

Notions de temps de travail, d'astreinte, de temps libre

par Emmanuel DOCKÈS, Université Lyon-2,
Institut d'études du travail de Lyon, CERCRID (UMR 5137)

PLAN

I. Enjeux

- A. Salaire, santé, limites temporelles du pouvoir
- B. Définition du salariat

II. Les trois temps du droit de l'Union européenne

- A. Le temps de travail
- B. Le temps de repos à la disposition de l'employeur
- C. La nécessaire préservation d'un temps libre.

III. L'interprétation conforme du droit français

- A. L'interprétation conforme du temps de travail
- B. L'interprétation conforme des temps laissés à la disposition de l'employeur
- C. L'interprétation conforme du temps libre

Par l'éclatement des lieux et des rythmes, des textes et des casuistiques, les notions qui gravitent autour du temps de travail se sont brouillées. Les zones d'ombre y sont parfois si noires qu'y plonger suscite quelque effroi. Un salubre effort de clarification est toutefois amorcé, au sein de la Cour de justice de l'Union européenne et, dans une moindre mesure, au sein de la Cour de cassation. L'œuvre est inachevée. Mais il est possible d'en percevoir les grandes lignes, en fusionnant les apports des droits français et européen autour de trois temps.

Le premier est le temps de travail ou temps de travail effectif. Il inclut les temps où le salarié est à la disposition de l'employeur sous fortes contraintes, soit de lieu (le lieu de travail), soit de délai d'intervention, soit de fréquence d'intervention. La jurisprudence européenne impose de qualifier de temps de travail ces disponibilités dures.

Le second est le temps des disponibilités souples. Il est le temps d'« astreinte » du Code du travail. Il est qualifié de temps de repos par le droit de l'Union européenne et par le Code du travail. Ce temps de disponibilité souple est caractérisé par un délai raisonnable laissé au salarié pour se mettre au travail, par la rareté des interventions demandées et par une certaine liberté de mouvement.

Le troisième temps est un innomé du droit, bien connu du langage commun : le temps libre. Il est le temps pendant lequel le salarié ne travaille pas et n'est pas non plus subordonné. Il est le temps du véritable repos, des loisirs, de la vie sociale et familiale non entravée. Il est, depuis peu, protégé et par le droit européen et par la jurisprudence française.

Cette trilogie est issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Mais elle est conforme aux textes du Code du travail français. La jurisprudence de la Cour de cassation française doit évoluer, pour s'y conformer.

Cette trilogie n'est pas un état idéal du droit. Certains temps où le salarié reste à la disposition de l'employeur y sont encore qualifiés de « temps de repos ». Ce qui pose question et provoque la résistance du Comité européen des droits sociaux.

Cette trilogie n'en est pas moins le droit positif qui vient, parce que l'application directe horizontale de la Charte sociale européenne n'est pas reconnue par la Cour de cassation, à la différence de la règle d'interprétation conforme du droit français au droit de l'Union européenne.

1. Dans toute la jurisprudence de la Cour de cassation française sur le temps du travail, le point le plus douloureux est sans doute le suivant. Il s'agit du cas dans lequel un salarié doit rester à la disposition de l'employeur, prêt à intervenir, dans un local situé dans l'entreprise, où il peut éventuellement dormir.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (1), la Cour de cassation considère souvent que ce temps d'attente sur place est

(1) C'était l'objet des premiers grands arrêts de la CJUE que de qualifier de temps de travail les temps de disponibilité sur place : CJCE, 9 sept. 2003, *Jeager*, C-151/02 ; 11 janv. 2007, *Vorel*,

C-437/05. Depuis la Cour de justice est restée sur cette position, v. ci-dessous n°12.

un temps de travail effectif (2). Mais elle statue aussi souvent en sens inverse et refuse cette qualification (3). Elle dit alors qu'il s'agit d'un temps d'astreinte, parce que les salariés peuvent « *vaquer librement à des occupations personnelles* (4) » en l'absence de « *sujétions particulières* (5) ». De telles affirmations sont faites au sujet de salariés qui, par hypothèse, doivent rester dans l'entreprise, isolés de leurs liens familiaux et sociaux, à la disposition de l'employeur. Ce qui, pour la Cour, ne suffit pas à caractériser des sujétions particulières, ni à caractériser des entraves à la liberté de vaquer à des occupations personnelles. Le sens des mots s'y perd. La Cour de cassation a d'ailleurs bien du mal à les utiliser pour tracer des frontières. Dans l'affaire Maucolin, la Cour a d'abord qualifié de « temps de travail effectif » le temps pendant lequel un salarié demeurait à la pleine disposition de l'employeur, dans un studio situé dans les locaux de l'entreprise (6). Elle s'est ensuite contredite, dans la même affaire, en refusant la qualification de temps de travail (7). Une autre fois, à propos d'un salarié qui devait rester à disposition la nuit, dans un hôtel Première Classe, dans une simple chambre, elle affirme d'abord qu'il ne s'agissait pas d'un temps de travail effectif (8), puis, dans la même affaire, elle considère qu'il s'agissait bien d'un temps de travail effectif (9). Et les affaires qui pour des faits parfaitement similaires statuent dans un sens ou dans l'autre sont nombreuses (10). La perplexité s'empare alors du lecteur des décisions de la Cour de cassation.

Et les techniques de cassation utilisées n'apaisent rien. Dans toute une série d'arrêts, la Cour de cassation casse pour manque de base légale (11) voire pour

violation de la loi (12) des arrêts d'appel qui caractérisent improprement, insuffisamment ou de manière inopérante l'« *impossibilité de vaquer librement à des occupations personnelles* ». Ces décisions de la Cour de cassation attestent d'un contrôle de qualification assez strict. Cependant, une autre série d'arrêts, contemporains des précédents, botte en touche en invoquant le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si le travailleur est libre ou non « *de vaquer à des occupations personnelles* (13) ». Ce qui exprime cette fois un refus de contrôle. La Cour de cassation contrôle donc parfois et parfois elle ne le fait pas. Sans qu'il soit possible de deviner quand elle le fera. De toute manière, comme vu précédemment, lorsqu'elle contrôle, c'est pour affirmer tantôt une chose et tantôt son contraire, sans que l'on puisse vraiment savoir pourquoi.

2. La situation est sérieuse, d'autant que ce désordre a généré des dérapages. La lecture des arrêts révèle des gardiens d'hôtel enfermés dans des chambres dotées de sonneries et d'écrans de contrôle (14), parfois en sous-sol (15), ou des chauffeurs routiers tenus de rester sur des parkings, à proximité de leurs camions, jusqu'à vingt heures d'affilée (16), constamment prêts à obéir aux ordres, sans salaire et même parfois sans aucune contrepartie (17), et le tout avec le soutien affirmé des hauts magistrats (18). Certes, la liberté est une notion bien relative. Et rien n'interdit à nos travailleurs confinés de se divertir, en lisant ou, s'ils bénéficient d'Internet, de regarder des écrans, des séries, de consulter des réseaux sociaux. Il leur reste ces parcelles de liberté. À bien réfléchir, on constatera que les détenus des prisons ont, eux aussi,

(2) V. not. Soc., 6 avril 2011, n° 10-16.203, inédit ; Soc., 8 juin 2011, n° 09-70.324 P ; Soc., 20 févr. 2013, n° 11-26.401 P ; 17 sept. 2015, n° 14-11.940, inédit.

(3) V. not. Soc., 9 fév. 2022, n° 20-15.085, inédit ; Soc., 17 fév. 2021, n° 19-23.367, inédit ; Soc., 13 octobre 2021, n° 20-16.048, inédit ; 19 juin 2019, n° 18-11.824, inédit ; 27 mars 2019, n° 17-20.797, inédit ; Soc., 27 juin 2012, n° 11-13.342, inédit ; 20 nov. 2012, n° 11-20.345, inédit ; Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit.

(4) La formule, empruntée à l'article L. 3121-1 du Code du travail, qui définit le temps de travail effectif, est reprise dans la quasi-totalité des arrêts susvisés.

(5) V. not. Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit ; 27 mars 2019, n° 17-20.797, inédit ; 17 fév. 2021, n° 19-23.367, inédit ; 15 sept. 2021, n° 19-26.331, inédit, précités.

(6) Soc., 2 juin 2004, *Maucolin*, n° 02-42618 P.

(7) Soc., 31 janv. 2006, n° 05-41.583, inédit.

(8) Soc., 5 avril 2012, n° 11-11283, inédit (la chambre variait d'une nuit à l'autre selon les disponibilités de l'hôtel).

(9) Soc., 16 mars 2016, n° 14-22.143, inédit.

(10) V. les arrêts cités aux nos 5 et 6.

(11) Soc., 9 fév. 2022, préc. ; 17 fév. 2021, n° 19-23.367, inédit ; 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit (pour accéder à la demande du salarié d'une qualification de temps de travail ou de temps d'astreinte, les cours d'appel ne sont plus souveraines...).

(12) Soc., 5 avril 2012, n° 11-11.283, inédit ; Soc., 21 sept. 2017, n° 15-24.296, inédit.

(13) Soc., 16 oct. 2019, n° 18-17.309, inédit ; Soc., 1^{er} juillet 2020, n° 18-21.792, inédit ; Soc., 13 oct. 2021, n° 20-16.048, inédit.

(14) Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, refus de qualifier de temps de travail le temps d'un gardien d'hôtel, assigné la nuit dans une pièce avec certes un lit, mais aussi une sonnerie, des écrans de contrôle et des obligations de se tenir à la disposition des clients. V. aussi Soc., 9 fév. 2022, n° 20-15.085, inédit ; 13 octobre 2021, n° 20-16.048, inédit ; 19 juin 2019, n° 18-11.824, inédit ; 27 mars 2019, n° 17-20.797, inédit.

(15) Soc., 16 oct. 2019, n° 18-17.309, inédit, pour un salarié chargé d'assurer la fin de journée (le plus souvent de 19 heures à 22 heures), puis le matin tôt (le plus souvent de 6 heures à 7 heures), avec l'obligation de rester dormir sur place, dans le sous-sol de l'hôtel, en restant joignable en cas de difficulté.

(16) V. Soc., 21 sept. 2017, n° 15-24.296, inédit, selon lequel un employeur peut demander à un chauffeur routier de rester sur un parking, à proximité de son camion, dans l'attente d'un éventuel chargement, après son temps de repos, prêt à répondre à l'injonction de l'employeur, et ce pendant des durées pouvant aller jusqu'à vingt heures, sans que ce temps soit un temps de travail. L'arrêt est inédit mais il s'agit d'un arrêt de cassation pour violation de la loi.

(17) C'était le cas dans deux des trois espèces précitées : Soc., 21 sept. 2017, n° 15-24.296, inédit ; Soc., 16 oct. 2019, n° 18-17.309, inédit.

(18) Tous les arrêts cités aux notes 14 à 17, à l'exception de Soc., 16 oct. 2019, n° 18-17.309, sont des arrêts de cassation. Ce qui indique la fermeté de la Cour de cassation sur ces solutions, mais aussi une certaine résistance des juges du fond.

en ce sens, des « parcelles de liberté ». Voir la Cour de cassation s'en contenter pour dire que des salariés confinés sur leur lieu de travail à la disposition de l'employeur peuvent « vaquer librement à des occupations personnelles », voir nos juges adopter ainsi une vision aussi dégradée de la liberté, les voir autoriser les employeurs à contraindre leurs salariés à ce point sans salaire ni limite de temps, interpellé.

Quelques récents efforts européens et nationaux montrent toutefois qu'un travail de construction ou

de reconstruction des concepts a commencé, autour d'idées simples, qui devraient permettre l'abandon rapide de ces points sombres.

Hierarchie des normes et clarté du propos obligent : une description de la jurisprudence européenne récente s'impose avant de pouvoir juger de la conformité, ou non, du droit français. Il convient, en préalable, de bien mesurer les enjeux de la définition des temps. Car si certains sont évidents, d'autres semblent incompris ou oubliés.

I. Enjeux

Les enjeux d'une définition des temps du travail sont le salaire, la santé, les limites du pouvoir et finalement l'idée même de salariat. Quelques mots de rappel suffisent pour chacun de ces enjeux, à l'exception du dernier, moins connu, mais qui engage la société entière.

A. Salaire, santé, limites temporelles du pouvoir

3. – Seul le « temps de travail effectif » donne un plein droit à salaire. Les salaires minimaux, et notamment le smic, sont des taux horaires indexés sur ce « temps de travail effectif ». Cette indexation du salaire au temps a une histoire, qui est au demeurant celle de l'invention du salariat à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle (19). Le relatif essor du travail à la tâche dans certains pans de l'économie moderne, comme dans l'économie ubérisée, est loin de remettre en cause cette indexation au temps (20).

4. – L'exposition des personnes à de trop longues durées du travail produit de graves conséquences sur la santé. Depuis le rapport Villermé de 1840 (21), cet effet délétère n'a pas cessé d'être étudié et documenté (22). Les directives sur le temps travail ont d'ailleurs été adoptées dans le cadre des compétences européennes en matière de santé des travail-

leurs (23). Or les durées maximales ne limitent que le « temps de travail ». La disqualification des temps réduit leur portée. Par exemple, les temps de disponibilité du salarié ne sont pas limités par ces durées maximales s'ils sont qualifiés de temps de repos. Ils pourraient sur le papier devenir permanents et donc produire un stress permanent. Avec d'évidentes conséquences en termes de santé (24).

5. – Le temps de travail devrait normalement être le seul temps pendant lequel le salarié est subordonné (25). Lorsqu'une subordination est reconnue en dehors du temps de travail, la limite temporelle de la subordination craque et le risque d'une subordination en tout temps apparaît. La question de la définition des temps rejoint alors la problématique des libertés fondamentales. L'essence même du salariat devient douteuse.

B. Définition du salariat

6. La compréhension que notre société a de la relation de travail salarié est transcrite dans une question juridique, celle de l'objet du contrat de travail.

Dans la conception dominante, libérale, le contrat de travail est l'échange d'un travail subordonné contre un salaire (26). C'est le travail qui est subordonné, et

(19) C. Didry, « Les révolutions du salariat : du paiement à la pièce à la socialisation du salaire horaire », *Regards croisés sur l'économie*, n° 2, vol. 27, 2020, p. 32.

(20) V. not. P. Lokiec, « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », *Dr. ouv.*, 2012, p. 217.

(21) R.-L. Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Renouard, 1840.

(22) Pour une bibliographie récente sur la question, v. not. M.-A. Gautier et G. Caetano, « Effets sur la santé des horaires longs de travail : revue de la littérature », *Références en santé*, INRS, n° 161, 2020, p. 39.

(23) Dir. 93/104/CE du 23 nov. 1993 et 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

(24) Sur le burn out ou le FOMO (*Fear of Missing Out*) (« peur de manquer quelque chose ») des salariés constamment à la

disposition de leur employeur, v. not. B. Mettling, rapport « Transformation numérique et vie au travail », sept. 2015, disponible sur <https://travail-emploi.gouv.fr>. Sur la prise en compte de ce danger par la jurisprudence européenne, v. n° 18 ci-dessous.

(25) Pour une attaque de l'idée selon laquelle le salarié peut être subordonné hors de son temps de travail, v. déjà A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

(26) En d'autres termes, le travail subordonné est l'objet de l'obligation principale du contrat de travail. Sur cette conception, v. not. J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49 et s. ; M. Fabre Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet » in A. Supiot (dir.), *Le Travail en perspectives*, LGDJ, 1998, coll. « Droit et société », p. 101 ; E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 140 et s.

non la personne du salarié dans son ensemble. Le salarié doit obéir à l'employeur, mais seulement dans et pour l'exécution de son travail. Par l'embauche, le salarié ne devient pas une personne soumise dans sa globalité, son identité n'est pas marquée du sceau de l'infériorité. Hors de son temps de travail, il cesse d'être subordonné à son employeur et redevient une personne libre et égale aux autres personnes, et notamment à la personne de son chef d'entreprise.

C'est aussi pour cette raison que la subordination doit être limitée dans le temps. Le droit doit reconnaître un temps absolument non subordonné, un temps où le travailleur redevient un citoyen libre et égal à son chef d'entreprise, un temps où il est en droit de refuser et même d'ignorer tout ordre qui viendrait de celui-ci. Il ne s'agit pas seulement d'une question de santé ou de salaire. Il s'agit d'une question de principe. Ce temps de l'égalité retrouvée, ce temps sans lequel le contrat de travail devient servitude, ce temps est ce que le langage commun et une partie de la doctrine juridique (27) appellent « temps libre ». Le temps libre est une notion qui relève de l'essence du salariat.

Car une autre conception du contrat de travail existe, sans temps libre. Le contrat de travail serait la location de la force de travail du salarié, contre un salaire. La « force de travail » englobe l'ensemble des attributs physiques et intellectuels de la personne qui peuvent participer à l'exécution d'un travail. Par le contrat de travail, le salarié engagerait ainsi sa personne (28). La subordination devient alors un état de la personne. Le pouvoir de l'employeur de préempter unilatéralement le temps du travailleur, pour lui intimier d'exécuter un travail, à toute heure et

en tout temps, y trouve une possible source de légitimation. Dans cette conception du contrat de travail, le salarié peut conserver un droit au repos, au nom de la préservation de son corps, de sa santé, de sa force de travail donc. Mais il n'a aucun droit à un « temps libre » au sens défini précédemment, aucun temps où il retrouve pleinement son statut de personne libre et égale en droit.

Cette deuxième conception a été défendue par les doctrines marxistes, pour mieux dénoncer le salariat (29). Il s'agissait alors de combattre des faits d'exploitation, non de prôner un pouvoir juridique prenant les personnes dans leur globalité comme objets. En revanche, c'est pour parfaire la soumission juridique des travailleurs que les doctrines autoritaires d'extrême droite de la première moitié du XX^e siècle sont arrivées à des conclusions proches (30). Ces conceptions du contrat de travail, qui font entrer la personne dans son ensemble en état de subordination, peuvent être dite « illibérales », en ce qu'elles violent les valeurs de liberté et d'égalité qui sont les principes fondateurs des démocraties libérales (31).

La résurgence moderne de ces conceptions autoritaires du contrat de travail (32) n'est pas une coïncidence de l'histoire. Elle accompagne l'affaissement de nos démocraties et l'essor des moyens technologiques du contrôle. Il convient de s'en inquiéter.

Ces conceptions autoritaires demeurent, fort heureusement, contredites par de très nombreux aspects du droit positif. Elles se heurtent à une lecture littérale de l'article 1^{er} de la Convention de Genève relative à l'esclavage du 25 septembre 1926, aux termes duquel l'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent « les attributs

(27) Pour un usage de l'idée de « temps libre », v. not. A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947 ; S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p. 5, spéc. 10 et s. Pour une proposition doctrinale de faire du « temps libre » une notion juridique centrale du droit du temps de travail, v. GR-PACT, *Proposition de code du travail*, Dalloz, 2017, spéc. art. 13-1. L'idée de « temps libre » se retrouve aussi, incidemment, dans la jurisprudence de la CJUE : v. not. CJUE, 25 nov. 2010, aff. C-429/09, *Fuß c/ Stadt Halle*.

(28) L'idée s'exprime aussi au travers d'un certain dévoiement de l'idée de compétence, lorsqu'elle devient un attribut des personnes sur lesquelles l'entreprise exercerait un droit. En ce sens, v. N. Chaignot, *La Servitude volontaire aujourd'hui*, PUF, 2012, p. 193 et s.

(29) V. not. K. Marx, *Le Capital*, livre I, Éditions sociales, édition française, 1962-1968, t. 1, p. 170 ; *Salaires, prix et profit*, 1865, éditions sociales.

(30) Ces doctrines préconisent une subordination de la personne dans son ensemble (et non seulement de son travail), non pas par l'effet direct du contrat, mais du fait de l'intégration du salarié dans la communauté de l'entreprise, intégration qui est l'effet du contrat. Les prémices ne sont donc pas exactement les mêmes que dans la théorie de la force de travail, mais les conséquences sont similaires : la subordination devient un état

de la personne et non une qualité du travail. En ce sens, v. not. J. Brèthe de la Gressaye, « La charte du travail en France et en pays étrangers », *Dr. soc.*, 1942, p. 21 ; René Bollecker, *La Charte du travail du III^e Reich*, Les Presses modernes, 1936. Le pouvoir trouve ici une justification extra ou supracontractuelle. Pour une étude de ces conceptions autoritaires du rapport de travail, v. not. J.-P. Le Crom, « L'organisation des relations professionnelles en France : 1940-1944. Corporatisme et charte du travail », th. Université de Nantes, 1992 ; C. Giraudet, *Théories de l'institution et droit du travail*, th. Université de Paris Nanterre 2014, spéc. n° 75 et s et n° 271 et s.

(31) Sur l'idée d'illibéralisme, v. not. Fareed Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, n° 2, vol. 99, 1998, p. 17-26. Comp. D. Kennedy, « Authoritarian Constitutionalism in Liberal Democracies » in H. Alvir et G. Frankenberg (dir.), *Authoritarian Constitutionalism*, p. 161.

(32) T. Revet, *La Force de travail*, Litec, 1992 ; « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 860 ; comp. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, spéc. p. 51 et s.

du droit de propriété ou certains d'entre eux (33) ». Elles se heurtent aussi, plus directement, à la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail. Celle-ci refuse d'accorder un pouvoir illimité, indéterminé, à l'employeur. Elle accorde au contraire au salarié le droit de refuser les modifications de nature du travail, du secteur géographique, de durée du travail lesquelles sont autant de modifications de son contrat (34). Dans une conception illibérale, ces modifications ne toucheraient pas à l'objet du contrat, celui-ci étant la personne, inchangée, du cocontractant salarié, quels que soient la nature, le lieu et le temps du travail.

Conformément à cette jurisprudence et pour ces raisons fondamentales, il convient d'imposer des limites temporelles au pouvoir de l'employeur. Ce qui suppose de reconnaître et de protéger l'existence d'un temps libre, sans aucune subordination. Le droit de l'Union européenne le prévoit (35). La jurisprudence française l'a parfois un peu oublié, mais elle s'est récemment reprise (36).

Ces idées essentielles doivent rester à l'esprit lors de l'analyse du droit européen d'abord, du droit français ensuite.

II. Les trois temps du droit de l'Union européenne

7. La directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 ne connaît que deux sortes de temps : le temps de travail et le temps de repos (37). À partir de ce dualisme, la Cour de justice a construit récemment une trilogie. Elle a d'abord précisé ce qu'il fallait entendre par « temps de travail » (A). Elle a ensuite considéré que lorsque le salarié était à la disposition de l'employeur, il était parfois en temps de travail et d'autres fois en temps de repos. Elle a ainsi défini un temps où le salarié est à la disposition de son employeur et où il est néanmoins en temps de repos (B). Elle a complété cette analyse en précisant que ce temps de repos à la disposition de l'employeur restait un temps de pression, d'intranquillité, et qu'il ne devait être utilisé qu'avec parcimonie, ne serait-ce que pour des raisons de santé. Elle l'a ainsi clairement distingué d'une autre sorte de temps de repos, celui pendant lesquels le salarié n'est pas du tout à la disposition de l'employeur, lequel correspond au temps libre (C).

A. Le temps de travail

8. L'article 2.1 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 définit le « temps de travail » comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions ». Cette définition

contient deux maladresses, vite corrigées par la Cour de justice de l'Union.

1. « Au travail »

9. Le texte avance que le « temps de travail » est le temps où le travailleur est « au travail ». Cet « au travail » pourrait signifier à peu près n'importe quoi. La Cour de justice a préféré ne pas s'y embourber. Elle n'a jamais donné de sens propre à ces mots, qu'elle n'utilise jamais. L'expression se comprend donc comme une sorte de répétition maladroite : être en temps « de travail » c'est être « au travail », et vice-versa. C'est la suite du texte qui donne le sens.

2. Du « et » au « ou »

10. Selon le texte, le temps de travail est celui où le salarié est : « à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions (38) ». L'usage de la conjonction « et » laisse à penser qu'il faut que le salarié soit à la fois « à la disposition de l'employeur » et « dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions ». C'est beaucoup demander.

Un bûcheron parti couper du bois au fond de la forêt, là où le réseau téléphonique ne passe plus, n'est plus joignable. Son employeur serait bien en mal de lui donner un ordre. Le travailleur n'est plus,

(33) Nous soulignons. Cette définition large de l'esclavage, reprise par l'article 224-1 A du Code pénal français, ne prohibe pas seulement la pleine propriété perpétuelle sur une personne, mais aussi que certains attributs du droit de propriété aient pour objet une personne, fût-ce de manière temporaire. Un louage de la force de travail accorde au chef d'entreprise un droit sur la force de travail et donc un droit réel sur la personne même du salarié, un droit d'usage et de récolte des fruits, un *usus* et un *fructus*, soit encore deux attributs du droit de propriété. L'article 225-14-1 du Code pénal restreint la répression aux cas dans lesquels sont en outre présentes des menaces ou violences, la faiblesse de la rémunération et la durabilité des relations. La conception illibérale du contrat de travail ne suffit donc pas à caractériser l'infraction. La définition des articles 1^{er} de la

Convention de Genève et 224-1 A du Code pénal n'en demeure pas moins signifiante du rejet fort, par le droit positif actuel, de la conception illibérale du contrat de travail.

(34) V. not. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2021, coll. « Précis », 35^e éd., n^{os} 665 et s.

(35) V. n^o 18.

(36) V. n^o 27.

(37) Art. 2 de la directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

(38) Art. 2.2 de la directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003 (Nous soulignons).

en ce sens, « à la disposition de l'employeur ». Mais il est dans l'exécution de sa tâche, « de son activité ou de ses fonctions ». Cela suffit pour que l'on puisse dire qu'il est en « temps de travail ». Un chirurgien en train d'opérer son patient à cœur ouvert n'obéit plus qu'à sa déontologie. Il n'est pas question qu'il s'interrompe au milieu de son opération, fût-ce pour obéir à un ordre intempestif du chef de clinique. Il n'est plus à la disposition dudit chef. Pendant qu'il exerce son art, il est pourtant, évidemment, en « temps de travail ». Plus généralement, il est banal que des salariés soient dans l'exécution de leurs tâches dans une relative autonomie, sans être sous le contrôle d'un supérieur hiérarchique prêt à leur intimer de nouveaux ordres. Ils ne sortent pas du salariat pour autant. L'exécution de leur travail, l'exercice de leur activité ou de leurs fonctions, sont des temps de travail, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'ils sont de surcroît « à la disposition » de leur employeur. La chose est suffisamment évidente pour n'être discutée ni en doctrine ni en jurisprudence.

Réciproquement, un salarié « à la disposition de l'employeur », prêt à recevoir des ordres et à se mettre en action peut être, au moins dans certains cas, considéré comme en « temps de travail », même s'il est parfaitement inactif et même s'il dort (39).

La jurisprudence a ainsi corrigé le texte de la directive : le « et » est devenu un « ou ». Le temps de travail du droit européen est le temps durant lequel le salarié « est au travail, à la disposition de l'employeur » ou « dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions ». Exécution et disponibilité sont les deux dimensions alternatives du temps de travail (40). La première est simple et indiscutée. La seconde bien plus difficile depuis que le juge européen lui fait subir quelques exceptions.

B. Le temps de repos à la disposition de l'employeur

Les difficultés se concentrent sur les salariés qui sont à la disposition de l'employeur, sans être dans l'exercice de leur activité ou de leurs fonctions.

1. La possibilité d'un salarié à disposition pendant son temps de repos

11. Un salarié qui doit rester à la disposition de son employeur doit rester joignable. Il reste sur le qui-vive. Il peut être dérangé à tout moment dans ses activités. Il subit donc nécessairement un stress. De plus, ce temps à disposition est un temps de subordination, et l'idée qu'il ne saurait y avoir de subordination hors du temps de travail est une idée forte (41). Pour ces raisons, avec le célèbre arrêt Dinoto du 4 mai 1999 (42), la Cour de cassation française a d'abord refusé de qualifier de « temps de repos » tous les temps où le salarié restait à la disposition de l'employeur. Pour ces mêmes raisons, le Comité européen des droits sociaux condamne pour violation du droit à une durée de travail raisonnable l'assimilation à un repos d'une période où le salarié est à la disposition de l'employeur (43). Et le texte de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 peut plaider dans ce sens dès lors que le « ou » s'impose (44).

Ni la force de ces arguments ni la force des décisions du Comité européen des droits sociaux n'ont suffi à convaincre pleinement la Cour de justice de l'Union. Pour celle-ci, le seul fait qu'un salarié doive rester joignable et ainsi disponible ne suffit pas pour qualifier systématiquement un temps de « temps de travail » : la Cour de justice reconnaît qu'un salarié peut être à « à la disposition de son employeur afin que ce dernier puisse le joindre » pendant son « temps de repos (45) ».

La Cour de justice n'en est pas moins consciente des risques de cette position. Elle s'efforce d'en restreindre la portée. Selon elle, n'est en temps de repos que celui

(39) V. ci-dessus, n°s 12 et s.

(40) Pour une étude approfondie de ces deux dimensions du temps de travail, le temps d'exécution du travail et le temps à la disposition de l'employeur, v. A. Johansson, *La Détermination du temps de travail effectif*, LGDJ 2006.

(41) V. ci-dessus, n°s 5 et 6.

(42) V. not. le célèbre arrêt Soc., 4 mai 1999, Dinoto, n° 96-43.037 P, *Dr. soc.*, 1999, p. 730, obs. B. Gauriau, J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les Grands arrêts du droit du travail*, n° 57, arrêté accompagné de l'important article de Ph. Waquet, « Le temps de repos », *Dr. soc.*, 2000, p. 288.

(43) Depuis que la loi du 17 janvier 2003 a contredit la jurisprudence Dinoto précitée et qualifiée l'astreinte de temps de repos, le Comité européen des droits sociaux a condamné à plusieurs reprises la France sur ce motif : v. CEDS 7 déc. 2004, CGT c. France, réclamation n° 22/2003 ; 23 juin 2010, CGT c. France, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009 ; CEDS, 19 mai 2021, CGT et CFE-CGC c. France, réclamation n° 149/2017. Sur ces décisions, v. not. P.-E. Berthier, « Paradoxes et fictions de la législation française relative au temps de travail », *Dr. ouv.*, 2022, p.213 ; F. Favennec-Héry, « Temps de travail : la pression du droit européen, SSL, 2022,

n° 1985, p. 5 ; 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 ; S. Laulom, « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens », *RDT*, 2011, p. 298.

Mais la Cour de cassation continue à exclure l'application directe horizontale de cette Charte : v. not. Ass. plén., 17 juil. 2019, avis n°s 15012 et 15013 P, SSL n° 1871, 2019, étude J. Icard ; *RDT*, 683, obs. T. Pasquier ; *ibid.*, 693, obs. J.-P. Marguénau ; *ibid.*, 699, obs. M. Schmitt ; Soc., 11 mai 2022, 21-15.247 P, SSL n° 2000, 2022, p. 10, notes J.-E. Ray et J. Icard, *D.*, 2022, 1088, note P. Lokiec ; *Dr. ouv.*, 2022, p. 213, note P.-E. Berthier, préc.

(44) V. ci-dessus, n° 11.

(45) V. not. CJUE, 21 fév. 2018, Matzak, C-518/15, pt 64 ; *JCP S*, 2018, 1097, note J.-P. Lhernould ; *RDT*, 2018, 449, obs. D. Gardes ; CJUE, 9 mars 2021, deux arrêts, C-344/19, Radiotelevizija Slovenija, pt 36 et C-580/19, Stadt Offenbach am Main, pt 37, *Dr. soc.*, 2019, 715, note V. Lacoste- Mary ; SSL, 2021, n°s 1980-1981, art. ; L. Driguez, p. 43 ; SSL, 2022, n° 1988, p. 49, art. M. Morand ; CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost.

qui est « uniquement à la disposition de son employeur afin que ce dernier puisse le joindre (46) ». En revanche, sont en temps de travail le salarié à disposition sur son « lieu de travail » (2) et celui qui subit des contraintes dotées d'un impact « objectif et très significatif » (3).

2. Le lieu de travail

12. La qualification de « temps de travail » est automatique lorsqu'en plus d'être à la disposition de l'employeur, le travailleur est tenu de rester sur son lieu de travail (47). Si le salarié est à disposition sur son lieu de travail, il est en temps de travail, sans qu'il soit nécessaire de peser la présence ou l'absence d'autres contraintes. Notamment, il n'est pas nécessaire de rechercher si les délais d'intervention qui lui sont imposés sont courts ou longs ou si ses interventions sont rares ou fréquentes (48). La qualification est automatique.

Le lieu de travail, lieu de l'exercice des activités ou des fonctions, peut être occasionnel. Il « doit être compris comme tout lieu où le travailleur est appelé à exercer une activité sur ordre de son employeur, y compris lorsque ce lieu n'est pas l'endroit où il exerce habituellement son activité professionnelle (49) ». Ce peut être par exemple un lieu de formation (50).

13. La Cour fait toutefois un cas à part du « domicile » du salarié (51). Le domicile est un lieu de vie familiale, personnelle et sociale, qui peut être, en même temps, un lieu de travail. Les télétravailleurs obligatoires des périodes de confinement liées au Covid s'en souviennent. Cette nature duale, ambiguë du « domicile-lieu de travail » a convaincu la Cour de faire exception à la règle d'une qualification automatique de « temps de travail » du salarié disponible sur son lieu de travail, lorsque c'est le domicile qui est le lieu de travail (52).

Cette exception ne concerne que le domicile et certainement pas une base-vie, un petit studio mis à disposition, une chambre d'hôtel ou la cabine arrière d'un camion bloqué sur un parking (53). Elle n'en

est pas moins une restriction importante, qui peut autoriser un employeur à ordonner le confinement à son domicile d'un salarié. Toutes les activités personnelles et sociales qui s'exercent hors du domicile lui seront ainsi interdites, sans que cette contrainte suffise à qualifier ce temps de temps de travail.

La contrainte de rester à domicile n'est pourtant pas une contrainte légère, comme l'expérience du confinement en période de Covid l'a montré. Elle n'a pas été jugée suffisamment contraignante.

En revanche, d'autres contraintes, indépendantes du lieu, peuvent permettre la qualification de temps de travail.

3. Délai, fréquence et autres contraintes

14. Le salarié à disposition peut être considéré comme en temps de travail, même s'il est libre de ses déplacements. C'est le cas s'il subit d'autres contraintes, à l'impact « objectif et très significatif » sur ses possibilités « de se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux (54) ».

Deux dimensions contraignantes sont particulièrement explicitées par la Cour de justice.

15. – Le salarié est en temps de travail si le délai dans lequel il doit obéir est trop bref. Pour que la qualification de temps de repos soit possible, un salarié à disposition doit avoir un « délai raisonnable » avant de devoir reprendre ses activités professionnelles, afin que ce délai lui permette de « planifier ses occupations personnelles (55) ». En d'autres termes, il faut que le salarié ait le temps de finir les activités personnelles qu'il a pu commencer, au moins celles qui sont raisonnablement courtes, avant de se mettre en mouvement.

16. – Un salarié régulièrement dérangé pendant sa période de disponibilité, même s'il dispose d'un délai de mise au travail conséquent, sera constamment sur le qui-vive. La situation est différente si l'employeur n'use que rarement de la faculté qu'il s'est réservée de joindre le salarié. Une « fréquence moyenne » élevée

(46) Nous soulignons. Cette expression est celle des arrêts cités à la note précédente.

(47) CJCE, 9 sept. 2003, Jaeger, C-151/02, pt 44, *RJS*, 12/03, n° 1454 ; obs. J.-P. Lhernould, p. 942 ; CJUE, 3 octobre 2000, Simap, C-303/98, pt 48 ; CJUE, 21 févr. 2018, Matzak, C-518/15, pts 57 et s ; *JCP S*, 2018, p. 1097, note J.-P. Lhernould ; *RDT*, 2018, p. 449, obs. D. Gardes ; CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, Radiotelevizija Slovenija et 9 mars 2021, aff. C-580/19, R. J. c/ Stadt Offenbach am Main, *Dr. soc.*, 2019, 715, note V. Lacoste-Mary ; *SSL*, 2021, n° 1980-1981, p. 43, art. L. Driguez ; 15 juillet 2021, C-742/19, pt 95. Comp. F. Favennec-Héry, « Temps de travail : la pression du droit européen », *SSL*, 2022 n° 1985, pp. 5 et s. spéc. p. 8, autrice qui semble être passée à côté des extraits d'arrêts susvisés et donc de la portée du lieu de travail dans les qualifications retenues par la jurisprudence de l'Union européenne.

(48) L'arrêt Radiotelevizija Slovenija précité est très clair sur ce point : v. les pts 35 et 36 de l'arrêt. V. aussi, en ce sens, not. CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, pts 32 et 33.

(49) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, préc. pt 34.

(50) CJUE, 28 oct. 2021 C-909/19.

(51) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 35, et C-580/19, pt 36, 15 juillet 2021, C-742/19, pt 95 ; 9 sept. 2021, C-107/19, pt 32.

(52) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19 préc., pt 33 ; 9 mars 2021, aff. C-580/19, R. J. c/ Stadt Offenbach am Main, pt 43 ; 15 juillet 2021, C-742/19, pt 95.

(53) Comp. les arrêts de la Cour de cassation cités au n° 23, lesquels sont contraires à la jurisprudence de la Cour de justice.

(54) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 36 ; CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, pt 33, et déjà, avec des termes légèrement différents, CJUE, 21 fév. 2018, Matzak, C-518/15, préc. pts 63 à 66.

(55) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 48 et C-580/19, pt 47 ; CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, pt 35.

des interventions demandées au salarié peut donc suffire à qualifier un temps de disponibilité de temps de travail (56). Et la Cour précise qu'une fréquence moyenne doit être jugée plus sévèrement si les interventions demandées sont « *d'une durée non négligeable* (57) ».

17. Un délai bref ou une fréquence élevée peuvent suffire à eux seuls pour retenir la qualification de temps de travail (58). Mais l'appréciation de la contrainte produite par la fréquence des interventions ou la brièveté du délai peuvent aussi être analysées ensemble, et même avec d'autres contraintes, pour permettre un jugement global de l'intensité de la contrainte.

Par exemple, un délai de mise en mouvement assez bref, mais raisonnable, disons d'une heure, et une fréquence relativement modérée sans être rare, disons en moyenne d'une courte intervention tous les jours de disponibilité, pourraient se conjuguer pour faire ensemble une contrainte suffisante, là où une seule de ces contraintes n'aurait pas suffi. Le confinement à domicile, insuffisant pour entraîner à lui seul une qualification de temps de travail mais qui réduit sensiblement les activités personnelles et sociales possibles, devrait aussi jouer un rôle important dans de telles évaluations globales.

En sens inverse, certains éléments peuvent jouer un rôle d'atténuation dans l'appréciation du délai ou de la fréquence. Ainsi la possibilité pour le travailleur de refuser un quart des interventions et la constatation pratique qu'il pouvait exercer son métier de taxi pendant ses périodes de disponibilité, avec l'autorisation de son employeur, laissent à penser que les contraintes qui pesaient sur lui n'étaient pas suffisantes pour qualifier son temps de disponibilité de temps de travail, malgré un délai d'intervention requis relativement bref (59).

Derrière toute cette casuistique en construction s'exprime un principe, conforme au texte de la directive : les temps laissés à la disposition de l'employeur demeurent en principe des temps de travail. Seuls les salariés qui subissent des contraintes légères, notamment du fait du délai d'intervention raisonnable et de la rareté des interventions demandées, peuvent être dits en « temps de repos ».

Même exceptionnelle, cette qualification de « temps de repos » appliquée à des temps où le salarié reste joignable et à la disposition de l'employeur n'est pas sans risques. Consciente du danger, la Cour de justice s'efforce de fixer des limites quantitatives à ces temps de « repos disponible ».

C. La nécessaire préservation d'un temps libre.

18. Même si les contraintes qui s'imposent au salarié au cours de sa période de disponibilité sont relativement légères, au point de permettre une qualification de « temps de repos », la Cour de justice reconnaît que le seul fait de rester à disposition de l'employeur est toujours « *une charge psychologique* », qui peut rendre « *difficile, pour [le salarié], de se soustraire pleinement à son environnement de travail pendant un nombre suffisant d'heures consécutives, qui lui permettent de neutraliser les effets du travail sur sa sécurité et sa santé* », « *d'autant plus (...) lorsque ces services de garde ont lieu durant la nuit* (60) ». L'obligation de protéger les travailleurs contre les risques psychosociaux, prévue par la directive 89/391 du 12 juin 1989 impose donc, pour la Cour de justice, de limiter les périodes où le salarié est à la disposition de l'employeur, même si cette mise à disposition est de faible intensité. Ces périodes de « repos disponible » doivent n'être ni trop longues ni trop fréquentes.

Une part doit donc rester au temps totalement imperméable aux ordres de l'employeur, un temps qui est aussi celui de la possible déconnexion totale, un temps libre au sens précédemment défini. La Cour de justice fait ainsi place à un troisième temps. À côté du temps de travail, elle distingue deux temps de repos : celui des disponibilités douces, qu'il convient d'utiliser avec modération, et celui du temps libre, qui doit être préservé.

Ces enseignements du droit européen sont relativement récents, puisque issus pour l'essentiel des arrêts de la Cour de justice postérieurs à l'arrêt Matzak du 21 février 2018, voire d'arrêts rendus à partir de l'année 2021 (61). Ce qui peut expliquer le retard de la Cour de cassation dans leur prise en compte.

(56) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pts 46 et 51 ; C-580/19, pts 45 et 50.

(57) CJUE, 9 mars 2021, C-580/19, pt 51.

(58) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 54 et C-580/19 pt 53 ; 9 sept. 2021, C-107/19, pt 40 : « *la circonstance que, en moyenne, le travailleur n'est que rarement appelé à intervenir au cours de ses périodes de garde ne peut aboutir à ce que ces dernières soient considérées comme des "périodes de repos", (...) lorsque l'impact du délai imposé au travailleur pour reprendre ses activités professionnelles est tel qu'il suffit à restreindre, de manière objective et très significative, la faculté qu'il a de gérer librement, au cours de ces*

périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités ».

(59) CJUE, 11 nov. 2001, C-214/20, Dublin City Council, pt 45, RDT, 2022, p. 250, note M. Véricel. La Cour pose cette solution sous réserve d'une appréciation de la fréquence des interventions.

(60) CJUE, 9 mars 2021, aff. C-344/19, pt 64 ; aff. C-580/19, pt 60 ; CJUE, 11 nov. 2021, C-214/20, Dublin City Council, pt 45.

(61) CJUE, 21 fév. 2018, Matzak, C-518/15 et les arrêts postérieurs susvisés aux notes 51 et 5.

III. L'interprétation conforme du droit français

19. La typologie des temps européens s'avère triple, puisque la jurisprudence européenne reconnaît deux sortes de temps de repos, le temps de repos à la disposition de l'employeur, qui doit rester limité, et le plein temps de repos ou temps libre. Une trilogie similaire existe dans le Code du travail français, avec le temps de travail effectif de l'article L. 3121-1 et deux temps de repos, le temps d'astreinte de l'article L. 3121-9, assimilé au temps de repos (62) et qui doit faire l'objet de contreparties (63), et le plein temps de repos ou temps libre, qui ne doit faire l'objet d'aucune contrepartie.

Le plus simple, de très loin, consiste à faire coïncider les trilogies européenne et française. Cette coïncidence s'impose au nom de la lettre du Code du travail, laquelle est parfaitement compatible avec les solutions de la jurisprudence de l'Union européenne. Elle s'impose au nom de la règle de l'interprétation conforme, laquelle ordonne d'interpréter le droit français dans un sens compatible avec le droit de l'Union européenne (64). Elle s'impose enfin parce qu'elle est plus simple, ce qui est un argument qui portera auprès de tous ceux qui sont soucieux de l'intelligibilité du droit (65). Elle suppose toutefois quelques ajustements de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

C'est ce qu'il convient de montrer à propos du temps de travail (A), du temps d'astreinte (B), et du temps libre (C).

A. L'interprétation conforme du temps de travail

20. Les termes par lesquels l'article L. 3121-1 du Code du travail définit « la durée du travail effectif » et ceux par lesquels l'article 2.2 de la directive européenne définit le « temps de travail » sont proches.

La « durée du travail effectif » de l'article L. 3121-1 est le temps pendant lequel le salarié est « à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». Et pour l'article 2.1 de la directive, le « temps de travail » est celui pendant lequel le salarié est « à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions (66) ». Il convient de découper rapidement ces textes pour les comparer.

– « à la disposition de l'employeur ».

Ces premiers termes se retrouvent à l'identique dans les définitions européenne et française.

– « se conforme à ses directives » ; « dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions ».

Ces deux parties de définition sont différentes, mais peuvent se comprendre comme deux manières de dire la même chose. Ce qu'un employeur peut demander, l'objet de ses directives, c'est bien que le salarié exerce son activité ou ses fonctions. Se conformer à ceci, c'est être dans l'exercice de cela.

– « et ».

Les deux éléments de définition sont reliés par la conjonction « et » dans le texte français comme dans le texte européen. On l'a vu, le droit européen interprète cet « et » comme un « ou » (67). Ce qui est logique ici l'est tout autant là. L'exécution du travail est une conformation aux directives, qui est un temps de travail, même lorsque le salarié cesse d'être à la disposition de l'employeur. Et la jurisprudence française reconnaît fréquemment que des salariés à la disposition de l'employeur sont en temps de travail effectif, même s'ils n'exécutent pas de travail (68). Le texte français est au demeurant plus clair encore en ce sens que le texte européen : attendre les ordres sans rien faire, si c'est ce que l'employeur demande, c'est se conformer à ses directives.

(62) C. trav., art. L. 3121-10.

(63) C. trav., art. L. 3121-9 al. 3.

(64) Cette règle de l'interprétation conforme s'impose à tous les juges, y compris naturellement aux juges prud'hommes, ou à la Cour de cassation. V. les arrêts fondateurs CJCE, 10 avr. 1984, C-14/83, Von Colson, pt 26, et CJCE, 13 nov. 1990, C-106/89, Marleasing. Ces arrêts ont été repris et précisés à nombreuses reprises : v. not. CJUE, GC, 24 janv. 2012, Dominguez, C 282/10 ; 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 ; 10 oct. 2013, Spedition Welter, C-306/12 ; 27 mars 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12 ; 4 juin 2015, Faber, C-497/13 ; 10 oct. 2017, Farrell, aff. C-413/15. L'obligation d'interprétation conforme est bien connue et généralement bien respectée par la chambre sociale de la Cour de cassation : sur les très nombreux exemples d'interprétation conforme réalisés dans les différents champs du droit social par la chambre sociale, v. A. Fabre et J.-G. Huglo, « Regards croisés sur l'interprétation conforme en droit social national », *Dr. soc.*, 2021, pp. 964 et s.

(65) Il n'est pas totalement impossible intellectuellement de compliquer les choses et d'imaginer un système dans lequel la trilogie du Code du travail et celle du droit européen ne se correspondent pas. Mais cela produirait un enfer conceptuel inextricable, de multiples contradictions entre les droits français et européen, la mise à l'écart de certains textes du Code du travail au nom de la supériorité du droit européen et le tout pour aboutir à faire prévaloir le droit européen et donc revenir au point de départ.

(66) Sur le texte complet et sa simplification jurisprudentielle, v. ci-dessus n°8.

(67) V. n° 9 ci-dessus.

(68) V. not. les arrêts publiés Soc., 8 juin 2011, 09-70.324 P ; Soc., 20 fév. 2013, n° 11-26.401 P.

– « *vaquer librement à des occupations personnelles* »

Il s'agit d'une spécificité du texte français. Le salarié en temps de travail effectif ne peut pas « *vaquer librement à des occupations personnelles* ». Ce bout de phrase aurait pu passer pour une redondance, car il apparaît difficile de vaquer « *librement* », tout en étant dans l'exécution du travail ou à la disposition de l'employeur. La Cour de cassation a toutefois voulu s'appuyer sur cet élément de texte pour séparer deux sortes de temps où le salarié restait à la disposition de l'employeur. Celui où il reste libre de « *vaquer à des occupations personnelles* », qualifié de « *temps d'astreinte* », et celui où il n'a pas cette liberté, qualifié de « *temps de travail effectif* ».

Cette restriction de la notion de temps de travail, discutable et discutée (69), coïncide avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci distingue aussi, parmi les temps d'inactivité à la disposition de l'employeur, ceux qui sont qualifiés de temps de repos et ceux qui sont qualifiés de temps de travail.

La notion européenne de « *temps de travail* » et la notion française de « *durée du travail effectif* » apparaissent ainsi suffisamment proches pour que l'hypothèse d'une identité des notions soit crédible.

Toutefois, si les jurisprudences européennes et françaises reconnaissent toutes les deux qu'un temps de disponibilité peut être soit un temps de travail soit un temps de repos, elles ne placent pas la frontière au même endroit. C'est sur ce point que la jurisprudence française doit faire un effort d'adaptation.

B. L'interprétation conforme des temps laissés à la disposition de l'employeur

21. Ces temps pendant lesquels le salarié ne travaille pas mais reste à la disposition de l'employeur sont ceux pour lesquels la jurisprudence française est hésitante. Ce sont ceux pour lesquels une mise en conformité au droit européen est nécessaire. Pourtant, les textes du Code du travail sont eux parfaitement compatibles avec la jurisprudence européenne.

L'article L. 3121-9 (70) définit comme temps d'« *astreinte* » le temps pendant lequel le salarié « *sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* ».

La proposition « *doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* » n'est qu'une autre manière de viser les temps où le salarié est à la disposition de l'employeur. Parmi ces temps de disponibilité, l'article L. 3121-9 distingue les temps où le salarié est « *sur son lieu de travail* » (1) et ceux où il est « *à la disposition permanente et immédiate de l'employeur* » (2). Ces sont deux exclusions expresses de la qualification d'astreinte qui rappellent les exigences de la jurisprudence européenne.

1. La disponibilité sur le lieu de travail

22. L'article L. 3121-9 du Code du travail exclut la qualification d'astreinte lorsque le salarié est à la disposition de l'employeur « *sur son lieu de travail* ». La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union est dans l'exact même sens, puisqu'elle qualifie automatiquement de temps de travail les temps de disponibilité sur le lieu de travail, y compris s'il s'agit d'un lieu de travail inhabituel (71).

La Cour de cassation est, elle, plus hésitante. Elle est parfois conforme au texte français et à la jurisprudence européenne. Elle qualifie alors de temps de travail des temps de disponibilité sur le lieu de travail (72), y compris lorsque le salarié y est assez confortablement installé, par exemple dans un logement de fonction (73). Mais cette qualification n'est pas automatique.

La Cour vérifie si, en plus d'être sur le lieu de travail, les périodes de disponibilité sont associées à des « *sujétions particulières caractérisant l'impossibilité pour lui de vaquer librement à des occupations personnelles* (74) ». En l'absence de telles « *sujétions* », la qualification d'astreinte est retenue. Ce sont des affaires qui concernent souvent des hôtels (75),

(69) V. n° 11 ci-dessus.

(70) Le texte actuel a été modifié par la loi « *travail* » du 8 août 2016.

(71) V. n° 12 ci-dessus.

(72) V. not. Soc., 6 avril 2011, 10-16.203 inédit ; 8 juin 2011, 09-70.324 P ; Soc., 20 fév. 2013, n° 11-26.40 P ; 17 sept. 2015, 14-11.940, inédit.

(73) Pour des qualifications comme temps de travail du temps de disponibilité dans des logements de fonction, outre le fameux arrêt *Maucolin* (Soc., 2 juin 2004, 02-42618 P), v. not. Soc., 6 avril 2011, et 17 sept. 2015, préc. Pour une qualification comme temps de travail du temps astreint sur une base-vie située sur site industriel, v. aussi Soc., 20 fév. 2013, 11-26.401 P, arrêt qui précise qu'il suffisait que « *le salarié (soit) tenu de rester sur le lieu*

de travail dans des locaux déterminés imposés par l'employeur, peu important les conditions d'occupation de tels locaux ».

(74) Pour des refus de qualifier de temps de travail effectif des temps de disponibilité sur le lieu de travail, sur ce motif, ou à l'aide de termes proches : v. not. Soc., 9 fév. 2022, 20-15.085, inédit ; Soc., 17 fév. 2021, 19-23.367, inédit ; Soc., 13 octobre 2021, 20-16.048, inédit ; 19 juin 2019, 18-11.824, inédit ; 27 mars 2019, 17-20.797, inédit ; Soc., 27 juin 2012, n° 11-13.342, inédit ; 20 nov. 2012, 11-20.345, inédit ; Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit.

(75) V. Soc., 9 fév. 2022, 20-15.085, inédit ; Soc., 17 fév. 2021, 19-23.367, inédit ; Soc., 13 octobre 2021, 20-16.048, inédit ; Soc., 27 juin 2012, n° 11-13.342, inédit ; 20 nov. 2012, 11-20.345, inédit ; Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit ; Soc., 31 janv. 2006, n° 05-41.583, inédit.

mais aussi parfois d'autres lieux, comme un centre médical (76) ou un parking de fret (77).

23. Cette recherche de sujétions supplémentaires n'est ni dans le texte du Code du travail ni dans la jurisprudence de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union explique au demeurant fort bien pourquoi il suffit que la disponibilité soit imposée sur le lieu de travail pour entraîner une qualification de temps de travail : un travailleur qui doit rester sur son lieu de travail « doit rester éloigné de son environnement social et familial et bénéficie d'une faible latitude pour gérer le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités (78) ». En d'autres termes, suivant la terminologie française, un tel travailleur ne peut pas « vaquer librement à des occupations personnelles ». Le confinement sur le lieu de travail est, en lui-même, une « sujétion » suffisante pour impliquer la qualification de temps de travail effectif.

Les restrictions opérées par la Cour de cassation sont donc non seulement contraires au droit européen mais peu fondées. La Cour de cassation pressent, au demeurant, la faiblesse de sa position : ses refus de qualifier de temps de travail dans de telles hypothèses sont tous issus d'arrêts non publiés. Ces arrêts sont trop nombreux, trop réguliers (79), pour être considérés comme d'anecdotiques arrêts d'espèce. Leurs solutions doivent être abandonnées au nom du respect dû au droit européen, mais aussi au nom de la lettre de l'article L. 3121-9 du Code du travail, qui interdit expressément que le « lieu de travail » puisse être un lieu d'« astreinte ».

24. Il est possible et souhaitable d'aller plus loin. La Cour de justice apporte une exception à la qualification automatique de temps de travail, lorsque le lieu de travail auquel le salarié est astreint est aussi le domicile du salarié (80). Cette exception est contestable. Être confiné, même à domicile, est une limite forte à la possibilité d'avoir des activités sociales et familiales. C'est une entrave à la possibilité de vaquer librement à des occupations personnelles. À la diffé-

rence des textes européens qui ne prévoient rien, l'article L. 3121-9 du Code du travail exclut expressément le « lieu de travail » comme lieu d'astreinte, sans distinguer selon que ce lieu de travail est ou non le domicile du salarié. Or, là où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer (81). La solution du texte français, lu à la lettre, est ici plus favorable que la solution du texte européen (82). Et dans une telle hypothèse, c'est le texte français qui doit être respecté, conformément à l'article 153.4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (83).

2. Disponibilité « permanente et immédiate » et « possibilité de vaquer librement à des occupations personnelles »

25. Lorsque le salarié reste à la disposition de son employeur en dehors de son lieu de travail, le droit européen distingue selon l'importance des contraintes qui pèsent sur les salariés. Les disponibilités très contraignantes sont assimilées à un temps de travail. Les disponibilités peu contraignantes sont assimilées à un temps de repos (84).

Cette problématique se retrouve dans le Code du travail, lequel distingue des temps de disponibilité qualifiés d'astreinte, qui sont assimilés à un temps de repos (85). Et le temps d'astreinte est défini comme une disponibilité peu contraignante : elle est une disponibilité qui laisse le salarié « vaquer librement à des occupations personnelles (86) », qui ne le met pas « à la disposition permanente et immédiate de l'employeur (87) ». Les disponibilités trop contraignantes retombent donc dans la qualification de temps de travail effectif.

Les termes choisis par la jurisprudence européenne sont un peu différents : ils qualifient de temps de repos les temps de disponibilité pendant lesquels le salarié peut « se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux », sans subir de « contraintes » à l'impact « objectif et très significatif (88) ». Mais, une fois de plus, les terminologies française et européenne sont comparables.

(76) V. Soc., 27 mars 2019, 17-20.797, inédit.

(77) V. Soc., 21 sept. 2017, 15-24.296, inédit.

(78) CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 35, et C-580/19, pt 36 ; 15 juillet 2021, C-742/19, pt 95 ; 9 sept. 2021, C-107/19, pt 32.

(79) V. not. les arrêts cités à la note 74.

(80) V. n° 13 ci-dessus.

(81) Ce qui se dit en latin : *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

(82) Ce qui n'est nullement un problème, le droit européen n'interdisant jamais d'adopter des protections plus favorables aux salariés.

(83) Ce texte prévoit que les règles du droit de l'Union « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir

des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités ». L'article 1^{er} de la directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003 le confirme en prévoyant expressément qu'elle ne contient que des « prescriptions minimales », et en conséquence n'interdit nullement de construire des protections plus fortes.

(84) V. nos 15 et s.

(85) C. trav., art. L. 3121-9 et L. 3121-10.

(86) Selon les termes de l'article L. 3121-1.

(87) Selon les termes de l'article L. 3121-9.

(88) V. not. CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 36 ; CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, pt 33, et, avec des termes légèrement différents, CJUE, 21 fév. 2018, Matzak, C-518/15, préc. pts 63 à 66. V. aussi nos 15 et s. pour une étude plus détaillée.

La possibilité « de se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux » visée par la Cour de justice de l'Union n'est pas une idée très éloignée de la faculté de « vaquer librement à des occupations personnelles » du droit français. Et les « contraintes » à l'impact « objectif et très significatif » qui conduisent à la qualification européenne de temps travail rappellent les « sujétions particulières » qui, selon la terminologie de la Cour de cassation, conduisent à la qualification de temps de travail (89).

26. La casuistique européenne est toutefois sensiblement différente de celle des décisions de la Cour de cassation. Ainsi, notamment, pour le juge européen, la disponibilité assimilée à un temps de repos suppose qu'un délai raisonnable soit laissé au salarié avant de se mettre au travail (90), et qu'en outre une fréquence d'intervention moyenne relativement rare soit respectée par l'employeur (91). Or, par exemple, dans un arrêt du 9 février 2022, la Cour de cassation vise l'exigence d'un « *bref délai* » et « *la fréquence des interventions imprévisibles* », pour en déduire non pas qu'il s'agit d'un temps de travail mais d'un temps d'astreinte (92). La Cour de cassation use des critères européens de définition d'une frontière (celle entre le temps de travail et le temps de repos) (93) pour traiter d'une autre frontière (celle entre l'astreinte, qui est un temps de repos, et le temps libre). La portée de cette confusion ne doit pas être exagérée. En l'espèce, la qualification de temps de travail n'était pas demandée : la salariée demandait seulement les contreparties dues pour un temps d'astreinte et il convenait de les lui accorder, ce que firent la cour d'appel et la Cour de cassation. De plus, il s'agit d'un arrêt non publié. La surmotivation de la Cour et son usage décalé des critères du temps de travail sont toutefois symptomatique d'une mise en ordre inaboutie de la jurisprudence française.

Lorsque la mise en conformité de la jurisprudence française sera opérée, le régime juridique des astreintes prendra tout son sens comme limitation des temps d'astreinte et corrélativement comme protection du temps libre.

C. L'interprétation conforme du temps libre

27. Le droit de l'Union européenne exige la préservation d'un temps où le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur (94). Ce temps n'a pas de nom officiel, mais il correspond à l'idée de temps libre. Il est le troisième temps du droit européen (95).

Le droit français reconnaît, lui aussi un troisième temps, sans le nommer. Il se trouve en creux. Il est ce temps qui n'est ni un temps de travail ni un temps d'astreinte.

Ce temps « ni ni » est défini par la Cour de cassation comme l'est le temps libre du droit de l'Union européenne. Sur ce point, la jurisprudence française et la jurisprudence européenne sont d'ores et déjà conformes : le temps libre est simplement le temps qui n'est pas du tout à la disposition de l'employeur.

Cette solution simple, conforme au droit européen, est un apport récent de la jurisprudence de la Cour de cassation : tout temps pendant lequel le salarié est tenu de rester à la disposition de l'employeur est un temps d'astreinte (ou un temps de travail). Cette solution est loin d'avoir toujours été reconnue par la Cour de cassation (96). Elle a suivi la réécriture de la définition de l'astreinte par la loi du 8 août 2016. Depuis, les temps de disponibilité du salarié sont des temps d'astreinte, qu'ils soient ou non associés à des obligations de rester à proximité du domicile. Cette généralisation de l'astreinte à tous les temps laissés à la disposition de l'employeur a été d'abord affirmée par un important arrêt du 20 janvier 2021 (97). Elle a été confirmée par un arrêt du 15 septembre 2021 (98), puis, en des termes encore plus nets par un arrêt du 26 janvier 2022 (99). Cet arrêt casse pour violation de la loi un arrêt d'appel ayant à tort refusé la qualification d'astreinte, alors que le salarié avait « *l'obligation de rester en permanence disponible à l'aide de son téléphone portable pour les besoins de son emploi* ». On ne saurait mieux dire que le temps de disponibilité est un temps d'astreinte, s'il n'est pas un temps de travail.

(89) Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.082, inédit ; 27 mars 2019, 17-20.797, inédit ; 17 fév. 2021, 19-23.367, inédit ; 15 sept. 2021, 19-26.331, inédit.

(90) V. n° 16 et CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pt 48, et C-580/19, pt 47 ; CJUE, 9 sept. 2021, C-107/19, pt 35.

(91) V. n° 17 et CJUE, 9 mars 2021, C-344/19, pts. 46 et 51 ; C-580/19, pts. 45 et 50.

(92) Soc., 9 fév. 2022, n° 20-14.810, inédit.

(93) Sur cette frontière, v. plus précisément les n°s 14 et s.

(94) CJUE, 9 mars 2021, aff. C-344/19, pt 64 ; aff. C-580/19, pt 60 ; CJUE, 11 nov. 2001, C-214/20, Dublin City Council, pt 45. V. n° 18.

(95) V. n° 19.

(96) V. not. en sens contraire, Soc., 26 nov. 2014, n° 13-22.482, inédit ; Soc., 18 fév. 2015, n° 13-15.047 inédit ; Soc., 2 mars 2016, 14-14.919, inédit ; 8 sept. 2016, n° 14-26.825 P.

(97) Soc., 20 janv. 2021, n° 19-10.956, P, RDT, 2021. 257, obs. Véricel ; Dr. soc., 2021. 565, obs. S. Tournaux.

(98) Soc., 15 sept. 2021, n° 20-16.010, P.

(99) Soc., 26 janv. 2022, n° 20-18.549, inédit. V. aussi, déjà Soc., 24 juin 2020, n° 18-23.777, inédit.

Réciproquement, le temps qui n'est ni un temps de travail ni un temps d'astreinte est un temps où le salarié n'est pas tenu d'être joignable, où il peut se déconnecter à sa guise. Ce temps qui n'est pas à la disposition de l'employeur est nécessaire à la santé, mais aussi à la liberté. Il est ce qu'il est convenu d'appeler un temps libre (100).

Le droit français qui encadre les temps d'astreinte peut alors se lire comme une protection du temps libre. Les temps d'astreinte doivent faire l'objet de contreparties (101). Ces « contreparties » n'ont pas à respecter les minima de salaire, mais elles ne doivent être ni dérisoires ni « *manifestement disproportionnées* (102) ». Il y a là une importante incitation financière, pour les employeurs à ne pas exiger de trop longues périodes de disponibilité, même douce. Une forte incitation à laisser du temps libre.

28. En conclusion, il revient à la jurisprudence française d'assurer la concordance des temps français et européen autour des trois notions de temps de travail, de temps d'astreinte et de temps libre. Il convient d'inciter la Cour de cassation, gardienne du droit européen comme elle l'est du droit français, de rattraper rapidement le retard qu'elle a pris sur la jurisprudence de la Cour de justice. Il serait même logique qu'elle prenne les devants.

(100) En ce sens, v. S. Tournaux, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p.5.

(101) C. trav., art. L. 3121-9 al. 3.

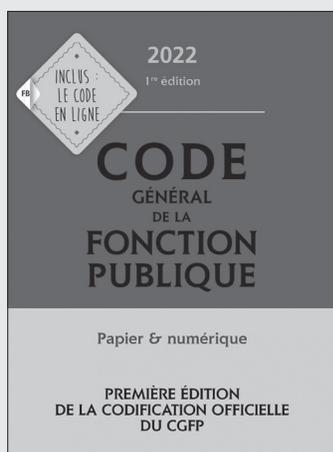
29. La directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et la jurisprudence européenne qui s'en est suivie ont été construites au nom de la protection de la santé des salariés. L'idée est juste, mais incomplète. Le maintien du salarié à la disposition de son employeur ne restreint pas seulement son droit à la santé. Il restreint aussi son droit à une vie familiale et personnelle, sa liberté d'aller et venir, ses droits au loisir, et même son statut de personne libre et égale en droit. Il revient à la Cour de cassation française de construire un encadrement strict des contraintes exigibles hors du temps de travail. Gardienne des libertés, il lui revient d'asseoir une protection vigoureuse du temps libre, plus vigoureuse encore que celles d'un droit européen, qui n'est guère réputé pour sa défense des droits et libertés des travailleurs.

Qu'un salarié reste à la disposition de l'employeur hors de son temps de travail reste et restera une bizarrerie, condamnable et condamnée (103). Toute disponibilité contraignante, notamment par le lieu, le délai ou la fréquence, doit être assimilée à un temps de travail. Et toute disponibilité, même douce, même souple, doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, suivant les termes d'un article fameux du Code du travail, l'article L. 1121-1, lequel trouve ici le cœur même de sa raison d'être.

Emmanuel Dockès

(102) Soc., 30 mars 2022, n° 20-15.022 B, *SSL*, 2022, n° 2001, p. 7, note M. Morand. L'appréciation du caractère manifestement disproportionné appartient au pouvoir souverain des juges du fond.

(103) V. n° 11.



Dalloz – 1^{re} édition – 2022
EAN 9782247214372
3206 pages – 95 euros

CODE GÉNÉRAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

Seul Code regroupant l'ensemble des textes généraux applicables aux trois fonctions publiques (État, territoriale et hospitalière).

Vaste commentaire des 4 lois qui forment le statut général de la fonction publique et du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

Les commentaires ainsi que les annotations sont l'œuvre de trois spécialistes de la matière : Fabienne Lambolez, Jean-Charles Savignac et Jérôme Michel.

Inclus : le Code en ligne, enrichi, annoté et mis à jour en continu.

Le Code général de la fonction publique Dalloz 2022 réunit les meilleurs outils pour offrir aux agents publics, aux administrations, aux organisations syndicales, aux avocats et aux étudiants les moyens d'appréhender cette matière.