution de la jurisprudence ?

Une autre jurisprudence à renforcer concerne l'incidence de l'introduction d'une modulation du temps de travail : « *Attendu que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié* » (91). La règle ainsi posée par la Chambre sociale s'inspire de l'article 8, et l'on regrettera que celui-ci ne soit pas visé. Cette constatation n'enlève rien à la contradiction, qui devra être soulignée, entre le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 le texte adopté le 31 janvier 2012 en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale comme article 40 d'une loi de simplification du droit disposant que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* » sauf pour l'introduction du temps partiel modulé.

2. Limitation du temps de travail

La limitation du temps de travail est seule susceptible de préserver d'autres temps, pour le repos et pour la vie personnelle et familiale. La protection de la santé du

travailleur, en garantissant son intégrité, rejoint cette finalité et fonde un des apports de l'arrêt du 29 juin 2011 : l'accord collectif autorisant les forfaits en jours doit assurer la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos.

a) Sur le respect des durées maximales, il faut donc reparler des forfaits-jours.

Selon la loi du 20 août 2008, le salarié « *qui le souhaite* » peut renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire sans qu'un accord collectif soit nécessaire. Un plafond légal de 235 jours encadre ce dépassement du plafond normal de 218 jours. Mais si accord collectif il y a, le plafond conventionnel peut aller théoriquement au-delà : jusqu'à 282 jours, selon le ministère du Travail, repos journaliers et hebdomadaires, jours fériés et de congés décomptés.

L'exclusion par la loi du bénéfice des durées maximales légales quotidiennes et hebdomadaires est-elle conforme aux conditions mises par la directive aux dérogations, qui sont d'interprétation stricte ? D'abord leur champ d'application : la directive ne se réfère pas seulement à l'impossible prédétermination de la durée du temps de travail (L. 3121-43), elle parle des « *caractéristiques particulières de l'activité exercée* ». Il faut le vérifier dans le contrat. Elle vise *notamment* le pouvoir de décision autonome, sans doute pas seulement sur l'emploi du temps. Les dérogations sont d'interprétation stricte (91 bis).

Mais, surtout, la directive impose le respect des principes généraux de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Et il est douteux que, sur ce point, la Cour de justice ait une analyse différente du Comité européen des droits sociaux, pour qui la limite théorique de 78 heures par semaine est manifestement trop longue pour pouvoir être qualifiée de raisonnable (au sens de la Charte sociale européenne).

La loi du 20 août 2008 a de plus supprimé l'ancien article L. 3121-49 qui, en cas de dépassement du plafond annuel fixé par la convention, faisait bénéficier le cadre d'un nombre de jours de repos égal au cours des trois premiers mois de l'année suivante. Il n'est pas sûr que cela contredise la lettre de la directive, qui n'impose de repos compensateur que pour une certaine catégorie de dérogations (art. 17, § 3). Mais une partie de la doctrine (92), à partir de l'arrêt *Jaeger* (93), et la Commission

(89) CJCE 8 févr. 2001, C-350/99, *Lange*, Dr. Ouv. 2001 p. 177, n. M. Bonnechère.

(90) En France, plusieurs décrets applicables aux praticiens hospitaliers ont mis en œuvre cette disposition depuis déc. 2002.

(91) Soc. 28 septembre 2010, 08-43161. V. aussi Soc. 28 sept. 2011, n° 10-19076.

(91 bis) Il est possible de déroger au repos journalier selon l'article 17 §1 de la directive pour les travailleurs dont le temps de travail dans son intégralité n'est pas mesuré ou prédéterminé,

ou peut être déterminé par les travailleurs eux-mêmes en raison des caractéristiques particulières de l'activité. Ce n'est pas la situation des moniteurs de colonies de vacances et centres de loisirs: le Conseil d'Etat, après l'arrêt interprétatif du 14 oct. 2010 (C-428/09) a censuré le décret du 28 juill. 2006 instaurant un contrat d'engagement éducatif, silencieux sur le repos quotidien (CE 10 oct. 2011, *Unions solidaires Isère*).

(92) P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGD 2008.

(93) CJCE, 9 sept. 2003, C-151/02, *Jaeger*.

également (94) pensent que toute dérogation doit s'accompagner de repos compensateur.

Par delà le problème du respect des accords collectifs (95), qui doivent, selon l'arrêt du 29 juin 2011, fixer des durées maximales et garantir des repos journaliers et hebdomadaires, peut donc se poser le problème de leur interprétation conforme à la finalité de la directive. Mais la validité même des accords est soumise au respect de la directive 2003/88. L'arrêt du 22 novembre 2011 de la Cour de justice a confronté une convention collective aussi bien à l'article 7 de la directive qu'à la Charte des droits fondamentaux, on l'a vu.

b) L'impérativité des durées maximales.

Il ne semble pas y avoir de divergence entre les jurisprudences de la Chambre sociale et de la Cour de justice sur l'idée que le salarié victime d'une violation de son droit au repos subit un préjudice spécifique (96) qui doit être indemnisé. Le droit à réparation résulte de la seule violation de la règle (97) et ne saurait être restreint par des conditions préalables posées par la loi nationale. La norme relative aux durées maximales revêtant une importance particulière, et la directive (article 6) ayant en la matière pour objet de conférer des droits aux travailleurs, la Cour de justice affirme aussi qu'une réglementation nationale ne saurait permettre à un employeur du secteur public de procéder à la mutation forcée d'un travailleur au motif qu'il a demandé le respect de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire (98).

Une telle jurisprudence intéressera probablement les praticiens hospitaliers. En effet l'"opt out" a été introduit par une série de décrets en 2002 à leur intention (99). Mais, constate le rapport (précité) de la Commission européenne, leur service dit normal est tel qu'ils vont toujours au-delà de ces durées maximales.

(94) Rapport de la Commission sur l'application de la directive 2003/88, du 21 déc. 2010, COM (2010) 802 final.

(95) Sans visa de la directive, un arrêt du 3 nov. (10-18762) accueillant une contestation par la CFE-CGC de la mise en œuvre de l'accord de 1998 dans la métallurgie et précise que les jours de repos conventionnels supplémentaires doivent être déduits des jours de travail dus dans l'année.

(96) Soc. 29 juin 2011, n° 10-14743, arrêt rendu au visa des directives 93/104 et 2003/88 à propos du temps de pause et des systèmes d'équivalences. V. aussi Soc. 8 juin 2011, n° 09-67051, Dr. Ouv. 2011 p. 684, n. F. Meyer.

(97) C'est le second arrêt *Fub*, du 25 nov. 2010, aff. 429/09, concernant le cas d'un pompier ayant refusé de travailler au-delà de la durée maximale de 48 heures par semaine: « *La réparation, à la charge des autorités des États membres, des dommages que ceux-ci ont causé aux particuliers par des violations du droit de l'Union doit être adéquate au préjudice subi. En l'absence de dispositions du droit de l'Union en la matière, il appartient au droit national de l'État membre concerné de déterminer, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, si le dommage subi par un travailleur, tel que M. Fuß dans l'affaire au principal, du fait de la violation d'une règle du droit de l'Union doit être réparé par l'octroi à ce dernier soit de temps libre supplémentaire, soit d'une indemnité pécuniaire, ainsi que, d'autre part, les règles portant sur le mode de calcul de cette*

3. Droit au repos et droit au congé

On relève que l'article 7 sur le droit au congé ne souffre aucune dérogation (99 bis). Son importance particulière a constamment été réaffirmée par la Cour de justice.

a) L'importance particulière du droit aux congés payés : conséquences

Certains changements sérieux ont été amorcés dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur les congés payés. On les résumera.

La Cour de Luxembourg distingue la compétence des États pour réglementer les conditions d'exercice du droit au congé, y compris en définissant une période de report des jours de congés non pris, et ce qu'elle appelle la constitution du droit au congé, directement reconnu par la directive. Il importe en fait de distinguer trois problèmes.

D'abord celui de l'ouverture du droit au congé, comme on le dit en droit français, qui le subordonne à l'accomplissement d'un temps de travail effectif, réduit de un mois à 10 jours par la loi de 2008 : c'est l'article L.3141-3 du Code du travail. Contrairement à une affirmation passée de la Chambre sociale (100), cela contredit l'article 7 de la Directive 2003/88. Celle-ci ne permet pas aux États membres d'exclure la naissance même d'un droit expressément accordé à tous les travailleurs. (101). La future loi sur la simplification du droit (102) semble se mettre en conformité.

Ensuite vient le calcul de la durée du congé, lié en droit français au temps de travail effectif. Certes, les « conditions d'obtention » relèvent de la législation nationale, mais il est clair que l'article L. 3141-5, définissant limitativement les périodes assimilées à du temps de travail pour ce calcul, est remis en cause, notamment par l'arrêt *Shultz* du 20 janvier 2009 (103) selon lequel la directive ne

réparation. Les périodes de référence prévues aux articles 16 à 19 de la directive 2003/88 sont dépourvues de pertinence à cet égard. ».

(98) C'est le premier arrêt *Fub*, du 14 oct. 2010, aff. 243/09.

(99) Les décrets n° 2002-1421, 1422, 1423, 1424 et 1425 du 6 déc. 2002 modifient le droit applicable, respectivement, aux praticiens hospitaliers, aux praticiens exerçant leur activité à temps partiel dans les établissements d'hospitalisation publics, aux assistants des hôpitaux, aux praticiens contractuels des établissements publics de santé et aux médecins et aux pharmaciens recrutés par les établissements publics de santé. Tous ces décrets contiennent une disposition prévoyant que ces personnes peuvent accomplir, sur la base du volontariat au-delà de leurs obligations de service hebdomadaire, un temps de travail additionnel donnant lieu soit à récupération, soit à indemnisation.

(99 bis) Alors qu'il est possible de déroger notamment aux 11 heures de repos journalier (article 3 de la directive) mais en tant qu'exception aux prescriptions minimales.

(100) Soc. 7 mars 2007, 05-46025.

(101) Selon le point 52 de l'arrêt *Bectu*, CJCE 26 juin 2001, aff. 173/99.

(102) Mais elle a connu une résistance au Sénat, qui souhaite ne plus adopter de lois « fourre tout ».

(103) CJCE 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Shultz*.

distingue pas le cas des salariés absents de leur travail en raison d'un congé maladie, même de longue durée, pendant la période de référence.

Cela signifie clairement – c'est le troisième problème – que le salarié malade ou accidenté pendant tout ou partie de la période de référence a droit à un report de son congé ou, en cas de rupture, à une indemnisation, sans distinguer selon la chronologie des événements (104). Donc le droit au report devrait être reconnu même si la maladie est survenue pendant les congés, ce qui nécessite encore une précision de la Chambre sociale. Cela semble indiquer aussi que les périodes d'absence pour maladie sont prises en compte dans le calcul. Une question préjudicielle a été posée par la Chambre sociale (105).

A noter que, dans une affaire allemande, la Cour de justice (106) admet qu'une loi ou une convention collective fixe au report une limite temporelle au-delà de laquelle, dit la Cour, le congé annuel est dépourvu de son effet positif en sa qualité de temps de repos, ne gardant que sa qualité de période de détente et de loisirs (cas de l'incapacité de travail pendant plusieurs années) : pas de droit au cumul illimité donc. Cela en citant la convention 132 (24 juin 1970) de l'OIT qui pose une limite de 18 mois après la fin de l'année ouvrant droit à congés, en visant aussi l'article 31 de la Charte 31, « *le droit au congé annuel* », consacré par la Charte.

b) L'astreinte exclut le repos

La directive repose sur une analyse binaire : ce qui n'est pas temps de travail est temps de repos. D'où son silence sur les astreintes, définies par l'article L. 3121-5 comme des périodes pendant lesquelles le salarié a l'obligation de

demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure de faire un travail pour l'entreprise. La situation de l'astreinte est à distinguer de celle du télétravail. Dans ce dernier cas, l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 étendu, mettant en œuvre l'accord européen du 16 juillet 2002, stipule que le télétravailleur gère son temps de travail. Des plages horaires limitatives permettent à l'employeur de garder le contact.

L'obligation d'être présent physiquement sur le lieu de travail est un critère qui a permis à la Cour de justice de qualifier des périodes de garde comme du temps de travail. C'est la jurisprudence *SIMAP* (C-30/98) et *Jaeger* (C-151/02), reprise encore par la Chambre sociale le 8 juin 2011 (107). Mais que dirait-elle de l'article L. 3121-6 du Code du travail prenant en compte les périodes d'astreinte pour le respect du repos quotidien et hebdomadaire ? Il n'est pas impossible que, retenant la mise à disposition du salarié, le rattachement des périodes minimales de repos à la protection de la santé-sécurité, ainsi que l'importance particulière du droit au congé, elle rejoigne les critiques du Comité européen des droits sociaux (108).

Il est permis de s'interroger à cet égard sur la pertinence du rejet, comme ne présentant pas un caractère sérieux (109), d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité soutenant que les articles L. 3132-2 et L. 3164-2 du Code du travail méconnaissent le droit à la protection de la santé et le droit au repos et aux loisirs tels que prévus par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. C'est tout le problème de l'effet utile de la finalité du droit du temps de travail...

Michèle Bonnechère

(104) Cour de Justice, 10 sept. 2009, aff. 277/08, *Pereda* ; voir l'arrêt de la Chambre sociale du 25 mars 2009.

(105) Soc. 2 juin 2010, *Dominguez* et les conclusions Trstenjak (évoquées antérieurement) sont du 8 sept. 2011, aff. C-282/10. Les questions préjudicielles posées par la chambre sociale concernent aussi l'office du juge et l'enchaînement des normes : et l'arrêt du 24 janv. 2012 y répond ainsi : « 1) L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 (...) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé est subordonné à une période de travail effectif minimale de dix jours ou d'un mois pendant la période de référence.

2) Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne, notamment l'article L. 223-4 du Code du travail, et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de l'article 7 de la directive 2003/88 et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit permettant d'assimiler l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet à l'un des cas de figure mentionnés dans ledit article du Code du travail. Si une telle interprétation n'était pas possible, il incombe à la juridiction nationale de

vérifier si, eu égard à la nature juridique des parties défenderesses au principal, l'effet direct de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 peut être invoqué à leur rencontre. À défaut pour la juridiction nationale d'atteindre le résultat prescrit par l'article 7 de la directive 2003/88, la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait néanmoins se prévaloir de l'arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich e.a.* (C-6/90 et C-9/90), pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi.

3) L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une disposition nationale prévoyant, selon l'origine de l'absence du travailleur en congé de maladie, une durée de congé payé annuel supérieure ou égale à la période minimale de quatre semaines garantie par cette directive ».

(106) CJUE 22 nov. 2011, *KHS AG*, C-214/10, affaire précitée.

(107) Soc. 8 juin 2011, 09-70324, pour un médecin-chef.

(108) CEDS, décision 12 oct. 2004, recl. CFE-CGC 16/2003 et résolution du Comité des ministres, 4 mai 2005.

(109) Soc. 22 juin 2011, n° 11-0022.