



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit social, Finalité recherche
Dirigé par Madame le Professeur Françoise Favennec-Héry et
Monsieur le Professeur Jean-Michel Olivier
2013

Le droit au repos

Anne-Victoria Solivérés

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Michel Olivier

Rédaction et Administration
62, rue de Provence
PARIS
Téléphone 283-74

N° 265
28 Avril 1906
50 centimes

L'assiette au beurre

Nermai



Je remercie en premier lieu Monsieur le Professeur Olivier, pour son aide qui a été précieuse dans l'élaboration de ce mémoire, pour son écoute et ses conseils.

Je remercie également Monsieur Yannick Pagnerre, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, pour son aide et l'ensemble de ses conseils.

Je remercie aussi Monsieur le Professeur Gil y Gil, pour son aide en droit du travail espagnol, ainsi que l'ensemble du corps enseignant d'Assas.

Je remercie enfin ma famille, mes amis et mes camarades.

A tous, sincèrement merci.

Sommaire

Table des abréviations.....	5
Introduction.....	8
PARTIE 1 La consécration du droit au repos.....	40
Titre 1 : Les vecteurs de la consécration.....	41
Chapitre 1 : L'accumulation normative.....	41
Chapitre 2 : La portée normative.....	54
Titre 2 : Le contenu de la consécration.....	71
Chapitre 1 : L'objet du droit.....	71
Chapitre 2 : Les sujets du droit.....	84
Sous-Chapitre 1 : Les créanciers du droit.....	84
Sous-Chapitre 2 : Les débiteurs du droit.....	101
PARTIE 2 L'EVOLUTION DU DROIT AU REPOS.....	121
Titre 1 : L'aménagement du droit au repos.....	122
Chapitre 1 : Le droit au repos confronté à la liberté d'entreprendre.....	122
Chapitre 2 : Le droit au repos confronté au poids de l'économie.....	135
Titre 2 : Le renforcement du droit au repos.....	153
Chapitre 1 : Des opérations attentatoires au droit au repos.....	153
Chapitre 2 : Des propositions respectueuses du droit au repos.....	167
CONCLUSION.....	181

Table des abréviations

ANI	Accord national interprofessionnel
BIT	Bureau international du travail
C. action soc. et fam.	Code de l'action sociale et des familles
C. trav.	Code du travail
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. Constit.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CE ass.	Assemblée du Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CFE-CGC	Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres.
CGT	Confédération générale du travail
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de recherche scientifique
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme.
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPH	Conseil de prud'hommes
CPP	Code de procédure pénale

D.	Revue Dalloz
DGT	Direction Générale du Travail
Dr. ouvrier	Revue de droit ouvrier
Dr. soc.	Revue Droit social
FIDH	Fédération internationale des ligues des droits de l'homme
INRS	Institut national de Recherche et de Sécurité
JCP A	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique, Edition Administration et collectivités territoriales
JCP E	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique, Edition Entreprise et affaires
JCP S	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique, Edition Social
JRTT	Jour de réduction du temps de travail
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Liaisons soc.	Liaisons sociales
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations Unies
PIB	Produit intérieur brut.
Proc.	Procédures
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUCE	Périmètre d'usage de consommation exceptionnel
PUF	Presses universitaires de France

PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RATP	Régie autonome des transports parisiens
Rev. Adm.	Revue administrative
RD publ.	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDT	Revue de Droit du Travail.
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
TA	Tribunal administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Traité CEE	Traité des Communautés européennes
UE	Union européenne

Introduction

1. - « *Quid ? Ego tibi videor inertiam suadere ? (...) Nullus mihi per otium dies exit ; partem noctium studiis vindico ; non vaco somno sed succumbo, et oculos vigilia fatigatos cadentesque in opere detineo* »¹.

Dans cette lettre adressée à son ami Lucilius, Sénèque prône le principe selon lequel il faut « mourir à l'œuvre ». Cependant il ne fait aucunement l'apologie du travail. Il méprise d'ailleurs ce dernier comme une valeur en soi et condamne ceux qui s'y affèrent pour rien. Représentant du stoïcisme, il fait l'éloge de la paresse supérieure, celle durant laquelle l'homme s'efforce à atteindre la vertu².

Virgile chantait également la paresse et lui allouait une dimension divine : « O Meliboe, Deus nobis hoec otia feci »³.

L'influence de cette pensée transparaît dans la théorie de Paul Lafargue. L'homme politique français préconise dans un pamphlet du même nom, un droit à la paresse⁴. Il s'inspire de la sagesse antique selon laquelle la liberté se traduit par l'absence de travail, ce qui permet de profiter des plaisirs de l'existence tels que la pensée ou l'art. Cette vision s'oppose à celle de l'ère contemporaine où le travail est maître et directeur de la vie et où la formule « le temps est de l'argent » prend tout son sens.

Paul Lafargue assimile le repos à la paresse, sans que cela n'adopte un sens péjoratif, contrairement à la vision qu'en a Margaret Thatcher. L'ancienne Premier Ministre de Grande-Bretagne concevait une profonde hantise du repos : « Le jour où l'on est très satisfait de soi est

¹ Sénèque, *Lettres à Lucilius*, Lettre VII : « *Voyons, tu crois que je te conseille la paresse ? (...) Pas un jour de repos pour moi. Je consacre une partie de mes nuits à l'étude. Je ne m'offre pas au sommeil, j'y succombe. Mes yeux fatigués par les veilles se ferment tout seuls. Je les force à rester sur mon travail* ».

² Sénèque, *Lettres à Lucilius*, Lettre XXXI.

³ Virgile, *Bucoliques* : « *Ô Mélibé, un Dieu nous a donné cette oisiveté* ».

Jean de La Fontaine fit également mention de l'aspect divin du repos dans ses *Fables* (1668-1694) : « *Le repos ? Le repos, trésor si précieux Qu'on en faisait jadis le partage des dieux* ».

⁴ P. Lafargue, *Le Droit à la paresse*, 1880.

Pamphlet publié pour la première fois en feuilleton dans le journal *L'Égalité* entre le 16 juin et le 4 août 1880.

un jour où l'on n'a pas été paresseux ». Seul le travail présente un réel intérêt. Le repos laisserait ainsi présumer un goût pour l'oisiveté et serait l'état d'une personne fainéante non soumise au labeur. Mais est-ce vraiment cela le repos ?

Le repos est une notion diversifiée (I), dont la reconnaissance, décriée ou adulée, fut progressive (II) mais dont le rôle aujourd'hui dans la société est indéniable, à tel point qu'est consacré un droit au repos (III).

I. La notion du repos

2. - Le mot « repos » est tiré du verbe « reposer » qui vient du latin « repausare », calmer, apaiser, se délasser. Ce terme a évolué au fil de l'Histoire et a revêtu des significations différentes (A), qui rendent la compréhension du repos d'autant plus floue (B).

A. L'évolution

3. - Dès l'origine, le repos équivaut à une cessation d'activité, de travail. Il renvoie essentiellement à l'absence de guerre, de troubles, de persécutions.

Au XII^e siècle, le repos désigne l'état qui suit la mort au travers de l'expression, « le repos éternel ».

Il sert également à désigner un lieu de repos, tel que les parcs où on trouve bon nombre de repos. Mais cet emploi a disparu après le XVII^e siècle.

Du XVI^e au XVIII^e siècle, le repos se décline et devient technique. En architecture, il est employé pour désigner un édifice sans ornement ; en peinture, il s'agit d'une partie d'un tableau dont la lumière et les couleurs sont moins éclatantes ; en littérature, c'est une césure dans un vers.

Au XVII^e siècle, le repos s'insère dans le monde du travail et consiste en un congé octroyé en marge du congé habituel. C'est donc une interruption d'activité. Le repos a connu une évolution, au XIX^e siècle et au XX^e siècle, grâce au droit du travail qui l'a fait sien et lui a donné un fondement physiologique. Sont alors apparus le repos des femmes allaitant leurs enfants ou encore le repos hebdomadaire.

4. - Le repos a pour synonyme la « pause ». Du latin pausa, cette dernière est « une cessation,

un arrêt momentané d'une activité, d'un discours ». L'origine du mot « pausa » semble obscure. Il serait tiré de « pausare » lui-même bâti sur le mot grec « pauein », « faire cesser, arrêter ». Le linguiste Eduard Schwyzer a par ailleurs émis l'hypothèse selon laquelle le sens premier de « pauein » serait « frapper quelqu'un pour l'écartier ».

La pause est en musique un moment de silence. Sur le plan juridique, elle constitue un temps de répit dans l'exécution du travail⁵. Le mot « pause » a permis la formation de nombreux mots composés tels que la pause-repas ou encore la pause-café.

Les définitions hétérogènes du repos rendent son étude d'autant plus complexe. Le terme « repos » manque de clarté et de précision. Mais trois idées en ressortent néanmoins.

B. La sémantique

5. - L'immobilité. - La première idée avancée renvoie d'une part au fait de se reposer et d'autre part à une absence de mouvement.

Dans un premier temps, le repos c'est se reposer. C'est le sens initial retenu par le dictionnaire. Se reposer consiste à rester immobile ou allongé de manière à se délasser⁶. Cela renvoie au sommeil, au fait de dormir. Mais le repos peut apparaître parfois exempt de toute notion de détente et revêtir un sens neutre. Ainsi dans un second temps, il est considéré comme une cessation de mouvement que connaissent les choses ou les êtres vivants⁷. En biologie, le repos s'emploie pour l'absence de circulation de la sève dans certains végétaux pendant l'hiver des régions tempérées.

Diderot écrivait « le repos est la privation du mouvement dans un corps considéré comme mobile »⁸. Le corps humain doit donc par essence bouger. C'est pourquoi un repos trop prolongé engourdit les membres.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011.

⁶ Dictionnaire Le Robert, 2011.

⁷ Dictionnaire historique de la langue française, Dictionnaire Le Robert, 2010.

⁸ Diderot, *Opinions des anciens philosophes*.

6. - Les loisirs. - La deuxième idée fait quant à elle référence à l'état d'une personne que rien ne vient troubler, déranger⁹. Cette définition renvoie aux notions de quiétude, de tranquillité, de liberté voire, par analogie, de loisir.

Le terme de loisir vient du latin « licet » qui signifie « il est permis ». Le repos est ici un temps de liberté permettant de lire, d'aller au théâtre, au musée...

Diderot commence son article « Loisir » de l'Encyclopédie ainsi : « Temps vide que nos devoirs nous laissent et dont nous pouvons disposer d'une manière agréable et honnête »¹⁰.

Deux sociologues français, Joffre Dumazedier et Aline Ripert, ont proposé une définition du loisir¹¹. Ce dernier présente quatre caractères essentiels : les caractères libérateur, gratuit, hédoniste et personnel.

Le loisir est d'abord une libération. L'individu peut utiliser son temps comme il le souhaite et vaquer à ses occupations sans être inquiété. Les auteurs considèrent cependant qu'« il serait faux (...) d'exclure du loisir toute obligation, le loisir étant évidemment soumis comme tous les faits sociaux aux déterminismes de la société » ; mais ces obligations ont un caractère secondaire. Le loisir permet ainsi de se libérer des contraintes de l'école, de l'entreprise. Sur le plan étymologique, il peut sembler étrange de considérer qu'il permet de s'évader du cadre scolaire. En effet, le mot « école » vient du grec « scholê », le loisir. Pour les Grecs, il était indubitablement lié à la culture.

Le loisir se définit ensuite par son caractère de gratuité, par son absence de fin lucrative. Ne doit peser sur lui aucune finalité matérielle ou sociale, à défaut il s'agit d'un « loisir partiel ».

Le loisir est également la recherche du plaisir et l'évitement de la souffrance. Il permet d'accéder à un « état de satisfaction ». Cet état varie en fonction de l'individu et de ses attentes. Cela peut passer par « la recherche de la performance ou de la sagesse ». Si aucune joie n'est procurée par le loisir, il s'appauvrit.

⁹ Dictionnaire Le Robert, 2011.

¹⁰ D. Diderot, *Encyclopédie*, 1751-1765.

¹¹ J. Dumazedier et A. Ripert, *Loisirs et Culture*, Éd. du Seuil, 1966, p.43 à p.46.

Enfin, le loisir permet à l'homme de se réaliser, le divertit, le pousse au dépassement. Il redevient une entité propre éloignée des ennuis du quotidien. Un autre sociologue, Paul Yonnet, réfute notamment ce dernier critère du loisir. « Si certains loisirs reposent et délassent effectivement, il en est d'infiniment plus exténuants qu'un travail »¹².

7. - Le travail. - De la troisième idée du repos émane un paradoxe : le repos consiste pour certains à accomplir un travail autre que professionnel. Il est dénué de tout répit et donne lieu à des créations intellectuelles¹³ ou matérielles, comme le bricolage ou le jardinage.

Georges Duhamel est de ceux-là. Il affirme : « se reposer d'un travail en s'abîmant dans un autre ? Cette formule, qui sera la formule de ma vie, je viens de la découvrir. Je m'y tiens... je m'y tiendrai »¹⁴.

Peu importe son usage, le repos reste un moment d'évasion permettant à l'homme, et plus particulièrement au travailleur, de sortir de sa vie professionnelle. La nécessité d'un repos est donc incontestable.

II. La prise de conscience de l'idée de repos

8. - Durant la Révolution industrielle, le machinisme est encensé et le travail valorisé. Concomitamment les conditions de travail des classes laborieuses se dégradent. Apparaît alors une multitude d'études analysant les faits sociaux (A) et laissant entrevoir la perspective d'une transformation sociétale et juridique (B).

A. Sociologique

9. - En France. - Dès 1830, les ouvriers commencent à prendre conscience de leur condition¹⁵. Certains sont à l'initiative des premières manifestations et grèves dans l'industrie du textile. Ils ne s'opposent pas de façon catégorique à la politique de l'État mais revendiquent

¹² P. Yonnet, *Travail, Loisir – Temps libre et lien social*, Éd. Gallimard, 1999, p.71 à p.77.

¹³ Sénèque consacre son temps de liberté à la contemplation et ceci ne semble pas reposant (voir note n°1).

¹⁴ G. Duhamel, *Pesée des âmes*, 1949.

¹⁵ 27-28-29 juillet 1830 : Révolution de Juillet - Journées d'insurrection parisienne.

des heures de travail raisonnables. Progressivement l'opinion s'intéresse à eux. La presse ouvrière s'engage dans la défense de leurs droits. Certains auteurs préconisent dans leurs écrits le développement d'institutions sociales pour aider les ouvriers à se libérer de leur état¹⁶.

Parallèlement, le XIX^e siècle est marqué par l'apparition de sociétés savantes à l'origine de nombreuses enquêtes et observations sociales. Les méthodes utilisées varient : elles vont des analyses statistiques aux questionnaires, en passant par les monographies comparatives. Cette démarche empirique est bercée par des préoccupations philanthropiques et hygiénistes. Les conditions de travail sont placées au cœur des différents travaux. L'astronome et mathématicien belge, Adolphe Quételet (1796-1874) conseille de publier ces statistiques sociales pour éviter des révolutions.

Louis-René Villermé¹⁷, Louis-François Benoiston de Chateauneuf¹⁸ et Eugène Buret¹⁹ sont chargés, par l'Académie des sciences morales et politique, d'étudier la classe ouvrière.

Entouré de magistrats, de médecins, d'industriels et d'ouvriers, Louis-René Villermé souhaite alors « tout voir, tout entendre, tout comprendre » de ce monde dont il ignore tout. Son rapport, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, paru en 1840, dresse un état alarmant de la précarité des ouvriers. Louis-René Villermé va jusqu'à dire « ce n'est plus là un travail, une tâche, c'est une torture ». Un rapport fait à la Société de Mulhouse émettait déjà, en 1837, certaines inquiétudes au regard des conditions de travail des ouvriers²⁰.

Le constat réalisé par le docteur Villermé est à l'origine de l'essai de Paul Lafargue, *Le droit à la paresse*. Ce disciple de Karl Marx mène avec vigueur une lutte en faveur d'une réduction de

¹⁶ Joseph-Marie de Gérando (1772-1842), Littérateur idéologue français ; Alban Villeneuve-Bargemon (1784-1850), Économiste français.

¹⁷ Louis-René Villermé (1782-1863), Médecin et sociologue français.

¹⁸ Louis-François Benoiston de Châteauneuf (1776-1856), Économiste et statisticien français.

¹⁹ Eugène Buret (1810-1842), Economiste français.

²⁰ Rapport fait à la Société Industrielle de Mulhouse le 31 mai 1837 : « il y a des filatures en France qui retiennent leurs ouvriers pendant dix-sept heures par jour, et les seuls moments de repos pendant ces dix-sept heures, sont une demi-heure pour le déjeuner et une heure pour le dîner, ce qui laisse quinze heures et demi de travail effectif ».

la durée du travail afin que les individus ne soient plus les esclaves du temps. La première phrase de son écrit résume parfaitement l'ensemble de sa pensée : « une étrange folie possède les classes ouvrières des nations où règne la civilisation capitaliste. Cette folie entraîne à sa suite des misères individuelles et sociales qui, depuis deux siècles, torturent la triste humanité. Cette folie est l'amour du travail, la passion moribonde du travail, poussée jusqu'à l'épuisement des forces vitales de l'individu et de sa progéniture ». L'auteur blâme ceux qui clament que la destinée de l'homme est d'être vouée à la souffrance²¹. La pauvreté place les salariés dans une dépendance par rapport au travail, source même de leur misère²².

10. - En Angleterre. - La situation est tout aussi déplorable qu'en France. Dans les années 1830, sont créés à Manchester et à Londres des *statistical societies*. Leur objectif est l'évaluation des conditions morales et intellectuelles des ouvriers. Ces groupements organisent des enquêtes sur divers sujets : l'alphabétisation, l'hygiène, le confort domestique.

En 1841, Chadwick, haut fonctionnaire, rédige un rapport très critique sur les conditions sanitaires dans les grandes villes anglaises. Il émet des recommandations de santé publique qui ne donneront lieu à aucune mesure. Mais ce document a au moins le mérite d'avoir sensibilisé sur la situation du milieu urbain.

Friedrich Engels (1820-1895) dresse à son tour un tableau effroyable de l'état de la classe prolétaire²³. Il y évoque notamment les mauvaises conditions de vie dans les *workhouses*²⁴ ainsi que le travail dans les mines de charbon et de fer²⁵.

²¹ Déclaration d'Adolphe Thiers devant la Commission sur l'instruction primaire de 1849 : « Je veux rendre toute-puissante l'influence du clergé, parce que je compte sur lui pour propager cette bonne philosophie qui apprend à l'homme qu'il est ici-bas pour souffrir et non cette autre philosophie qui dit au contraire à l'homme : « Jouis » ».

²² Dans *Le droit à la paresse*, Paul Lafargue rapporte les propos d'un prêtre de l'Église anglicane, le révérend Townshend, qui clamait : « Travaillez, travaillez nuit et jour ; en travaillant, vous faites croître votre misère, et votre misère nous dispense de vous imposer le travail par la force des lois ».

²³ F. Engels, *La situation des classes laborieuses en Angleterre*, 1845.

²⁴ Les *workhouses* étaient à l'origine des lieux où les pauvres pouvaient travailler et obtenir en retour de la nourriture et un logement. Mais leur but originel fut par la suite détourné.

²⁵ F. Engels : « La durée habituelle de travail est de 11 ou 12 heures, souvent plus. En Écosse, elle atteint jusqu'à 14 heures, et il arrive fréquemment de faire des journées doubles de sorte que tous les ouvriers sont contraints de travailler 24 heures, voire parfois de 36 heures d'affilée au fond. Les repas à heures fixes sont chose inconnue la plupart du temps, si bien que les gens mangent quand ils ont faim et quand ils en ont le temps ».

Certains industriels tentent de leur côté d'améliorer le sort de leurs salariés et mènent un combat en leur faveur. Tel est le cas de Robert Owen (1771-1858)²⁶, modèle du patron philanthrope. Soucieux du bien-être de ses employés, il finance leurs logements, subventionne leurs soins médicaux et réduit leur temps de travail. Mais son comportement reste isolé et beaucoup d'employeurs n'ont pas la même démarche. Il fait alors appel au législateur pour protéger les intérêts des salariés et obtiendra ainsi en 1819 une loi améliorant les conditions de travail des enfants. Mais cette disposition se révèle être en-deçà de ses exigences. Selon Owen, le problème vient des patrons. Il développe donc un système ne faisant appel à aucun employeur : une banque où s'échangent des bons de travail. Mais ses idées n'aboutissent pas et il en vient à rêver de la venue de Dieu sur terre afin de promouvoir la vertu et le bonheur.

11. - Aux États-Unis. - La conception du travail-marchandise est une idée ancienne qui fut partagée par la France et les États-Unis. Mais elle a connu une évolution conceptuelle différente dans les deux pays. Au XIX^e siècle, alors qu'en France, des considérations humaines pénètrent dans le monde professionnel, outre-Atlantique, le travail est toujours vu comme un objet de transactions commerciales. Les parties sont libres de le vendre et de l'acheter. La liberté d'entreprendre et la liberté du salarié d'aliéner sa capacité de production constituent la liberté contractuelle, qui est un droit fondamental lié à la propriété. Cette vision du travail lui ôte toute humanité.

Mais cette conception économique de la main d'œuvre est contestée. Dans la seconde partie du XIX^e siècle, des revendications syndicales poussent à l'adoption de lois dans les différents États fédérés en vue d'améliorer la condition ouvrière. Ces réglementations portent essentiellement sur la durée de travail et le travail des femmes et des enfants. Mais ce mouvement se heurte aux décisions des juges de la Cour suprême qui déclarent ces lois inconstitutionnelles. L'arrêt *Lochner* est une parfaite illustration de la réaction du pouvoir judiciaire²⁷. L'État de New-York avait adopté en 1897 une loi instituant une durée maximale de travail dans les boulangeries. La Cour suprême considère que cette disposition porte atteinte à la libre définition de la durée de travail. Ainsi la liberté contractuelle proclamée n'est

²⁶ Robert Owen devint à 19 ans patron d'une grande entreprise de 500 salariés spécialisée dans la filature du coton.

²⁷ *Lochner v. People of the state of New York*, 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539 (1905).

en réalité qu'un principe au service de l'employeur.

C'est dans ce contexte que des chercheurs et des associations caritatives réalisent une enquête, *le Pittsburgh Survey*. Les méthodes utilisées sont dans la lignée de celles des observateurs européens. Sont représentées les conditions de vie des travailleurs des mines, aciéries et magasins de la région de Pennsylvanie. Une absence de protection sociale, une durée de travail excessive, des salaires extrêmement bas font partie du quotidien des ouvriers sans que cela n'émeuve leurs supérieurs.

Ces travaux sont justifiés par une volonté de réforme sociale et de changements. Mais il faut attendre la Grande dépression des années 1930 pour que les attaques contre le principe de liberté contractuelle aient enfin des répercussions et poussent à la suppression de son caractère absolu²⁸, dans une volonté d'égalité entre les parties.

Cependant, même aujourd'hui, le législateur et le juge américain n'envisagent pas une atteinte excessive à la liberté contractuelle. En effet, les restrictions à la liberté du travail sont peu nombreuses. Ainsi il n'existe aucune limite de durée de travail dans les entreprises. L'employeur est seulement contraint de payer les heures supplémentaires au-delà de la 40ème heure de travail²⁹. Les États-Unis semblent peu enclins à réaliser des réformes dans le domaine social, à la différence de la France.

B. Juridique

12. - Les enquêtes et les écrits parus au cours du XIX^e siècle dénoncent les carences de la société française. Ils sont une invitation à la réflexion et à la recherche de solutions et poussent à une remise en cause de l'ordre établi. Les ouvriers ne doivent plus être prisonniers des carcans du travail. Le droit à la paresse consacré par Paul Lafargue apparaît plus comme une nécessité.

La loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants est considérée comme la première loi sociale française. La paupérisation de la classe ouvrière devient alors une préoccupation juridique et

²⁸ West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S. 379, 57 S. Ct. 578 (1937).

²⁹ Fair Labor Standard Act de 1938, 29 U.S.C. §207.

plus seulement philosophique ou sociologique. Le législateur va progressivement octroyer des droits aux travailleurs au sein des entreprises (1), mais aussi à l'extérieur de celles-ci (2).

1. La vie dans l'entreprise

13. - La protection des enfants. - La loi du 22 mars 1841 ne vise qu'une catégorie de travailleurs, les enfants de moins de seize ans. Leur repos est aménagé : la journée est limitée à un maximum de huit heures de travail effectif et comprend des pauses ; le travail de nuit est interdit avant l'âge de treize ans et celui du dimanche avant seize ans. Cette loi s'oppose à l'embauche des enfants de huit ans et ceux de moins de douze ans fréquentant une école.

Mais la protection des enfants reste limitée. La loi est applicable dans « les manufactures, usines et ateliers à moteur mécanique ou à feu continu, et dans leurs dépendances » ainsi que « dans toute fabrique occupant plus de vingt ouvriers réunis en ateliers »³⁰. Sont donc exclus les chantiers, les travaux en plein air et les entreprises familiales³¹.

De plus cette loi est confrontée à l'opposition de certains protagonistes. Les patrons voient dans cette intervention législative une atteinte à leur liberté d'entreprendre et à leur autorité, ainsi que la perte d'une main d'œuvre rentable. Certains décident donc de ne pas appliquer ce texte ou d'ignorer son existence. Ils sont soutenus par des parents complices craignant pour la subsistance de leur famille. L'État se montre également peu coopératif. La loi donne compétence à l'administration publique de prendre des règlements, en vue, notamment, de « pourvoir aux mesures nécessaires à l'exécution de la présente loi » - telles que des missions d'inspection³² - mais aussi « d'assurer les conditions de salubrité et de sûreté nécessaires à la vie et à la santé des enfants »³³. Mais cette délégation n'est pas suivie d'effet. Le gouvernement justifie l'inefficacité des inspections par une insuffisance de moyens.

³⁰ Art. 1, Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers.

³¹ G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, §174 : « Au total, 70 000 seulement des 260 000 enfants employés dans l'industrie sont susceptibles de bénéficier des nouvelles dispositions ».

³² Art. 10, loi du 22 mars 1841.

³³ Art. 9, loi du 22 mars 1841 : « Le gouvernement établira des inspections pour surveiller et assurer l'exécution de la présente loi (...) ».

Les changements perpétuels de régimes n'ont pas favorisé la révision de ce dispositif législatif infructueux. Il a fallu attendre la loi du 19 mai 1874 pour que la protection des enfants devienne effective en élevant l'âge de l'accès au travail à 12 ans³⁴ et en créant une inspection du travail composée de fonctionnaires d'État et d'inspecteurs départementaux³⁵.

L'invention de machines plus performantes permet d'éviter le recours à une main d'œuvre enfantine. En outre, la protection croissante apportée aux enfants leur assure de meilleures conditions de vie. La loi du 2 novembre 1892 fixe l'âge minimal pour travailler à 13 ans³⁶ et limite la durée quotidienne à 10 heures jusqu'à 16 ans. Cette loi concerne également le travail des femmes.

14. - La protection des femmes. - Les premières mesures en faveur des femmes sont d'abord prises de façon ponctuelle. Ainsi en 1874, le législateur interdit aux femmes le travail souterrain dans les mines, considéré comme trop dangereux. C'est en 1892 que la question du travail des femmes est abordée dans sa globalité. Certains mouvements féministes critiquent ce débat le qualifiant de discriminatoire et considérant qu'il tend à diminuer, sur le marché du travail, le poids des femmes, déjà faible. Une minorité invoqua de son côté la possibilité d'un droit protecteur pour tous.

La loi du 2 novembre 1892 tend à uniformiser la protection des enfants et des femmes. Il est reconnu à ces dernières une limitation à onze heures de travail quotidien, un repos hebdomadaire, une interdiction du travail de nuit.

La situation de la mère est également prise en compte par le législateur. La loi du 27 novembre 1909 et celle du 17 juin 1913 posent les prémices du congé maternité en permettant une suspension du contrat pendant huit semaines autour de l'accouchement et un repos obligatoire de quatre semaines après celui-ci.

³⁴ Des dérogations étaient cependant prévues, notamment dans les verreries où il était permis de faire travailler les enfants dès l'âge de 10ans.

³⁵ La loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants et des femmes est venue réformer ce système en créant un corps de fonctionnaires.

³⁶ Loi du 9 août 1936 : interdiction du travail des enfants avant 14 ans.

Ordonnance du 6 janvier 1959 : interdiction du travail des enfants avant 16 ans.

Ces lois ne sont pas seulement dictées par des aspirations humanistes. Un fort taux de mortalité infantile est enregistré dans les milieux ouvriers au cours du XIX^e siècle. Il est la conséquence des dures conditions de grossesses et des journées de travail éprouvantes. Ainsi des préoccupations démographiques et sanitaires sont à l'origine de ces textes législatifs. Mais ces mesures renvoient incontestablement à la question de la place de la femme dans la société. La défense de la famille traditionnelle laisse penser que sa place se situe au foyer³⁷. Ainsi admettre le travail des femmes serait autorisé le délaissement de la famille³⁸. L'inquiétude face à la faible espérance de vie des enfants et la baisse de la natalité se justifie également par des considérations politiques et militaires. En effet, les enfants d'aujourd'hui sont les électeurs et l'armée de demain. Certains contestent d'ailleurs cette vision restrictive de l'avenir des enfants : « il lui (la France) faut faire des enfants d'autant plus forts qu'ils sont plus rares, des athlètes et non pas seulement des soldats ou des électeurs »³⁹.

La limitation du travail des femmes présente également un aspect économique car elle permet de réduire la concurrence sur le marché de l'emploi.

Les dispositions spécifiques sur la durée de travail des femmes vont progressivement disparaître et de nouvelles mesures vont être prises en la matière et étendues à l'ensemble des travailleurs.

15. - La protection universelle. - Les journées de travail démesurées sont apparues comme la cause majeure des problèmes sanitaires connus dans le monde du travail.

La réduction généralisée du temps de travail s'est produite assez tôt, mais sans qu'elle soit réellement suivie d'effet. Un décret du gouvernement provisoire de la II^e République en date du 2 mars 1848 pose des garanties en faveur de tous les salariés : des journées de travail

³⁷ Au Congrès ouvrier de Paris, en octobre 1876, les réactions masculines sont unanimes : « *la place naturelle de la femme est au foyer domestique* ».

³⁸ P. Morand, *Éloge du repos*, 1937 : « *les abus du machinisme sont tels qu'en Angleterre même les femmes abandonnent leurs casseroles et que l'on voit des paysannes ouvrir des boîtes de conserve quelques instants avant le repas* ».

³⁹ P. Morand, *Éloge du repos*, 1937.

limitées à onze heures en province et dix heures à Paris⁴⁰. Outre des considérations sanitaires, l'idée sous-jacente de cette réforme est la division du travail en vue de la création d'emploi. Mais cette disposition demeure symbolique car dénuée de toute sanction. Elle est modifiée la même année par une loi du 9 septembre 1848 qui apparaît plus comme une réaction du gouvernement à la suite des insurrections ouvrières de juin 1848. Cette nouvelle mesure fixe le temps de travail effectif à 12 heures maximum.

Malgré les pressions du mouvement ouvrier, aucun autre texte ne sera adopté. La Commune de Paris prend, il est vrai, en 1871 la décision d'interdire le travail de nuit dans les boulangeries, mais cette intervention n'aboutira pas. Une pénurie de main d'œuvre explique le maintien des longues journées de travail et la persistance de ce vide juridique. Mais en pratique, les durées réelles de travail ont tendance à se réduire. Les comportements des patrons changent face à l'évolution économique et sociale que connaît la France. Ces agissements de particuliers sont progressivement consolidés par des mesures législatives. La loi du 30 mars 1900 vient unifier le temps de travail à dix heures par jour dans les ateliers mixtes employant des hommes, des femmes et des enfants. Cette uniformisation a pour conséquence de fixer des horaires uniques et ainsi d'écarter les multiples horaires légaux.

La loi du 29 juin 1905 vient limiter à huit heures par jour la durée du travail souterrain dans les mines. La journée de huit heures pour l'ensemble des travailleurs est votée à l'unanimité des deux chambres en 1919. La réduction du temps de travail permet de créer des emplois et de réintégrer sur le marché du travail la masse de soldats démobilisés lors de la guerre. Mais cette loi du 23 avril 1919 ne sera jamais appliquée et sera abrogée en 1936.

L'amélioration des conditions de travail est justifiée également par la prévention des accidents et des maladies professionnelles. Des législations protectrices sont prises dans l'industrie avant d'être étendues au commerce. Dans ce dernier secteur, la loi du 29 décembre 1900, « loi des sièges » oblige les commerçants à mettre à la disposition de leurs employées des sièges. Mais ce progrès est minime car aucune possibilité de s'asseoir n'est effectivement mise en œuvre.

⁴⁰ Louis Blanc (1811-1882), auteur de *L'organisation du travail* (1839), préconise une telle limitation de la durée du travail.

Les modifications apportées dans les conditions et la durée du travail permettent une amélioration de l'état sanitaire de l'ensemble de la classe ouvrière. Egalement, la réduction du temps de travail entraîne mécaniquement une augmentation du temps libre qui a vocation à être dédié à la famille, à l'environnement social et à la religion.

2. La vie hors de l'entreprise

16. - Peu à peu, l'idée s'impose, dans les milieux intellectuels, que l'ouvrier ne doit plus être soumis à une durée et à une charge de travail excessive. Des temps de repos lui sont donc ainsi aménagés.

17. - Le repos dominical. - Le terme « dimanche » trouve ses origines dans le latin ecclésiastique, « *dies dominicus* », le jour du Seigneur, c'est-à-dire le jour où Dieu se reposa de toute son œuvre, qu'il avait faite. Ce septième jour de la semaine fut béni et sanctifié par Dieu⁴¹. Le dimanche permettait donc de se consacrer entièrement aux obligations religieuses. Au cours du XVIII^e siècle et du XIX^e siècle, le repos dominical est reconnu, discuté, parfois même remis en cause⁴². Sous l'Ancien régime, il est imposé par des ordonnances et des édits alors que la Révolution instaure une relative laïcité. La Restauration rompt avec ces idées révolutionnaires et promet une protection absolue du repos dominical. La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 déclare la religion catholique religion d'État et la loi du 18 novembre 1814 interdit de travailler en public le dimanche. Mais le repos dominical perd l'un de ses défenseurs les plus ardents au moment de la chute de Charles X. Sa protection législative tombe en désuétude jusqu'à son abrogation par la loi du 12 juillet 1880, au nom de la liberté de travail et de conscience. La suppression de la notion de repos dominical est consolidée, notamment, par la loi du 2 novembre 1892. Cette loi limite la semaine de travail des femmes et des enfants à six jours sans préciser où se situe le jour de repos.

Mais le repos dominical est déjà fortement ancré dans les mœurs. Les libéraux et les catholiques le défendent. Ils revendiquent une conception traditionaliste de la famille. Mais

⁴¹ Genèse, II, 10.

⁴² Napoléon écrivait en 1807 : « *Plus mes peuples travailleront, moins il y aura de vice. Je suis l'autorité (...) et je serais disposé à ordonner que le dimanche, passé l'heure des offices, les boutiques fussent ouvertes et les ouvriers rendus à leur travail* ».

leurs idées ne sont pas enfermées dans une idéologie. Ils se préoccupent des difficultés financières des ouvriers et exigent le maintien des salaires pendant ces temps de repos. Les radicaux émettent des hésitations et craignent pour la survie des petites entreprises. Le débat perdure jusqu'en 1906. L'idée qui prévaut est qu'un repos hebdomadaire est nécessaire à l'ouvrier. Ce dernier n'est pas vu comme un outil de travail mais comme un citoyen. Il doit donc pouvoir accéder à une vie hors de l'entreprise. Il ne s'agit plus simplement de protéger la santé des travailleurs mais également de leur octroyer du temps à consacrer à la famille, à la cité, à la culture.

La loi rétablissant le repos hebdomadaire est finalement adoptée le 13 juillet 1906. Même s'il n'est pas fait directement référence au repos dominical, le législateur considère que le jour de repos est le dimanche. La séparation de l'Église et de l'État empêche d'invoquer des raisons religieuses pour justifier le choix de ce jour. Le législateur de l'époque invoque la coutume et la tradition française.

La semaine à l'anglaise, avec le samedi après-midi de repos, est une autre revendication de la classe ouvrière. Cette exigence de liberté s'élève au-delà des raisons sanitaires. Le samedi après-midi est un moment supplémentaire pour vaquer à ses occupations et ainsi laisser le dimanche entièrement libre pour profiter effectivement de la vie familiale. Leur demande n'est entendue qu'en 1936. C'est cette même année que deux semaines de congés payés sont accordées aux salariés.

18. - Les congés payés. - La loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 est venue rompre avec la logique antérieure et a instauré une liberté syndicale. Depuis, les coalitions ne sont plus interdites et les syndicats peuvent mener des actions de défense des intérêts des travailleurs. Pourtant la question des congés payés est apparue tardivement dans les mouvements syndicaux, alors que les premières revendications en leur faveur apparaissent avant 1914. À l'inverse, le député Antoine Durafour propose une avancée en la matière et dépose un projet de loi le 11 juillet 1925. La Chambre des députés se prononce en faveur de cette réforme mais le Sénat, quant à lui, l'écarte, ne prenant pas la peine de l'étudier. Il s'agit de ne pas alourdir la charge des entreprises.

Un principe d'égalité transparaît de ces revendications. En effet, les employés, les fonctionnaires, les industriels, les commerçants et les membres des professions libérales bénéficient déjà de ce repos car ils peuvent se payer des vacances. Mais pour les ouvriers, la

préservation de la compétitivité est un frein à leur droit à congés payés.

Après la victoire du Front populaire en mai 1936, des grèves se déclenchent spontanément. Elles sont accompagnées de l'occupation des lieux de travail. La crise, qui touche le pays dans les années 1930, est à l'origine des contestations salariales. Par la loi du 21 juin 1936, le Front populaire augmente la durée du repos hebdomadaire en restreignant la durée du travail à quarante heures par semaine. Cette mesure est prise en vue de lutter contre le chômage et de relancer l'économie. Des décrets viennent fixer les modalités de répartition de ces quarante heures selon la branche considérée. Le ministre socialiste de l'Économie nationale, Charles Spinasse, affirme que cette loi a pour objectif « de rendre à des hommes diminués par le chômage, la sécurité matérielle et la dignité morale que donne le travail ».

La loi sur les congés payés a été votée la même année. Elle est déposée le 9 juin et promulguée le 20 juin. L'octroi obligatoire de quinze jours de congés payés est un minimum qui peut être complété par des dispositions conventionnelles. Ainsi les usines Renault donnent trois semaines à leurs salariés en 1955.

Le monde ouvrier a le sentiment que pour la première fois le gouvernement ne les oublie pas et prend en considération ses problèmes. *L'Éloge du repos* de Paul Morand est un bref recueil dans lequel l'auteur livre ses réactions face à ces nouvelles lois. Il écrit : « il suffit de regarder nos rues ou nos routes un samedi de ce temps pour constater que les lois nouvelles ont bouleversé la vie nationale ».

La période de congés payés n'a cessé d'augmenter depuis : trois semaines avec les lois du 27 mars 1956, quatre semaines avec la loi du 16 mai 1969 et enfin cinq semaines à la suite de l'ordonnance du 16 janvier 1982.

L'amélioration de la vie familiale et l'accession à la culture par l'octroi de congés payés sont incontestables⁴³. Le repos apparaît donc comme nécessaire à l'épanouissement de l'individu. Suivant la ligne directrice dessinée par l'Histoire, il va continuer à évoluer et devenir un droit.

⁴³ Léon Blum déclarait devant la Cour de Riom en 1942 : « *Je ne suis pas sorti souvent de mon cabinet ministériel pendant la durée de mon ministère, mais chaque fois que je suis sorti, que j'ai traversé la grande banlieue parisienne, et que j'ai vu les routes couvertes de ces théories de « tacots », de « motos », de tandems, avec des*

III. Le droit au repos

19. - Le repos n'a pas été dès l'origine considéré comme un droit. Il s'agissait plutôt d'un besoin de repos. Ce dernier était nécessaire aux ouvriers face aux conditions de travail éprouvantes. En l'absence de repos, les travailleurs se trouvaient dans un état de privation. Mais par l'accession progressive au rang de droit, le repos a changé de statut. Il n'est plus une aspiration mais une exigence pesant sur l'État, l'employeur ou encore le législateur (A). Une autre dimension doit être donnée au repos. Il doit permettre aussi à l'individu de se réaliser, de s'épanouir (B).

A. Le droit à...

20. - Droit de... et Droit à... - A la notion de « droit à... » s'oppose celle de « droit de... ». Les droits de..., appelés également droits-libertés, sont opposables à l'État à la différence des droits à..., appelés droits-créances, qui ont un caractère d'exigibilité. Émane de ces derniers l'idée d'une dette positive de l'État à l'égard des individus.

Les droits à... réclament des prestations de l'Etat et les droits de... supposent donc son abstention.

L'application des premiers exige l'intervention des pouvoirs publics. En matière de droits-créances, l'action du législateur se divise en deux phases : dans un premier temps, il adopte une réglementation posant un droit, une norme et dans un second temps, il fixe les modalités selon lesquelles un individu peut avoir accès à ce qui lui est dû, un logement, un travail, une assistance. Une obligation positive pèse ici sur l'État qui peut voir sa responsabilité engagée du fait d'une ingérence passive, en raison de la non-adoption de mesures.

Les seconds peuvent être revendiqués à partir du moment où ils sont consacrés. Cela suppose l'absence d'une ingérence active de l'État venant restreindre la liberté d'une personne. La liberté de conscience et d'opinion est un parfait exemple pour illustrer les droits de... et

couples d'ouvriers vêtus de « pull-over » assortis et qui montraient que l'idée de loisir réveillait même chez eux une espèce de coquetterie naturelle et simple, tout cela me donne le sentiment que par l'organisation du travail et du loisir, j'avais malgré tout apporté une espèce d'embellie, d'éclaircie dans des vies difficiles... ».

l'inaction de l'État. Cette liberté est issue de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁴ et l'article 5 du Préambule de la Constitution de 1946⁴⁵. Pèse sur l'autorité étatique une obligation de non-ingérence. L'État doit faire preuve d'une neutralité générale. Cette obligation permet d'assurer la garantie de cette liberté. Sans que la liberté de conscience et d'opinion soit absolue, sa portée reste importante.

Mais l'intervention de l'État ne semble plus caractériser seulement les droits-créances. En effet, les pouvoirs publics sont de plus en plus sollicités en matière de droits-libertés. Ainsi en matière de liberté de la presse, le législateur doit instaurer des mécanismes permettant d'assurer « le pluralisme des quotidiens d'information politique et général (qui) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle »⁴⁶.

Une autre différence majeure existe entre ces deux catégories de droits. Le droit de... est indépendant de son objet. C'est une notion qui transcende son objet, sa destination. Il s'impose de lui-même. Le droit à... est, quant à lui, défini par son objet et ne jouit d'aucune autonomie par rapport à celui-ci.

21. - Les caractéristiques. - Le droit à... ne s'affiche pas comme une nouveauté au sein des réflexions juridiques. Pourtant les interrogations qu'il suscite restent pertinentes tant il est difficile de le comprendre.

Les droits à... correspondent à une notion abstraite. Ils constituent un bloc de droits desquels découlent des revendications, tels que le droit au logement, le droit à la solidarité nationale, le droit à la protection de la santé, le droit à l'instruction et à la culture, le droit à l'enfance ou encore le droit à l'emploi. Pour Georges Burdeau, ces droits-créances apparaissent comme « la prétention légitime à obtenir (de la collectivité) les interventions requises pour que soit possible l'exercice de la liberté »⁴⁷.

⁴⁴ « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses ».

⁴⁵ « Nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

⁴⁶ Décis. n°84-181 DC du 11 oct. 1984, Entreprises de presse.

⁴⁷ G. Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, 1961, p.21.

Il est possible de rester perplexe face à la masse de ces droits distincts et proclamant chacun une sorte d'accession partielle au bonheur. On peut d'ailleurs douter qu'ils constituent une famille juridique à part entière. Le régime applicable n'est pas uniforme pour l'ensemble des droits à... et est modulé et adapté en fonction de leurs particularités.

La référence au débiteur de ces droits reste également infructueuse pour les définir. Certains ont comme débiteur les pouvoirs publics, comme par exemple le droit au mariage, d'autres de simples particuliers, comme le droit à l'image, et enfin d'autres ont pour débiteur à la fois les pouvoirs publics et les particuliers tel que le droit au repos qui doit être appliqué par l'État et par les employeurs.

L'affirmation selon laquelle les droits à... sont hétérogènes peut être nuancée. En effet ils peuvent présenter des traits communs. Les titulaires des droits à... sont essentiellement des personnes privées qui sont les plus légitimes à pouvoir en bénéficier. Ces droits sont conçus pour les individus sans distinction fondée sur la classe sociale. A travers ces droits à..., on assiste à l'instauration d'une véritable démocratie bercée par une envie d'égalité et d'universalité. Ainsi tout le monde dispose d'un droit au repos. La création du monde en est un parfait exemple : « Et Dieu acheva au sixième jour ses œuvres et il se reposa le septième jour de toutes les œuvres qu'il avait faites »⁴⁸.

Cette conception de « droits pour tous » justifie leur nature de droits extra-patrimoniaux, qui ne sont pas intégrés dans le patrimoine des personnes. Ils ne sont pas cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles. Ils se distinguent ainsi des droits-libertés, par exemple le droit de propriété. La propriété est le fait pour une personne morale ou physique de posséder un bien et de pouvoir en jouir, c'est-à-dire en retirer des avantages (fructus), pouvoir en profiter (usus) et pouvoir l'utiliser de la manière la plus absolue (abusus), ce qui n'est pas permis pour le repos.

22. - La liberté d'entreprendre. - Le droit au repos peut être perçu comme une limite à la liberté d'entreprendre.

⁴⁸ Genèse, II, 10.

La liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est la possibilité légale pour tout individu de créer une entreprise privée et de la gérer librement. Le Conseil constitutionnel a admis à plusieurs reprises « qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ». Le respect du droit au repos apparaît comme une limitation justifiée pouvant faire échec à la liberté d'entreprendre. Mais il convient de déterminer le rang juridique du droit au repos afin de comprendre à quel titre il peut restreindre cette liberté.

La démarche pour l'élaboration du repos fut longue et contestée puisque entamée à une époque où l'Homme n'était qu'un outil, prisonnier des carcans du monde du travail. Les premières réflexions sur le repos comme moyen de développement humain apparaissent vers 1936 en France. Ces discussions ont abouti à l'accession du repos au rang de Droit de l'Homme à travers son inscription dans l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, éléments du bloc constitutionnel actuel. Par ce texte, la Nation française « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Ce n'est qu'en 2000, à la suite de la saisine du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la loi Aubry II, que la protection du repos fut invoquée pour la première fois au regard de l'alinéa 11. Le Conseil a reconnu qu'« en portant à 35 heures la durée légale du travail effectif, le législateur a entendu s'inscrire dans le cadre du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 »⁴⁹. La possibilité donnée au législateur de porter atteinte aux libertés fondamentales, telle que la liberté d'entreprendre, au nom de principes sociaux ayant valeur constitutionnelle, comme le droit au repos, est une originalité des pays européens. La tradition anglo-saxonne s'oppose à ce type de raisonnement comme peut l'attester la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis.

B. Un repos

23. - Grâce à la reconnaissance du droit au repos, les travailleurs bénéficient d'un repos

⁴⁹ Décis. n°99-423 DC du 13 janvier 2000 concernant la loi relative à la réduction négociée du temps de travail.

présentant différents desseins (1). Cependant, pour que le droit au repos soit efficient, il convient de s'assurer de la prise effective de repos (2).

1. Les finalités du repos

24. - Le droit au repos répond à diverses finalités. Il permet d'abord de préserver la santé des salariés (a), ce qui nécessite une limitation quantitative du temps de travail et une organisation optimale de l'entreprise. Il exige également de prendre en considération les salariés au-delà de leur statut de travailleurs. Il leur donne, ainsi, la possibilité d'accéder à une vie privée et familiale (b). Outre l'aspect humain, le droit au repos a également une finalité économique (c).

a) La protection de la santé

25. - Le droit à la protection de la santé – La santé est « l'état physiologique normal de l'organisme d'un être vivant, en particulier d'un être humain qui fonctionne harmonieusement, régulièrement, dont aucune fonction vitale n'est atteinte, indépendamment d'anomalies ou d'infirmités »⁵⁰. Au regard de son importance, la santé fait l'objet d'une attention particulière et est consacrée constitutionnellement, au même titre que le repos.

Le droit à la protection de la santé est une exigence constitutionnelle posée par l'alinéa 11 du Préambule de 1946, selon lequel « la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé (...) », mais également le repos. L'association de ces deux termes permet aux individus d'aspirer à une qualité de vie et de travail. D'autant que le Conseil constitutionnel reconnaît l'application du principe de protection de la santé dans les relations de travail⁵¹.

26. - Santé, Travail, Repos - « *Le travail c'est la santé* » chantait Henri Salvador en 1965⁵². Pourtant, des études semblent démontrer le contraire. Sans affirmer que le travail rend inéluctablement malade, il peut avoir de lourdes conséquences sur la santé des salariés. Les

⁵⁰ Site internet du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS.

⁵¹ Décis. n°2005-523 DC du 29 juillet 2005 relative à la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005.

⁵² Il ajoute par ailleurs « *Rien faire c'est la conserver. Les prisonniers du boulot ne font pas de vieux os* ».

horaires atypiques, la surcharge de travail, des conditions de travail pénibles sont sources d'épuisement, de stress, de dégradations de la santé physiques et mentales des travailleurs.

La prise d'un repos effectif apparaît donc primordiale pour préserver la santé des salariés. Un proverbe espagnol affirme d'ailleurs que « *Descansar es salud* »⁵³. Le droit au repos permet de protéger d'une part la santé physique des salariés et, d'autre part, leur santé psychique. Étudier le repos du corps sans étudier le repos de l'esprit est impossibles, tant tous deux se complètent et s'influencent. L'auteur français, Étienne de Jouy, écrivait d'ailleurs « C'est de la fatigue qu'il vous faut ; ne voyez-vous pas que le repos de votre corps nourrit l'activité de votre âme »⁵⁴. La « dette de sommeil » a pour conséquence l'augmentation de la somnolence et une altération des performances cognitives et physiques. Le repos et ses bienfaits sont donc primordiaux. D'abord, l'interruption du travail permet au corps de se rétablir des contraintes du travail. « *Ah ! Ce paysan voué au travail de la terre, qui porte si courageusement le poids du jour* »⁵⁵. Ensuite, n'étant plus inquiétés par des préoccupations professionnelles, les salariés peuvent se reposer intellectuellement et se libérer de toutes pensées en lien avec le travail. Selon Racine, « il n'y a rien de si doux que le repos de la conscience ». En outre, la fatigue du salarié provoque une baisse de vigilance, ce qui peut entraîner une augmentation du taux d'accidents du travail. Ainsi, pour les salariés soumis à des horaires atypiques, notamment le travail de nuit, les troubles du sommeil multiplient par deux le risque d'accident⁵⁶. Le repos apparaît donc essentiel tant pour le salarié, que pour l'employeur qui réclame un travail de qualité souvent dans des délais restreints.

Enfin, l'octroi obligatoirement de jours de repos, de congés payés permet à certains salariés d'avoir un rapport plus sain avec le repos, souvent considéré comme une perte de temps. Le repos ne doit plus être source de culpabilité, mais de plaisir. Le docteur, Jean-Pierre Giordanella, Directeur de la Prévention au sein de la Caisse primaire d'assurance maladie de Paris, a constaté que « l'accélération des rythmes de vie avec, entre autres, les contraintes

⁵³ P. Lafargue, *Le droit à la paresse* (trad. : « *se reposer c'est la santé* »).

⁵⁴ E. Jouy, *Hermit*, T. 4, 1813, p.178.

⁵⁵ L. Gambetta, 1871.

⁵⁶ Rapport de l'Institut national de Recherche et de Sécurité sur « *Les horaires atypiques de travail* », Mars 2013, p.3.

professionnelles a entraîné un raccourcissement du temps de repos alors que les besoins de sommeil sont restés inchangés. En un siècle, la durée moyenne de sommeil par nuit a été amputée d'un cycle d'environ quatre-vingt-dix minutes. Les troubles du sommeil qui en résultent, notamment les insomnies et la fatigue associée, sont très fréquemment mis en avant »⁵⁷.

27. - Les risques psychosociaux. - Les conditions de travail sont l'un des facteurs d'insatisfaction des travailleurs. Initialement, le repos avait été introduit dans les relations de travail pour permettre aux ouvriers de se reposer physiquement de longues et éprouvantes journées. Cette raison originelle n'est en aucun cas remise en cause. Mais actuellement, la vocation du repos a évolué et s'est transformée. Il ne s'agit plus seulement d'un remède contre les maux du corps mais également une solution apportée aux maux de l'âme. Progressivement sont apparus des risques appelés communément les risques psychosociaux, dont le stress fait partie.

Le physiologue, Hans Selye, est l'un des premiers à s'être intéressé au stress et à en avoir popularisé le terme, dès les années 1930. Le stress est selon lui un mécanisme normal qui prépare le corps à réagir contre le danger. Dans les relations de travail, le danger se révèle parfois être le travail lui-même. Une surcharge croissante de tâches à accomplir limite d'autant plus les temps de repos. On assiste dans certaines situations à un réel épuisement professionnel. La fatigue, qu'elle soit intellectuelle ou physique, existe dans le monde du travail, souvent trop rapide et trop exigeant.

L'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 a défini le stress comme « un état accompagné de plaintes ou de dysfonctionnements physiques, psychologiques ou sociaux, et qui résulte du fait que les individus se sentent inaptes à combler un écart avec les exigences ou les attentes les concernant ». L'Accord national interprofessionnel (ANI) du 2 juillet 2008 est le premier texte français à avoir fait peser sur l'employeur une obligation spécifique en matière de prévention et de lutte contre le stress. L'ANI préconise plusieurs solutions pour lutter contre le

⁵⁷ Colloque de l'Institut national de médecine agricole, « *Sommeil et rythme de travail, connaître pour prévenir* », 29 janv. 2010, Tours.

stress. Parmi elles, il y a notamment la prise en compte de l'équilibre entre vie professionnelle, vie familiale et personnelle.

La souffrance des salariés s'explique d'autant plus que le travail est un facteur de construction de l'identité personnelle.

b) L'accession à une vie privée et familiale

28. - Au nom du droit au repos, l'employeur se voit obligé d'aménager des temps libres aux salariés, leur permettant d'avoir accès à une vie privée et familiale. Afin de pouvoir jouir entièrement de cette vie, l'employeur doit s'abstenir de porter atteinte au repos de ses salariés. Ces derniers ont ainsi le droit au respect de leur vie privée et familiale. « Le droit au respect est le droit de tenir les tiers en lisière d'un domaine réservé, de les tenir en respect et de pouvoir, dans ce domaine, échapper à leurs interventions, à leurs sollicitations »⁵⁸.

La protection de la vie privée et familiale a acquis une dimension internationale et européenne. Au niveau international, elle fut impulsée, dans un premier temps, par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁵⁹, puis reprise par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁶⁰. Au niveau européen, le Conseil de l'Europe a également imposé un droit au respect de la vie privée et familiale dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) adoptée en 1950. Enfin, au niveau national, l'article 9 du Code civil exige que chacun puisse jouir d'un droit au respect de sa vie privée. Dans la sphère professionnelle, l'invocation de l'article L. 1121-1 du Code du travail permet d'assurer, également, aux salariés une protection de leur vie privée et familiale. En effet, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁵⁸ G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, 8^e éd., 1997, p.190.

⁵⁹ Art. 12, Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948 : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille (...). Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

⁶⁰ Art. 17, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966.

A la notion de vie privée, la Cour de cassation préfère celle de vie personnelle⁶¹. Cette dernière inclut la notion de vie privée, celle d'exercice de la citoyenneté, telles que les activités publiques et politiques, et celle d'exercice des libertés civiles, tels le mariage et le divorce. Cependant, la distinction entre la notion de vie privée et celle de vie personnelle est souvent ténue.

Les notions de vie privée et de vie familiale étant juridiquement reconnues, il convient désormais de les préciser. Le droit parvient à définir la vie⁶², mais dès lors que celle-ci est privée ou familiale, il devient difficile de l'appréhender.

29. - La vie privée. - Les auteurs perçoivent différemment la notion de vie privée. Le professeur Gérard Cornu la caractérise en l'opposant à la vie publique ; elle renvoie à « la vie familiale, conjugale, sentimentale, face cachée du travail de l'individu ou de ses loisirs »⁶³. Cette approche n'est pas adoptée par tous les auteurs. Certains considèrent que la vie privée est « une sphère secrète de vie d'où il (l'individu) aura le pouvoir d'écarter les tiers »⁶⁴. A la différence de la première définition, celle-ci englobe également les loisirs et les activités sociales et culturelles⁶⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH), quant à elle, « ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de vie privée. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur de ce cercle ». La Cour réfute « cette manière de comprendre la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »⁶⁶. Elle entend la notion de vie privée largement. Cette dernière « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et englobe parfois des aspects de l'identité

⁶¹ Le concept de vie personnelle a été reconnu pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 déc. 1997 (n°95-41326).

⁶² G. Cornu, Dictionnaire juridique, 9ème éd. 2011 : « *La vie est la période qui s'étend de la naissance jusqu'à la mort* ».

⁶³ G. Cornu, Dictionnaire juridique, 9ème éd., 2011.

⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, 21ème éd., 2000, §71.

⁶⁵ Cette définition est préférée pour les développements qui suivent.

⁶⁶ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c/ France*.

physique et sociale d'un individu, dont le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, le droit au « développement personnel » ou le droit à l'autodétermination en tant que tel »⁶⁷.

Il n'existe donc pas de définition précise de la vie privée, mais cette absence n'affaiblit aucunement son invocation par les individus et l'engouement pour son respect.

Par ailleurs, est généralement associée à la notion de vie privée celle de la vie familiale.

30. - La vie familiale. - Comme la vie privée, la définition de la vie familiale se révèle complexe. Afin de cerner le concept de vie familiale, il convient de définir le terme « famille ». Etymologiquement, la famille est la *familia* romaine constituée de ceux qui résident dans une même maison (*domus*), placés sous l'autorité d'un *parterfamilias*. Depuis, la notion de famille a évolué et est devenue plurivoque. Elle signifie tantôt « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui descendent d'un auteur commun », tantôt « le groupe restreint des père et mère et de leurs enfants (mineurs) vivant avec eux », tantôt « les seuls enfants, descendants directs » ou encore tantôt « l'ensemble des parents et alliés »⁶⁸. Face à ces changements terminologiques, le Professeur Robert Vouin écrit que « la définition de la famille apparaît comme la première difficulté que celle-ci propose au droit »⁶⁹. La difficulté sémantique n'est pas atténuée par les interventions de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne cesse d'invoquer la notion de vie familiale dans des situations variées, telles que le transsexualisme ou l'établissement de la filiation.

L'approche sociologique de la vie familiale semble démontrer que la société contemporaine opte davantage pour l'assimilation de la vie familiale à la famille nucléaire. La famille est donc constituée des parents et des enfants. Pour le sociologue, Emile Durkheim, la famille conjugale ou nucléaire est née de l'évolution de la conception de la famille. Selon lui, la famille s'est transformée, elle est passée « de la horde au clan, du clan à la famille maternelle,

⁶⁷ CEDH, 23 sept. 2010, *Schiith c/ Allemagne*.

⁶⁸ G. Cornu, Dictionnaire juridique, 9ème éd., 2011.

⁶⁹ R. Vouin, préface de l'ouvrage *Le droit de la famille* de Mireille Delmas-Marty, PUF, 1972, p.6.

de la famille maternelle à la famille agnatique, et de celle-ci à la famille patriarcale et enfin conjugale »⁷⁰.

Certains ont tenté de définir la vie familiale en la fondant purement sur le mariage. Ils invoquaient comme argument la rédaction de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme qui associe « le droit de se marier » à celui « de fonder une famille ». Or la vie familiale s'est progressivement détachée du mariage, qui est parfois abandonné au profit du concubinage ou du Pacs. Alors qu'autrefois un couple marié, même sans enfant, était considéré comme une famille à la différence d'un parent seul avec son enfant, aujourd'hui l'idée de famille mono-parentale est reconnue. Selon l'ancienne Garde des Sceaux, Marylise Lebranchu, « la famille doit, avant tout, être conçue aujourd'hui comme le cadre des relations entre les parents et les enfants, quels que soient les liens existant entre les premiers »⁷¹. L'enfant semble devenir le fondement de la famille et par là même de la vie familiale.

Au regard de l'article 8 de la Convention EDH, toute personne a droit au respect, notamment, de sa vie familiale. La Cour EDH est venue préciser cette vie familiale en considérant qu'elle devait être « normale »⁷². Il apparaît alors pertinent de définir la notion de « normale » afin de comprendre la dimension européenne de la vie familiale.

Le terme « normal » est un terme plurivoque. Il s'agit d'abord de ce qui est habituel, fréquent, ordinaire, dépourvu de tout caractère exceptionnel. Cette définition renvoie à une vision statistique de la vie familiale. Une vie familiale normale serait donc le mode de vie que l'on rencontre dans la majorité des cas. Une minorité de la population, qui opterait pour une vie familiale différente, n'aurait donc pas une vie familiale normale. La notion de « normal » renvoie, ensuite, à ce qui est conforme à la norme, aux coutumes, aux conventions sociales. Cette conception renvoie à une vision sociétale de la vie familiale. Une vie familiale normale est une vie reconnue par les lois, empreintes de la morale et des idéaux d'un groupe social. La vie familiale doit donc se conformer à des modèles familiaux, certes pluriels. Le Conseil

⁷⁰ I. Théry, *Approche sociologique de la « vie familiale » : la question des définitions*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre, Ed. Anthemis, 2002, p.81.

⁷¹ M. Lebranchu, « *La nouvelle justice de la famille* », *Les Annonces de la Seine*, 5 avr. 2001, p.5.

⁷² CEHD, 13 juin 1979, *Marckx*.

constitutionnel développe ainsi le standard de la normalité au regard des principes du droit français. Il a d'ailleurs affirmé, afin d'exclure la polygamie de la notion de vie familiale, que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France »⁷³. Au regard de ces deux définitions, la normalité d'une vie familiale a vocation à évoluer. En effet, alors qu'antérieurement le mariage était conçu comme la norme sociale admise par tous, désormais le concubinage et les familles mono-parentales sont des modes de vie normaux, tant au plan statistique que sociétale.

La Cour EDH semble adopter une vision différente et se réfère davantage à l'effectivité des relations familiales, pour définir la normalité de celles-ci. La Cour EDH a souhaité adopter une vision souple et malléable de la vie familiale normale, afin de pouvoir l'adapter aux évolutions de la société. Une vie familiale normale exige des liens de sang ou d'alliance étroits entre les individus. Ainsi, au regard de la conception européenne, la cellule familiale transcende les liens du mariage et ne disparaît pas lors du divorce⁷⁴. Le critère de parenté reste un critère principal de la notion de famille, sans distinction entre famille légitime et famille naturelle⁷⁵. En outre, la vie familiale s'entend non seulement des relations entre parents et enfants, mais encore des rapports entre proches parents en étroites relations. Ainsi, une vie familiale a été admise entre des enfants et leurs grands-parents⁷⁶, entre un frère et une sœur⁷⁷, entre un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce⁷⁸, entre des parents et des enfants adultérins⁷⁹, ou encore entre des parents adoptifs et leurs enfants⁸⁰

Le droit au repos permet l'accession à une vie privée et familiale. Cependant, ces notions se révèlent imprécises et complexes à comprendre.

⁷³ Décis. n°93-325 DC du 13 août 1993 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

⁷⁴ Comm. EDH, 8 mars 1992, *Hendriks c./ Pays-Bas*.

⁷⁵ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*.

⁷⁶ CEHD, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*.

⁷⁷ CEDH, 24 avr. 1996, *Boughaméni c./ France*.

⁷⁸ Comm. EDH, 9 févr. 1993, *Boyle c./ Royaume-Uni*.

⁷⁹ Comm. EDH, 14 mai 1986, *Jolie et Brun c./ Belgique*.

⁸⁰ Comm. EDH, 5 oct. 1982, *X. c./ France*.

c) L'intérêt économique

31. - Le chômage. -Le droit au repos apparaît, d'abord, comme un instrument de régulation du taux de chômage. Cette idée a été développée par de nombreux gouvernements français. « L'abaissement de la durée du travail est un mouvement continu depuis le début du siècle »⁸¹. L'augmentation des temps de repos encouragerait donc le partage de l'emploi. Cette politique est, cependant, critiquée par certains qui considèrent que la durée de travail n'est pas la cause du niveau élevé de chômage en France⁸².

32. - Le tourisme. - La reconnaissance du droit au repos présente un réel intérêt pour l'activité de tourisme. « Le vrai secret pour avoir de la santé et de la gaieté, écrit Voiture⁸³, est que le corps soit agité et que l'esprit se repose : les voyages donnent cela »⁸⁴. Le droit au repos permet aux travailleurs d'accéder à la culture, aux loisirs, aux voyages. La possibilité de consacrer ses temps libres à différentes activités présente un réel intérêt économique. Ainsi, le droit au repos favorise le tourisme, pris dans les deux sens du terme. Le tourisme est, d'une part, le fait de voyager pour le plaisir que procure la découverte d'un site, d'un pays ou d'une culture, et, d'autre part, un secteur d'activité lié à ce type de déplacement⁸⁵.

Le tourisme est un pan de l'économie qui est parvenu à se développer, notamment, grâce à l'octroi de congés payés. Les travailleurs perçoivent ainsi une rémunération pendant leurs vacances, rémunération qu'ils « réinjectent » dans les activités du tourisme. En effet, en 2011, 73,4% des Français ont réalisé des déplacements touristiques en France⁸⁶, qui occupe, par

⁸¹ Propos prononcés par la députée, R. Bachelot, au cours des débats parlementaires sur la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁸² Rapport de L. Souvé fait par la commission des Affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, 1997/1998.

⁸³ V. Voiture (1597-1648), écrivain français.

⁸⁴ P. Morand, *Eloge du repos*.

⁸⁵ Dictionnaire Le Robert, 2012.

⁸⁶ Direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services, *Mémento du tourisme, Rubrique « Les déplacements touristiques des Français »*, 2012.

ailleurs, le premier rang mondial en matière de tourisme. Ce dernier représente plus de 7% du Produit intérieur brut (PIB) en 2010⁸⁷.

Droit au repos, tourisme, économie sont donc liés. En effet, le droit au repos reconnu aux travailleurs leur permet de bénéficier de temps libres pour des activités touristiques. Le tourisme a un impact positif sur l'économie. Mais, en période crise et de récession, les travailleurs seront moins enclins à s'adonner à de tels activités et préfèrent renoncer à une des finalités du droit au repos, à savoir l'accès aux loisirs et à la culture. Selon un sondage Ipsos, 62% des Français déclarent vouloir partir en vacances en 2013, alors qu'ils étaient 70% en 2012. Dans des pays, tels que l'Italie et l'Espagne, où l'ampleur de la crise est particulièrement visible, seulement 42% des Espagnols et 53% des Italiens souhaitent réaliser des déplacements touristiques en 2013⁸⁸.

Afin de faciliter le départ en congé des travailleurs, une ordonnance du 26 mars 1982⁸⁹ a réglementé le mécanisme des chèques-vacances, issu de la pratique. Il ne s'agit ni d'un droit pour les salariés, ni d'une obligation pour l'employeur. Ce dernier peut prendre l'initiative de leur instauration dans l'entreprise, après consultation des représentants du personnel. Ces chèques sont financés par un versement périodique des salariés et par une cotisation patronale. Ils ont pour objet le paiement des dépenses de transport en commun, hébergement, loisirs, repas.

Même si les travailleurs bénéficient d'un repos, la prise de ce dernier, avec toutes ses finalités, n'est pas toujours possible, voire voulue.

2. La prise d'un repos

33. - Sur le plan physiologique, tous les êtres humains doivent se reposer. Il s'agit d'un besoin

⁸⁷ Direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services, *Mémento du tourisme, Rubrique « Le poids économique du tourisme en France »*, 2012.

⁸⁸ Sondage Ipsos, *Été 2013 : ce que les Européens comptent faire de leurs vacances*, 30 mai 2013.

⁸⁹ Ordonnance n°82-283 du 26 mars 1982 portant création des chèques vacances.

Art. L. 411-1 et s., C. tourisme et Art. L. 3263-1, C. trav.

naturel⁹⁰. Mais quand on laisse les considérations du corps pour aller vers celles de l'esprit, on se rend compte que cette affirmation est moins facile. La consécration du droit au repos n'a pas entraîné systématiquement son acceptation par tous les individus concernés. L'adoption des grandes lois sur le repos hebdomadaire, le repos quotidien, les congés-payés a semé un trouble dans les habitudes des travailleurs. Paul Morand fait d'ailleurs référence à cette expectation dans laquelle sont placés « ces nouveaux vacanciers » en 1936 : « il existe une technique du congé, mais nul ne nous l'a enseignée ; nous avons appris de nos parents à mesurer ce que l'oisiveté nous fait perdre, non ce qu'elle nous fait gagner ». Le repos est donc un art qu'il faut apprendre à manier.

Certaines personnes s'habituent rapidement au repos et y prennent un réel plaisir. D'autres ne se font pas à l'idée de voir écouler le temps sans travail. Elles ne remettent aucunement en cause l'existence même du droit au repos, mais ce n'est juste pas pour elles. Georges Duhamel est l'un des représentants de ces acharnés du travail. Il écrit, dans son œuvre, *Travail, ô mon seul repos* : « Je ne prends jamais ce qu'il est convenu d'appeler des « vacances ». Mon vrai repos consiste à changer de travail. Quand je pense qu'un homme bien portant, s'il parvient à vivre jusqu'à sa quatre-vingt-dixième année, aura passé trente années pour le moins dans son lit, je ne pense pas au congé, mais à mes tâches infinies »⁹¹.

Cette place si particulière donnée au travail peut être vue comme une spécificité française. Les Français accordent une nette importance au travail, qui les met en marge des autres pays européens⁹². Ceci s'explique peut-être par le fait qu'ils recherchent un épanouissement dans le travail et considèrent qu'il permet le développement de leurs capacités. Mais cette réflexion souffre d'un paradoxe : une part importante des Français souhaite une réduction de la place du

⁹⁰ Montesquieu, *Esprit des lois*, XIV, V. : « Dans ces pays (les Indes) où la chaleur excessive énerve et accable, le repos est si délicieux et le mouvement si pénible, que ce système de métaphysique paraît naturel.. ».

⁹¹ G. Duhamel, *Travail, ô mon seul repos*, 1959.

⁹² Lucie Davoine et Dominique Méda ont réalisé une étude sociologique sur « *Les Français et le travail : une relation singulière* » (publiée dans la revue *Futuribles*, Avril 2009, p.5 à p.28). Pour fonder leur analyse, ils font référence aux statistiques données par l'*European Values Study* (EVS) : « *La France se distingue nettement des pays continentaux et méditerranéens par une proportion plus importante d'habitant pour qui le travail est « très important » puisqu'elle atteint 70% ».*

travail dans la vie. Ils aspirent à une existence davantage tournée vers la famille, les loisirs, les amis. Mais comment justifier cette volonté de se détourner du travail ?

Le respect du repos des salariés est primordial pour leur bien-être. Ils doivent donc apprendre à arrêter de travailler pour se détendre. « Le vrai luxe, et que personne ne pense plus à s'offrir, c'est prendre son temps »⁹³.

34. - Problématique. - Le besoin de repos a été consacré en 1841 et a depuis été reconnu comme un droit. Mais la présence de risques psychosociaux, tel que le stress, au sein des relations professionnelles pousse à se demander si, après plus d'un siècle et demi d'existence, le droit au repos est effectif et unanimement appliqué. Le droit au repos est-il un droit certain dont la protection est sans faille ?

35. - Plan. - Il conviendra dans un premier temps d'étudier la façon dont les sphères juridiques française, européenne et internationale perçoivent le droit au repos et en contrôlent son application, puis, dans un second temps, de s'interroger sur le fait de savoir si les salariés peuvent en bénéficier en toutes circonstances et s'ils en ont les moyens.

Nous verrons donc qu'en principe le droit au repos est reconnu et protégé (Première partie), mais qu'en pratique, il peut rencontrer des difficultés dans son application (Seconde Partie).

⁹³ P. Morand, *Bouddha Vivant*, 1927.

PARTIE 1

La consécration du droit au repos

36. - Au cours des débats sur la loi relative à la réduction négociée du temps de travail, en 1999, Martine Aubry, alors ministre de l'emploi et de la solidarité, insiste sur le fait qu'« il faut s'assurer que les salariés disposent de garanties suffisantes pour maîtriser leur vie professionnelle et la concilier avec leur vie personnelle. La loi a toujours eu pour objet de protéger le salarié, y compris du point de vue de la santé. Il convient de renforcer cette protection par la reconnaissance d'un véritable droit au repos ».

La consécration du droit au repos nécessite une confirmation publique et solennelle de ce droit pour l'ensemble des travailleurs. Le droit au repos, d'origine nationale, a acquis une réelle portée grâce à son avènement au sein des préoccupations européennes et internationales. L'accumulation de textes nationaux et internationaux, pourvus d'une intensité normative variable, a permis une consécration générale et durable du droit au repos (Titre 1). Le droit au repos est depuis, devenu un droit subjectif, dont la compréhension et la délimitation peuvent toutefois se révéler délicates (Titre 2).

Titre 1 : Les vecteurs de la consécration

37. - Plan. - Au cours d'un siècle et demi, le droit au repos s'est construit et développé pour devenir un droit reconnu et incontestable. Sa consécration européenne et internationale, en sus de celle nationale, a su conférer au droit au repos une véritable portée (Chapitre 1). Cependant, cette dernière ne peut être effective que si un tel ensemble normatif a vocation à s'imposer aux Etats et à protéger réellement le droit au repos des travailleurs (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'accumulation normative

38. - La consécration d'un droit au repos a d'abord été initiée au plan national et s'est affirmée grâce à l'adoption de mesures législatives et réglementaires, mais surtout grâce à son accession au rang de droit à valeur constitutionnelle par son inscription dans l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'alinéa 11 exige que la Nation garantisse « à tous (...) les repos et les loisirs ».

Au regard de l'importance et des finalités du droit au repos, les institutions européennes et internationales se sont intéressées à la question du repos des travailleurs. Outre des considérations de santé et de sécurité, les interventions internationales et européennes sont également empreintes de préoccupations concurrentielles. La protection des travailleurs ne doit pas présenter un désavantage économique pour les Etats, les dissuadant d'instaurer une réglementation en matière de repos. Une harmonisation des législations nationales est donc exigée. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs prévoit d'ailleurs que « la réalisation du marché intérieur doit conduire à une amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs dans la Communauté européenne. Ce processus s'effectuera par un rapprochement dans le progrès de ces conditions, notamment pour la durée et l'aménagement du temps de travail »⁹⁴.

⁹⁴ Point 7, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 1989.

La sphère internationale est la première à s'être intéressée au repos des travailleurs (Section 1). Le droit au repos a, par la suite, été consacré par les organisations européennes. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont respectivement adopté des mesures en faveur du droit au repos des travailleurs (Section 2).

Section 1 : La conception internationale

39. - C'est aux lendemains de la Seconde guerre mondiale et de ses atrocités que le droit international des droits de l'Homme a émergé avec l'apparition d'instruments internationaux proclamant des droits garantis à tous les peuples et à toutes les nations.

L'Organisation des Nations Unies (ONU), qui a succédé à la Société des Nations, n'a pas, en principe, une vocation sociale. Cependant, cette absence de compétence n'empêche pas l'ONU d'adopter des textes généraux ayant un aspect social. Ainsi, tant la Déclaration universelle des droits de l'Homme et le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 traitent du droit au repos (I). La limitation de l'adoption de normes sociales par l'ONU s'explique par la délégation de compétence sociale que cette dernière a réalisée au profit de l'Organisation internationale du travail (OIT). Il s'agit d'une organisation spécialisée sur les questions sociales, ayant pour but d'instaurer une paix et une justice sociale, ainsi que d'assurer une harmonisation des législations et d'élaborer des normes protectrices pour les travailleurs, comme elle l'a fait en adoptant des conventions internationales en matière de repos (II).

I. L'élaboration par l'Organisation des Nations-Unies

40. - La Déclaration universelle des droits de l'Homme – La Déclaration universelle des droits de l'Homme a été proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948 comme « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ». Elle se compose d'un préambule et de trente articles énonçant des droits de l'Homme et des libertés fondamentales auxquels peuvent aspirer tous les hommes et les femmes sans discrimination aucune. Elle évoque notamment un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, son article 24 énonce que « toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée de travail et à des congés payés périodiques ».

La Déclaration universelle des droits de l'Homme n'est qu'un texte déclaratoire doté seulement d'une valeur morale mais pourvu d'une grande portée politique. Au jour de l'adoption de la Déclaration, l'Assemblée générale de l'ONU a sollicité la Commission des droits de l'Homme pour la préparation d'un projet de pacte sur la mise en œuvre des droits énoncés dans la Déclaration afin de leur conférer une force juridique obligatoire.

41. - Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 –

Parmi les deux pactes adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966, figure le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entrés en vigueur le 3 janvier 1976. Dans la lignée de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, ce pacte prévoit, en son article 7, que « les Etats parties reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment (...) le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés ». Ce droit au repos présente cependant une certaine faiblesse. Le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit certes un mécanisme d'observation de sa mise en œuvre au travers d'un comité des droits économiques, sociaux et culturels. Néanmoins, cet organe de contrôle n'est pas une véritable juridiction, ses conclusions n'ont aucune force obligatoire et peuvent d'ailleurs être discutées.

Les normes internationales en matière de repos ayant la plus grande portée ont été élaborées par l'OIT. Cette dernière dispose d'une réelle indépendance par rapport à l'ONU et jouit d'une exclusivité dans la production internationale en matière sociale.

II. L'élaboration par l'Organisation internationale du travail

42. - L'OIT a été créée en 1919, sous l'égide du Traité de Versailles. La maîtrise des temps de travail est une préoccupation originelle⁹⁵ conservant un caractère actuel. La première réglementation internationale en matière de repos date de 1921 et a été suivie d'autres conventions et recommandations.

⁹⁵ Al. 2, Préambule de la Constitution de l'OIT, 1919 : « *Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un mécontentement, que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail (...)* ».

L'OIT a adopté plusieurs instruments relatifs au repos hebdomadaire (A) et aux congés payés (B).

A. Le repos hebdomadaire

43. - Les conventions n°14 et n°106 – La Convention n°14 sur le repos hebdomadaire dans l'industrie de 1921 et la Convention n°106 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux de 1957⁹⁶ prescrivent un droit minimum de repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives au cours de chaque période de sept jours⁹⁷. La Convention n°14 de 1921 exige par ailleurs de l'employeur qu'il informe le personnel de leurs jours et heures de repos par voie d'affichage ou de registre⁹⁸.

Ces textes ne sont pas restreints au strict domaine de la protection physique des salariés mais débordent sur le terrain culturel et religieux. Ces Conventions préconisent une coïncidence entre la période de repos hebdomadaire et le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région⁹⁹.

La Convention n°14 instaure une certaine flexibilité du repos hebdomadaire en admettant des exceptions totales ou partielles au repos normal à la condition de tenir compte spécialement de toutes considérations économiques et humanitaires appropriées et après consultation des associations qualifiées des employeurs et des ouvriers. La suspension ou la diminution du repos doit être suivie de périodes de repos compensateurs pour les travailleurs concernés¹⁰⁰. La Convention n°106 prévoit également des exceptions qui font l'objet cependant d'une réglementation plus stricte. Sont ainsi autorisées des dérogations temporaires, totales ou partielles en cas d'accident, survenu ou imminent, en cas de force majeure ou de travaux

⁹⁶ La Convention n°14 du 17 nov. 1921 et la Convention n°106 du 26 juin 1957 ont été ratifiées par la France respectivement le 3 sept. 1926 et le 5 mai 1971.

⁹⁷ Art. 2§1, Conv. n°14 du 17 nov. 1921 et Art. 6§1, Conv. n°106 du 26 juin 1957.

⁹⁸ Art. 7, Conv. n°14 du 17 nov. 1921.

⁹⁹ Art. 2§3, Conv. n°14 du 17 nov. 1921 et Art. 6§3, Conv. n°106 du 26 juin 1957.

¹⁰⁰ Art. 4, Conv. n°14 du 17 nov. 1921.

urgents à effectuer aux installations, en cas de surcroît extraordinaire de travail provenant de circonstances particulières ou encore pour prévenir la perte de marchandises périssables¹⁰¹.

44. - La recommandation n°103. – La recommandation n°103 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux de 1957 vient compléter et préciser la convention n°106 de 1957. Elle envisage un repos hebdomadaire d'au moins trente-six heures, si possible consécutives¹⁰². Le repos hebdomadaire de vingt-quatre heures prévu par la Convention n°106 doit être calculé autant que possible sur une période allant de minuit à minuit et ne doit pas comprendre les repos qui le précèdent ou le suivent immédiatement, tel que le repos journalier.

Les enfants et les adolescents bénéficient quant à eux d'une protection particulière. Deux jours consécutifs de repos hebdomadaire doivent leur être assurés¹⁰³.

B. Les congés payés

45. - Les premières conventions. – La première Convention sur les congés payés fut adoptée en 1936¹⁰⁴ et prévoyait six jours ouvrables de congés. Une convention et une recommandation traitant des congés payés ont été prises en 1952 dans le domaine de l'agriculture¹⁰⁵. En 1954, la recommandation n°98 est venue élever la durée de congés payés à deux semaines. La France a ratifié ces deux premières conventions, mais pas la plus récente, la Convention n°132 de 1970.

46. - La Convention n°132. – La Convention n°132 sur les congés payés de 1970¹⁰⁶ affirme que tout travailleur a droit à un congé annuel payé ne pouvant être inférieur à trois semaines pour une année de service¹⁰⁷. Dans les trois semaines de congés payés envisagées, une période

¹⁰¹ Art. 8, Conv. n°106 du 26 juin 1957.

¹⁰² Al. 1, Recommandation n°103 du 26 juin 1957.

¹⁰³ Al. 4, Recommandation n°103 du 26 juin 1957.

¹⁰⁴ Conv. n°52 sur les congés payés du 24 juin 1936.

¹⁰⁵ Conv. n°101 sur les congés payés dans l'agriculture du 26 juin 1952.

¹⁰⁶ La Convention n°132 du 24 juin 1970 n'a pas été ratifiée par la France.

¹⁰⁷ Art. 3, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

minimale de deux semaines ininterrompues de congés payés doit être respectée¹⁰⁸. Durant ses congés, le travailleur perçoit une rémunération normale ou moyenne¹⁰⁹. En cas de cessation des relations professionnelles, une indemnité compensatoire est versée à l'intéressé¹¹⁰. La Convention n°132 interdit la conclusion d'accord relatif à l'abandon ou à la renonciation du droit au congé payé minimum. Les accords types doivent, au regard du droit national, être nuls de plein droit¹¹¹. Enfin, à la différence du droit communautaire, l'OIT laisse la possibilité aux Etats d'exiger une période de service minimum pour ouvrir droit à un congé annuel payé¹¹².

La reconnaissance du droit au repos pour les travailleurs a été, par la suite, consacrée par la sphère européenne.

Section 2 : La conception européenne

47. - La conception européenne du droit au repos n'est pas uniforme et varie en fonction des aspirations issues soit de l'Union européenne (I), soit du Conseil de l'Europe (II). Cependant, un point commun transparaît de ces deux visions : la volonté de garantir l'exercice effectif du droit au repos et d'assurer pleinement son respect.

I. L'élaboration par l'Union européenne

48. - L'Union européenne a vocation à soutenir et à compléter l'action des Etats membres, notamment, en vue d'améliorer les conditions de travail.¹¹³ Le droit de l'Union n'a pas la prétention d'uniformiser les législations nationales en matière de durée de travail et de temps de repos, mais souhaite les harmoniser, en fixant des objectifs minimums communs en vue de protéger les travailleurs et de leur assurer un réel droit au repos. L'Union européenne a

¹⁰⁸ Art. 8, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

¹⁰⁹ Art. 7, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

¹¹⁰ Art. 11, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

¹¹¹ Art. 12, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

¹¹² Art. 5§1, Conv. n°132 du 24 juin 1970.

¹¹³ Art. 153, TFUE.

proclamé ce dernier, ponctuellement, dans la Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (A). La reconnaissance européenne d'un droit au repos a acquis une réelle importance grâce à la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, révisée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, sur l'aménagement du temps de travail (B).

A. Les Chartes européennes

49. - En matière sociale, l'Union européenne a adopté deux chartes, la Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs (1) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2). Ces deux textes présentent des dispositions reconnaissant un droit au repos.

1. La Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs

50. - La Charte des droits fondamentaux des travailleurs de 1989 est une déclaration politique adoptée dans une optique d'amélioration des conditions de vie et d'emploi des citoyens européens. Sa portée est restreinte puisque la charte n'a pas de valeur juridique. Elle constitue néanmoins le fondement d'un programme d'action européen en matière sociale.

Le titre I de la Charte dresse la liste de différents droits, dont le droit au repos. Ainsi, la Charte prévoit que « tout travailleur de la Communauté européenne a droit au repos hebdomadaire et à congé annuel payé dont les durées doivent être rapprochées dans le progrès, conformément aux pratiques nationales »¹¹⁴.

Onze ans après l'adoption de la Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs, l'Union européenne a proclamé l'existence d'une autre Charte lors du sommet de Nice.

2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

51. - L'adoption – L'idée d'une charte européenne, s'inspirant des instruments du Conseil de l'Europe¹¹⁵, fut arrêtée lors du Conseil européen de Cologne en juin 1999. La Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne est l'aboutissement de cette réflexion. Elle fut

¹¹⁴ Point 8, Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs, 2000.

¹¹⁵ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne.

proclamée solennellement lors du sommet de Nice en décembre 2000.

52. - Le contenu – La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne développe six thèmes différents : la dignité, la liberté, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice. Elle comprend également des dispositions générales. Dans le chapitre IV relatif à la solidarité, est consacré un droit à des conditions de travail justes et équitables, c'est-à-dire des conditions qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. Il est notamment exigé que tout travailleur ait droit à période de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés¹¹⁶.

La Charte prévoit également une protection spécifique des jeunes au travail. Ces derniers doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation.

53. - La valeur juridique - Jusqu'au 1er décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était dépourvue d'autorité juridique. Une étape a été franchie lors de l'entrée en vigueur des dispositions du traité de Lisbonne en 2009. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'est vu alors conférer une force juridique contraignante¹¹⁷.

Cependant, le pouvoir judiciaire européen n'a pas attendu la reconnaissance d'une telle autorité juridique pour évoquer la Charte. En 2001, dans une affaire relative au droit à ouverture de congés payés, les avocats généraux de la Cour de justice firent référence à l'article 31§2 de la Charte¹¹⁸.

¹¹⁶ Art. 31, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000.

¹¹⁷ Selon l'article 6§1 du Traité sur l'Union européenne, « *l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

¹¹⁸ CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu*.

Afin de renforcer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et de façon concomitante à ces deux Chartes, l'Union a adopté une directive établissant des standards minimum en matière de durée de travail et de temps de repos.

B. Les directives européennes

54. - La directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, anciennement directive 93/104/CE, fixe les prescriptions minimales de santé et de sécurité des travailleurs en matière d'aménagement du temps de travail. Malgré l'importance de sa finalité, le texte se heurte à la problématique de son effet direct dans les litiges entre particuliers.

55. - Le droit au repos sous l'égide de la santé et de la sécurité. – La directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fut adoptée sur le fondement de l'article 118A du traité CEE permettant l'adoption à la majorité de directives relatives à la santé et à la sécurité. Suite au recours du Royaume-Uni contre le texte litigieux¹¹⁹, la CJUE a confirmé le rattachement du rythme de travail à des considérations de santé et de sécurité¹²⁰. La solution retenue par le juge européen est parfaitement logique. L'excessive durée du travail et les insuffisants temps de repos peuvent être à l'origine d'un épuisement des travailleurs, d'une diminution de la vigilance et, par conséquent, d'une augmentation des accidents du travail.

La directive 93/104/CE fut modifiée¹²¹, puis abrogée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003. Cette dernière fut adoptée dans le souci de clarifier et de codifier les dispositions antérieures.

56. - Le repos des travailleurs. – La directive 2003/88/CE donne préalablement la définition de notions essentielles, tel que la période de repos, et pose ensuite des règles relatives, notamment, au droit au repos. Dans son chapitre II, la directive impose l'octroi de repos

¹¹⁹ Le Royaume-Uni contestait le fondement utilisé pour l'adoption de la directive 93/104/CE. Il considérait que l'article 118A devait être strictement utilisé pour l'adoption de directives relatives à la santé et à la sécurité, ce qui n'était pas le cas de la directive de 1993. Il affirmait que la directive aurait dû être arrêtée sur la base de l'article 100 ou de l'article 235 du traité CEE qui imposaient l'unanimité au sein du Conseil.

¹²⁰ CJCE, 12 novembre 1996, aff. C-84/94, *Royaume-Uni c/Conseil de l'Union européenne*.

¹²¹ Modifiée par la directive 2000/34/CE, du 22 juin 2000, du Parlement européen et du Conseil.

réguliers. Les Etats membres se voient contraints de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'une période minimale de repos journalier de onze heures consécutives par vingt-quatre heures¹²², à laquelle s'ajoute un repos hebdomadaire minimal de vingt-quatre heures sans interruption¹²³. En cas de travail journalier supérieur à six heures, l'article 4 de la directive prévoit un temps de pause dont les modalités, notamment la durée et les conditions d'octroi, sont fixées par des conventions collectives ou des accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale. Les travailleurs doivent bénéficier également de pauses pendant leur temps de travail afin d'atténuer le travail monotone et cadencé en fonction du type d'activité¹²⁴.

Enfin, l'article 7 de la directive 2003/88/CE assure un droit à congé annuel rémunéré d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

Le travail de nuit est également réglementé par la directive 2003/88/CE. Les articles 8 et 12 exigent une limite de travail nocturne de huit heures en moyenne par période de vingt-quatre heures et un suivi médical et une protection renforcé des travailleurs concernés.

Il convient de préciser que la directive prévoit une relative flexibilité, ce qui permet aux employeurs de bénéficier d'une certaine souplesse dans la gestion de leur flux d'activité. L'article 16 instaure des périodes de référence, notamment en matière de repos. Ainsi, le respect du repos hebdomadaire est apprécié sur une période maximale de quatorze jours. Le repos journalier et les congés payés ne font quant à eux l'objet d'aucune modulation.

Face aux contestations de certains Etats et aux imperfections de la directive 2003/88/CE, de nombreuses discussions ont été engagées sur une potentielle évolution de son contenu.

57. - Un contenu en évolution. – La question de la révision de la directive 2003/88/CE n'est pas récente¹²⁵, mais conserve une importance majeure. Au niveau européen, les employeurs

¹²² Art. 3, Directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

¹²³ Art. 5, Directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

¹²⁴ Art. 13, Directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

¹²⁵ Un an après son adoption, la Commission proposait déjà de modifier de ladite directive. Après de nombreuses

estiment de façon générale que la directive excède sa finalité propre et va au-delà de ce qui est exigé pour la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Ils souhaiteraient davantage de flexibilité. Tout en entendant les demandes patronales, la Commission constate néanmoins des atteintes persistantes aux règles sur les périodes minimales de repos journalier ou encore sur les congés payés¹²⁶. La CJUE a été amenée à sanctionner à plusieurs reprises les manquements des Etats membres à la directive 2003/88/CE. Cependant, la situation actuelle ne permet pas d'éviter de telles entorses au droit européen. Selon la Commission, « elle ne garantit ni que la santé et la sécurité des travailleurs sont protégées efficacement à travers l'Union européenne conformément à la législation de l'UE, ni qu'une flexibilité suffisante est accordée aux entreprises et aux travailleurs en matière d'organisation du temps de travail »¹²⁷.

L'application de la directive est rendue d'autant plus difficile que son évocation dans des litiges entre particuliers est discutée.

II. L'élaboration par le Conseil de l'Europe

58. - La Charte sociale européenne. - Le Conseil de l'Europe est une organisation internationale créée après la Seconde Guerre Mondiale. Afin de compléter la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui consacre essentiellement des droits civils et politiques¹²⁸, le Conseil de l'Europe a adopté, en 1961, la Charte sociale européenne énonçant divers droits économiques et sociaux prééminents.

Depuis sa signature en 1961, le contenu de la Charte sociale européenne a été complété, pour ensuite être remplacé progressivement par celui de la Charte révisée de 1996. La Charte

consultations et un échec, les partenaires sociaux ont informé, en 2010, la Commission de leur volonté commune d'engager des négociations sur la révision de la directive sur le temps de travail, conformément à l'article 154 du TFUE. La période de négociation s'est achevée, le 31 décembre 2012, par l'absence d'accord entre les partenaires sociaux qui se sont heurtés à deux problématiques fondamentales : le temps de garde et la clause d'option fixée à l'article 22§1 de la directive 2003/88/CE et donnant la possibilité aux travailleurs de dépasser le plafond de quarante-huit heures de travail. La Commission devra faire part, au cours de l'année 2013, de sa volonté de publier ou non une nouvelle directive sur l'aménagement du temps de travail.

¹²⁶ COM(2010) 802 final du 21 déc. 2012.

¹²⁷ COM(2010) 106 final du 24 mars 2010

¹²⁸ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales fut signée à Rome en novembre 1950 entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

sociale européenne a vocation à garantir un certain nombre de droits et de libertés, dont fait partie le droit au repos. Ce droit est reconnu de façon générale (A) et de façon spécifique pour certaines catégories de travailleurs (B).

A. La reconnaissance générale d'un droit au repos

59. - La Charte sociale européenne prévoit un droit au repos pour l'ensemble des travailleurs. Le repos est consacré comme une garantie à l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables¹²⁹. Ainsi, le droit au repos assure aux travailleurs les conditions de travail qui leur sont dues, à savoir respectueuses de leur santé, de leur vie familiale et sociale, et appliquées sans parti pris, sans distinction. En vue de procurer un repos aux travailleurs, la Charte impose aux Etats parties de fixer une durée raisonnable de travail journalier et hebdomadaire, de prévoir des jours fériés¹³⁰, d'assurer l'octroi d'un congé payé annuel de quatre semaines au minimum¹³¹ et d'aménager un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région¹³². Cette référence à la culture locale a pour effet de ranimer le débat sur le repos dominical en France, ainsi que son réel intérêt pour le repos des travailleurs. La Charte sociale européenne apporte également une protection aux travailleurs effectuant un travail de nuit afin que ceux-ci bénéficient de mesures particulières tenant compte de la nature spécial de leur travail¹³³.

B. La reconnaissance spécifique d'un droit au repos

60. - Des catégories spécifiques de travailleurs font l'objet de dispositions propres à leur assurer une protection en matière de repos. Ces préoccupations ne sont pas nouvelles. Elles sont similaires à celles qui ont incité à la reconnaissance, en France, d'un besoin de repos pour les ouvriers au cours du XIX^e siècle et du XX^e siècle.

¹²⁹ Art. 2, Charte sociale européenne.

¹³⁰ Art. 2, §2, Charte sociale européenne.

¹³¹ Art. 2, §3, Charte sociale européenne.

¹³² Art. 2, §5, Charte sociale européenne.

¹³³ Art. 2, §7, Charte sociale européenne.

61. - La protection des enfants, des adolescents. - L'article 7 de la Charte vient limiter et encadrer le travail des enfants et des adolescents. Leur développement et leur instruction sont préservés ainsi que leur santé, grâce à la fixation d'âges minimum d'admission à l'emploi¹³⁴, à l'interdiction ou à la limitation de l'exercice d'un emploi dès lors que l'instruction pourrait être compromise¹³⁵ ou encore grâce à la prohibition des travaux de nuit pour les travailleurs de moins de dix-huit ans¹³⁶. Les adolescents se voient également octroyer quatre semaines minimums de congés payés annuels¹³⁷.

62. - La protection des travailleuses enceintes et des mères. - Les travailleuses enceintes ainsi que les mères bénéficient également d'un repos qui s'assimile plus à un droit de se rétablir du fait de la grossesse et de la maternité¹³⁸ et à un aménagement de leur temps de travail en vue de s'occuper de leurs enfants¹³⁹.

63. - Transition. – Cette consécration normative, œuvre des institutions européennes et internationales, démontre l'importance et la nécessité du droit au repos. Cependant, cet ambitieux dessein ne peut être efficient que si l'ensemble de ces textes disposent d'une portée juridique certaine, permettant d'engendrer un réel progrès social.

¹³⁴ Art. 7, §1 et §2, Charte sociale européenne.

¹³⁵ Art. 7, §3 et §4, Charte sociale européenne.

¹³⁶ Art. 7, §8, Charte sociale européenne.

¹³⁷ Art. 7, §7, Charte sociale européenne.

¹³⁸ Art. 8, §3, Charte sociale européenne.

¹³⁹ Art. 8, §1 et §4, Charte sociale européenne.

Chapitre 2 : La portée normative

64. - La notion de portée d'une norme renvoie à ses effets, à son efficacité ou son effectivité. Pour qu'une norme soit efficiente, il faut qu'elle puisse s'imposer à ses principaux destinataires. L'OIT, le Conseil de l'Europe, ainsi que l'Union européenne ont assorti leurs dispositions de mécanismes de contrôle permettant de vérifier que les Etats respectent leurs obligations (Section 1). Cependant, les ambitions de ces organisations connaissent des limites lorsque la problématique de leur effet direct est soulevée (Section 2).

Section 1 : La portée verticale

65. - Les conventions de l'OIT (I), la Charte sociale européenne (II) et la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 (III) ont vocation à s'imposer aux Etats, afin d'assurer à chaque travailleur notamment un droit au repos. Afin de parvenir à ce but, ces instruments doivent être assortis de dispositifs de contrôle, examinant l'évolution et l'effectivité de leur application.

I. Les conventions de l'OIT

66. - Le contrôle. - La ratification des conventions de l'OIT par les Etats leur confère un caractère obligatoire. Elle consiste en l'approbation de la convention par les organes internes compétents pour engager l'Etat sur le plan international. Ce dernier doit ainsi s'abstenir de porter atteinte aux dispositions de la convention ratifiée.

L'OIT a instauré un système de contrôle au niveau international qui permet de vérifier que les Etats appliquent les conventions qu'ils ratifient. Il existe deux mécanismes de contrôle : un système de contrôle régulier (A) et des procédures particulières (B).

A. Un système de contrôle régulier

67. - L'OIT exerce un contrôle permanent de l'application par les Etats membres des conventions ratifiées. Dès lors qu'un Etat ratifie une convention de l'OIT, il doit présenter

périodiquement un rapport exposant les mesures prises. La Commission des experts pour l'application des conventions et recommandations¹⁴⁰ étudie les rapports transmis et émet des observations ou fait des demandes directes afin d'obtenir des éclaircissements. Les observations sont, pour leur part, publiées dans le rapport annuel de la Commission des experts. Ce rapport est, par la suite, présenté lors de la Conférence internationale du Travail¹⁴¹, où il est examiné par la Commission de l'application des normes de la Conférence. Fréquemment, cette dernière formule des conclusions incitant les Etats à prendre les mesures nécessaires. Ces conclusions sont publiées dans son rapport.

De nombreuses évolutions ont pu être constatées grâce à ce système de contrôle. Pour exemple, le nouveau Code du Travail égyptien, promulgué en 2003, prévoit désormais « une période de repos compensatoire obligatoire pour tout travail effectué pendant un jour de repos hebdomadaire, indépendamment de toute compensation sous forme de rémunération »¹⁴².

68. - Le respect des textes sur le repos hebdomadaire. - La Commission des experts a réalisé une étude d'ensemble relative à la convention n°14 sur le repos hebdomadaire dans l'industrie, à la convention n°106 et à la recommandation n°103 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et bureaux, qu'elle a présentée à la session 1984 de la Conférence internationale du travail. Elle en conclut que le repos hebdomadaire apparaît comme le droit des travailleurs le mieux respecté et un principe généralement accepté de temps immémorial. Elle relève cependant que l'application de la convention n°106 peut être délicate, surtout dans le secteur de l'industrie hôtelière et le commerce de détail.

La même commission rappelle souvent dans ses commentaires les principes de la régularité, de la continuité et de l'uniformité du repos hebdomadaire résultant des conventions n°14 et n°106.

69. - Le respect de la convention n°132 sur les congés payés. – Dans son étude d'ensemble

¹⁴⁰ La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations est un organe indépendant, constitué de juristes. Il a pour mission d'examiner l'application des conventions et recommandation de l'OIT dans les Etats membres.

¹⁴¹ La Conférence internationale du Travail est un organe souverain qui élabore et adopte les normes internationales. Elle adopte également le budget de l'OIT et élit le Conseil d'administration.

¹⁴² Site internet de l'OIT, Rubrique : *L'impact du système de contrôle régulier.*

de 1984, la Commission des experts note que les congés payés ont connu une évolution importante dans la plupart des pays. Ce mouvement se singularise, dans de nombreux pays, par une augmentation de la durée du congé annuel payé et une réduction de la période minimale de service ouvrant droit au congé¹⁴³.

En marge de ce système de contrôle régulier, il existe des procédures particulières.

B. Les procédures particulières

70. - Les réclamations – Via cette procédure, les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs peuvent présenter au Conseil d'administration¹⁴⁴ une réclamation contre un Etat qui « n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré »¹⁴⁵. Le Conseil d'administration peut adopter ou non une recommandation. Si la réaction du gouvernement concerné ne lui paraît pas suffisante, le Conseil d'administration peut publier la réclamation reçue et la recommandation donnée.

En 2009, l'organisation syndicale, Force Ouvrière, a présenté une réclamation au Conseil d'administration car elle estimait que l'extension du travail du dimanche va à « l'encontre de la convention n°106 sur le repos hebdomadaire ». Suite à cette réclamation, le gouvernement français s'est défendu en indiquant que les mesures nationales vont au-delà du minimum prévu par la convention. Il affirme, également, que le travail dominical peut être justifié, notamment par les contraintes de l'activité de production, par les besoins du public. Le travail dominical favorise également la concurrence dans l'intérêt du consommateur, l'accès à une vie culturelle et aux loisirs et il est assorti de garanties pour les travailleurs. Dans ses rapports de 2010 et de 2011, la Commission des experts pour l'application des conventions et recommandations a posé des questions complémentaires au gouvernement afin d'obtenir des

¹⁴³ Selon le rapport d'octobre 2011 sur le temps de travail au XXI^e siècle (rapport préparé pour la Réunion tripartite d'experts sur l'aménagement du temps de travail), « au niveau mondial, presque tous les pays ont entériné dans leur législation le droit à une période minimale de congés payés annuels ». Il est indiqué que « 97% des pays ont adopté des dispositions en matière de congés payés (les Etats-Unis sont l'exception la plus notable) » et « environ la moitié de tous les pays prévoient au moins 20 jours ouvrables de congé annuel payé ».

¹⁴⁴ Le Conseil d'administration est l'organe exécutif de l'OIT

¹⁴⁵ Art. 24, Constitution de l'OIT, 1919.

informations et des éclaircissements. Le débat sur le repos et le travail dominical est par ailleurs constant en France.

71. - Les plaintes. - Une plainte peut être formée par un Etat contre un autre Etat. Elle est examinée par le conseil d'administration qui constitue en son sein une commission spécifique.

Les conventions de l'OIT sont ainsi assorties d'un dispositif de contrôle développé, portant sur la situation juridique et pratique des Etats. Le Conseil de l'Europe a également instauré un organe de contrôle afin de s'assurer d'une application effective de la Charte sociale européenne par les Etats. Cependant, les mécanismes européens présentent des limites.

II. La Charte sociale européenne

72. - Alors qu'elle était perçue par certains comme une simple déclaration d'intentions, les ambitions de la Charte sociale européenne ont dépassé toute attente. Désormais, son influence n'est plus négligeable, grâce à l'instauration d'un mécanisme assurant son respect (A). Il ne s'agit pas de dénoncer les violations individuelles dans une situation donnée, mais de vérifier la conformité des législations nationales à la Charte, comme l'a d'ailleurs fait le Comité européen des droits sociaux concernant le régime français du forfait en jours (B).

A. Une procédure non-juridictionnelle de contrôle

73. - La seule procédure de contrôle initialement prévue n'apparaissait pas suffisante au regard du contenu ambitieux de la Charte. Elle se résumait à l'élaboration d'un rapport annuel par les Etats. Le Protocole additionnel de 1995 est venu ajouter une autre procédure dite de réclamations collectives.

La première procédure de contrôle exige que les Etats remettent chaque année, au Comité européen des droits sociaux, un rapport relatif à l'application de la Charte dans le pays considéré. Ces documents permettent au Comité d'apprécier la conformité du droit national avec la Charte sociale européenne. Dans ses conclusions rendues sur le rapport de la France en 2010, le Comité a émis des critiques sur le droit français en matière de repos. Il estime, d'abord, « qu'il n'est pas établi que le droit au report du congé payé annuel en cas de maladie ou d'accident au cours de la période de référence est garanti ». Il affirme, ensuite, que « la durée hebdomadaire de travail autorisée pour les cadres soumis au régime de forfait annuel en jours est excessive et les garanties juridiques offertes par le système de conventions

collectives sont insuffisantes ». Enfin, il constate que « les astreintes durant lesquelles aucun travail effectif n'est réalisé sont assimilées à des périodes de repos, ce qui n'est pas conforme à l'article §21 de la Charte ».

Les conclusions du Comité sont par la suite rendues publiques. Cette publicité incombe aux Etats dès lors que ces conclusions leur ont été transmises. Cette procédure s'est montrée peu efficace. Ceci a incité le Conseil de l'Europe à instaurer un autre mode de contrôle.

La seconde procédure de contrôle est une procédure de réclamations collectives ouvertes aux acteurs sociaux non étatiques. Il s'agit, notamment, des organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, des organisations d'employeurs et syndicales de l'Etat concerné par la réclamation et des organisations internationales non gouvernementales dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe en raison de leurs compétences particulières. Ces réclamations ne peuvent porter que sur une potentielle violation d'une disposition de la Charte ratifiée par l'Etat mis en cause. Il ne peut pas lui être reproché de ne pas respecter une disposition qu'il n'a pas ratifiée. Il est également exigé un niveau de violation suffisant pour justifier un tel recours devant le Comité. Si ces critères sont remplis, ce dernier juge alors l'affaire et rédige ses conclusions qui seront transmises au Comité des ministres. Ce dernier va alors adopter une résolution et, si le Comité européen des droits sociaux a constaté la non-conformité du droit national à la Charte, le Comité des ministres adopte une recommandation.

Cette voie des réclamations collectives a été utilisée par des organisations syndicales françaises, en vue de reconnaître le dispositif du forfait en jours contraire à la Charte sociale européenne.

B. Le contrôle du dispositif du forfait en jours

74. - La jurisprudence européenne sur le dispositif du forfait en jours illustre le pouvoir de contrôle conféré au Comité européen des droits sociaux. Afin de comprendre les tenants et les aboutissants du litige, il convient d'abord de présenter le régime du forfait en jours (1), afin de pouvoir, ensuite, exposer la décision du Comité (2).

1. Le dispositif du forfait annuel en jours

75. - La réglementation - Le forfait annuel en jours est un dispositif autorisant la fixation d'un nombre de jours de travail sur l'année, sans référence horaire. Rapidement, de nombreux

abus ont pu être constatés, illustrés essentiellement par une charge de travail excessive des salariés au forfait et par un recours systématique à ce dispositif par les employeurs. Le législateur a donc été contraint d'intervenir au travers de la loi Aubry II du 19 janvier 2000¹⁴⁶ revue par la loi Fillon du 17 janvier 2003¹⁴⁷. Le dispositif du forfait en jours est utilisé uniquement par les salariés présentant une autonomie telle que leur temps de travail ne peut être décompté en heures. Les destinataires initiaux du forfait en jours sont les cadres dont les tâches ne peuvent pas être évaluées en heures. La loi du 2 août 2005¹⁴⁸ est venue étendre le dispositif du forfait en jours à d'autres catégories de salariés non cadres dont la durée de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. Le dispositif du forfait en jours a été réécrit par la loi du 20 août 2008 portant réforme du temps de travail¹⁴⁹, sans pour autant en modifier les caractéristiques essentielles¹⁵⁰.

Le forfait en jours est mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, complété par une convention individuelle de forfait recueillant l'accord du salarié¹⁵¹.

Un salarié lié par une convention de forfait en jours n'est pas soumis aux dispositions relatives à la durée du travail¹⁵² ; sa durée de travail est décomptée en jours. Le procédé des heures supplémentaires ne lui est donc pas applicable. Cependant, il a l'obligation de respecter les temps de repos journalier de 11 heures consécutives et de repos hebdomadaire d'au moins vingt-quatre heures. Un droit au repos est donc reconnu aux salariés en forfait en jours.

¹⁴⁶ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

¹⁴⁷ Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

¹⁴⁸ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

¹⁴⁹ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps du travail.

¹⁵⁰ Art. L. 3141-43 et s., C. trav.

¹⁵¹ Art. L. 3121-39, C. trav.

¹⁵² Art. L. 3121-48, C. trav. : « *Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives : 1° à la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L. 3121-10 (trente-cinq heures par semaine civile) ; 2° à la durée hebdomadaire maximale de travail prévue à l'article L. 3121-34 (dix heures maximum) ; 3° aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues au premier alinéa de l'article L. 3121-35 (quarante-huit heures au cours d'une même semaine) et aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 3121-36 (quarante-quatre heures ou quarante-six heures sur une période quelconque de douze semaines consécutives) ».*

76. - La constitutionnalité – Dans sa décision 29 juillet 2005¹⁵³, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer, notamment, sur la constitutionnalité du forfait en jours au regard des prescriptions en matière de repos et de santé de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁵⁴. Le juge constitutionnel a répondu que le législateur, usant de son pouvoir issu de l'article 34 de la Constitution, a suffisamment encadré le forfait en jours en le subordonnant à « deux conditions de fond assez fortes quant à la définition des salariés concernés : temps de travail non pré-déterminable et réelle autonomie ». En outre, ces précautions sont renforcées par un contrôle juridictionnel diligent. Le législateur a également pris le soin d'instaurer une procédure, qualifiée de non négligeable par le juge constitutionnel, à savoir la combinaison entre une convention de branche ou un accord d'entreprise et un accord écrit du salarié.

Le Conseil constate, enfin, que les salariés en forfait en jours restent soumis aux dispositions relatives au repos quotidien et au repos hebdomadaire minimaux.

La pérennité de cette solution semble pouvoir être discutée au regard des inquiétudes, émises par la Cour de cassation, concernant l'efficacité des garanties apportées par l'accord collectif d'entreprise pour la protection de la santé et du repos des salariés en forfait en jours¹⁵⁵. Le dispositif du forfait en jours pourrait être ainsi amené à évoluer, éventuellement sous l'effet d'un contrôle de constitutionnalité par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le risque d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est d'autant plus grand que la question du forfait en jours n'a pas été traitée par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi du 20 août 2008¹⁵⁶. Cette évolution pourrait aboutir à la mise en conformité du dispositif français du forfait en jours au regard des attentes du Comité européen des droits sociaux en matière de repos des travailleurs.

¹⁵³ Décis. n°2005-523 DC du 29 juillet 2005 relative à la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005.

¹⁵⁴ Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1945 : *La Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...), le repos et les loisirs ».*

¹⁵⁵ Cass. soc. 26 sept. 2012, n°11-14540.

¹⁵⁶ Décis. n°2008-568 DC du 7 août 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps du travail.

2. La condamnation du forfait annuel en jours

77. - Une condamnation répétée – Le Comité européen des droits sociaux, organe de contrôle de la Charte sociale européenne, a souligné à trois reprises le défaut de conformité du système du forfait en jours par rapport la Charte¹⁵⁷. La dernière décision fut rendue le 21 juin 2010 suite aux requêtes de la CGT¹⁵⁸ et de la CFE-CGC¹⁵⁹. Les organisations syndicales doutaient de l'effectivité des garanties entourant le forfait en jours, notamment au regard de l'article 2, §1, de la Charte imposant une durée raisonnable de travail journalière et hebdomadaire. La France fit valoir, pour sa part, que les salariés en forfait en jours jouissaient d'une protection suffisante au regard des repos quotidien et hebdomadaire, légalement accordés. La défense française fut vaine et les arguments avancés n'ont pas suffi à convaincre.

Les quinze experts du Comité n'ont pas proscrit le forfait en jours en tant que mesure de flexibilité, mais l'ont condamné, à l'unanimité, en raison d'un manque de garanties satisfaisantes. L'insuffisance de la loi française litigieuse fut critiquée par le Comité.

La répétition des condamnations démontre que la position du Comité n'est pas d'opportunité et que ce dernier reconnaît formellement et indubitablement une réelle atteinte aux dispositions de la Charte européenne. Malgré leur réitération, la portée de ces décisions a néanmoins un caractère limité. Le Comité européen des droits sociaux n'est pas formellement un organe juridictionnel. La difficulté réside dans le fait que ses décisions sont dénuées de toutes sanctions réelles.

Les Etats, notamment la France, sont plus enclins à respecter les mesures prises par l'Union européennes.

¹⁵⁷ Décis. CEDS, 16 nov. 2001, recl. Collective 9/2000 ; Décis. CEDS, 12 oct. 2004, recl. Collective 16/2003 et 22/2003 ; Décis. CEDS, 21 juin 2010, recl. Collective 55 et 56/2009.

¹⁵⁸ Req. n°55/2009.

¹⁵⁹ Req. n°56/2009.

III. La directive européenne sur le temps de travail

78. - L'exigence d'une transposition. – Une directive est un acte pris par les instances européennes. Elle s'adresse aux Etats et a vocation à les inciter à modifier leur droit interne. Il s'agit d'un outil d'harmonisation des législations nationales. La directive lie les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre, mais les laisse libre quant aux moyens à prendre pour y parvenir.

La directive 2003/88/CE exige que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour », notamment, le repos journalier, le temps de pause, le congé annuel, ou encore la durée de travail de nuit.

Afin d'acquiescer une réelle portée dans le droit interne, la directive doit être transposée. La transposition est un acte accompli destiné à l'adoption ou à la suppression de mesures nationales afin de parvenir au résultat fixé par la directive. La CJUE considère que « la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale ou réglementaire expresse et spécifique et peut se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise ». La directive 2003/88/CE a été transposée en France par voie législative et par voie réglementaire.

La transposition s'impose aux Etats. Concernant la directive 2003/88/CE, même si la France en a transposé les grands principes, elle n'apparaît pourtant pas comme un élève exemplaire. La CJUE l'a, à plusieurs reprises, condamnée du fait d'une mauvaise transposition des dispositions reconnaissant un droit au repos aux travailleurs. Par ailleurs, au regard de la position protectrice de la santé et de la sécurité des travailleurs adoptée par la CJUE, il est possible d'imaginer une potentielle condamnation de la France en raison d'une mauvaise transposition de la directive 2003/88/CE en matière de forfait en jours. En effet, il n'est pas exclu que la CJUE soit saisie de la conformité à la directive 2003/88/CE du dispositif du forfait en jours, étendu à d'autres salariés que ceux ayant un pouvoir de décision autonome¹⁶⁰.

¹⁶⁰ L'article 17 de la directive 2003/88/CE autorise une dérogation aux durées maximales de travail « notamment

La condamnation de la France pourrait être le déclencheur d'une remise en cause du forfait en jours, suivie d'une réforme législative en vue d'assurer une amplitude de travail contrôlée et un réel droit au repos pour les salariés placés sous le régime du forfait en jours.

79. - La défaillance dans la transposition. - Alors que les directives sont, par principe, dépourvues d'effet direct, un tel effet peut leur être reconnu en cas de défaillance constatée dans leur transposition¹⁶¹. La CJUE a décidé qu'« un Etat est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition » d'une directive¹⁶². Un particulier est donc autorisé à agir contre l'Etat, ayant la qualité d'employeur ou non, afin d'écarter une disposition nationale qui se révélerait contraire à la directive. Cette action peut également être engagée contre un organisme, chargé par l'autorité publique, sous son contrôle, de fournir un service d'intérêt public et disposant à cette fin de pouvoirs exorbitants. Le Conseil d'Etat considère ainsi que, d'une part, tout justiciable peut « pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec des objectifs définis par les directives » et, d'autre part, tout justiciable peut « se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires »¹⁶³.

lorsqu'il s'agit (...) de personnes ayant un pouvoir de décision autonome ». Or, la loi du 2 août 2005 est venue étendre le dispositif du forfait en jours à d'autres salariés qui ne bénéficient pas d'un pouvoir de décision autonome mais qui jouissent d'une autonomie dans l'organisation de leur travail. Les dérogations et les exceptions sont d'interprétation stricte. Cependant, le terme « notamment » pourrait laisser supposer que les salariés visés par la loi du 2 août 2005 puissent bénéficier des dérogations posées par la directive 2003/88/CE.

¹⁶¹ Selon la jurisprudence de la CJUE, trois conditions doivent être nécessairement remplies : 1. le délai de transposition fixé par la directive n'a pas été respecté ; 2. les dispositions de la directive sont inconditionnelles ; les mesures de la directive sont suffisamment claires et précises.

¹⁶² CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, Francovich c./ République italienne et Bonifaci c./ République italienne.

¹⁶³ CE, 20 oct. 2009, *Mme Perreux*.

80. - Bilan de la transposition de la directive 1993/104/CE du 23 novembre 1993, devenue directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003. - En janvier 2000, la Commission a publié un rapport exposant l'état d'avancement de la transposition de la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993. Les Etats étaient tenus de transposer cette dernière le 23 novembre 1996 au plus tard. L'Italie et la France se sont révélés être de mauvais élèves et ont, d'ailleurs, été condamnées par la CJUE pour carence d'adoption de mesures d'application de la directive¹⁶⁴. Depuis, l'ensemble des Etats membres a transposé la directive européenne. La majorité l'a fait au moyen d'actes législatifs et administratifs, mais certains ont privilégié la voie conventionnelle.

Dans son rapport, la Commission constate que la Belgique, le Danemark, la France et l'Irlande fixent une durée de repos quotidien de onze heures. Les pouvoirs publics grecs et espagnols se sont révélés plus généreux en prévoyant une durée de repos quotidien de douze heures. S'agissant des congés payés, les législations autrichienne, française, espagnole et danoise prévoient cinq semaines de congés payés, alors que les législations belge, allemande et anglaise n'en prescrivent que quatre.

Dans un rapport rendu en 2010, la Commission fait un bilan relativement satisfaisant de la transposition des mesures sur les temps de repos de la directive 2003/88/CE. Elle affirme notamment que « dans un grand nombre de cas, les dispositions nationales offrent une protection plus importante que celle requise par la directive »¹⁶⁵.

L'ensemble des textes énumérés a vocation à assurer aux travailleurs une protection contre toute dérive ou inertie étatique, notamment, en matière de droit au repos. Ceux-ci apparaissent donc comme les principaux intéressés de ces dispositions. Ainsi, il apparaît justifié de s'interroger sur l'intégration de ces normes européennes et internationales dans l'ordre juridique interne.

¹⁶⁴ CJCE, 9 mars 2000, aff. C-386/98, *Commission contre République d'Italie* et CJCE, 8 juin 2000, aff. C-46/99, *Commission contre France*.

¹⁶⁵ Rapport de la Commission européenne sur *la mise en œuvre par les Etats membres de la directive 2003/88/CE*, Déc. 2010, p.11.

Section 2 : La portée horizontale

81. - L'effet direct est « le principe selon lequel un règle adoptée par une organisation internationale ou un traité international s'applique directement dans le droit interne des Etats sans qu'il soit besoin ni possible que cet Etat transpose préalablement cette règle dans son droit interne par l'adoption d'une loi ou d'un vote réglementaire »¹⁶⁶.

L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, il convenait d'appliquer la norme la plus récente. En 1975, le Conseil constitutionnel opère un changement en exigeant l'application effective de l'article 55 de la Constitution. Cependant, il se déclare incompétent pour examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international. Initialement, les juridictions judiciaires et administratives ont refusé de réaliser un tel contrôle de conventionnalité. Mais elles ont opéré un revirement et acceptent désormais de contrôler la conformité d'une loi à une norme internationale¹⁶⁷. Le Conseil d'Etat reconnaît la supériorité du droit de l'Union européenne, y compris les directives, sur la norme interne¹⁶⁸. La CJUE a, pour sa part, reconnu la primauté du droit européen dès 1964. Elle affirme, en effet, que « l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres »¹⁶⁹. La production normative primaire et dérivée de l'Union européenne jouit d'une insertion automatique en droit interne. Un an auparavant, elle avait d'ailleurs affirmé que « le Traité instituant la Communauté économique produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder »¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16ème éd.

¹⁶⁷ Cass. ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* ; CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*.

¹⁶⁸ CE, Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*.

¹⁶⁹ CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c./Enel*.

¹⁷⁰ CJCE, 5 fév. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend Loos c./ Administratie der Belastingen*.

L'effet horizontal, c'est-à-dire l'application des normes dans les rapports entre personnes privées, n'est pas clairement reconnu pour l'ensemble des dispositions consacrant le droit au repos. Cette consécration assurerait pourtant l'application effective du droit au repos. Pour certains textes, la question de l'applicabilité directe n'a pas suscité de débats importants. Il s'agit notamment des normes consacrées par l'OIT. (I). A l'inverse, la portée des textes d'origine européenne, la Charte sociale européenne (II) et la directive 2003/88/CE du 23 novembre 2003 (III), fait l'objet de nombreux questionnements et discussions.

I. Les conventions de l'OIT

82. - En droit français, les conventions de l'OIT ont acquis une grande importance grâce au poids conféré par les juges nationaux. Ceci s'explique par le fait que la France est un pays de tradition moniste, c'est-à-dire que le droit international est directement et immédiatement appliqué dans le système juridique national, dès lors qu'il est ratifié¹⁷¹. Cependant, les conventions de l'OIT ne jouissent pas d'une applicabilité directe de principe¹⁷². La reconnaissance de l'effet direct horizontal des conventions de l'OIT exige un examen ponctuel de celles-ci par le juge national, au regard des faits présentés. La Cour de cassation a eu l'occasion de déclarer une norme interne contraire à une convention de l'OIT. Ainsi, dans un arrêt du 1er juillet 2008, elle a écarté la loi française instaurant le contrat nouvelle embauche qui était contraire à la convention n°158 de l'OIT¹⁷³. Les conventions internationales sur le repos hebdomadaire, ratifiées par la France, ne semblent pas avoir fait l'objet d'une telle décision judiciaire ou administrative reconnaissant explicitement leur effet direct.

Si l'effet direct des conventions de l'OIT ne semble pas présenter de difficultés, il en va autrement pour la Charte sociale européenne.

¹⁷¹ Les pays de tradition dualiste exigent, quant à eux, une transposition du droit international dans le droit interne.

¹⁷² Il est possible que certains instruments internationaux, dits self-executing, prévoient expressément en leur sein leur propre effet direct. Cependant, cette situation ne se rencontre pour aucune convention internationale du travail.

¹⁷³ Cass. soc., 1er juill. 2008, n°07-44.127.

II. La Charte sociale européenne

83. - L'effet direct de la Charte : l'arrêt du 29 juin 2011 – A peine un an après la condamnation du forfait en jours par le Comité européen des droits sociaux, la Cour de cassation a rendu une décision le 29 juin 2011, dont les faits ne présageaient pourtant pas un tel retentissement¹⁷⁴. Un cadre autonome, soumis au régime du forfait en jours, réclamait le paiement de ses heures supplémentaires en raison de la méconnaissance par son employeur du dispositif de contrôle et de suivi prévu dans la convention collective. Confirmant implicitement la décision du Comité européen des droits sociaux, la Cour de cassation aurait pu saisir l'occasion pour conférer à la Charte sociale européenne un effet direct.

Le visa de l'arrêt du 29 juin 2011 constitue une énumération de sources constitutionnelles et supra-nationales : l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, la Directive 2003/88 CE du 4 novembre 2003 et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette multiplicité de références illustre l'intérêt croissant du juge français pour les textes internationaux et européens.

La Cour de cassation a fait le choix d'invoquer la Charte sociale européenne par l'intermédiaire du droit de l'Union européenne. La chambre sociale semble ainsi faire prévaloir le droit de l'Union européenne sur celui du Conseil de l'Europe. Le premier apparaît davantage comme un droit spécial s'insérant dans une structure politique, le second est, pour sa part, général et adopté par une organisation internationale. La mention directe et expresse de la Charte sociale européenne aurait eu le mérite de consacrer son effet direct.

Les raisons pouvant expliquer la frilosité de la Cour de cassation sont diverses et n'ont pas de réels fondements juridiques. Le Professeur Jean-François Akandji-Kombé avance l'idée selon laquelle la chambre sociale aurait été « tétanisée devant l'importance des conséquences d'une mobilisation formelle de la Charte sociale, à savoir l'irruption d'un corps nouveau de principes

¹⁷⁴ Cass. soc. 29 juin 2011, n°09-71.107.

et règles couvrant un large pan du droit du travail »¹⁷⁵. En outre, l'invalidation de l'ensemble du dispositif du forfait en jours pourrait avoir d'importantes conséquences financières, engendrées par une affluence de demandes en rappels de paiement des heures supplémentaires.

84. - Les suites de l'arrêt du 29 juin 2011. – La chambre sociale a réitéré sa position dans un arrêt du 31 janvier 2012¹⁷⁶. Le juge français confirme ainsi sa volonté de ne pas reconnaître un effet direct à la Charte sociale européenne et se réfère, de nouveau, au droit de l'Union européenne.

Cependant, l'influence des décisions du Comité européen des droits sociaux sur la Cour de cassation est indéniable. Sans condamner le dispositif du forfait en jours, la Cour de cassation exige un encadrement efficace de la part des partenaires sociaux et de l'employeur.

Le droit au repos proclamé par la Charte sociale européenne et défendu par le Comité européen des droits sociaux perd de sa portée en l'absence d'effet direct de la Charte. L'Union européenne tente également d'imposer un respect inébranlable de ce droit, mais se heurte elle aussi à une difficulté.

III. La directive européenne sur le temps de travail

85. - En principe, les directives de l'Union européenne, en tant que droit dérivé, n'ont pas d'effet direct horizontal leur permettant d'être invoquées dans un litige entre particuliers. Pour que les dispositions d'une directive puissent être appliquées à une personne privée, il est nécessaire que la directive soit préalablement transposée en droit interne.

Saisi d'un litige entre particuliers, le juge national peut être placé dans une situation délicate face à la mauvaise transposition d'une directive. Il ne peut écarter une norme nationale, pourtant contraire au droit européen, puisque la directive n'a pas d'effet direct horizontal et il ne peut statuer *contra legem*.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ Cass. soc. 31 janv. 2012, n°10-19807.

Parallèlement à l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le 1er décembre 2009, la CJUE a avancé les prémisses d'une solution. Dans l'arrêt *Kücükdeveci*¹⁷⁷, la Cour a décidé, en se fondant sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que le juge national doit laisser inappliquée toute disposition de la réglementation nationale qui violerait le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, établi par la directive 2000/78/CE. Par cette démarche, la CJUE confère un effet direct horizontal au principe de non-discrimination. Suite à cet arrêt, la difficulté était de savoir si une telle solution pouvait être admise dans le cadre du droit à congé annuel prévu par l'article 7 de la directive 2003/88/CE et par l'article 31§2 de la Charte. La CJUE a été saisie de cette question par la Cour de cassation française et s'est seulement contentée de rappeler qu'« une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers »¹⁷⁸. Pour contrer l'absence d'effet direct de la directive 2003/88/CE, la Cour de cassation a opté, en juillet 2012, pour la méthode d'interprétation conforme¹⁷⁹. Le juge national a ainsi réussi à aligner sa jurisprudence sur celle de la CJUE. Cette méthode d'interprétation conforme peut être certes saluée, puisque la décision n'est pas *contra legem*, mais elle ne peut être appliquée dans tous les litiges. Tel est d'ailleurs le cas dans l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2013. Dans cette dite affaire, les juges nationaux ont retenu que la directive 2003/88/CE ne pouvait permettre, dans un litige entre particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire¹⁸⁰. Ainsi, un justiciable ne peut se prévaloir de l'article 7 de la directive qu'à l'encontre de l'Etat ou d'un organisme chargé d'accomplir un service d'intérêt public, et non à l'encontre d'un

¹⁷⁷ CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Seda Küçükdeveci c./ Swedex GmbH & Co. KG*.

¹⁷⁸ CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Maribel Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et a.*, pt 42.

¹⁷⁹ Cass. soc. 3 juill. 2012, n°11-10929, RDT 2012, p.565, note M. Véricel : En l'espèce, un salarié victime d'un accident de trajet demandait à ce que la période d'arrêt de travail soit prise en compte pour l'attribution de ses congés payés. La Cour d'appel l'a débouté de sa demande considérant que la disposition légale qui assimilait les absences pour accident du travail à du travail effectif pour le calcul des congés payés, ne s'appliquait pas à l'accident de trajet. La Cour de cassation a cassé cet arrêt et assimile l'absence pour accident de trajet à celle pour accident du travail.

¹⁸⁰ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22285.

employeur personne privée. Il peut cependant agir contre l'Etat en raison de la défaillance dans la transposition de la directive 2003/88/CE.

86. - Transition. - La consécration du droit au repos par les instances européennes et internationales permet de conférer une grande importance à ce droit. Cependant, cette reconnaissance ne peut être efficiente que si ces mesures ont une résonance au plan national. En effet, le droit au repos n'aurait aucun intérêt s'il n'avait pas vocation à bénéficier réellement aux travailleurs.

La directive européenne du 23 novembre 1993 a eu une réelle influence sur le droit français et a prescrit l'adoption de dispositions en matière de repos qui s'appliquent aux travailleurs et s'imposent aux employeurs.

Titre 2 : Le contenu de la consécration

87. - Plan. - Après avoir exposé l'ensemble normatif consacrant le droit au repos, il convient désormais de préciser le contenu de ce dernier. Le droit au repos est un droit à..., un droit-créance. Selon le Professeur Robert Pelloux, un droit-créance confère « à l'individu le droit d'exiger certaines prestations de la part de la société ou de l'Etat »¹⁸¹. C'est pourquoi il convient d'abord de déterminer et de délimiter l'objet du droit au repos (Chapitre 1) et ensuite de présenter les sujets de ce droit (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'objet du droit

88. - L'objet d'un droit est la prestation attendue par le bénéficiaire. En matière de droit au repos, l'objet est le repos. Ce dernier présente une importance particulière. En effet, pour comprendre le droit au repos, il convient de définir, préalablement, la notion de repos (Section 1). Il s'agira ensuite d'énumérer et d'expliquer les durées de ce repos (Section 2).

Section 1 : Les définitions

89. - L'insondable droit au repos - L'adjectif « insondable » renvoie à la difficulté, à l'impossibilité de comprendre un concept, une notion, une substance. Dès lors que le juriste tente de définir le droit au repos, et particulièrement la notion même de repos, il se heurte à des difficultés. En effet, l'analyse sémantique du repos est rendue difficile par une définition du repos manquant de clarté. La notion de repos revêt une approche négative qui peut se révéler limitée dans certaines situations (I), ce qui peut conduire à la recherche d'une conception positive (II).

I. Une définition négative

90. - Au regard de la définition négative, le repos est le corolaire du temps de travail. Il s'agit

¹⁸¹ R. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification*, RD publ., 1981, p.54.

donc de deux notions opposées. Cependant, la distinction entre le temps de travail et le temps de repos se heurte à deux difficultés, l'une sémantique (A) et l'autre factuelle (B).

A. Le contenu sémantique

91. - Temps de travail et temps de repos. – Les notions de temps de travail et de temps de repos divergent en droit interne et en droit européen.

L'article 2 de la directive européenne 2003/88/CE du 4 novembre 2003, anciennement directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, 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, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ». Par opposition, le temps de repos est constitué de « toute période qui n'est pas du temps de travail ».

La loi Aubry I du 13 juin 1998, qui a transposé la directive 93/104/CE en droit français, n'a pas repris cette approche du temps de repos et n'en a donné aucune définition légale. Face à l'absence de définition légale, il est possible d'opérer une interprétation a contrario de l'article L. 3121-1 du Code du travail, relatif à la durée de travail effectif¹⁸². Ceci conduit à une opposition entre temps de travail et de repos. Ce dernier correspond au temps pendant lequel le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur, ne se conformant pas ainsi à ses directives et pouvant vaquer librement à ses occupations personnelles.

Ce dualisme entre repos et temps de travail a été repris par la Cour de cassation qui n'hésite pas à considérer que « la notion de temps de travail doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre »¹⁸³.

Cette approche négative est parfaitement logique puisque le repos est une période de non-travail. Constituent ainsi des temps de repos, le repos quotidien, le repos hebdomadaire, les congés payés, les temps de pause ou encore les jours fériés.

¹⁸² Art. L3121-1 du Code du travail : « la durée du travail effectif 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 ».

¹⁸³ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.743.

Cette confrontation des temps doit être néanmoins nuancée. Comme l'a soulevé le Conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Philippe Waquet, « on constate qu'en additionnant $10^{184} + 11^{185} = 21$, il reste encore au moins trois heures qui ne sont ni du temps de travail effectif, ni du temps de repos »¹⁸⁶. Il existe donc des tiers temps, d'un contenu divers, reconnus par le législateur français, à la différence de la directive 2003/88/CE et de la CJUE.

La reconnaissance de ces temps gris par le droit français n'est pas une innovation législative. Antérieurement à la loi du 13 juin 1998¹⁸⁷, la durée du travail s'entendait « du travail effectif à l'exclusion du temps nécessaire à l'habillage et au casse-croûte »¹⁸⁸. Même si la définition a désormais évolué, le législateur admet toujours ces temps intermédiaires, pour les indemniser.

B. Les limites factuelles

92. - La dichotomie entre repos et temps de travail ne permet pas d'embrasser l'ensemble des temps, pourtant compris dans l'environnement du travail : les brèves pauses, le temps de repas, le temps d'habillage, les heures d'équivalence (1) ou encore les temps d'attente, l'astreinte, les temps de trajet (2). Ces temps contraints font l'objet de dispositions propres et sont sources de contentieux.

1. Les temps dans l'entreprise

93. - **Les temps de pause et les temps d'habillage et de déshabillage.** - L'exécution d'une journée de travail n'est pas un cycle continu mais est interrompue par des instants non productifs, notamment les temps de pause¹⁸⁹ et de repas.

¹⁸⁴ Art. L. 3121-34, C. trav. : « *La durée quotidienne du travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures* ».

¹⁸⁵ Art. L. 3131-1, C. trav. : « *Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives* ».

¹⁸⁶ P. Waquet, *Le temps de repos*, Dr. soc., 2000, p.288.

¹⁸⁷ Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry I).

¹⁸⁸ Ancien Art. L. 212-4, C. trav.

¹⁸⁹ Art. L3121-33 du Code du travail : « *dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes* ».

Les pauses s'analysent comme des arrêts de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité. Le pouvoir de l'employeur ne doit pas en principe pénétrer ces moments attribués au salarié. Ainsi au cours de la pause, ce dernier est libre de vaquer à ses occupations personnelles sans avoir à justifier à son employeur l'emploi de son temps libre¹⁹⁰. La Cour de cassation apporte néanmoins des atténuations et des restrictions à ces temps de pause. Le salarié ne bénéficie pas d'un droit absolu en matière de pause.

D'une part, la Cour autorise que la période de pause, qui s'analyse comme un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité, n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles du salarié à la demande de son employeur¹⁹¹. Lorsque le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif. Il faut néanmoins relativiser ces atteintes portées au temps de pause car elles se limitent à des circonstances exceptionnelles, notamment caractérisées par des exigences de sécurité. Néanmoins, le terme « notamment » laisse une marge de manœuvre à l'employeur. Ainsi, il est impératif que le contrôle des juges soit strict en la matière afin d'éviter tout abus de l'employeur, invoquant excessivement des raisons sécuritaires et sanitaires.

D'autre part, la gestion de l'entreprise et sa localisation géographique peuvent avoir une influence sur les temps de pause octroyés aux salariés. Ces derniers ne sont pas immuables. La mauvaise situation géographique ou des horaires inadaptés peuvent empêcher le salarié de s'éloigner de l'entreprise¹⁹², sans que cela ne soit perçu comme une atteinte à son droit de repos. En outre, la Cour de cassation a indiqué que « la seule interdiction de quitter l'établissement ou le site ne constitue pas un élément de nature à conférer au temps de pause le caractère de temps de travail effectif »¹⁹³.

La question de la qualification des temps d'habillage et de déshabillage a également fait l'objet d'une intervention législative. Le législateur a exclu les temps d'habillage et de déshabillage

¹⁹⁰ Cass. soc., 18 déc. 2001, n°01-41.036.

¹⁹¹ Cass. soc., 12 oct. 2004, n°03-44.084.

¹⁹² Cass. soc., 10 oct. 2007, n°06-44.272.

¹⁹³ Cass. soc., 19 mai 2009, n°95-43.003

du temps de travail effectif. Il a néanmoins prévu une contrepartie, en repos ou en argent, lorsque le port de la tenue est une obligation légale ou conventionnelle, devant être réalisée sur le lieu de travail¹⁹⁴.

Outre ces temps, d'autres temps dits gris peuvent être effectués dans les locaux de l'entreprise.

94. - Les heures d'équivalence – Issue des décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 instituant la semaine de quarante heures, le système des heures d'équivalence s'applique à des professions ou à des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction¹⁹⁵. Pendant ces heures, les salariés restent à la disposition de leur employeur sans percevoir de rémunération à ce titre, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. En raison de ce régime particulier, les heures d'équivalence ont donné lieu à un contentieux important.

D'abord, les heures d'équivalence semblent échapper à la notion légale de temps de travail effectif. Cette dernière renvoie au critère de disponibilité du temps de travail ; il s'agit, en effet, du temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur. A l'inverse, dans le régime des heures d'équivalence, seuls les temps où le salarié est en train d'exécuter directement une prestation de travail sont comptabilisés. Les temps non productifs sont donc exclus du temps de travail effectif et sont perçus comme des temps de repos. Or, pendant ces temps d'inaction, les salariés restent à la disposition de l'employeur et doivent se conformer à ses directives et ne peuvent vaquer librement à leurs occupations personnelles. Ainsi, la référence à des « temps d'inaction » peut sembler contestable et devrait être supprimée pour le calcul du temps de travail.

Cette notion légale des heures d'équivalence en droit interne n'apparaît pas juridiquement compatible avec la conception européenne du temps de travail. Sur le fondement du droit au repos et de la protection de la santé et à la lumière de la directive européenne du 23 novembre 1993, la CJUE exige que l'ensemble des heures de présence au sein de l'entreprise soit intégralement pris en compte pour le respect des prescriptions minimales en matière de repos.

¹⁹⁴ Art. L. 3121-3, C. trav.

¹⁹⁵ Art. L. 3121-9, C. trav.

Sont concernés les secteurs de la santé, médico-social, des transports, du tourisme, de l'alimentation.

Elle estime que « toute autre interprétation tiendrait en échec l'effet utile de la directive et méconnaîtrait sa finalité, qui vise à garantir une protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales »¹⁹⁶. Suivant le raisonnement européen opposant le temps de travail à celui de repos, la Cour de cassation énonce que les permanences nocturnes constituent un travail effectif, « peu important qu'il englobe des périodes d'inaction prises en compte au titre du système d'équivalence ». Elle rappelle que « les différentes prescriptions énoncées par la directive en matière de temps minimal de repos constituent des règles de droit social d'une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé »¹⁹⁷. Ce dernier attendu de la Cour de cassation a également vocation à être invoqué pour les temps gris réalisés hors de l'entreprise.

2. Les temps hors de l'entreprise

95. - Trois temps hors de l'entreprise peuvent présenter des difficultés de qualification : le temps de trajet, l'astreinte et l'attente.

96. - Le temps de trajet - Le temps de trajet constitue un tiers temps dans la mesure où le salarié n'effectue pas encore son travail, mais ne jouit pas non plus d'une pleine liberté. Il est difficile de percevoir le temps de trajet comme du repos. A l'inverse, il est possible de considérer que les instants de trajet peuvent être rattachés à la vie professionnelle du salarié. Le régime appliqué aux accidents de trajet en est un parfait exemple. Alors que cet événement se produit à un moment où le salarié n'est plus sous la subordination de son employeur, il persiste un lien avec l'exécution du contrat de travail. Il ne s'agit pas d'un accident de droit commun. L'assuré victime a droit aux mêmes prestations en nature et en espèces que celles versées dans le cadre d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

La CJUE a d'ailleurs reconnu le caractère professionnel des temps de trajet, en considérant qu'« un conducteur qui se rend à un endroit précis, qui lui est indiqué par son employeur et qui est différent du centre d'exploitation de l'entreprise, pour prendre en charge et conduire un

¹⁹⁶ CJCE, 1er déc. 2005, C-14/04, *Dellas*.

¹⁹⁷ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14.743.

véhicule, satisfait à une obligation vis-à-vis de son employeur. Pendant ce trajet, il ne dispose dès lors pas librement de son temps. (...) Le conducteur effectue une tâche qui lui incombe en vertu de la relation de travail qui le lie à son employeur »¹⁹⁸. La Cour de cassation adopte la même vision que le juge européen. Les déplacements effectués par les salariés, au cours d'une journée de travail, pour se rendre d'un lieu de travail à un autre lieu de travail sont considérés comme un temps de travail effectif¹⁹⁹. En effet, les salariés restent à la disposition de leur employeur et ne peuvent vaquer librement à leurs obligations. Le législateur n'a pas pris en considération ces types de déplacement. Il ne vise, pour sa part, que le temps de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail qui n'est pas du temps de travail effectif²⁰⁰. Toutefois, si ce temps dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, le salarié doit percevoir une contrepartie soit sous forme de repos, soit financière. Ce temps reste cependant exclu du décompte des durées maximales et hebdomadaires de travail. En dehors de toute considération juridique, il peut être critiquable, au regard de la finalité du repos, de ne pas assimiler les temps de trajet à du travail effectif, ou, du moins, de l'inclure dans les temps de repos du salarié. En effet, le trajet et le repos semblent inconciliables ; un individu peut difficilement se reposer au cours de ses trajets.

97. - L'attente -La qualification des temps d'attente se heurte également au problème de leur qualification.

Les attentes sont ces laps de temps où des professionnels, notamment les chauffeurs-routiers, sont obligés d'attendre pour décharger leur camion. Sans pour autant être effectivement occupés à leurs tâches professionnelles, ils ne sont pas réellement libres de leurs mouvements. La Cour de cassation s'est intéressée à cette parenthèse temporelle entre deux temps de conduite. Elle estime que le simple fait pour le salarié de devoir rester à proximité du véhicule ne permet pas de considérer que l'attente est du temps de travail effectif²⁰¹. La Cour a d'ailleurs considéré que « le salarié disposant de liaisons téléphoniques lui permettant d'être

¹⁹⁸ CJCE, 18 janv. 2001, aff. C-297/99, *Skills Motor Coaches*.

¹⁹⁹ Cass. soc., 31 janv. 2012, n°10-28.573.

²⁰⁰ Art. L. 3121-4, C. trav.

²⁰¹ Cass. soc., 28 sept. 2010, n°09-42.581.

informé de l'heure d'arrivée du camion relais ainsi que de sa propre heure de départ, et bénéficiant sur place de la possibilité de prendre son repos en toute quiétude, pouvait vaquer librement à des occupations personnelles »²⁰². Cette position peut être discutée. La Cour de cassation analyse le temps d'attente comme du temps de repos et fonde sa décision sur la possibilité pour le salarié de connaître la durée prévisible de son repos grâce aux liaisons téléphoniques dont il dispose. Cette motivation se révèle être en opposition avec l'intérêt et avec la finalité même du repos. L'intéressé conserve effectivement une liberté de mouvement durant son attente mais elle est loin d'être totale.

98. - L'astreinte. - La Cour de cassation avait, préalablement, considéré que l'astreinte ne s'imputait pas sur le temps de repos²⁰³. Cette position se justifiait par une volonté de préserver l'autonomie de la vie personnelle face au monde professionnel. L'attente du salarié à son domicile n'était dès lors ni du repos, ni du temps de travail effectif. Face aux incertitudes suscitées par cette décision, le législateur est intervenu par la loi du 19 janvier 2000²⁰⁴, modifiée par la loi du 17 janvier 2003²⁰⁵ et, enfin, par la loi du 20 août 2008²⁰⁶. Ces mesures ont permis de prendre le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation, en considérant, qu'exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte - c'est-à-dire le temps pendant lequel le salarié attend un potentiel appel – s'impute sur le temps de repos²⁰⁷. La période d'intervention est considérée, quant à elle, comme un temps de travail effectif²⁰⁸. Désormais la période d'astreinte est scindée en deux phases ayant des qualifications distinctes et déterminées. La Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a jugé que l'article L. 3121-6 du Code du travail « n'est pas contraire au droit à la protection de la santé, au repos et aux loisirs tels que prévus par l'alinéa 11 du préambule de la

²⁰² Cass. soc., 12 mars 2009, n° 07-40.587.

²⁰³ Cass. soc., 10 juillet 2002, P+B+R+I, D.2003. 935, obs. Vachet.

²⁰⁴ Loi n°2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

²⁰⁵ Loi n°2003-47 du 17 janv. 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

²⁰⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

²⁰⁷ Art. L. 3121-6, C. trav. : « *exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L3132-2 et L3164-2* ».

²⁰⁸ Art.L. 3121-5, C. trav.

Constitution du 27 octobre 1946 » dès lors que l'astreinte fait l'objet dans sa mise en place et ses modalités de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle »²⁰⁹.

Le Comité européen des droits sociaux a, quant à lui, considéré la législation française comme non conforme avec la Charte sociale européenne²¹⁰. L'assimilation des périodes d'astreinte au temps de repos constituait une violation du droit à une durée raisonnable du travail posé par l'article 2§1 de la Charte sociale européenne. Cependant, la position de la CJUE diverge de celle du Conseil de l'Europe et semble approuver la loi française. La CJUE distingue, premièrement, les temps de présence et de disponibilité des travailleurs sur le lieu de travail qui doivent être qualifiés de temps de travail effectif et, secondement, les temps pendant lesquels les salariés restent à la disposition de leur employeur sans être obligatoirement contraints de demeurer sur leur lieu de travail, seul le temps lié à la prestation effective doit être considéré comme temps de travail²¹¹. Le critère pris en considération est l'obligation de demeurer, ou non, sur le lieu de travail.

Malgré l'approbation par la CJUE de la législation française, cette dernière peut être discutée au regard de la difficile conciliation entre astreinte et vie privée et familiale. Le droit au repos des salariés permet de leur assurer la jouissance d'une réelle vie privée et familiale. Or, assimiler l'astreinte à du temps de repos ne semble pas conforme à la finalité même du droit au repos. Au regard du Code du travail, le salarié peut désormais être en repos alors qu'il est d'astreinte la nuit. D'une part, pour justifier le choix du législateur, il serait possible d'invoquer le fait que le salarié conserve une relative marge de manœuvre. Il est, certes, tenu de rester à son domicile ou à proximité mais peut s'adonner durant ce temps à diverses activités de son choix, tant familiales que culturelles. D'autre part, pour la loi française, le salarié d'astreinte doit rester « en veille » et joignable par son employeur, ce qui ne lui permet pas de bénéficier d'un réel repos. Il est donc critiquable que la période d'astreinte soit prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien et des durées de repos hebdomadaire.

²⁰⁹ Cass. soc., 22 juin 2011, n°10-12.980, QPC.

²¹⁰ CEDS, 4 mai 2005 ; CEDS, 23 juin 2010.

²¹¹ CJCE, 3 oct. 2000, C-303/98, *Simap*.

Il convient également de s'interroger sur la qualification des congés, tels que le congé maladie et le congé maternité. Il ne s'agit pas de temps de travail, mais il apparaît difficile de les qualifier de temps de repos. Ces deux congés permettent de se rétablir d'une maladie ou d'une grossesse et non de se reposer comme le permettent par exemple les congés payés. Cette distinction a d'ailleurs été soulevée par la CJUE dans de nombreux arrêts.

La définition négative du repos présente des limites et des imperfections, ce qui pousse à s'interroger sur la pertinence d'une définition positive.

II. Une définition positive

99. - Le repos ne doit pas seulement être perçu comme l'envers du temps de travail. Le repos est avant tout un droit reconnu aux salariés, grâce auquel le salarié jouit d'une réelle liberté éloigné de la sphère professionnelle. Cette notion de liberté permet de différencier le repos, d'une part, de la période de travail marquée par un lien de subordination, et d'autre part, des tiers-temps proches de la vie professionnelle. Durant son repos, le salarié ne doit subir aucune contrainte de son employeur et dispose du choix de l'emploi de son temps libre.

La définition positive du repos peut également engendrer une différenciation entre les salariés.

Outre la durée du travail, le critère de l'intensité ou de la pénibilité pourrait être utilisé pour fixer des seuils minimaux de repos nécessaires à la santé de certains salariés.

Le droit au repos ne serait donc pas uniforme à l'ensemble des métiers. De même, il conviendrait d'accompagner ce droit au repos de garanties propres à leur assurer un repos efficace, telles que le caractère continu du repos ou encore l'absence d'immixtion de l'employeur dans les temps de repos de ses salariés.

La définition positive du repos est empreinte d'une grande subjectivité, ce qui la rend difficilement applicable par les juristes.

Face à l'impossibilité de donner une définition exacte du repos, il est possible d'admettre que la réalité du droit au repos repose moins sur la détermination même du repos que sur ses finalités, à savoir la protection de la santé et la préservation de la vie privée et familiale des salariés. Le droit au repos assure donc aux travailleurs un repos quotidien, un repos hebdomadaire, des jours fériés, des temps de pause et des congés payés.

Section 2 : La durée

100. - Le droit au repos est composé de divers repos d'origines et de durées différentes. En outre, même si tous les temps de repos ont des finalités identiques, certains ont davantage vocation soit à protéger la santé des travailleurs, soit à préserver leur vie privée et familiale.

101. - Les repos quotidien et hebdomadaire et les temps de pause. - C'est sur des considérations sanitaires que l'Union européenne a prescrit l'instauration de repos quotidien et hebdomadaire et de temps de pause. Lors de l'élaboration de ce texte, la Commission européenne a eu recours à des rapports scientifiques et a réalisé des études comparatives des législations nationales, afin de l'éclairer dans ses décisions. S'agissant du repos quotidien et des pauses, elle s'est référée à des recherches scientifiques démontrant que « la fatigue due au travail est augmentée par le nombre d'heures de travail. On a constaté, par exemple, qu'au-delà de huit heures de travail, l'effort physique et mental devient de plus en plus pénible à mesure que la fatigue augmente »²¹². De plus, la Commission a observé un accroissement du risque d'accidents en cas de durée de travail trop longue. Ainsi, outre la fixation d'une durée maximale de travail, il est apparu nécessaire de déterminer la durée d'un repos quotidien permettant aux travailleurs de récupérer de la fatigue accumulée lors de l'exécution du travail. Les temps de pause permettent, quant à eux, aux travailleurs de se reposer au cours de la journée.

Afin de justifier l'intérêt du repos hebdomadaire, la Commission a mentionné, également, les résultats d'un certain nombre d'études. Celles-ci montraient, d'une part, « qu'une durée hebdomadaire de travail supérieure à cinquante heures pouvait, à la longue, avoir des effets nuisibles sur la santé et la sécurité des travailleurs » et, d'autre part, qu'il existait « une corrélation significative entre des semaines de travail de plus de six jours et certains indicateurs de santé (fatigue, troubles de sommeil, troubles à l'examen médical) »²¹³. En outre, l'OIT s'est également inquiétée des effets d'un temps de travail hebdomadaire excessif sur la

²¹² Proposition de directive du Conseil concernant *certaines aspects de l'aménagement du temps de travail présenté par la Commission*, Sept. 1990, p.10.

²¹³ Proposition de directive du Conseil concernant *certaines aspects de l'aménagement du temps de travail présenté par la Commission*, Sept. 1990, p.11.

santé et la sécurité des travailleurs. Sur le plan physiologique et psychologique, elle considère que le repos hebdomadaire est nécessaire « pour la récupération ou la reconstitution des forces physiques et de certaines fonctions mentales et pour augmenter la sécurité des travailleurs de certaines catégories d'établissements ainsi que celle des personnes qui sont servies par ceux-ci »²¹⁴.

En vue de proposer des durées optimales de repos quotidien et hebdomadaire, la Commission européenne a opéré une étude comparative des législations des Etats qui prévoyaient déjà de tels repos. En 1990, l'Espagne prescrivait une durée minimale de repos de douze heures, les Pays-Bas fixaient celle-ci entre neuf heures et onze heures et, enfin, la législation danoise assurait une durée minimale de onze heures. La directive européenne de 1993, révisée en 2003, a retenu un repos quotidien de onze heures. En ce qui concerne le temps de repos hebdomadaire, la majorité des Etats prévoyaient déjà une durée d'au moins vingt-quatre heures sur sept jours de travail consécutifs. Cette durée a été retranscrite dans la directive de 1993.

S'agissant de la pause, la directive européenne de 1993 a seulement exigé que les travailleurs en bénéficie au cas où le temps de travail journalier est supérieur à six heures, la durée et les modalités d'octroi étant fixées par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale.

Antérieurement à la transposition de la directive européenne de 1993, le droit français ne prévoyait aucune disposition générale relative à une durée minimale de repos quotidien et à des temps de pause. Désormais, il prévoit une durée de repos quotidien de onze heures²¹⁵ et un temps de pause de vingt minutes. Alors que de nombreux secteurs prévoyait déjà un temps de pause de trois minutes par heures travaillés, le législateur français a, néanmoins, choisi de s'en remettre à la loi plutôt qu'à la négociation collective.

²¹⁴ Rapport de l'OIT sur « *Le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux* », 1956.

²¹⁵ De nombreuses études scientifiques démontrent que la durée moyenne de sommeil est de huit heures. En outre, le temps de trajet domicile-travail est en moyenne de 42 minutes (Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Le temps de déplacement domicile-travail*, Statistiques de 2006). Le reste du temps est consacré au temps de repas et aux activités sociales et familiales.

102. - Le repos dominical. - Le repos dominical est une déclinaison du repos hebdomadaire. Outre la tradition, ce repos est empreint d'une importante dimension familiale. En effet, il a vocation à assurer une harmonisation des vies professionnelles, familiales et sociales. Le repos dominical a une réelle importance dans les sociétés occidentales, où il est en majorité consacré. Ainsi aux Pays-Bas, l'ouverture des commerces est interdite le dimanche. Les législations suédoise, anglaise et belge sont moins strictes puisqu'elles admettent des autorisations encadrées du travail dominical²¹⁶. Le repos dominical est même reconnu dans la sphère internationale. Au Maghreb, la Tunisie et le Maroc ont conservé le week-end occidental, à savoir samedi/dimanche, essentiellement pour des motifs d'échanges commerciaux. En France, le repos dominical est un principe d'ordre public, prescrit dans l'intérêt des salariés.

Malgré cette finalité sociale et familiale, le maintien du repos dominical est souvent remis en cause pour des raisons économiques.

103. - Les congés payés. - Les congés payés semblent avoir une finalité essentiellement liée à la vie privée et familiale des travailleurs et aux loisirs. Ils sont couramment associés à l'idée de voyage, de découverte, d'évasion. Cependant, en raison des compétences de l'Union européenne, la CJUE invoque, pour sa part, exclusivement la finalité sanitaire afin de justifier leur protection.

En France, les congés payés ont été généralisés à l'ensemble des travailleurs par la loi du 20 juin 1936. Initialement de deux semaines, la durée de congés payés a été portée à quatre semaines par voie conventionnelle, d'abord, et par voie légale, ensuite²¹⁷. Au regard de la directive européenne de 1993 et celle de 2003, les travailleurs doivent bénéficier de quatre semaines minimum de congés payés. Cet objectif a été dépassé, en France, en 1982. Longtemps les organisations syndicales ont réclamé une cinquième semaine de congés payés qu'ils ont obtenue en 1982²¹⁸.

²¹⁶ Rapport de I. Debré fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat, 16 juillet 2009, p.12.

²¹⁷ Loi n°69-434 du 16 mai 1969 porte à quatre semaines la durée minimum de congés payés annuels.

²¹⁸ Ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

L'ensemble de ces repos, auxquels s'ajoutent les jours fériés, constituent les temps dus aux travailleurs, en raison de la consécration de leur droit au repos.

Chapitre 2 : Les sujets du droit

104. - Le droit au repos est un droit subjectif. L'adjectif « subjectif » renvoie à ce qui est relatif au sujet, ce qui se fonde sur des critères relevant de la personnalité du sujet. Cette qualification signifie que ce droit est destiné à protéger des intérêts individuels, des prérogatives, des avantages dus à ces bénéficiaires. Ce droit peut, par ailleurs, être invoqué devant un juge. Le droit au repos s'inscrit donc dans un rapport d'opposition entre des créanciers (Sous-Chapitre 1), les travailleurs, et des débiteurs (Sous-Chapitre 2), l'Etat et l'employeur.

Sous-Chapitre 1 : Les créanciers du droit

105. - Un droit au repos doit être octroyé à tout travailleur, en raison de son importance et ses finalités. La Cour de cassation affirme, d'ailleurs, que les différentes prescriptions énoncées par la directive précitée, en matière de temps minimal de repos, constituent des règles de droit social d'une importance particulière, dont doit bénéficier chaque travailleurs, en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé²¹⁹. Ainsi, en principe, des règles protectrices doivent être érigées pour l'ensemble des travailleurs (Section 1). Pourtant, en réalité, certains travailleurs jouissent d'un droit partiel au repos, voire sont totalement exclus des dispositions en la matière (Section 2).

Section 1 : Les travailleurs ordinaires

106. - Le droit au repos n'est pas une prérogative accordée aux seuls salariés. La CJUE a

²¹⁹ Cass. soc., 17 fév. 2010, n°08-43.212.

affirmé, dans un arrêt du 3 mai 2012, que les dispositions de la directive 2003/88/CE ont vocation à s'appliquer à tous les secteurs d'activité, privé et public²²⁰. Ainsi, tant les salariés (I) que les fonctionnaires d'Etat (II) peuvent exiger le respect de leurs temps de repos.

I. Les salariés

107. - L'article L. 3111-1 du Code du travail énonce que les dispositions relatives au repos et aux congés sont applicables aux salariés de droit privé. Un droit au repos commun est reconnu à l'ensemble des salariés (A). Le législateur a, cependant, souhaité octroyer une protection plus accrue en matière de repos à certaines catégories vulnérables de salariés (B).

A. Les dispositions générales en matière de repos

108. - Les différents repos - Les salariés disposent d'un droit au repos légalement consacré et répondant à des impératifs liés à leur santé. Ce droit se décline en divers temps : un repos quotidien, un repos hebdomadaire, un temps de pause, l'octroi de jours fériés et enfin le droit à congés payés. Ces garanties s'appliquent quel que soit le contrat de travail du salarié (contrat à durée déterminée, contrat à durée indéterminée, contrat d'apprentissage), quel que soit le rythme de travail (temps complet, temps partiel, forfait en jours) ou encore que les salariés aient un mandat représentatif ou non. L'influence européenne a permis une évolution du droit national en la matière.

C'est la loi Aubry I du 13 juin 1998 qui a promu ces différents repos et qui a introduit dans le Code du travail l'obligation d'accorder une pause d'au moins 20 minutes dès lors que le temps de travail journalier est supérieur à six heures et un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives.

Ainsi, les salariés disposent, d'une part, d'un repos quotidien de onze heures minimum²²¹. Le commencement du repos journalier était entouré d'un certain flou. Aucune indication n'était donnée sur son décompte par la directive 2003/88/CE et par le Code du travail. La chambre

²²⁰ CJUE, 3 mai 2012, aff. C-337/10, *Georg Neidel c./ Stadt Frankfurt am Main*.

²²¹ Art. L. 3131-1, C. trav.

sociale est venue combler ce vide en précisant que le repos quotidien obligatoire de onze heures débute à la fin du service du salarié²²².

Les salariés ont, d'autre part, des moments d'interruption totale de l'activité professionnelle. Ces pauses peuvent être consacrées au repos ou au repas. Elles sont essentielles tant pour le bien-être des salariés que pour la qualité du travail. Un employeur a donc tout intérêt à en faire bénéficier ses salariés.

Dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes, qui peut être augmentée par voie conventionnelle ou par décision unilatérale de l'employeur²²³. Cette pause quotidienne légale ne peut être fractionnée et doit s'entendre en une pause de vingt minutes consécutives²²⁴. Ainsi l'employeur ne peut se prévaloir d'un accord collectif instituant plusieurs pauses d'une durée inférieure à vingt minutes afin de se décharger de son obligation légale, même si la durée totale de pause quotidienne excède vingt minutes. En outre, la Cour de cassation considère qu'une interruption conventionnelle du travail au cours d'une période de six heures ne dispense pas l'employeur d'accorder aux salariés vingt minutes de pause obligatoire à partir de six heures de travail quotidien²²⁵. Ainsi les temps de pause conventionnels et légaux semblent devoir se cumuler.

La directive a accru le droit au repos des salariés en leur assurant des temps de pause et un repos journalier. Elle a eu également une incidence indirecte sur le repos hebdomadaire. Ce dernier est désormais de trente-cinq heures, onze heures de repos quotidien et vingt-quatre heures de repos quotidien.

109. - Le repos hebdomadaire – Le repos hebdomadaire octroyé aux salariés est encadré par trois principes. Il est, d'abord, interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine²²⁶. Le repos hebdomadaire doit, ensuite, être d'une durée minimale de vingt-quatre

²²² Cass. soc. 27 juin 2012, n°10-21.306.

²²³ Art. L. 3121-33, C. trav.

²²⁴ Cass. soc. 20 fév. 2013, n°11-28.612.

²²⁵ Cass. soc. 20 fév. 2013, n°11-26-793.

²²⁶ Art. L. 3132-1, C. trav.

heures consécutives auxquelles s'ajoutent les onze heures consécutives de repos quotidien²²⁷. Enfin, il doit être donné le dimanche dans l'intérêt des salariés²²⁸.

110. - Les jours fériés – L'article L. 3133-1 du Code du travail énumère onze jours de fêtes légales qualifiés de jours fériés : le 1er janvier, le lundi de Pâques, le 1er mai, le 8 mai, l'Ascension, le lundi de Pentecôte, le 14 juillet, l'Assomption, la Toussaint, le 11 novembre et le 25 décembre. Ces jours fériés ne sont pas, à l'exception du 1er mai²²⁹, nécessairement chômés²³⁰. Cependant, ils sont souvent non travaillés aux termes d'une convention collective, d'un accord d'entreprise ou d'un usage²³¹. La récupération des heures de travail perdues par suite de chômage des jours fériés est strictement interdite.

Certaines situations peuvent engendrer un cumul entre un jour férié chômé et un autre jour de repos.

Si un jour férié chômé tombe un jour de repos habituel dans l'entreprise ou un dimanche, les salariés n'ont aucun droit à un repos complémentaire, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. De même, la superposition de deux jours fériés n'ouvre droit à aucune compensation dès lors qu'un accord collectif se borne à lister les jours fériés légaux, en indiquant qu'ils sont chômés et payés lorsqu'ils tombent un jour normalement travaillé dans

²²⁷ Art. L. 3132-2, C. trav.

²²⁸ Art. L. 3132-3, C. trav.

²²⁹ Art. L. 3133-4, C. trav ; Art. L. 3133-6, C. trav. : « *Le 1er mai est jour férié et chômé, sauf dans les établissements et services qui, en raison de la nature de leur activité, ne peuvent interrompre le travail* ».

Cass. soc. 8 mars 2007, n°05-44330 : « *Le 1er mai, qui se définit par sa date et non simplement par une durée consécutive de vingt-quatre heures, ne peut s'entendre que comme un jour civil calendaire commençant à 0 heure et finissant à 24 heures sans qu'il puisse en être donné une définition variable en fonction des horaires en vigueur dans l'entreprise* ».

²³⁰ Cass. soc., 4 déc. 1996, n°94-40693 et n° 94-40701.

²³¹ Cass. soc. 13 mai 1986, n°83-41641 : *Il est de principe qu'un salarié ne puisse refuser de travailler un jour férié non chômé dans l'établissement* (Cass. soc. 3 oct. 1991, n°88-43026). *Cependant, dès lors qu'une convention consacre un jour férié chômé, l'employeur ne peut obliger les salariés à travailler ce jour et un salarié qui refuserait de travailler ne peut être sanctionné.*

l'entreprise²³². Cependant, dans un tel cas, une convention collective peut contraindre l'employeur à accorder un repos supplémentaire²³³.

Si un jour férié chômé tombe pendant une période de congés, deux situations se caractérisent. D'une part, lorsque les congés sont décomptés en jours ouvrables, le congé doit être prolongé d'un jour quand le jour férié coïncide avec un jour ouvrable²³⁴. D'autre part, lorsque le décompte s'effectue en jours ouvrés, deux possibilités apparaissent : soit le décompte est semblable à celui en jours ouvrables²³⁵, soit le régime de congés payés conventionnel est plus avantageux que le régime légal et le jour férié intervenant un jour non ouvré dans l'entreprise est sans incidence sur le décompte du congé²³⁶.

Ainsi le droit au repos des salariés peut être quantitativement limité dès lors qu'il y a coïncidence entre des jours de repos.

La majorité des jours fériés est empreinte de considérations chrétiennes et dépasse la finalité même de repos. L'homme politique français, Bernard Stasi, recommandait dans son rapport le respect de la diversité spirituelle et préconisait la reconnaissance, dans le monde de l'entreprise, du Kippour, de l'Aïd-el-Kebir, le Noël orthodoxe ou des chrétiens orientaux comme jours fériés, pouvant se substituer à un autre jour férié, à la discrétion du salarié²³⁷.

111. - Le droit à congés payés. – Les salariés ont enfin un droit à congés payés calculés à raison de 2,5 jours ouvrables par mois de travail effectif²³⁸. Ainsi tout salarié peut prétendre à cinq semaines de congés payés annuels, pour une année complète de travail chez le même employeur. Sauf exception²³⁹, le salarié qui n'a pas désiré prendre les congés auxquels il

²³² Cass. soc., 17 oct. 2012, n°11-19.956.

²³³ Cass. soc., 2 mars 2011, n°09-42.346.

²³⁴ Cass. soc., 7 nov. 2001, n°99-43.607.

²³⁵ Cass. soc., 22 janv. 1992, n°88-43.536.

²³⁶ Cass. soc., 27 oct. 2004, n°02-44.149.

²³⁷ Rapport de B. Stasi fait au nom de la Commission de réflexion sur « *L'application du principe de laïcité dans la République* », 2003, p.65.

²³⁸ Art. L. 3141-2, C. trav.

²³⁹ Le report est permis en cas de congé de maternité ou d'adoption, de maladie, d'accident d'origine professionnelle ou non.

pouvait prétendre et dont il n'a pas demandé le report, les perd à la fin de la période de référence. Il n'en va pas de même si le salarié a été empêché du fait de l'employeur. C'est à l'employeur de prouver le refus du salarié de prendre ses congés²⁴⁰.

Outre ces dispositions générales, le législateur a adopté des mesures assurant une protection aux jeunes travailleurs, perçus comme une catégorie vulnérable.

B. Les dispositions particulières en matière de repos

112. - Les jeunes travailleurs. - Les jeunes travailleurs, c'est-à-dire ceux de moins de dix-huit ans, relèvent d'une protection particulière et de règles spécifiques relatives à la durée de travail et au temps de repos. Ils bénéficient d'un droit au repos plus étendu que celui des salariés ordinaires. Les jeunes travailleurs ne peuvent travailler les jours de fête reconnus par la loi²⁴¹. Ils disposent d'un repos hebdomadaire de deux jours consécutifs comprenant en principe le dimanche²⁴² et d'une durée minimale de repos quotidien ne pouvant être inférieure à douze heures consécutives. Cette durée est ramenée à quatorze heures consécutives pour les moins de seize ans²⁴³. Enfin, le travail de nuit leur est totalement interdit sur certaines plages horaires²⁴⁴.

II. Les fonctionnaires de l'Etat

113. - Alors que la fonction publique est pendant longtemps restée en marge des revendications sociales, les fonctionnaires se sont vus reconnaître un véritable droit au repos, notamment grâce à l'influence du droit du travail.

Les agents de la fonction publique bénéficient d'un encadrement normatif distinct de celui des salariés. Ainsi, le régime des temps d'activité des fonctionnaires d'Etat ne relève pas des

²⁴⁰ Cass. soc., 27 févr. 2001, n°98-44.387.

²⁴¹ Art. L. 3164-6, C. trav.

²⁴² Art. L. 3164-2, C. trav.

²⁴³ Art. L. 3164-1, C. trav.

²⁴⁴ Art. L. 3163-1, C. trav. : « *Est considéré comme travail de nuit : 1° pour les jeunes travailleurs de plus de seize ans et de moins de dix-huit ans, tout travail entre 22 heures et 6 heures ; 2° pour les jeunes travailleurs de moins de seize ans, tout travail entre 20 heures et 6 heures* ».

dispositions du Code du travail, mais est fixé par voie réglementaire²⁴⁵. Plusieurs textes déterminent les temps de repos et de congés octroyés aux fonctionnaires de l'Etat (A). A l'instar du droit au repos des salariés, celui des fonctionnaires de l'Etat présente des failles et des contrariétés avec le droit de l'Union européenne (B).

A. La reconnaissance d'un droit au repos

114. - Les repos quotidiens et hebdomadaires. - Les durées de travail et de repos sont définies dans le décret du 25 août 2000²⁴⁶. Ce texte reprend de nombreux points de la directive européenne 93/104/CE du 23 novembre 1993, ce qui permet de rapprocher le droit au repos des fonctionnaires de celui des salariés²⁴⁷. Les fonctionnaires de l'Etat se voient ainsi reconnaître un repos hebdomadaire de trente-cinq heures minimum, comprenant en principe le dimanche, et un repos quotidien minimum de onze heures. L'organisation du travail est également encadrée afin d'assurer l'effectivité du droit au repos des fonctionnaires. Le décret prévoit une durée quotidienne de travail ne pouvant excéder dix heures, assortie d'une amplitude maximale de douze heures. Les fonctionnaires de l'Etat ont également une pause d'une durée minimale de vingt minutes dès lors que leur temps de travail atteint six heures.

115. - Les jours fériés. - Les fonctionnaires disposent ensuite de jours fériés. Chaque année, une circulaire détermine la liste des jours qui à l'occasion des fêtes légales peuvent être chômés et payés pour l'ensemble des personnels de l'Etat. Ces jours sont fixés en prenant en compte les nécessités du fonctionnement des services.

116. - Les congés payés. - Un congé annuel prévu par décret du 26 octobre 1984²⁴⁸ est octroyé aux fonctionnaires de l'Etat.

Le conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, Jacques Roché, dépeignait dans son rapport de 1999 le régime des congés annuels des fonctionnaires. Il indiquait que « la plupart des agents de la fonction publique bénéficient d'un congé annuel supérieur à la norme. Il peut

²⁴⁵ Art. 34, Constitution de 4 oct. 1958

²⁴⁶ Décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature.

²⁴⁷ Art. 3, Décret n°2000-815 du 25 août 2000.

²⁴⁸ Décret n°84-972 du 26 oct. 1984 relatif aux congés annuels des fonctionnaires de l'Etat.

s'agir d'extensions sectorielles générales (jour de ministre ou jours du maire, jours des directeurs généraux, etc.) ou d'usages locaux (jours des valises la veille des congés, fêtes locales, rentrée scolaire, etc.) »²⁴⁹.

Ce congé avec traitement est égal à cinq fois les obligations hebdomadaires de service, sur la base du nombre de jours ouvrés²⁵⁰. Le droit à congés annuels a été reconnu, par le juge administratif, comme se rattachant à un principe fondamental de valeur constitutionnelle²⁵¹. Cependant, les nécessités du service ou certaines circonstances exceptionnelles peuvent justifier une suspension ou une interruption des congés à tout moment, par voie de mesures individuelles ou générales.

Le décret de 1984 n'a pas admis le report des jours de congés, dans l'hypothèse où le fonctionnaire n'a pas pu en disposer.

B. Le report des congés payés

117. - Congés non pris, congés perdus – Selon l'article 5 du décret de 1984, les fonctionnaires d'Etat ne disposent pas, en principe, d'un droit au report des congés payés, sauf autorisation exceptionnelle donnée par le chef de service. En outre, les congés non pris ne donnent lieu à aucune indemnité compensatrice²⁵². Cette maîtrise du report des congés payés conférée au chef de service apparaît difficilement acceptable au regard du droit de l'Union européenne qui définit le report comme un véritable droit du travailleur et non comme une faculté laissée à l'employeur. Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, déclaré que l'article 5 dudit décret n'était pas conforme à l'article 7 de la directive 2003/88/CE sur les congés payés, puisqu'empêchant le report des congés payés même en cas de maladie de l'agent²⁵³.

²⁴⁹ Rapport de J. Roché au Min. de la Fonct. Publ. sur « *Le temps de travail dans les trois fonctions publiques* », 1999.

²⁵⁰ Art. 1, décret du 26 oct. 1984.

²⁵¹ TA Besançon, 13 juill. 2000, *M. Galle c/ France Télécom*, AJFP nov. 2000, p.91.

²⁵² Art. 5, Décret du 26 oct. 1984.

²⁵³ CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*.

Par une circulaire du 22 mars 2011²⁵⁴, le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique a tenté de faire évoluer la situation en incitant les chefs de services à accorder le report automatique à tout agent qui, du fait d'un congé maladie, n'a pu prendre la totalité de son congé annuel au terme de la période de référence²⁵⁵. Cette reconnaissance d'un droit au report via l'édiction d'une circulaire peut laisser songeur au regard de la hiérarchie des normes²⁵⁶. De plus, même si l'initiative ministérielle peut être saluée, le contenu de la circulaire reste insuffisant au regard des exigences européennes. Le ministre semble demander le report des congés payés seulement si le congé maladie est intervenu au cours de la période de référence. Il ne prévoit rien si la maladie intervient durant la prise de congés payés. Dans cette dernière hypothèse, il apparaît donc qu'il faille appliquer l'article 5 du décret de 1984, qui interdit le report du congés payés, ce qui est pourtant contraire à la jurisprudence de la CJUE.

En outre, l'article 5 précité dispose qu'un congé non pris ne donne lieu à aucune indemnité compensatrice. La directive européenne de 2003 proscrit effectivement que la période minimale de congés payés soit remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. Au regard du décret de 1984, une telle exception ne semble pas admise pour les fonctionnaires alors que le droit de l'Union européenne et la CJUE l'imposent.

Du fait de l'importance du droit européen dans la sphère nationale, il conviendrait de modifier le décret de 1984 afin d'être en conformité avec la directive 2003/88/CE et la position de la CJUE. Il serait optimal de parvenir à un équilibre entre les garanties de repos accordées aux fonctionnaires et les exigences de service public. A défaut d'intervention du pouvoir

²⁵⁴ Circ. du 22 mars 2011 relative à l'incidence des congés de maladie sur le report des congés annuels : application du décret n° 84-972 du 26 octobre 1984 relatif aux congés annuels des fonctionnaires de l'Etat.

²⁵⁵ Le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique a souhaité mettre le droit de la fonction publique en conformité avec le droit européen et la position de la CJUE en matière de report de congés payés en cas de maladie. Il s'est fondé sur l'article 7 de la directive 2003/88/CE sur les congés payés, ainsi que sur la décision de la CJUE selon laquelle la règle nationale qui prive un salarié, en congé maladie au cours de la période de référence, de prendre tout ou partie des congés annuels est incompatible avec l'article 7 (*CJUE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06 et aff. C-520/06, Schultz-Hoff et Stringer*).

La Cour de cassation avait déjà reconnu, dans un arrêt du 11 janvier 2011 (*n°09-65.514*), un tel droit au report à propos d'un salarié d'un établissement public de droit privé.

²⁵⁶ Au regard de la hiérarchie des normes, le fait que la circulaire du 22 mars 2011 vienne élargir la notion d'« autorisation exceptionnelle » intégrée dans un décret du 26 octobre 1984 peut paraître fortement contestable.

réglementaire, la France risque une condamnation du juge européen, comme le laisse présager la décision de la CJUE du 3 mai 2012²⁵⁷.

Bien qu'en principe, le droit au repos soit reconnu à l'ensemble des travailleurs, des distinctions entre certaines catégories peuvent donc être constatées. Les atteintes au repos peuvent varier d'intensité.

Section 2 : Les travailleurs particuliers

118. - Trois catégories de travailleurs présentent des difficultés pour l'instauration d'un droit au repos. En effet, la reconnaissance de ce droit fut tardive pour l'une (I), se révèle partielle pour une autre (II) et, enfin, est absente pour la dernière (III).

I. Les moniteurs de colonies de vacances

119. - La reconnaissance partielle d'un droit au repos. - En 2006, le législateur est venu encadrer l'exercice des fonctions de moniteurs par la création d'un contrat d'engagement éducatif²⁵⁸. Ce contrat est proposé à toute personne contribuant occasionnellement à l'animation ou à la direction d'un accueil collectif des mineurs²⁵⁹.

La loi de 2006 a conféré au pouvoir réglementaire la charge de fixer la durée de travail, sous réserve que les moniteurs ne soient pas amenés à travailler plus de quatre-vingts jours par an et qu'ils bénéficient d'un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures minimum. Au-delà de ce plafond journalier, la conclusion d'un contrat de travail est exigée. Ainsi, l'engagement éducatif n'est pas un contrat professionnel, ce qui exclut les moniteurs de l'application du droit du travail et notamment des dispositions sur le repos quotidien. Le décret d'application du 28 juillet 2006²⁶⁰ a repris les exigences législatives minimales en matière de repos, en prévoyant

²⁵⁷ CJUE, 3 mai 2012, aff. C-337/10, *Georg Neidel c./ Stadt Frankfurt am Main* : la CJUE reconnaît que l'article 7 de la directive 2003/88/CE s'applique aux fonctionnaires. Ces derniers ont droit au report ou à l'indemnisation des congés payés non pris pour maladie.

²⁵⁸ Loi n°2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif.

²⁵⁹ Cet accueil est organisé à l'occasion de vacances scolaires, de projets professionnels ou de loisirs. Peuvent être, notamment, prises en exemple les colonies de vacances.

²⁶⁰ Décret n°2006-950 du 28 juill. 2006 relatif à l'engagement éducatif pris pour l'application de la loi n°2006-586

pour les animateurs un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives et en les excluant de tout repos journalier. Les moniteurs pouvaient être ainsi amenés à travailler vingt-quatre heures sur vingt-quatre, dans la limite du respect de leur repos hebdomadaire de vingt-quatre heures.

120. - L'obligation de reconnaissance d'un réel droit au repos - Ce régime sui generis du contrat d'engagement éducatif est fortement défendu par certains et décrié par d'autres²⁶¹, notamment par l'Union syndicale Solidaire Isère qui a fait un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation du décret du 28 juillet 2006. Elle fait valoir que l'absence de mesure sur le repos quotidien était contraire à l'article 3 de la directive 2003/88/CE qui prévoit le droit des travailleurs à un repos journalier minimum de onze heures consécutives. Le Conseil d'Etat a admis, en 2009, la conformité du décret à la loi²⁶², tout en s'interrogeant sur la conformité des normes nationales au droit européen.

Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a déclaré le régime du contrat d'engagement éducatif contraire aux exigences européennes²⁶³. La Cour reconnaît d'abord que les moniteurs sont des travailleurs au sens du droit de l'Union européenne²⁶⁴. Ainsi, ils relèvent du champ d'application de la directive 2003/88/CE et doivent bénéficier de l'ensemble de ses prérogatives. Le juge européen estime donc qu'une réglementation nationale ne peut priver les travailleurs du droit au repos journalier pendant toute la durée de leur contrat.

du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif.

²⁶¹ Le contrat d'engagement éducatif fut fortement critiqué par l'association « Les amis de Léa et Loranne » (enfants décédés à la suite d'un accident de la route provoqué par l'endormissement de la monitrice conductrice) en raison de l'insécurité existant dans l'accueil des mineurs au regard des exigences pesant sur les moniteurs. Certaines organisations professionnelles de salariés considèrent, pour leur part, que le contrat d'engagement éducatif devrait être considéré comme un contrat de travail imposant des durées de travail journalières.

Le gouvernement français, les collectivités publiques, ainsi que les associations et les entreprises privées du secteur des vacances ont toujours soutenu que le contrat d'engagement éducatif n'était pas un contrat de travail et qu'il était fondé sur l'idée de volontariat des moniteurs.

²⁶² CE, 2 oct. 2009, *Union syndicale Solidaires Isère*.

²⁶³ CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c./ Premier ministre e.a.*

²⁶⁴ CJCE, 31 mai 1989, aff. C-344/87, *I. Bettray v Staatssecretaris van Justitie* : « la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

Le Conseil d'Etat a tiré toutes les conséquences de l'arrêt de la CJUE et a annulé le décret de 2006 dans une décision du 10 octobre 2011²⁶⁵. Le rapporteur sur cette affaire au Conseil d'Etat avait d'ailleurs déclaré en 2009 « qu'il faudra tenir compte du droit européen ».

121. - Les jolies colonies de vacances sont loin d'être de tout repos. – Le législateur français est venu entériner la décision européenne par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, dite Warsmann. Les moniteurs ont désormais un repos quotidien de onze heures consécutives. Les modalités de calcul de ce repos sont précisées dans un décret du 26 avril 2012²⁶⁶ et dans une circulaire du 11 juin 2012²⁶⁷.

Cependant, dans la pratique, les moniteurs usent rarement de leur temps de repos. Une présence continue auprès des mineurs est souvent requise pendant toute la durée du séjour en raison du nombre insuffisant de moniteurs : ces derniers doivent être présents en journée pour exercer des activités pédagogiques et disponibles la nuit pour des raisons de sécurité. En outre, si un enfant ou un adolescent vient requérir l'aide d'un moniteur en repos, ce dernier pourra difficilement invoquer son droit au repos pour refuser d'intervenir. Ainsi, la réforme adoptée en 2012 peut être saluée quant au respect du droit au repos des moniteurs, mais risque, néanmoins, de rester théorique tant son application est difficile et son coût financier est important pour les organismes.

Une autre catégorie de travailleurs s'est vue reconnaître un droit au repos partiel en raison de la complexité de sa situation.

II. Les travailleurs pénitentiaires

122. - « On délocalise en Chine ou on sous-traite en prison ? »²⁶⁸ - Le travail pénitentiaire, anciennement travail pénal, trouve ses origines dans le travail forcé des galériens et des bagnards. Au XIX^e siècle, il est empreint d'un caractère expiatoire et obligatoire. Face aux

²⁶⁵ CE, sect., 10 oct. 2011, *Union syndicale Solidaires Isère*.

²⁶⁶ Décret n°2012-581 du 26 avril 2012 relatif aux conditions de mise en œuvre du repos compensateur des titulaires d'un contrat d'engagement éducatif.

²⁶⁷ Circulaire de la DGT du 11 juin 2012 relative aux conditions de mise en œuvre du repos compensateur équivalent au repos quotidien pour les titulaires d'un contrat d'engagement éducatif.

²⁶⁸ G. Rambaud, *Le travail en prison, Enquête sur le business carcéral*, Ed. Autrement, 2010, p.7.

nombreux abus perpétrés, notamment, dans les industries pénitentiaires, le législateur français est intervenu afin d'améliorer les conditions de travail des prisonniers et d'ôter progressivement toute idée de peine et d'obligation²⁶⁹.

L'évolution du régime du travail pénitentiaire est incontestable, mais présente encore des failles.

123. - La reconnaissance d'un droit au repos. – Le Code de procédure pénale reconnaît aux travailleurs pénitentiaires un droit au respect du repos hebdomadaire et des jours fériés. Il est exigé également que les horaires soient aménagés afin que les travailleurs aient le temps nécessaire pour le repos, les repas et les activités éducatives et de loisirs²⁷⁰. La législation française va au-delà des exigences européennes en la matière²⁷¹.

En principe, les travailleurs pénitentiaires bénéficient donc, en France, d'un droit au repos : ils ne travaillent ni le dimanche, ni les jours fériés et des pauses doivent être prévues.

124. - La difficile application du droit au repos. – Deux séries problèmes peuvent être évoquées concernant le droit au repos des travailleurs pénitentiaires.

Dans un premier temps, il est possible de réaliser une constatation de fait démontrant que le repos est partiellement appliqué. De nombreux témoignages font état d'atteintes au droit au repos des travailleurs, notamment au travers de cadences de travail soutenues²⁷². Les rythmes de travail sont fixés sans prendre en considération la fatigue physique qui s'accumule. Philippe Auvergnon²⁷³ et Caroline Guillemain²⁷⁴ rapportent, dans leur étude sur le travail

²⁶⁹ Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

²⁷⁰ Art. D. 433-6, CPP.

²⁷¹ Art. 26.16 des Règles pénitentiaires européennes : « *les détenus doivent bénéficier d'au moins une journée de repos hebdomadaire et de suffisamment de temps pour s'instruire et s'adonner à d'autres activités* ». *La question des jours fériés n'est nullement évoquée.*

²⁷² F. Guilbaud, *Travail pénitentiaire. Une étude de sociologie du travail*, rapport pour le GIP « Mission de recherche droit et justice », GTM-Paris X-Nanterre, 2006, p.79. Le sociologue, F. Guilbaud, a réalisé une étude sur le travail pénitentiaire dans laquelle il fait part de cadences difficiles à tenir. Il écrit que « *d'après nos relevés effectués au cours de plusieurs jours sur des travaux différents (...), plus des deux tiers, et souvent les trois quarts des détenus n'atteignent pas les cadences prescrites* ».

²⁷³ Directeur de recherche au CNRS.

²⁷⁴ Docteur en droit.

pénitentiaire, que « dans certains établissements, les détenus affectés au service général disposent au moins d'un jour de congé ; mais il n'en va pas partout ainsi : ailleurs, (...) les détenus de nettoyage des bâtiments travaillent toute la semaine (...) ; de même, au moins dans certains établissements, les détenus affectés aux cuisines doivent travailler y compris le dimanche »²⁷⁵.

Dans un second temps, il est possible de s'interroger sur l'application des dispositions du Code du travail aux travailleurs pénitentiaires. Selon l'article 717-3 du Code de procédure pénale et la jurisprudence de la Cour de cassation²⁷⁶, les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail, mais d'un acte d'engagement. Pourtant, il existe en réalité un contrat de travail au sens du droit du travail²⁷⁷. Les détenus se voient reconnaître un droit à rémunération en contrepartie d'une prestation de travail et sont placés sous la subordination d'un donneur d'ordre. Les règles du Code du travail doivent donc par hypothèse être appliquées et, notamment, celles relatives au repos. Il serait nécessaire de prévoir des repos journaliers déterminés précisément. Les durées de repos sont d'autant plus incertaines qu'aucune durée de travail n'est fixée et que le Code de procédure pénale ne fait aucune allusion à la loi sur les trente-cinq heures²⁷⁸. Cette référence horaire devrait être exigée, notamment, pour les détenus effectuant leur travail en cellule et dont la durée de travail peut être « non contrôlée et très importante »²⁷⁹.

Il est possible également de s'interroger sur l'application des dispositions sur les congés payés aux travailleurs pénitentiaires. Ni le Code de procédure pénale, ni la Cour de cassation ne leur

²⁷⁵ P. Auvergnon et C. Guillemain, *Le travail pénitentiaire en question – Une approche juridique et comparative*, La Documentation française, Paris, 2006, p.102.

²⁷⁶ Cass. soc. 17 déc. 1996, n°92-44.203 : « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail », ce qui entraîne l'incompétence des juridictions prud'homales pour en connaître.

²⁷⁷ Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne, le salarié, s'engage en contrepartie d'une rémunération, le salaire, à fournir une prestation de travail sous la subordination et pour le compte d'une autre personne, l'employeur.

²⁷⁸ Art. D.433-6, al.1, CPP : « La durée du travail par jour et par semaine, déterminée par le règlement intérieur de l'établissement, ne peut excéder les horaires pratiqués dans le type d'activité considéré ».

²⁷⁹ Rapport de P. Loridant fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mission de contrôle sur le compte de commerce 904-11 de la Régie Industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP), 2001-2002, p.28. Il est observé que « des détenus les plus productifs travaillent parfois jour et nuit dans leur cellule, soit par besoin financier, soit par besoin d'oublier la prison et de « s'abrutir » ».

reconnaissent un droit à congés payés. Cependant, il semblerait qu'une évolution soit en marche. Le Conseil des prud'hommes de Paris, qui ne s'est pas déclaré incompétent, a reconnu le 8 février 2013 l'application du droit du travail en prison²⁸⁰. La requérante s'est notamment vue octroyer une indemnité de congés payés. Il est possible de voir une avancée en la matière et un début de reconnaissance du droit à congés payés. En pratique, certaines entreprises concessionnaires donnent des congés à leurs salariés qui encadrent le travail dans les prisons. Ainsi les détenus bénéficient de congés de fait, sans qu'aucune procédure ne soit prévue. En revanche, il arrive parfois que les travailleurs pénitentiaires exécutent leurs tâches sans interruption sur l'année, ce qui ne leur laisse aucun jour d'arrêt, sauf en cas de maladie. L'admission d'un droit à congés pour les travailleurs pénitentiaires peut se révéler difficilement applicable. Pourtant, de nombreux droits étrangers reconnaissent un droit à congés annuels pour les détenus.

125. - Le droit comparé. - L'Allemagne, l'Angleterre ou encore l'Espagne ont instauré des réglementations protectrices du droit au repos des travailleurs pénitentiaires.

L'Allemagne leur accorde des congés annuels donnant lieu au versement d'une indemnité. Les détenus ne doivent pas, en principe, travailler le dimanche, les jours fériés et parfois même le samedi. Dès qu'ils sont amenés à exercer leur travail en dehors des horaires habituels, ils perçoivent une compensation horaire²⁸¹.

En Angleterre et au Pays de Galles, le travail des détenus est limité à dix heures par jour maximum. Des jours de repos sont également aménagés en fonction de la religion des

²⁸⁰ CPH Paris, 8 fév. 2013, n°11-15.185 : Une détenue, dont l'acte d'engagement avait été rompu, réclamait l'application du droit du travail sur le licenciement. Le Conseil des prud'hommes de Paris a fait droit à sa demande.

Le Conseil des prud'hommes de Metz a transmis à la Cour de cassation, en janvier 2013, une QPC ainsi rédigée : « *L'article 717-3 du code de procédure pénale, en ce qu'il dispose que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail », porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux droits garantis par les 5ème, 6ème, 7ème et 8ème alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ?* ». La Cour de cassation a décidé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel (Cass. soc., 20 mars 2013, n°12-40.105).

²⁸¹ Circulaire relative à la loi du 16 mars 1976 sur l'exécution des peines.

détenus. Ainsi, les détenus de confession chrétienne sont dispensés d'accomplir des travaux « superflux » le dimanche, le jour de Noël et le vendredi saint²⁸².

Enfin, en Espagne, les détenus bénéficient d'un jour et demi de repos hebdomadaire sans interruption. Il s'agit, en principe, du samedi après-midi et du dimanche. Ils ont également droit à trente jours de congés payés annuels²⁸³.

Alors que les travailleurs pénitentiaires jouissent d'un droit au repos partiel, le droit du travail français exclut, totalement, les cadres dirigeants des dispositions en matière de repos.

III. Les cadres dirigeants

126. - L'exclusion du droit au repos. - Malgré la conclusion d'un contrat de travail, les cadres dirigeants se trouvent à la frontière entre la qualité d'employeur et celle de salarié. Cette confusion de statuts exige qu'ils jouissent d'un régime propre. Les cadres dirigeants échappent aux règles relatives à la durée de travail, mais aussi au repos quotidien et hebdomadaire, aux temps de pause obligatoires et aux jours fériés²⁸⁴. Ils bénéficient toutefois d'un droit à congés payés ainsi que des dispositions sur le compte épargne-temps. Ils sont également soumis à la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité, ce qui recommande une certaine prudence concernant la charge de travail et le respect d'une durée raisonnable de travail et de repos. Il peut apparaître « très critiquable que ne s'appliquent pas à eux les droits d'ordre public de protection de la santé que sont les repos minima entre deux journées et deux semaines »²⁸⁵. Cependant, cette exclusion de certaines dispositions protectrices du Code du travail est justifiée au regard de la spécificité des fonctions des cadres dirigeants. Ces derniers se voient confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps. Ils sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome²⁸⁶. Cette catégorie doit être perçue strictement²⁸⁷. Elle se borne

²⁸² Ordonnance de 1999 sur les prisons.

²⁸³ Décret royal n°782 du 6 juillet 2001 relatif au régime spécial du travail des détenus qui sont employés dans les ateliers pénitentiaires.

²⁸⁴ Art. L. 3111-2, C. trav.

²⁸⁵ J. Barthélémy, note sous Soc. 19 mars 2003, n°01-42.306, Dr. Soc. 2003, 766.

²⁸⁶ Art. L. 3111-2, C. trav.

uniquement aux dirigeants de l'entreprise et n'inclut pas les cadres supérieurs. Ainsi, seuls les cadres dirigeants peuvent conclure des forfaits sans référence à une quelconque durée de travail, que ce soit en heures ou en jours²⁸⁸.

Cette éviction quasi totale des dispositions relatives aux temps de repos, à l'exception, principalement, des congés payés, peut être discutée au regard du droit européen. La directive 2003/88/CE autorise les dérogations pour les cadres dirigeants en matière de repos journalier, de temps de pause, de repos hebdomadaire et de travail de nuit²⁸⁹. Cependant ces exceptions doivent être encadrées et présenter certaines garanties assurant la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs²⁹⁰. Il est possible de douter que le seul maintien des congés payés soit suffisant à préserver le repos des cadres dirigeants.

En outre, le statut des cadres dirigeants n'est pas compatible avec les exigences de la charte sociale européenne. Son article 2 énonce le principe d'une durée raisonnable de travail, un droit à jours fériés, un droit à un repos hebdomadaire et ne prévoit aucune exception à l'ensemble de ces règles. Le juge français risque de se retrouver dans une situation similaire à celle du forfait en jours des cadres autonomes.

Au regard de ces constatations, il reste fortement conseillé aux entreprises d'aménager conventionnellement le sort des cadres dirigeants afin de leur assurer des conditions de vie et de travail convenables et une protection effective de leur santé et de leur sécurité.

Dès lors qu'un employeur constate qu'une situation est attentatoire au droit au repos des salariés, il a l'obligation d'intervenir afin de faire cesser les manquements. Cependant, pour

²⁸⁷ Cass. soc. 31 janvier 2012, n°10-24.412

²⁸⁸ CA Bourges, 11 oct. 2002, n°02-259 : « *Un simple gérant qui ne pouvait être assimilée à un cadre supérieur dirigeant, ne peut se voir appliquer un forfait tous horaires* ».

Cass. soc. 12 déc. 2012, n°11-20.726 : La Cour de cassation précise qu'un cadre dirigeant ne relève pas nécessairement d'un forfait sans référence horaire. « *Les modalités d'exercice des responsabilités, qui impliquent une indépendance et une autonomie particulière justifiant le forfait sans référence horaire, doivent être indiquées dans le contrat de travail ou un avenant à celui-ci* ».

²⁸⁹ Art. 17§1, Directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

²⁹⁰ Art. 17§2, Directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003.

que le contrôle opéré par l'employeur soit efficace, il convient que l'Etat encourage l'adoption de mesures qui encadrent, réglementent et protègent le droit au repos des travailleurs.

Sous-Chapitre 2 : Les débiteurs du droit

127. - Le sociologue, Jean-Daniel Reynaud, écrivait, en 1975, « l'Etat n'est jamais absent des relations professionnelles. Il légifère et réglemente, il incite et il encadre, il concilie et il arbitre, il veille au respect de la loi et des contrats »²⁹¹. Malgré son arrivée tardive dans la sphère professionnelle²⁹², l'Etat a su s'imposer comme un organisateur du domaine social. Les actions étatiques sont multiples et varient en fonction des pays, des cultures et des époques. En France, l'Etat a acquis un rôle central et réformateur, depuis la première loi sociale sur le travail des enfants, en 1841. Il perçoit progressivement le salarié comme un individu, se soucie de sa condition et impose à l'employeur le respect d'un certain nombre d'exigences. L'Etat octroie aux salariés des libertés, mais également des droits, tel que le droit au repos. Ce dernier, en tant que droit à..., exige une intervention étatique (Section 1) et patronale (Section 2) active et non attentatoire au droit des salariés.

Section 1 : Un devoir étatique

128. - L'Etat doit permettre la consécration et l'application effective du droit au repos (I), mais également, contrer les éventuelles atteintes directes ou indirectes. Pèse alors sur l'Etat, l'obligation de promouvoir le respect du droit au repos, notamment par le biais de l'inspection du travail (II).

I. L'Etat-législateur

129. - Le haut fonctionnaire et universitaire français, Didier Maus, affirmait lors d'un colloque organisé par l'Assemblée nationale au printemps 2005 : « Je crois, très franchement, après

²⁹¹ J.-D. Reynaud, *Les syndicats en France*, Ed. Seuil, T. I, 1975, p.261.

²⁹² Dans les pays occidentaux, au cours du XIX^e siècle et au XX^e siècle, les Etats adoptent les premières lois sociales.

avoir observé le Parlement, participé indirectement à certaines de ses activités, qu'il y a un vrai responsable de ce qu'on appelle « le mauvais travail parlementaire » (...), c'est le gouvernement ». Ce « mauvais travail parlementaire » fut mis en lumière récemment concernant le droit au repos. En France, l'actualité légale fut marquée par une remise en cause de la législation française sur les congés payés par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (A). Il ne s'agit cependant pas d'un cas isolé. D'autres Etats ont été rappelés à l'ordre en ce domaine par la juridiction européenne, notamment l'Espagne dans un arrêt du 21 juin 2012 (B).

A. L'ouverture du droit à congés payés : La France

130. - Suite à la décision de la CJUE en date du 24 janvier 2012 (1), le gouvernement et le législateur nationaux furent contraints de reconnaître les failles du droit interne et de le réformer (2).

1. La condamnation européenne

131. - La mise en conformité du droit français au droit européen en matière de congés payés fut progressive et impulsée par la jurisprudence de la CJUE. Dès 2001, la France a ressenti les effets indirects de l'arrêt Bectu, rendu le 26 juin 2001²⁹³. La Cour avait affirmé que l'ancienne directive 93/104/CE faisait « obstacle à ce que les Etats membres limitent unilatéralement le droit au congé annuel payé conféré à tous les travailleurs, en appliquant une condition d'ouverture dudit droit qui a pour effet d'exclure certains travailleurs du bénéfice de ce dernier ». La législation française, qui imposait au salarié de justifier d'un mois minimum de travail effectif chez le même employeur au cours d'une période de référence²⁹⁴, commença à être débattue²⁹⁵. Empreint d'une certaine lenteur, le législateur français a tenu compte de cette décision et a décidé de réformer, sept ans plus tard, cette disposition par la loi du 20 août 2008. Il a ainsi réduit le temps de travail effectif exigé d'un mois à dix jours.

²⁹³ CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *The Queen c./ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*.

²⁹⁴ Cette période de référence débute le 1er juin d'une année et se termine le 31 mai de l'année suivante.

²⁹⁵ Article L223-2, C. trav.

La perspective d'une condamnation future de la France n'a pas échappé à la Cour de cassation qui s'interrogeait sur la conformité de l'exigence de dix jours de présence dans l'entreprise par rapport au droit européen. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a confirmé les inquiétudes du juge français, dans une décision en date du 24 janvier 2012²⁹⁶. La Cour européenne se pose en gardienne du droit à congés payés des salariés. Le droit national ne peut pas apporter de limites, là où le droit européen n'en met pas. Cette solution n'est pas surprenante. Outre l'arrêt Bectu de 2001, il est de jurisprudence constante que « le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne peut être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive »²⁹⁷. L'article 7 de la directive du 4 novembre 2003 relatif aux congés payés reconnaît, certes, la possibilité pour les autorités nationales de déterminer les conditions d'obtention et d'octroi des congés payés. Néanmoins, il leur est interdit de soumettre à quelque condition que ce soit l'ouverture même de ce droit. Le droit à congés payés est un élément majeur du droit au repos devant être conféré à l'ensemble des salariés sans condition. Cette protection donnée à ce droit se justifie par sa double finalité, « à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part »²⁹⁸. Il s'agit de l'essence même du droit au repos.

2. La réaction française

132. - La réformation. - La remise en cause du droit à congés payés a entraîné une réformation de la législation française en ce domaine.

Dans l'affaire Dominguez, le gouvernement français a reconnu l'incompatibilité entre le texte contesté et le droit de l'Union européenne, au cours ses observations écrites devant la CJUE. Il s'est abrité derrière la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement

²⁹⁶ CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Maribel Dominguez c./ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*.

²⁹⁷ CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Schultz-Hoff* et C-520/06, *Stringer*.

²⁹⁸ CJUE, 22 novembre 2011, aff. C-214/10, *KHS*.

des démarches administratives, en cours de discussion au moment de ces observations, qui prévoyait la suppression définitive du critère de durée²⁹⁹. Cette proposition a conduit à l'adoption de la loi dite Warsmann du 22 mars 2012 qui a rendu le droit français conforme au droit européen en supprimant la condition de dix jours de travail effectif³⁰⁰. La Cour de cassation avait d'ailleurs suggéré à deux reprises une telle intervention législative, dans ses rapports annuels de 2009 et de 2010. Désormais, le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur³⁰¹. Les travailleurs liés par un contrat de courte durée peuvent jouir de leur droit à congés payés, au même titre que les autres salariés. Ils ne bénéficient certainement pas d'un véritable droit au repos, mais ils peuvent exiger le versement d'une indemnité compensatrice de congés payés proportionnelle au temps de travail effectué.

133. - La survivance des interrogations. - Le législateur a voulu limiter l'octroi des jours de congés en posant une exigence d'exécution d'un travail effectif. Ainsi, il exclut les salariés absents, dont l'absence n'est pas assimilée à du temps de travail effectif au sens du droit du travail³⁰². Ce critère de travail effectif ne permet pas d'anéantir entièrement la discordance entre le droit français et le droit européen. La CJUE a rappelé que l'article 7 de la directive européenne ne fait aucune distinction entre les salariés en fonction de l'origine du congé maladie³⁰³. Pourtant, en droit interne, la maladie et l'accident non professionnels sont en marge du dispositif relatif à l'octroi de jours de congés payés. Par la loi du 22 mars 2012, la France restreint l'opposition avec le droit européen sans pourtant la supprimer.

La Cour de cassation a fait également preuve d'une certaine réticence en considérant que le droit européen « ne s'oppose pas à ce que l'ouverture du droit à congés payés soit soumise à la

²⁹⁹ Article 43 de la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, déposée devant l'Assemblée nationale le 28 juillet 2012.

Le 11 octobre 2011, le gouvernement a engagé une procédure accélérée pour cette proposition de loi.

³⁰⁰ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

³⁰¹ Article L3141-3, alinéa 1, C. trav.

³⁰² Article L3141-5, C. trav.

³⁰³ CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, point 46.

condition de l'accomplissement d'un travail effectif durant la période de référence »³⁰⁴. Les juges nationaux semblent cependant s'incliner progressivement face aux exigences européennes, notamment en assimilant l'absence pour accident de trajet à celle pour accident de travail, pour l'octroi de jours de congés³⁰⁵. Cependant, un problème demeure concernant le sort du salarié en arrêt maladie suite à une maladie ordinaire, qui n'est pas considérée comme du temps de travail effectif au regard de l'article L. 3141-5 du Code du travail. La Cour de cassation aurait pu faire évoluer la position française dans un arrêt du 13 mars 2013, mais elle s'est heurtée à la problématique de l'effet direct de la directive 2003/88/CE³⁰⁶. Elle a, d'abord, constaté que la directive 2003/88/CE ne permettait pas, dans un litige entre particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire. La loi française ne considérant pas le congé pour maladie ordinaire comme du temps de travail effectif, la Cour a conclu que le salarié ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre de la période de suspension de son contrat de travail, en raison d'une maladie ordinaire. Une décision contraire aurait été *contra legem*, mais conforme au droit européen. La décision rendue peut être perçue comme un appel de la Cour de cassation au législateur, en vue d'engager une réforme approfondie du droit à congé payé, notamment en élargissant le régime des assimilations à du temps de travail effectif à d'autres absences, telle que la maladie ordinaire. Au regard de la position restrictive de la France en matière de congés payés, l'intervention législative risque d'être limitée et n'ira pas jusqu'à ouvrir l'acquisition de jours de congés payés même dans le cadre d'absences choisies par le salarié, comme un congé sabbatique. Dans l'attente d'une régularisation de la situation par le législateur, un particulier

³⁰⁴ Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-46.025.

³⁰⁵ Cass. soc., 3 juillet 2012, n°11-10.929 : La Cour de cassation met en application la réponse donnée par la CJUE dans l'arrêt du 24 janvier 2012.

En l'espèce, un salarié victime d'un accident de trajet demandait à ce que la période d'arrêt de travail soit prise en compte pour l'attribution de ses congés payés. La Cour d'appel l'a débouté de sa demande considérant que la disposition légale qui assimilait les absences pour accident du travail à du travail effectif pour le calcul des congés payés, ne s'appliquait pas à l'accident de trajet. La Cour de cassation a cassé cet arrêt et assimile l'absence pour accident de trajet à celle pour accident du travail.

³⁰⁶ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.285 : Invoquant l'article 7 de la directive 2003/88/CE, un salarié licencié réclamait le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés qu'il prétendait avoir acquis durant son congé maladie.

lésé par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre pourra assigner ce dernier pour obtenir la réparation du dommage subi³⁰⁷.

L'Union européenne pose des règles protectrices en matière de congés payés qu'elle entend faire respecter par l'ensemble des Etats membres au regard de l'importance du droit au repos dans la condition salariale. La France n'est, par ailleurs, pas le seul pays à avoir été condamné par la CJUE.

B. Le report du droit à congés payés : L'Espagne

134. - La consécration du report des congés payés en cas d'incapacité au travail. – Il est de jurisprudence constante que le droit à congé payé annuel de chaque travailleur doit être considéré comme un droit social de l'Union européenne. Cette importance particulière qui lui est conférée justifie la possibilité pour le salarié en incapacité de reporter ses congés annuels coïncidant avec la période de maladie, même en dehors de la période de référence correspondante.

135. - La législation espagnole contestée – L'arrêt ANGED, qui a donné lieu à une décision de la CJUE du 21 juin 2012³⁰⁸, n'est pas une nouveauté en matière d'articulation des congés payés avec d'autres types de congés, tels que les congés maternité ou maladie. Elle a néanmoins une importance majeure car elle permet de préciser la jurisprudence antérieure. Dans l'arrêt Pereda³⁰⁹, rendu le 10 septembre 2009 par la CJUE, la juridiction avait déjà remis en cause la législation espagnole sur les congés payés. Elle avait reconnu le droit au report des congés payés à un salarié tombé malade durant la période fixée dans le calendrier des congés de l'entreprise. La Cour était désireuse d'éviter une confusion entre le congé maladie et le congé annuel. Elle a poursuivi son raisonnement et a étendu, dans l'affaire ANGED, sa position à l'arrêt maladie intervenu au cours même des congés annuels.

³⁰⁷ CJCE, 19 nov. 2001, aff. C-6/90 et C-9/90, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*.

³⁰⁸ CJUE, 5e ch., 21 juin 2012, aff. C-78/11, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) c. Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA)*.

³⁰⁹ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, *Vicente Pereda* ; *Europe 2009, comm. 416, obs. L. Driguez*.

En janvier 2011, le Tribunal supérieur espagnol a posé une question préjudicielle à la CJUE dans le cadre d'un recours exercé devant lui. Il s'interrogeait sur la compatibilité entre l'article 7 de la directive 2003/88/CE relatif aux congés payés et une disposition nationale optant à un travailleur, en incapacité de travail survenue durant la période de congé annuel payé, tout droit à congé annuel ultérieur. L'arrêt Pereda laissait déjà présager la non-conformité au droit européen de la norme nationale.

136. - La précision du droit au report. – Dans l'affaire ANGED, la CJUE suit la ligne directrice de sa jurisprudence en matière de congés payés. Elle rappelle et confirme l'importance particulière du droit à congés payés. Ce droit tire de cette importance une finalité propre se distinguant de celle du congé maladie qui a vocation à permettre au travailleur de se rétablir d'une maladie engendrant une incapacité de travail et non de se détendre ou encore de vaquer à ses loisirs. Il en va de même pour le congé maternité³¹⁰. Ainsi, « le travailleur a le droit de prendre son congé annuel payé coïncidant avec une période de congé de maladie à une époque ultérieure, et ce indépendamment du moment auquel cette incapacité de travail est survenue ».

Suite à l'affaire Pereda, la solution de l'arrêt ANGED était fortement prévisible. Pourtant, l'Etat espagnol n'a pas tiré les conséquences du premier arrêt et n'a pas pris les mesures nécessaires pour permettre à chaque travailleur de bénéficier de son droit à congé payé.

Mais, après deux rappels à l'ordre, l'Espagne ne peut plus négliger et transgresser la norme européenne. Les tribunaux nationaux ont, depuis, rendu des solutions en conformité avec le droit européen.

Cette décision européenne dépourvue de toute ambiguïté devrait désormais être appliquée dans tous les Etats membres de l'Union européenne, notamment la France.

137. - La France et la décision ANGED. – La Cour de cassation a consacré le droit au report

³¹⁰ Directive européenne 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

des congés payés pour les travailleurs en arrêt maladie, même d'origine non professionnelle³¹¹, mais seulement dans le cas où l'incapacité du travail serait née antérieurement à la période de congés payés. Dans un arrêt de 1996³¹², la Cour a jugé que si le congé maladie survient au cours des congés payés du salarié, ce dernier ne peut plus exiger de prendre ultérieurement ses congés annuels, l'employeur s'étant déjà acquitté de son obligation pour l'année de référence. Une telle position du juge français apparaît être en contradiction réelle avec le droit européen. La CJUE a en effet indiqué, dans l'arrêt du 21 juin 2012, qu'il serait contraire à la finalité du droit au congé annuel payé d'accorder ce droit uniquement aux travailleurs déjà en incapacité lorsque la période de congé annuel a débuté.

Il convient de s'interroger sur l'impact de cette décision sur la jurisprudence française. Il est possible d'envisager que la Cour de cassation suivra la position de la CJUE, dès qu'elle en aura l'occasion. Les employeurs doivent, pour leur part, anticiper le revirement de jurisprudence et permettre le report des jours de congés payés en cas de maladie, sans prendre en compte le moment de la survenance de l'arrêt maladie.

En outre, pour permettre aux salariés de jouir d'un droit au repos réel et entier, il serait opportun que l'Etat français incite le législateur à adopter une loi sur le report des congés payés, respectant ainsi les exigences européennes. L'application de cette législation pourrait se révéler complexe pour les employeurs, ce qui exigera un contrôle strict de l'inspection du travail.

II. L'Etat-contrôleur

138. - La création de ce corps de fonctionnaires apparaît comme une évolution et une révolution dans le monde du travail³¹³. L'inspection du travail française a une compétence généraliste, à la différence d'autres systèmes d'inspection spécialisés dans des domaines

³¹¹ Cass. soc. 24 février 2009, n°07-44.488.

La Cour de cassation a, par la suite, étendu sa position au cas de la rechute (Cass. soc. 16 févr. 2012, n°10-21.300).

³¹² Cass. soc., 4 déc. 1996, n°93-44.907.

³¹³ Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans l'industrie.

déterminés³¹⁴. Ainsi, en France, elle est compétente en matière de relations collectives et individuelles de travail. Elle peut être en charge, notamment, du respect des temps de repos.

La Convention n°81 de l'OIT sur l'inspection du travail affirme, dans ses articles 2 et 3, le principe selon lequel l'inspection du travail est tenue « d'assurer l'application de dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession »³¹⁵ (A). Sous l'impulsion des pouvoirs publics, une politique du travail s'est instaurée en France, permettant un exercice effectif des missions de l'inspection du travail. Le législateur s'est inspiré de ces normes internationales pour établir des règles nationales et conférer aux inspecteurs du travail les pouvoirs et les moyens requis pour l'exercice de leurs fonctions (B).

A. Les interventions

139. - Le rôle initial de l'inspection du travail était, en 1892, assez restrictif, puisqu'il se limitait aux contrôles de l'hygiène, de la sécurité et des dispositions sur la durée de travail et de repos des femmes et des enfants. Depuis, l'inspection du travail a connu une évolution structurelle, mais également fonctionnelle. Son champ d'action s'est élargi. Elle est, désormais, compétente pour contrôler l'application du droit du travail en général, issu tant du code du travail que des conventions et accords collectifs. Elle a, également, un rôle de conseil et d'information à l'égard des employeurs, des salariés et des représentants du personnel, concernant leurs droits et leurs obligations.

140. - Les modifications législatives successives en matière de durée de travail, et par conséquent de repos, ont rendu cette matière complexe. Ces réformes incessantes, au gré des gouvernements et des législatures, laissent le salarié perplexe, face à son propre droit au repos. L'inspection du travail a alors pour mission de lui apporter un éclairage, notamment, sur les règles relatives au travail de nuit, au 1er mai, au repos dominical ou encore aux congés payés.

³¹⁴ Il existe deux types d'inspections spécialisées : un système axé sur les relations de travail, comme en Belgique et un système portant sur les lieux et les conditions de travail, c'est-à-dire la santé et la sécurité, comme en Suisse et en Allemagne.

³¹⁵ Convention OIT n°81 sur l'inspection du travail, 1947.

Ses interventions, concernant les temps de repos, sont en régression, au regard d'autres domaines en croissance, tels que la représentation du personnel et le droit syndical. Cependant, la protection du droit au repos conserve son importance et n'a pas disparu des préoccupations de l'inspection du travail. En outre, cette dernière ne cesse de constater des infractions en ce domaine. Ces constats peuvent porter sur un dépassement considérable de la durée de travail hebdomadaire et journalière, diminuant d'autant plus le repos, ou encore l'absence même de celui-ci. Selon le Rapport de 2011 sur l'inspection du travail en France³¹⁶, certains secteurs particuliers, tels que l'agriculture et les transports³¹⁷, se montreraient peu respectueux des dispositions légales relatives au repos. Ainsi, dans le transport routier, et malgré la présence d'instruments de contrôle élaborés, le dépassement des durées de conduite et le non-respect des temps de repos peuvent être constatés.

L'inspecteur du travail apparaît donc comme un organe protecteur du droit au repos des salariés. Il bénéficie, dans cette mission, de certains moyens.

B. Les prérogatives

141. - Les pouvoirs. - L'inspection du travail dispose d'un pouvoir d'investigation, lui permettant de prévenir, mais aussi de sanctionner, la violation des dispositions du droit du travail. Les missions de cette autorité administrative ont été définies par les conventions internationales³¹⁸. Elles sont au nombre de trois : le contrôle, l'information et le conseil et, enfin, le compte rendu sur les observations et les constatations à l'autorité centrale.

Les agents de contrôle sont admis à pénétrer dans les locaux, sans autorisation préalable, de jour comme de nuit. Cette possibilité de faire des visites nocturnes présente un intérêt certain

³¹⁶ Rapport de la DGT sur « *L'inspection de travail en France en 2011* », 2011.

³¹⁷ Dans le secteur routier, l'inspection du travail française est compétente pour contrôler le respect de dispositions nationales mais également européennes. Le règlement CE 561-2006 du 15 mars 2006 encadre, sur le plan européen, la durée de travail et de repos des conducteurs routiers. Le non-respect des durées de travail et de repos a certes des conséquences sur les conditions de travail des conducteurs, mais également sur la sécurité routière et sur l'exigence d'une concurrence loyale.

L'Office spéciale de publicité a recensé en 2011 : 58 procès-verbaux relatifs à la non-conformité au règlement européen susmentionné et 165 procès-verbaux émis suite à des infractions à la législation nationale.

³¹⁸ Cf. notamment l'art. 3 de la conv. de l'OIT n°81, l'art. 6 de la conv. de l'OIT n°129 et l'art. 2 de la conv. de l'OIT n°178.

lors d'un contrôle des conditions de travail de nuit. Les inspecteurs du travail ont un droit de communication et d'expertise et peuvent mener des auditions de l'employeur ou du personnel.

142. - Les sanctions. - L'agent de contrôle dispose d'un pouvoir d'appréciation sur les suites à donner à ses constatations. Il a un pouvoir de sanction étendu, au travers d'observations, de mise en demeure, de procès-verbaux³¹⁹.

143. - Le référé dominical. - Dans certaines situations, l'inspecteur du travail peut être contraint de saisir l'autorité judiciaire compétente, le juge des référés, pour prendre des mesures provisoires en vue de faire cesser un trouble manifestement illicite³²⁰. Le référé dominical est utilisé pour obtenir la cessation du travail dominical, dans le secteur de la vente au détail et de la prestation de services au consommateur³²¹. Cet instrument, conféré à l'inspecteur du travail par la loi n°2000-37 du 17 janvier 2000, est une réelle avancée dans la protection du repos dominical.

Le référé dominical a été, à l'origine, instauré par la voie décrétable³²². Cependant, l'illégalité de la disposition a été soulevée, en 1994, par le juge administratif au nom de la transgression de la répartition des compétences entre législatif et exécutif³²³. Le Conseil d'Etat a jugé que le ministre ne pouvait permettre, par un simple décret, à une autorité administrative d'agir au nom de l'Etat devant le juge civil pour faire respecter la loi. Même si le Conseil d'Etat n'a pu

³¹⁹ Les observations formulées à destination de l'employeur ont une simple valeur d'avertissement. Le recours à la mise en demeure de ce dernier est admis, essentiellement en matière de santé et de sécurité. A défaut des modifications demandées au cours de la mise en demeure ou s'il lui apparaît nécessaire, l'inspecteur du travail peut faire un constat par procès-verbal.

³²⁰ Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-17.044 : *La Cour de cassation considère que l'inspecteur du travail n'a pas à établir un procès-verbal préalablement à la saisine du juge des référés en matière de repos dominical.*

³²¹ Article L. 3132-31, C. trav.

³²² Le décret n°92-769 du 6 août 1992 avait habilité l'inspecteur du travail, nonobstant toutes poursuites pénales, à saisir en référé le président du tribunal de grande instance pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser, dans l'établissement de vente au détail et de prestations de service au consommateur, l'emploi illicite de salariés en méconnaissance des dispositions légales sur le repos dominical (ancien article R262-1 du Code du travail).

³²³ CE, 21 oct. 1994, Sté des tapis Saint-Maclou, D. 1996, somm. p.225, obs. Chelle et Prétot.

annuler le texte en raison de l'expiration des délais pour recours pour excès de pouvoir, l'importance majeure de sa décision ne fut pas altérée³²⁴.

L'article L. 3132-31 du Code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000, consacre désormais la procédure du référé dominical. L'utilisation du référé dominical est limitée aux établissements de vente de détail et de prestations de service au consommateur. Dès lors que l'inspecteur du travail constate l'emploi de salariés en infraction aux règles sur le repos dominical, il peut saisir le juge de l'urgence³²⁵. Ce dernier texte vise les infractions découlant expressément de l'article L3132-3 et l'article L3132-13 du Code du travail. Le premier dispose que, dans l'intérêt du salarié, le repos hebdomadaire est donné le dimanche. Le second apporte un tempérament et prévoit que, dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures. La Cour de cassation a procédé une interprétation extensive des pouvoirs de l'inspecteur du travail. En principe, ce dernier ne peut saisir le juge des référés afin de demander la fermeture d'un établissement, dès lors que la loi ne le prévoit pas expressément. Pourtant, dans son arrêt en date du 6 avril 2011, la Cour de cassation a reconnu la possibilité pour l'inspecteur du travail de recourir au juge des référés pour faire respecter l'interdiction du travail dominical d'origine préfectorale, issue d'un arrêté et non de la loi elle-même³²⁶. En effet, une autre autorité peut intervenir dans la protection du repos dominical, le préfet. Selon l'article L. 3132-29, le préfet peut, par arrêté, après accord des partenaires sociaux, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée du repos dominical.

Le repos dominical est une disposition d'ordre public. Cette qualification peut justifier que la compétence de l'inspecteur du travail lui permette de saisir le juge des référés pour ordonner toute mesure, même celle résultant d'un arrêté préfectoral. Cette solution de la Cour de

³²⁴ Cass. soc. 18 juin 1985, n°84-11.528 : *La Cour de cassation confère une portée générale à certaines décisions du Conseil d'Etat. Elle considère que « toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée non à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, mais à l'occasion d'une autre instance à la suite d'un recours en appréciation de la légalité, s'impose au juge civil, qui ne peut plus faire application du texte illégal.*

³²⁵ Cass. soc. 14 juin 1989, n°88-15.302 : *La Cour de cassation a décidé que constituait un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés le fait pour un établissement d'ouvrir et d'employer des salariés le dimanche.*

³²⁶ Cass. soc. 6 avr. 2011, n°09-68.413.

cassation se justifie par la position constante et protectrice qu'elle adopte en matière de repos dominical. Ce dernier n'est pas un bien commercial et ne peut pas être négocié, malgré le nombre croissant de dérogations légales.

En plus d'ordonner la fermeture le dimanche de l'établissement concerné, le juge judiciaire peut, également, assortir sa décision d'une astreinte liquidée au profit du Trésor³²⁷.

Le contrôle de l'inspecteur du travail permet, ainsi, de vérifier que l'employeur respecte son devoir d'assurer le repos de ses salariés.

Section 2 : Un devoir patronal

144. - L'employeur étant le garant du droit au repos de ses salariés, il lui incombe de veiller à son respect au sein de l'entreprise. Il a donc l'obligation d'aménager des temps de repos et de s'assurer de leur prise effective (I). En cas de manquement, l'employeur pourra être sanctionné (II).

I. Les obligations

145. - Le droit au repos permet de préserver la santé et la sécurité et la vie privée et familiale des salariés, en leur assurant des temps libres exempts de toute préoccupation professionnelle. Au regard de cette finalité sanitaire et sécuritaire, l'obligation pesant sur l'employeur en matière de repos semble pouvoir être rapprochée de son obligation de sécurité de résultat (A). Ainsi, l'octroi des temps de repos aux salariés s'impose à l'employeur (B et C).

A. L'obligation de sécurité de résultat

146. - La directive 89/391 du 12 juin 1989 exigeait que les Etats prennent les mesures nécessaires pour que « l'employeur soit obligé d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs dans tous les aspects liés au travail »³²⁸. Transposant la directive, le législateur français a

³²⁷ Cass. soc. 1er juin 2005, n°03-18.897 : *La Cour de cassation a décidé que l'instance en liquidation de l'astreinte n'était que la suite de celle ayant conduit à son prononcé. L'inspecteur du travail a qualité pour demander la liquidation de l'astreinte prononcée, puisque la loi lui donne qualité pour demander en référé, en vue de la garantie du repos dominical, une mesure que le juge peut assortir d'une astreinte au profit du Trésor.*

³²⁸ Art. 5, Directive 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir

adopté l'article L. 230-2 du Code du travail, devenu l'article L. 4121-1 du Code du travail. Au sens de l'article L. 4121-1 du Code du travail, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Pour se faire, il doit élaborer des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail, des actions d'information et de formation. Il doit également mettre en place une organisation et des moyens adaptés. Pèse cependant sur lui une obligation de résultat. Le principe d'obligation de sécurité de résultat a été forgé par la Cour de cassation dans les arrêts *Amiante* du 28 février 2002. En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers ce dernier d'une obligation de sécurité de résultat. Initialement, la notion d'obligation de sécurité de résultat concernait les accidents et maladies professionnels. Cependant, la Cour de cassation n'a cessé de la décliner, pour englober d'autres pans des relations du travail. Ainsi, au visa de l'article L. 4121-1 du Code du travail, la Cour de cassation a décidé que le non-respect par l'employeur des dispositions légales relatives au repos hebdomadaire avait nécessairement causé un préjudice au salarié sur le plan de la santé, compte tenu de la durée de son travail continu au sein de l'entreprise³²⁹. En outre, dans un arrêt du 13 mars 2013, la Cour de cassation a appliqué, explicitement, le principe de l'obligation de sécurité de résultat au cas d'un épuisement professionnel lié à une surcharge de travail et une situation de stress permanente et prolongée³³⁰. Le droit au repos permet, en effet, de préserver la santé des salariés. Dès lors qu'un salarié ne peut pas bénéficier de ses temps de repos, l'employeur a manqué à son obligation.

Cependant, le fait de reconnaître une obligation de sécurité de résultat en matière de repos peut engendrer une difficulté au regard du régime des cadres dirigeants. Ceux-ci sont exclus de l'application des dispositions légales en matière de repos. Cette absence temps de libres déterminés et imposés présente un risque certain pour leur santé. Ainsi, les cadres dirigeants devraient pouvoir invoquer une obligation de sécurité de résultat à l'encontre de leur employeur, si ce dernier ne respecte pas des temps de repos. En effet, au regard de

l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

³²⁹ Cass. soc., 31 oct. 2012, n°11-20.136 : En l'espèce, le salarié avait pris acte de la rupture de son contrat de travail. La Cour de cassation a décidé que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

³³⁰ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.082.

l'importance et de la portée de l'obligation de sécurité de résultat, il semblerait fortement critiquable de la limiter. Une réforme des conditions de travail des cadres dirigeants se révèle donc nécessaire.

En raison de cette obligation de sécurité pesant sur l'employeur, celui-ci ne doit pas seulement essayer de donner des temps de repos à ses salariés, mais il doit s'assurer de leur prise effective.

B. L'octroi du repos

147. - Outre les congés payés (1), l'employeur doit tout mettre en œuvre afin que les salariés puissent jouir concrètement et réellement de l'ensemble de leurs temps de repos (2).

1. L'octroi des congés payés

148. - Une obligation d'ordre public. - L'importance des congés payés justifie l'obligation pour les employeurs de droit privé d'accorder à l'ensemble de leurs salariés les congés payés dus, conformément à la réglementation légale ou conventionnelle³³¹. Il s'agit d'une obligation d'ordre public à laquelle les employeurs ne peuvent se soustraire.

149. - La fixation de la période de congés payés. - La période de congés payés est fixée par les conventions ou les accords collectifs de travail. Elle comprend dans tous les cas la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année. A défaut de convention ou d'accord collectif de travail, c'est à l'employeur de déterminer la période en se référant aux usages et après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise³³².

150. - La garantie du droit à congés payés. – En principe, le droit à congé ne peut être perdu. En effet, l'employeur doit faire bénéficier les salariés du report de celui-ci.

En sus de l'obligation d'octroyer des congés payés aux salariés, l'employeur doit également s'assurer de la prise effective de ces congés. Tout en rappelant la finalité de la directive 2003/88/CE, la chambre sociale affirme qu'« il appartient à l'employeur de prendre les

³³¹ Art. L. 3111-1, C. trav.

³³² Art. L. 3141-13, C. trav.

mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement »³³³. Les congés payés constituent un droit dont l'exercice ne peut être démontré par le seul paiement effectué par l'employeur. Deux observations peuvent être faites au regard de la solution de la Cour de cassation. D'une part, l'employeur doit se soucier des conditions d'exercice du droit à congés payés. L'autonomie conférée à certaines catégories de salariés, tels que les cadres dirigeants ou salariés en forfait en jours, n'exempte pas l'employeur de la vérification de la prise effective des congés payés. Cette exigence peut se révéler dans certaines situations purement théoriques. Au sein de PME, cette obligation peut être réalisable. En revanche, dans des entreprises de plus grosse dimension et ayant des effectifs notables dans chaque établissement, la réalisation des diligences légales peut être discutée.

D'autre part, l'arrêt apporte une évolution au regard de la charge de la preuve. Ce n'est plus au salarié de prouver qu'il a été empêché de prendre ses congés du fait de l'employeur³³⁴, mais c'est à l'employeur de justifier qu'il a réellement accompli les impératifs légaux pour s'assurer de la prise des congés payés. Parmi les contraintes imposées à l'employeur, il existe une obligation d'information des salariés sur leur droit à congés payés. Dès lors que la période de congés est connue, l'employeur doit informer les salariés au moins deux mois avant son ouverture³³⁵. De plus, l'ordre des départs en congés doit être communiqué par l'employeur à chaque salarié un mois avant son départ, et être affiché dans les locaux normalement accessibles aux salariés³³⁶. Les intéressés peuvent ainsi connaître le moment au cours duquel ils pourront user de leur droit à congés payés.

2. L'octroi des autres repos

151. - L'employeur doit assurer aux salariés un droit au repos certain par l'octroi effectif de temps de pause, d'un repos hebdomadaire ou encore d'un repos quotidien. Il doit également

³³³ Cass. soc., 13 juin 2012, n°11-10.929.

³³⁴ Cass. soc., 3 nov. 1994, n° 93-42.331.

³³⁵ Art. D. 3141-5, C. trav.

³³⁶ Art. D. 3141-6, C. trav.

veiller à ce que les travailleurs jouissent effectivement de leurs temps de repos. La CJUE a considéré qu'une disposition nationale ne pouvait exempter l'employeur de la vérification de la prise effective des repos³³⁷. Il existe cependant des exceptions. La Cour de cassation considère en effet qu'un employeur n'est pas soumis à l'obligation de contrôler le temps de travail d'un cadre dirigeant³³⁸.

152. - Le repos hebdomadaire. – Le repos hebdomadaire, en tant que partie intégrante du droit au repos, a une finalité protectrice des salariés. Il permet de préserver leur santé et leur vie sociale. Ainsi, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 4 octobre 2011 que l'absence de repos hebdomadaire peut générer pour les salariés un trouble dans leur vie personnelle et engendrer des risques pour leur santé et leur sécurité³³⁹. L'octroi effectif d'un repos hebdomadaire est donc essentiel.

153. - Le repos quotidien. - Afin de garantir un repos quotidien minimum aux salariés qui ne sont pas occupés selon le même horaire collectif, l'employeur peut fixer une période correspondant à la durée de ce repos et devant être portée à la connaissance des salariés. Si cette période n'est pas respectée ou si elle n'a pas été établie, l'employeur devra prouver qu'il a effectivement respecté son obligation légale, notamment par le biais des moyens de contrôle mis en place³⁴⁰.

154. - La charge de la preuve. – La chambre sociale a considéré, dans un arrêt du 17 octobre 2012 que « la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié n'est pas applicable à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne, qui incombe à l'employeur »³⁴¹. La Cour de cassation a précisé sa position dans un arrêt du 20 février 2013, concernant les temps de pause. C'est à l'employeur de démontrer, en cas de litige, le respect des moments de pause, en

³³⁷ CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-484/04, *Commission c/ Royaume-Uni : Etait ici en cause la loi anglaise, le Working Time Regulations 1998, selon laquelle « les employeurs veillent à ce que les travailleurs puissent bénéficier de leur temps de repos, mais ils ne sont pas tenus de vérifier qu'ils le prennent effectivement ».*

³³⁸ Cass. soc., 30 nov. 2011, n°09-67.798.

³³⁹ Cass. soc., 4 oct. 2011, n°09-67.051.

³⁴⁰ Art. D. 3131-7, C. trav.

³⁴¹ Cass. soc., 17 oct. 2012, n°10-17.370.

apportant aux débats le planning du salarié, ainsi que tout autre élément relatif à l'organisation du temps de travail.

3. Le contrôle du repos

155. - Le suivi des temps de repos. – L'employeur a l'obligation de référencer les durées de travail et de repos des salariés, afin de pouvoir assurer le respect des exigences légales mais également pour informer les salariés de leur temps de travail et par conséquent de repos³⁴².

Lorsque les salariés sont soumis au même horaire collectif³⁴³, l'employeur a l'obligation d'afficher cet horaire en caractères lisibles et sur tous les lieux de travail où il s'applique³⁴⁴. Il doit y indiquer les heures auxquelles commence et finit le travail ainsi que les heures et la durée des repos³⁴⁵. Ce document doit être daté et signé par l'employeur ou par la personne possédant une délégation de pouvoir à cet effet.

En cas d'absence d'un horaire collectif de travail, l'employeur doit établir un document nécessaire au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés³⁴⁶. Deux modes peuvent être utilisés pour décompter la durée de travail de chaque salarié. Premièrement, il est possible d'effectuer un décompte quotidien, par enregistrement et par tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou de relever le nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié. Cependant, la simple indication de l'amplitude journalière ne suffit pas. L'employeur doit mentionner également la durée des coupures et des temps de pause. Secondement, l'employeur peut réaliser une récapitulation hebdomadaire et par tous moyens du nombre d'heures accomplies par chaque salarié.

³⁴² L'employeur peut choisir librement les modalités de décompte obligatoire, quotidien et hebdomadaire. Il peut s'agir d'un cahier, d'un registre, d'un système de badge. S'il a recourt à un système d'enregistrement informatisé permettant de recueillir des informations nominatives, l'employeur doit faire préalablement une déclaration auprès de la CNIL (Loi n°78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

³⁴³ L'horaire collectif de travail est le mode de droit commun d'organisation du travail. Il consiste en l'application uniforme des mêmes horaires de travail à l'ensemble des salariés.

³⁴⁴ Cass. crim., 17 janv. 1985, n°94-80.081.

³⁴⁵ Art. L. 3171-1, C. trav.

³⁴⁶ Art. L. 3171-2, C. trav.

L'ensemble de ces documents doit être tenu à la disposition de l'inspecteur du travail et lui être remis à sa demande.

En cas de manquement à l'une de ces obligations, l'employeur sera sanctionné.

II. Les sanctions

156. - Des sanctions pénales - L'employeur, qui ne respecte pas les prescriptions légales relatives au droit au repos des salariés, encourt des sanctions pénales prévues par le Code du travail.

Ainsi sont réprimés par une contravention de quatrième classe³⁴⁷, le fait de ne pas attribuer à un salarié le repos quotidien qui lui est dû³⁴⁸, ainsi que de méconnaître les dispositions relatives à la journée du 1er mai³⁴⁹.

Sont sanctionnés par une contravention de cinquième classe³⁵⁰, la méconnaissance des dispositions relatives au repos hebdomadaire³⁵¹, ainsi que le manquement aux règles sur les congés payés³⁵². La violation de la réglementation sur les congés payés, ouvre également droit pour le salarié au versement de dommages-intérêts, dont le montant est apprécié souverainement par le juge³⁵³. Cette réparation est possible dans le cas où seule la faute de l'employeur empêche le salarié de prendre ses congés³⁵⁴, tel est le cas, par exemple, de

³⁴⁷ Soit une amende de 750€ maximum.

³⁴⁸ Art. R. 3135-1, C. trav.

³⁴⁹ Art. R. 3135-3, C. trav.

³⁵⁰ Soit une amende de 1500€ maximum.

³⁵¹ Art. R. 3135-2, C. trav.

³⁵² Art. R. 3143-1, C. trav.

³⁵³ Art. D. 3141-1, C. trav.

De plus, selon l'art. D. 3141-2 du Code du travail, l'employeur qui a occupé sciemment un salarié bénéficiaire d'un congé payé peut être l'objet d'une action devant le juge d'instance en dommages et intérêts envers le régime d'assurance chômage. En effet, le salarié employé prive de ce fait des demandeurs d'emploi d'un travail qui aurait pu leur être confié.

³⁵⁴ Cass. soc., 12 juill. 2004, n°03-43.296.

l'employeur invoquant un marché important et essentiel pour interdire à ses salariés de prendre leurs congés³⁵⁵.

En outre, l'employeur peut être puni d'une amende prévue pour les contraventions de quatrième classe s'il ne contrôle pas les durées de travail et de repos des salariés³⁵⁶ ou s'il refuse de transmettre à l'inspection du travail les documents comptabilisant ces durées³⁵⁷.

Le législateur a souhaité imposer des sanctions dissuasives, afin de contraindre l'employeur au respect du droit au repos de ses salariés.

157. - Transition. - Le droit au repos est issu de la prise de conscience des besoins des travailleurs par les Etats. Né de ces initiatives nationales, il a acquis une véritable portée grâce à sa consécration internationale et européenne. La CJUE et le Comité européen des droits sociaux apparaissent, d'ailleurs, comme les gardiens du droit au repos face aux dérives et aux manquements étatiques.

Au regard de l'encadrement législatif et jurisprudentiel attaché au droit au repos, ce dernier semblerait être un principe inaltérable et strict. Cependant, l'application rigoureuse de l'ensemble de ces dispositions apparaît difficilement conciliable avec les contraintes et les nécessités de l'entreprise et exige une relative souplesse de ce droit.

³⁵⁵ Cass. soc., 6 mai 2002, n°00-43.655.

³⁵⁶ Art. R. 3173-2, C. trav.

³⁵⁷ Art. R. 3173-1 et Art. R. 3173-3, C. trav.

PARTIE 2

L'EVOLUTION DU DROIT AU REPOS

158. - Au lendemain de l'adoption des normes reconnaissant un besoin de repos, l'écrivain, Paul Morand, affirmait qu'il suffisait « de regarder nos rues ou nos routes un samedi de ce temps pour constater que les lois nouvelles ont bouleversé la vie nationale »³⁵⁸. La consécration du droit au repos est ainsi apparue comme une révolution au sein de la société et a entraîné un bouleversement des réglementations et des mœurs. Il est alors apparu nécessaire d'encadrer et de délimiter l'ampleur des effets du droit au repos. Ce dernier doit, en effet, s'adapter à d'autres exigences fondamentales. Au sein de l'entreprise, d'autres principes et besoins doivent être pris en considération. Ainsi, le droit au repos ne peut s'appliquer directement et strictement et doit faire l'objet d'aménagements (Titre 1). Ces derniers ne doivent, néanmoins, pas porter atteinte de façon excessive à ce droit. C'est pourquoi le droit au repos doit être assorti de mesures protectrices assurant son efficience (Titre 2).

³⁵⁸ P. Morand, *Eloge du repos*.

Titre 1 : L'aménagement du droit au repos

159. - Comme toute avancée juridique, le droit au repos entraîne nécessairement une transformation de l'ordre établi, notamment au sein de l'entreprise, ce qui exige un encadrement de ses effets (Chapitre 1). En outre, le droit au repos est parfois désapprouvé et contesté, tant par les tiers, qui ont un intérêt à contourner les règles en matière de repos, que par les salariés eux-mêmes. L'auteur, André Gide, écrivait « les bons travailleurs ont toujours le sentiment qu'ils pourraient travailler davantage »³⁵⁹. Nonobstant cette hypothèse, le droit au repos connaît également des limites économiques (Chapitre2).

Chapitre 1 : Le droit au repos confronté à la liberté d'entreprendre

160. - Au sein de l'entreprise, se confrontent « deux paradigmes juridiques à bien des égards antinomiques. D'une part, il y a la liberté d'entreprendre qui reconnaît à l'employeur le droit de gérer son entreprise le plus efficacement possible, d'embaucher les salariés dont il a besoin et d'en diriger le travail en fonction de ses impératifs organisationnels. D'autre part, intervient la protection du travailleur qui met sa personne au service de l'employeur dans le cadre de l'exécution de son travail »³⁶⁰. En raison du déséquilibre existant dans les relations professionnelles et de la subordination du salarié à l'employeur, la protection de la santé et de la vie privée et familiale du travailleur, issue de la consécration du droit au repos, risque d'être compromise au profit de préoccupations économiques et sociétales. Cependant, « les chefs d'entreprise doivent assumer des responsabilités sociales et pas seulement économiques et financières »³⁶¹. Ainsi, un salarié peut refuser de participer à une réunion, alors qu'il se trouve

³⁵⁹ A. Gide, *Les faux-monnayeurs*, 1925.

³⁶⁰ G. Trudeau, *Libertés individuelles et relations de travail, un point de vue canadien*, in *Liberté individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?*, sous la direction de P. Auvergnon, PUB, 2011.

³⁶¹ Déclaration de E. Guigou, ministre de l'emploi et de la solidarité, sur le projet de loi de modernisation sociale notamment en matière de licenciements économiques et de lutte contre la précarité des emplois, à l'Assemblée

en période de repos³⁶².

Même si l'employeur dispose d'une réelle marge de manœuvre dans l'organisation du travail (Section 1), il n'en demeure pas moins qu'il ne peut rester indifférent à la condition salariale et doit opter pour une approche mesurée de sa liberté d'entreprendre afin de préserver le droit au repos du salarié (Section 2).

Section 1 : L'incidence de la liberté d'entreprendre sur le droit au repos

161. - L'organisation de l'entreprise peut justifier l'accroissement des pouvoirs de l'employeur, au détriment parfois de la volonté des salariés. Ainsi, « la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise peut impliquer, pour les uns et pour les autres, de renoncer à obtenir satisfaction de certaines requêtes, revendications ou aspirations, mais aussi de s'abstenir de certains comportements, et ce au profit d'une communauté dont l'intérêt transcende ceux de chacun et peut imposer des sacrifices à tous »³⁶³. L'aménagement du temps subordonné, source d'altération du temps libre, illustre de façon tangible les prérogatives dont l'employeur peut user au nom de l'intérêt de l'entreprise (I). Cependant, l'atteinte portée à ces moments extra-professionnels demeure sécurisée et fait l'objet de contreparties (II).

I. Une atteinte autorisée

162. - **L'atteinte directe aux temps de repos** - Le droit du travail instaure trois temps de repos obligatoires durant la semaine : onze heures de repos quotidien, un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures et enfin des temps de pause. Ces mesures ont vocation à protéger la santé des travailleurs. Il en découle que l'employeur, qui en est le principal gardien, doit assurer leur prise et leur effectivité, indépendamment des exigences réelles ou supposées des salariés. Nonobstant la portée de ces repos, les textes énoncent des dérogations strictes pouvant altérer ces temps de repos conférés aux travailleurs.

nationale, 22 mai 2001.

³⁶² Cass. soc., 27 nov. 2001, n°99-43.290

³⁶³ B. Teyssié, *Sur l'intérêt de l'entreprise*, JCP S, sept.-oct. 2003.

L'article 17 de la directive européenne 2003/88/CE admet des exceptions adoptées par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives et d'accords conclus entre les partenaires sociaux. Ces dérogations sont des outils placés entre les mains de l'employeur et essentiels au fonctionnement de l'entreprise face aux particularités d'un emploi³⁶⁴, ou encore face à des événements caractérisés par l'urgence³⁶⁵.

163. - L'atteinte indirecte aux temps de repos – A la demande de l'employeur, même implicite, le salarié peut également effectuer des heures de travail au-delà de la durée légale hebdomadaire, soit trente-cinq heures, ou d'une durée considérée comme équivalente³⁶⁶. La Cour de cassation considère que ces heures supplémentaires sont un attribut du pouvoir de direction de l'employeur et sont admises en raison des nécessités de l'entreprise³⁶⁷. Ainsi le salarié ne peut refuser d'effectuer ces heures supplémentaires. Toutefois, le recours à ces heures est encadré et reste soumis au respect des durées maximales hebdomadaires et journalières³⁶⁸, ainsi qu'à celui du repos quotidien d'au moins onze heures consécutives. Par principe, l'emploi des heures supplémentaires ne porte donc pas atteinte aux exigences minimales de repos quotidien, mais une telle constatation ne signifie pas obligatoirement que le droit au repos des salariés est préservé. Ainsi, pour exemple, un salarié effectuant son travail dans l'entreprise de dix heures à dix-huit heures et à qui l'employeur demande, parfois, d'effectuer deux heures supplémentaires, voit son temps de repos réduit. La durée minimale du repos quotidien exigée par la loi est effectivement respectée, mais il n'en demeure pas moins que son temps libre est altéré puisqu'il aurait dû en disposer à partir de dix-huit heures

³⁶⁴ Art. 17§3, directive 2003/88/CE du 4 nov. 2003. Il est possible d'échapper à l'obligation du repos quotidien via la dérogation de l'article 17§3 de la directive 2003/88/CE relative notamment aux activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes.

³⁶⁵ Art. D. 3131-5, C. trav. : *l'employeur peut, sous sa seule responsabilité et en informant l'inspecteur du travail, déroger à la période minimale de onze heures de repos quotidien par salarié en cas de travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour organiser des mesures de sauvetage, prévenir des accidents imminents et réparer des accidents survenus au matériel, aux installations ou aux bâtiments.*

³⁶⁶ Art. L. 3121-11 et s., C. trav.

³⁶⁷ Cass. soc., 9 mars 1999, n°96-45.590 : « *Les heures supplémentaires imposées par l'employeur dans la limite du contingent dont il dispose légalement et en raison des nécessités de l'entreprise, n'entraînent pas la modification du contrat de travail* ».

³⁶⁸ Les durées maximales hebdomadaires et journalières sont de dix heures pour une journée de travail, de quarante-quatre heures pour une durée hebdomadaire moyenne sur douze semaines et de quarante-huit heures pour la semaine.

et non de vingt-heures.

Il est nécessaire d'instaurer « une alternance régulière entre une période de travail et une période de repos »³⁶⁹. Dès lors que cette régularité dans les temps de repos n'est pas observée, des contreparties doivent être attribuées aux salariés, dont le droit au repos a été abrégé.

II. Une atteinte modérée

164. - La contrepartie en cas de dérogations aux temps de repos - L'atteinte ainsi portée au repos hebdomadaire, au repos journalier et au temps de pause doit être corrigée par des périodes équivalentes de repos compensateur. L'article 17 de la directive européenne 2003/88/CE exige que « des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés ». C'est sur ce fondement que la CJUE a condamné, le 14 octobre 2010, le dispositif français des contrats d'engagement éducatif³⁷⁰. Grâce à l'intervention de la plus haute juridiction administrative, du législateur et du gouvernement, le droit national a été mis en conformité avec les exigences de la CJUE. Un repos quotidien est désormais octroyé aux moniteurs, mais l'organisation de l'accueil des mineurs peut justifier que ce repos soit supprimé ou réduit sans pouvoir être inférieur à huit heures. Dans une telle hypothèse, l'intéressé bénéficie alors d'un repos compensateur égal à la fraction du repos dont il n'a pas pu bénéficier. Les articles D. 432-3 et D. 432-4 du Code de l'action sociale et des familles détaillent les modalités selon lesquelles ce repos compensateur est attribué. L'influence européenne est, dans cette situation, indéniable.

³⁶⁹ CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel c./ Norbert Jaeger*

³⁷⁰ CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c./ Premier ministre*.

La Cour reconnaît d'abord que les titulaires de contrats d'engagement éducatif relèvent de la directive 2003/88/CE et de la dérogation au repos quotidien prévue à l'article 17 de la directive. Elle considère cependant que les travailleurs concernés ne bénéficient pas d'une protection appropriée en raison de la dite dérogation. En effet, la limitation de la durée du contrat à quatre-vingt jours par an maximum ne permet pas de purger la contradiction existant entre l'objectif de santé et de sécurité de la directive et la réglementation nationale qui prive les travailleurs du droit au repos journalier pendant toute la durée de leur contrat.

Outre le cas particulier du contrat d'engagement éducatif, le Code du travail commande l'octroi d'un repos équivalent en cas de dérogation au repos quotidien³⁷¹. Ainsi un salarié contraint de quitter l'entreprise à 21 heures et d'y retourner le lendemain à 4 heures ne bénéficie pas des onze heures de repos quotidien légalement exigées. Cependant ce déficit est temporaire puisque les quatre heures manquantes sont reportées ultérieurement. Cette absence de perte des temps de repos permet d'assurer une protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs.

La Cour de cassation s'est également présentée en garante du droit au repos des travailleurs, notamment en cas de dérogation au droit à une pause. Dans un arrêt du 17 février 2010³⁷², elle a reconnu que les règles communautaires sur le temps de pause journalier s'appliquaient directement aux agents de la RATP³⁷³. Visant l'article 17 de la directive 2003/88/CE, la Cour casse l'arrêt d'appel et censure les juges du fond qui se sont abstenus de vérifier si les dispositions du droit interne, dérogeant pour les salariés de la RATP au régime des temps de pause prévu par le code du travail, accordent à ces salariés une protection appropriée pour les cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives. La Cour de cassation somme ainsi de vérifier que les salariés de la RATP bénéficient d'un régime de pause conforme à la volonté européenne³⁷⁴.

165. - Les contreparties en cas de dérogations à la durée de travail – Les salariés

³⁷¹ Art. D. 3131-5 et Art. D. 3131-6, C. trav. Les dérogations à la période minimale de onze heures de repos quotidien par salarié est permise en cas de travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour organiser des mesures de sauvetage, prévenir des accidents imminents et réparer des accidents survenus au matériel, aux installations ou aux bâtiments. Ces dérogations sont subordonnées à l'attribution de période au moins équivalentes de repos aux salariés intéressés.

³⁷² Cass. soc., 17 févr. 2010, n°08-43.212.

³⁷³ Il est possible de s'interroger sur l'invocation de la directive 2003/88/CE par un agent contre la RATP. En effet, la CJUE n'autorise pas l'effet direct horizontal d'une directive. Afin de contourner cette difficulté, la Cour de cassation a recouru au concept d'Etat-employeur et a considéré que « les dispositions de cet article 17 peuvent être invoquées directement à l'encontre de la RATP en ce qu'elle est chargée en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service public et dispose à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers ».

³⁷⁴ Cass. soc., 6 mars 2012, n°10-26.049 : La Cour de cassation approuve les juges du fonds qui ont constaté que les mesures prises par la RATP satisfaisaient aux exigences de la directive 2003/88/CE, en matière de temps de pause.

accomplissant des heures supplémentaires jouissent également d'une contrepartie. La nature de celle-ci varie en fonction du respect ou non du contingent annuel³⁷⁵. Elle peut être en rémunération ou en repos.

La contrepartie pour les heures supplémentaires effectuées en deçà du contingent annuel fit l'objet d'arbitrages législatifs successifs. Les textes privilégièrent tantôt une prise de repos³⁷⁶, tantôt l'augmentation des revenus des salariés³⁷⁷. Désormais, le législateur favorise cette dernière proposition³⁷⁸. Les partenaires sociaux ont, cependant, la possibilité d'aménager la disposition légale et de préférer instaurer, par voie conventionnelle, une contrepartie en repos³⁷⁹. Telle est la solution retenue notamment dans la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001³⁸⁰. L'employeur peut également décider ce remplacement de la rémunération par un repos dès lors que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel ne s'y opposent pas. Cette décision conventionnelle ou unilatérale permet de trouver un compromis entre argent et repos. Cependant, il ne faut pas confondre ce repos compensateur de remplacement avec la contrepartie obligatoire en repos due en cas de dépassement du contingent annuel.

En plus des majorations³⁸¹ et du repos compensateur de remplacement, les salariés bénéficient d'un droit à repos pour toutes les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel³⁸². Ce repos n'a aucunement été instauré dans une volonté de protéger la santé des salariés face à une durée de travail accrue. En effet, le ministre délégué aux Relations de

³⁷⁵ Art. D. 3121-14-1, C. trav. : « *En l'absence d'accord collectif, le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé à deux cent vingt heures par salarié* ».

³⁷⁶ Loi n°98-461 du 13 juin 1998, dite loi Aubry I et loi n°200-37 du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II.

³⁷⁷ Loi n°2005-296 du 31 mars 2005, dite loi Fillon.

³⁷⁸ Art. L. 3121-22, C. trav. : « *Les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire, ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des huit heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50%* ».

³⁷⁹ Art. L. 3121-24, C. trav. Ainsi les heures supplémentaires majorées de 25% peuvent être remplacées par un repos d'une heure et quart, et celles majorées de 50% peuvent être remplacées par un repos une heure et demie.

³⁸⁰ Art. 5-10, Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001.

³⁸¹ La contrepartie obligatoire en repos ne se substitue pas à la rémunération majorée des heures supplémentaires, mais s'y ajoute.

³⁸² Art. L. 3121-11, C. trav.

travail, Gérard Larcher, affirmait, lors de débats parlementaires en 2005, que le repos compensateur est né en 1976 « non pas de préoccupations en matière de santé au travail mais de la volonté de réduire le nombre d'heures supplémentaires face à la montée du chômage »³⁸³. Le repos est donc instrumenté en faveur de considérations économiques et d'emploi.

Les modalités de prise de cette contrepartie obligatoire en repos³⁸⁴ sont aménagées par convention ou accord collectif. A défaut d'un tel accord, les règles sont fixées par le décret du 4 novembre 2008³⁸⁵, mais elles n'ont qu'une valeur supplétive. Ainsi, un accord collectif peut écarter les dispositions contenues dans ledit décret. Une telle situation illustre le pouvoir grandissant des partenaires sociaux. Le Conseil constitutionnel est venu, néanmoins, rappeler « les limites du désengagement de la loi au profit de l'autonomie collective »³⁸⁶ et a jugé contraire à l'article 34 de la Constitution l'absence d'encadrement légal de la contrepartie obligatoire en repos³⁸⁷. Les dispositions du code du travail, dont la suppression par la loi du 20 août 2008 est contestée par le juge constitutionnel, sont alors maintenues³⁸⁸. Ainsi la contrepartie obligatoire en repos est fixée à 50% pour les entreprises de vingt salariés au plus et à 100% pour les entreprises de plus de vingt salariés.

Les salariés doivent être informés de leur droit à repos. L'employeur doit annexer à leur bulletin de paie un document indiquant, d'une part, le nombre d'heures de contrepartie obligatoire en repos et notifiant, d'autre part, dès lors que ce nombre atteint sept heures, l'ouverture du droit à repos et l'obligation de le prendre dans un délai maximum de deux mois,

³⁸³ Troisième séance du jeudi 3 février 2005, JO AN du 4 févr. 2005, p. 740.

³⁸⁴ Le repos compensateur obligatoire légal a été abrogé par la loi n°2008-789 du 20 août 2008 et remplacé par une contrepartie obligatoire en repos.

³⁸⁵ Art. D. 3121-8, C. trav. : « *Le droit à contrepartie obligatoire en repos est réputé ouvert dès que ce repos (...) atteint sept heures. La journée ou demi-journée au cours de laquelle le repos est pris est déduite du droit à repos à raison du nombre d'heures de travail que le salarié aurait accompli pendant cette journée ou cette demi-journée* ».

Art. D. 3121-14, C. trav. : « *Le salarié dont le contrat de travail prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis. (...) Cette indemnité a le caractère de salaire* ».

³⁸⁶ A. Mazeaud, Droit du travail, Ed. Montchrestien, 2012, §949.

³⁸⁷ Déc. n°2008-568 DS du 7 août 2008.

³⁸⁸ Ancien Art. L. 3121-26 à L.3121-32, C. trav.

sous réserve des dispositions permettant à l'employeur de différer la prise de ce repos³⁸⁹. Cette information ne suffit pas à conférer aux salariés leur contrepartie obligatoire en repos. Il s'agit d'un droit subjectif nécessitant une demande de la part des salariés au cours du délai de deux mois susmentionné³⁹⁰. Cependant, l'inertie de ces derniers ne leur fait pas perdre leur droit. L'employeur acquiert un rôle actif et doit leur demander de prendre leurs repos dans un délai maximum d'un an³⁹¹. Ainsi, il ne peut se borner à informer les salariés, mais doit les inciter à utiliser réellement leur repos. En cas de manquement à cette obligation, l'employeur devra indemniser le salarié pour le préjudice subi³⁹².

Les salariés ne disposent pas librement de la contrepartie en repos. Des impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise peuvent nécessiter le renvoi ultérieur de cette contrepartie, sans que ce report ne puisse excéder deux mois³⁹³. L'exigence d'une telle limite est essentielle afin de préserver le droit au repos des salariés. Parfois, la restriction du pouvoir de l'employeur doit être davantage approfondie en vue d'éviter une modification constante du temps de travail des salariés et une atteinte disproportionnée à son repos.

Section 2 : La limitation de la liberté d'entreprendre par le droit au repos

166. - Au regard des répercussions des décisions patronales sur le droit au repos, le pouvoir de direction de l'employeur peut se trouver limité (I). Cependant, une limitation trop excessive pourrait se révéler défavorable pour l'entreprise. Il apparaît donc nécessaire d'opérer un arbitrage entre la liberté d'entreprendre et le droit au repos (II).

I. La prise en considération du droit au repos

167. - Le salarié n'est plus outil, mais est devenu individu sous l'impulsion du droit du

³⁸⁹ Art. D. 3171-11, C. trav.

³⁹⁰ Art. D. 3121-11, al. 1 et al. 2, C. trav. : « *Le salarié adresse sa demande de contrepartie obligatoire en repos à l'employeur au moins une semaine à l'avance. La demande précise la date et la durée du repos* ».

³⁹¹ Art. D. 3121-10, C. trav.

³⁹² Cass. soc., 9 mai 2007, n°05-46.029. Cette décision était relative au repos compensateur obligatoire, depuis supprimé. Il est cependant possible de penser qu'elle puisse s'appliquer désormais à la contrepartie obligatoire en repos.

³⁹³ Art. D. 3121-11, al. 3 et al. 4, et Art. D. 3121-12, C. trav.

travail³⁹⁴. L'employeur ne peut plus imposer unilatéralement ses exigences, mais doit prendre en considération les aspirations personnelles, familiales et relatives au repos des salariés. Cette individualisation se perçoit notamment en matière de temps de travail. Il a été ainsi remarqué « le passage d'une définition homogène du temps de travail centré sur l'horaire collectif à des horaires hétérogènes et individualisés ».

La thématique de l'individualisation du temps de travail connaît des répercussions en matière d'aménagement et de diversifications de temps de travail. Le temps de travail constitue une démarcation entre la vie professionnelle et la vie extra-professionnelle des salariés et permet de tracer les contours des rapports de travail. Par le biais des horaires individualisés, l'employeur adapte le temps à la personne du salarié et tient compte de ses particularités.

Une augmentation démesurée du temps de travail ou encore les changements intempestifs dans l'organisation du travail peuvent avoir un impact certain sur la vie familiale du salarié et son droit au repos. Dans un arrêt du 3 novembre 2011³⁹⁵, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le pouvoir de l'employeur de modifier les horaires de travail. Les juges ont considéré que « 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 ». Dans ses choix de gestion, l'employeur est donc contraint de respecter le repos du salarié. Cependant, la Cour apporte une nuance en précisant « sauf atteinte excessive ». Il est donc possible d'altérer le repos des salariés dès lors que cela n'est pas démesuré.

Le droit au repos du salarié apparaît donc au centre du questionnement sur la conciliation entre les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'employeur.

II. L'arbitrage entre droit au repos et liberté d'entreprendre

168. - La hiérarchie des normes. - La confrontation des libertés dans l'entreprise est

³⁹⁴ A. Supiot, *Le travail, liberté partagée*, Dr. soc. 1993, p.716 : « L'intervention du contrat de travail a justement consisté à sortir le travail de la qualification juridique de « bien » pour lui conférer un statut juridique original qui fait place à sa dimension personnelle, tout en maintenant sa valeur d'échange ».

³⁹⁵ Cass. soc., 3 nov. 2011, n°10-14.702.

inhérente aux relations du travail. L'instauration d'une relative harmonie exige une conciliation entre les différentes libertés. Plusieurs processus peuvent être invoqués pour parvenir à ce but.

Il y a d'abord le recours à la hiérarchie des normes. L'inégalité entre les principes peut permettre de résoudre le conflit pouvant les opposer. En effet, une norme peut avoir une portée supérieure à une autre. Cette solution est cependant inopérante pour régler le conflit entre la liberté d'entreprendre, liberté fondamentale découlant l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le droit au repos, principe social ayant valeur constitutionnelle car reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946. Ces deux fondements, issus tout deux du bloc de constitutionnalité, se heurtent et se limitent réciproquement. Un compromis doit donc être opéré entre droit au repos et liberté d'entreprendre.

169. - Le principe de proportionnalité - Dans l'arrêt du 3 novembre 2011 susmentionné, la Cour de cassation a allégué le principe de proportionnalité, visé par l'article L. 1121-1 du Code du travail, en vue de résoudre le conflit opposant la liberté d'entreprendre de l'employeur et le droit au repos des salariés. Selon ledit article, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La Cour de cassation semble, dans sa décision, opérer une lecture inversée de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Il en résulte que tout employeur peut réduire le droit au repos de ses salariés, dès lors qu'il justifie des mesures utilisées et n'abuse pas de son pouvoir. En adoptant une telle position, le juge semble reconnaître à l'employeur la possibilité d'entamer les droits de la personne et les libertés individuelles et collectives des salariés, à la condition que cette atteinte ne soit pas excessive.

Dans ledit arrêt, le salarié concerné contestait le passage d'horaires de travail matinaux à des horaires plus tardifs et refusait à ce titre d'appliquer les nouveaux horaires prescrits par son employeur. Alors que la cour d'appel avait donné gain de cause à l'intéressé au motif que la nouvelle répartition des horaires de travail opérée par l'employeur sans l'accord du salarié engendrait un bouleversement total du rythme de travail de ce dernier, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond n'avaient pas précisé si le changement d'horaires portait une atteinte excessive au droit au repos du salarié. Il est possible de penser que le simple report du

commencement de la journée de travail sur l'heure suivante ne permet pas de caractériser une atteinte excessive au droit au repos, à la différence du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou encore d'un horaire continu à un horaire discontinu.

Qu'il soit modéré ou excessif, le changement des horaires, sous couvert de l'intérêt de l'entreprise, a nécessairement des conséquences sur l'organisation de la vie privée et familiale du salarié. En effet, ce dernier se voit imposer une subordination à des temps où antérieurement il se trouvait en repos. En outre, des changements répétés et discrétionnaires peuvent être sources d'un syndrome anxio-dépressif et engendrer des accidents de travail et des maladies professionnelles.

Afin d'assurer une stabilité dans le droit au repos des salariés, il apparaît intéressant que la politique de l'entreprise soit empreinte d'une vision de respect.

170. - Le respect- L'idée de respect est empreinte d'une certaine moralité. Elle peut recouvrir de nombreux pans des relations de travail. Dans l'entreprise, le respect est entendu comme la prise en compte des intérêts de l'autre. Dès lors que l'employeur reconnaît qu'une de ses décisions puisse avoir un impact certain sur le droit au repos de ses salariés, il convient de recourir à un compromis avec ces derniers³⁹⁶.

Cette notion de respect renvoie à la thèse civiliste du solidarisme contractuel qui mêle moralité et droit. Cette doctrine part du postulat que les parties au contrat sont de facto inégales. Les contrats ne sont pas librement formés, car leur conclusion est souvent conduite par le contractant le plus fort. En vue de préserver la partie faible, les partisans du solidarisme contractuel considèrent qu'il faut apporter des assouplissements dans les relations et, par là même, instaurer un certain équilibre contractuel. Cet équilibre est possible grâce à l'union des cocontractants aspirant à des volontés communes. Le solidarisme contractuel peut être appliqué au contrat de travail, en pratique qualifié de contrat d'adhésion. Pour garder une emprise sur le temps de travail de leurs salariés, certains employeurs insèrent dans le contrat

³⁹⁶ La réforme législative introduite au Japon en 1987 a instauré cette idée de compromis au sein de l'entreprise. Il est reconnu aux salariés, souvent occupés à des postes hautement spécialisés, de fixer librement leur calendrier de travail, après s'être préalablement mis d'accord avec leurs supérieurs sur les objectifs à atteindre et les délais donnés.

de travail une clause de variation qui leur permet de faire varier les horaires de travail. Pourtant, dans les rapports professionnels, il est parfois nécessaire que l'employeur fasse preuve d'un certain altruisme afin de comprendre et d'accepter les besoins et les intérêts des salariés, notamment leur droit au repos.

Le solidarisme contractuel ne fait pas l'unanimité en droit civil et reste critiqué par le courant des autonomistes³⁹⁷. Ce lien d'empathie, de compassion que certains tentent d'instaurer entre le salarié et l'employeur est contesté³⁹⁸. En matière de droit du travail, la théorie du solidarisme contractuel et son application stricte peuvent être discutées. En effet, dans l'entreprise, il est, parfois, nécessaire de transcender les volontés et les besoins respectifs des acteurs professionnels au nom d'un intérêt commun, celui de l'entreprise. Il s'agit d'un réel équilibre que l'employeur doit réaliser. Il doit s'intéresser au fonctionnement de l'entreprise – car sans entreprise, il n'y a pas d'emploi, mais doit également répondre aux attentes des salariés, notamment lorsqu'elles sont liées à leur santé – car sans salariés, il n'y a pas de production intellectuelle ou matérielle.

La Cour de cassation ne se réfère jamais explicitement à une doctrine, mais elle peut s'en inspirer. Ainsi, lorsqu'elle doit statuer sur la validité de clause de variation des horaires de travail, elle semble préférer la théorie de la solidarité contractuelle. Elle a jugé, dans un arrêt du 24 mars 2010, que « le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue, nonobstant toute clause contractuelle ou conventionnelle contraire, une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié »³⁹⁹. La clause est donc privée d'effet dès lors que le changement des horaires entraîne une modification du contrat de travail. De même, dans un arrêt du 17 novembre 2004, l'entreprise requérante faisait valoir que le changement de la répartition de l'horaire de travail imposant à un salarié de travailler deux dimanches sur trois, et non plus un dimanche sur trois, découlait de la clause de variation prévue dans le contrat de travail, qui avait d'ailleurs été appliquée sans abus de la part de l'employeur. Par

³⁹⁷ Les autonomistes considèrent que les hommes naissent libres et égaux. Ils prônent la maxime « *Pacta sunt servanda* ».

³⁹⁸ Doyen J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 22ème éd. : « *On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage* ».

³⁹⁹ Cass. soc., 24 mars 2010, n°08-43.324.

cette clause, l'employeur était ainsi autorisé à faire varier le repos dominical de son salarié. Dans sa décision, la Cour s'est abstenue de se référer à cette clause et a considéré qu'un tel changement nécessitait l'accord du salarié. Certains auteurs ont critiqué cette solution. Le Professeur Christophe Radé considère que « la chambre sociale de la Cour de cassation ne devrait pas faire comme si cette clause n'existait pas, sauf à nier purement et simplement l'autonomie des parties contractantes »⁴⁰⁰. Il conviendrait donc d'admettre la validité de ces clauses de variation d'horaires dès lors les modalités sont suffisamment précisées et déterminées par le contrat, conformément à l'article 1129 du Code civil. Les juges auraient alors seulement à contrôler si la clause a été mise en œuvre de bonne foi et si l'employeur a effectivement respecté les conditions d'application de celle-ci. Cette solution permettrait de préserver l'autonomie des parties contractantes et concilier les impératifs de la vie économique et ceux inhérents à la vie du salarié, tels que ses temps libres.

En matière de droit au repos, l'encadrement de la clause de variation devra être renforcé afin de préserver la santé et la vie personnelle et familiale des salariés. En outre, sa consécration internationale, européenne et nationale confère au droit au repos une importance telle que l'employeur ne peut y porter atteinte de façon démesurée. A défaut, la volonté des pouvoirs publics et des juges de protéger le droit au repos des salariés serait ébranlée et l'employeur pourrait alors mettre en jeu la clause de variation et réclamer de manière discrétionnaire la présence de ses salariés, même le dimanche.

Des considérations purement économiques peuvent également limiter l'importance et la portée du droit au repos.

⁴⁰⁰ C. Radé, obs. sous Cass. soc., 17 nov. 2004, n°02-45.100, Dr. soc. 2005, 227.

Chapitre 2 : Le droit au repos confronté au poids de l'économie

171. - « Travailler plus, pour gagner plus »⁴⁰¹ - La possibilité donnée à ceux qui veulent gagner plus, de travailler plus mène à s'interroger sur la place du repos au regard des mutations de la société. Face à un besoin ou une volonté des salariés d'augmenter les rémunérations et face aux préoccupations économiques des pouvoirs publics et des dirigeants d'entreprise, le repos se trouve parfois aménagé, voire diminué, en vue d'accroître le pouvoir d'achat pour les uns, ou de développer la productivité et le profit pour les autres.

Ce sacrifice du repos transparait, d'abord, dans le débat sur le repos dominical, élément pourtant essentiel du droit au repos des salariés, et dans la multiplication des dérogations qui y sont apportées (Section 1). Il se révèle, également, dans la possibilité d'une conversion monétaire des temps de repos, souvent à l'initiative des salariés eux-mêmes (Section 2).

Section 1 : La remise en cause du repos dominical

172. - Les origines – Abandonné sous la Monarchie de Juillet, sauf pour les enfants et les femmes, le repos dominical fut rétabli par la loi du 13 juillet 1906 pour les ouvriers et les employés. Dégagé de toute connotation religieuse, le repos dominical s'est imposé au nom de considérations sociales et familiales (I). Pourtant, près de 6,5 millions de salariés travaillent le dimanche⁴⁰². Ce nombre ne cesse de s'accroître face à la multiplication des dérogations au repos dominical (II).

I. Le repos dominical

173. - Le choix du jour du repos hebdomadaire n'est pas laissé à la discrétion des salariés et des employeurs. Le législateur a tenu à imposer le repos dominical (A). Cependant, cette obligation faite de se reposer le dimanche tend à être discutée et débattue, au regard de son

⁴⁰¹ Slogan de la campagne présidentielle de 2007 du candidat Nicolas Sarkozy.

⁴⁰² Dares, *Etude sur le travail dominical*, 29 oct. 2011.

opportunité et de sa nécessité (B).

A. L'obligation

174. - Le domaine d'application du repos dominical s'est étendu au fil des dispositions législatives. Désormais, il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés, sauf exception dans certains secteurs, tels que l'agriculture, les transports ferroviaires ou la marine de commerce, qui sont soumis à des régimes particuliers.

En revanche, les travailleurs indépendants et leur famille ne bénéficient pas de cette protection. Une telle situation peut avoir de réelles incidences sur la concurrence et peut être source de distorsion. Au nom de la liberté du commerce, un commerçant peut choisir d'ouvrir son établissement en permanence, sans respecter de repos hebdomadaire, alors que d'autres à proximité, embauchant des salariés, sont privés de cette possibilité. Afin d'empêcher cette atteinte à la concurrence, le préfet peut, suite à la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernées pendant toute la durée de ce repos⁴⁰³.

Le repos dominical étant d'ordre public, sa violation est sanctionnée pénalement. L'amende due doit être versée autant de fois qu'il y a de salariés illégalement employés⁴⁰⁴, sans qu'aucune distinction soit faite entre les salariés travaillant seulement le dimanche et ceux qui sont occupés d'autres jours dans la semaine⁴⁰⁵. La rigueur de cette sanction se justifie par le fait que la violation des dispositions sur le repos dominical entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié « du fait de l'atteinte portée à sa vie personnelle »⁴⁰⁶, et ce, même si le salarié est une victime consentante⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Art. L. 3132-29, C. trav.

⁴⁰⁴ Art. R. 3135-2, C. trav.

⁴⁰⁵ Cass. crim., 14 nov. 1989, n°88-87.135.

⁴⁰⁶ Cass. soc, 19 déc. 2007, n°06-41.770.

⁴⁰⁷ Cass. crim., 5 déc. 1989, n°89-81.995.

Outre l'inspecteur du travail pouvant agir en référé, les salariés ainsi que les syndicats d'employeurs⁴⁰⁸ et de salariés peuvent agir en justice contre un commerçant ayant méconnu les dispositions légales en matière de repos dominical.

Malgré cette reconnaissance protégée, le maintien du repos dominical, au moins dans le commerce, est discuté.

B. Le débat

175. - « Je hais le dimanche » - Les dissidents s'interrogent sur l'opportunité de préserver cette tradition qu'ils considèrent comme désuète. Plusieurs arguments sont avancés afin d'expliquer leurs revendications.

L'une des premières contestations majeures du repos dominical est apparue dans la sphère européenne. Dans sa version initiale, la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, imposait la prise du repos hebdomadaire le dimanche⁴⁰⁹. Le Royaume-Uni⁴¹⁰ a fait valoir que si l'on raisonnait en termes de santé et de sécurité, prescrire le dimanche ne présentait aucune utilité. La CJUE a annulé sa disposition, faute de pouvoir démontrer l'intérêt du repos dominical sur la santé et la sécurité des travailleurs, fondement sur lequel sa directive avait été adoptée⁴¹¹.

La discorde se situe également dans le secteur de la distribution et des services. Le droit du travail ne saurait ignorer les préoccupations économiques, notamment invoquées par la grande distribution désireuse d'augmenter son chiffre d'affaires. Le repos dominical est parfois perçu comme un obstacle à la libre concurrence, voire à la liberté d'entreprendre. Pour sa part, la CJUE a estimé que les effets restrictifs sur les échanges produits par le repos dominical

⁴⁰⁸ Cass. ass. plén., 7 mai 1993, n°91-12.611 et n° 91-12.704.

⁴⁰⁹ Art. 5, Directive 93/104/CE du 23 nov. 1993.

⁴¹⁰ Jusqu'en 1998 – date de transposition de la directive 93/104/CE par le gouvernement britannique – le temps de travail n'était soumis à aucune réglementation au Royaume-Uni. Cette absence de normes se plaçait dans une tradition fondée sur la théorie du « laissez faire » collectif. L'encadrement du temps de travail et de repos était donc laissé aux parties au contrat de travail ou à la négociation collective d'entreprise. En outre, l'organisation de la société était marquée par un rythme de travail soutenu. Ainsi la proposition de la Communauté européenne d'adopter une directive en matière de temps de travail est apparue contraire aux intérêts nationaux et fut rejetée par le gouvernement conservateur en place. Le Royaume-Uni a donc avancé des arguments pour contester cette initiative européenne.

⁴¹¹ CJCE 12 novembre 1996, aff. C-84/94, *Royaume-Uni c/Conseil de l'Union européenne*.

« n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi »⁴¹². S'agissant de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC relative à la conformité de l'article L. 3132-29 du Code du travail, qui autorise le préfet à ordonner la fermeture d'établissement au public le dimanche, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil a considéré que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre était proportionnée au regard de son caractère limité dans le temps et dans l'espace⁴¹³. En outre, le Conseil avait antérieurement jugé « qu'en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que : « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »⁴¹⁴.

D'autres acteurs économiques réclament également l'ouverture des magasins le dimanche. Il s'agit d'abord des consommateurs qui désirent concilier loisir et consommation. Cette exigence est bercée d'un certain égoïsme : tout en en faisant part d'un réel attachement à leur propre repos dominical, ils exigent que d'autres travaillent pour pouvoir profiter entièrement de leur temps libre. Plus étonnant encore, de nombreux salariés souhaitent travailler le dimanche et ce malgré l'importance du repos dominical sur la vie privée et familiale. Ils désirent augmenter leur rémunération, les salaires étant majorés ce jour. Ainsi, en avril 2013, de nombreux salariés, notamment d'enseignes de bricolage⁴¹⁵, ont manifesté pour défendre le travail dominical⁴¹⁶. De même, depuis quarante ans, la zone de « Plan-de-Campagne » dans les

⁴¹² CJCE, 28 fév. 1991, aff. n° C-312/8, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/Sté Sidef Conforama et autres*.

⁴¹³ Cons. const., 21 janv. 2011, QPC n°2010-89.

⁴¹⁴ Décis. n°2009-588 DC du 6 août 2009.

⁴¹⁵ L'enseigne Castorama avait d'ailleurs été assignée devant le TGI de Bobigny pour travail illégal le dimanche. En décembre 2012, le Tribunal lui avait accordé un délai de trois mois pour se mettre en conformité avec les dispositions légales interdisant le travail dominical. A la sortie de l'audience, certains salariés brandissaient des banderoles sur lesquelles il était possible de lire « Laissez-nous travailler le dimanche ». (*L'Express – L'Expansion, Travail dominical : Castorama obtient un sursis dans le 93, 7 déc. 2012*).

⁴¹⁶ Le Figaro, *Travail dominical : salariés rassemblés*, 17 avr. 2013.

Bouches-du-Rhône emploie le dimanche des salariés ayant exprimé le souhait de renoncer à leur repos dominical.

Certains avancent également l'argument selon lequel le travail dominical est un facteur de rencontres et de « sociabilisation »⁴¹⁷.

D'autres invoquent le fait que l'ouverture dominicale des commerces permettrait à certaines personnes occupées en semaine de travailler le dimanche, tel est notamment le cas des étudiants ; ou encore permettrait de créer des emplois supplémentaires. Ainsi, le travail dominical serait source d'adaptation de l'économie française aux mutations de la société.

Cependant, malgré ces diverses pressions et réclamations, l'opinion publique et la classe politique ne semblent pas enclines à renoncer au repos dominical. En effet, en avril 2013, la proposition de la candidate socialiste à la mairie de Paris, Anne Hidalgo, d'engager de nouvelles discussions sur le travail dominical fut accueillie par un concert de protestations⁴¹⁸. Le Ministre du Travail, Michel Sapin, a d'ailleurs fait part de son refus d'entamer « cet élément important de la vie des travailleurs » qu'est le repos dominical⁴¹⁹.

176. - La protection du repos dominical – Le repos dominical est en majorité défendu. Pour certains, il est essentiel à la vie familiale, culturelle et sociale. Pour d'autres, il répond à des considérations religieuses et traditionnelles⁴²⁰. Enfin, certains s'opposent aux demandes de la grande distribution en invoquant des arguments économiques. Ils avancent d'abord le risque d'une réelle distorsion de concurrence. La généralisation du travail du dimanche profiterait aux grandes surfaces et non aux petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas d'un nombre suffisant de salariés pour être ouvertes en permanence. Ils remettent également en doute l'argument selon lequel le travail dominical serait effectué sur la base du volontariat. Ils

⁴¹⁷ Dans son étude sur « *les mutations de la société et les activités dominicales* », l'actuel président-directeur-général de La Poste affirme que « *Plan-de-Campagne n'est pas qu'un lieu de commerce, c'est aussi un lieu de rencontre* ». L'ouverture des magasins le dimanche permettrait donc d'accroître la sociabilisation de la population.

⁴¹⁸ Libération, *Travail le dimanche : concert de protestations contre Hidalgo*, 25 avr. 2013.

⁴¹⁹ Le Monde, *Michel Sapin refuse de remettre en cause le repos dominical*, 23 mai 2013.

⁴²⁰ Les Conventions n°14 et 106 de l'OIT, ainsi que la Charte sociale européenne préconisent d'ailleurs l'instauration d'un jour de repos hebdomadaire conformément à la tradition ou aux usages du pays ou de la région.

craignent d'abord une discrimination à l'égard des salariés qui auront préféré préserver leur repos dominical. Enfin, ils considèrent que derrière le principe de volontariat pourrait se dissimuler une obligation pour les salariés de travailler le dimanche. En effet, les salariés sollicités le dimanche risquent de ne pas pouvoir refuser face à un employeur insistant⁴²¹.

177. - Un marqueur social – Le Conseil économique, social et environnemental a publié une étude sur la Consommation, le Commerce et les Mutations de la société, en février 2007. Il relève que le repos dominical est un réel « marqueur social ». Le dimanche bénéficie d'une place à part dans la semaine et est empreint d'une portée symbolique reconnue. Le Conseil estime que « le dimanche rythme la semaine plus encore peut-être que le samedi dont on ne peut plus le séparer réellement puisque nombre d'entre nous « remplissent » ce jour pour « libérer » le dimanche des « corvées ». Il apparaît comme le jour où l'on peut choisir son activité ; cette faculté étant considérée comme un des éléments les plus satisfaisants pour l'individu : celui d'avoir « pouvoir sur son emploi du temps », élément également, de la maîtrise sur « l'ensemble de la vie » (...). Il autorise une variété d'usages, de rencontres, d'activités : des plus individuelles aux plus collectives dans lesquelles peuvent se combiner le « recentrement » (se reposer, se retourner...), le partage (échanger, renforcer le lien familial, amical), l'ouverture (sortir, se divertir...) mais aussi, pourquoi pas, le « rattrapage » (de certaines... tâches). Il autorise enfin, le choix du lieu de cette activité, dans toute la mesure du possible. En bref, il s'agit du jour de la vie privée par opposition au reste de la semaine, dévolue à la vie « publique » et en premier lieu à la vie « professionnelle ». Le dimanche apparaît donc comme un élément majeur du droit au repos des salariés.

Les diverses contestations du repos dominical n'ont pas entraîné l'abrogation de celui-ci, mais ont provoqué l'adoption de nombreuses dérogations.

II. Le travail dominical

178. - Face à l'évolution de la société et à la demande constante des consommateurs, mais également en raison de l'intérêt économique du travail dominical pour certaines régions, agglomérations ou entreprises, le législateur a été contraint d'adapter la réglementation sur le

⁴²¹ Le Monde, *Le travail le dimanche, une mauvaise idée*, 26 nov. 2008.

repos dominical et d'admettre des dérogations (A). Cependant, afin d'éviter une atteinte excessive au droit au repos des salariés occupés le dimanche, certaines de ces mesures doivent être suivies d'une contrepartie temporelle et financière (B).

A. Les dérogations

179. - Dérogation permanente en droit – Cette dérogation s'applique à certains établissements, dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public. Elle concerne notamment le secteur du tourisme, de la santé et des soins, de la culture et des loisirs, de la consommation immédiate et la restauration, des télécommunications⁴²². Le repos dominical est dans ces domaines attribué par roulement, sans qu'aucune autorisation préalable ne soit exigée.

Le repos dominical peut également être suspendu temporairement en cas de travaux urgents nécessaires pour organiser des mesures de sauvetage⁴²³.

Enfin, dans le commerce de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures⁴²⁴.

180. - Dérogations accordées par le préfet – Le législateur a distingué deux régimes pour les dérogations par décision préfectorale. D'une part, la dérogation peut être accordée s'« il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement »⁴²⁵. D'autre part, le préfet peut dresser une liste des « communes d'intérêt touristique ou thermales et dans les zones touristiques, d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente » où les établissements peuvent donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel. Les dérogations préfectorales peuvent également être étendues dans les périmètres d'usage de consommation exceptionnelle (P.U.C.E.)⁴²⁶.

⁴²² Art. R. 3132-5, C. trav.

⁴²³ Art. L. 3132-4, C. trav.

⁴²⁴ Art. L. 3132-13, C. trav.

⁴²⁵ Art. L. 3132-20, C. trav.

⁴²⁶ Art. L. 3132-25-1, C. trav.

Ces autorisations préfectorales ne peuvent être données que pour une durée limitée⁴²⁷ et nécessitent d'être assorties d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après référendum auprès du personnel concerné⁴²⁸. Le travail du dimanche exige l'accord écrit des salariés désirant renoncer à leur repos dominical⁴²⁹. Le risque est que certains employeurs demandent de façon systématique l'accord des salariés au moment de l'embauche.

La reconnaissance de zones touristiques pour justifier le travail dominical peut aboutir à des incohérences dans les faits. A plusieurs reprises en 2007 et en 2008, le Président Nicolas Sarkozy a fait part de son étonnement face à la réglementation du travail dominical sur les Champs Elysées à Paris. En effet, les magasins situés sur le trottoir de droite bénéficient de l'autorisation de travailler le dimanche, à la différence du trottoir de gauche qui ne semble pas être qualifié de zone touristique⁴³⁰. La qualification de zone touristique apparaît donc incertaine, ce qui présente un risque pour la protection du droit au repos dominical des salariés.

La jurisprudence administrative a tenté de donner des indications afin de distinguer les magasins, situés dans une zone touristique, pouvant rester ouverts de dimanche, et ceux n'étant pas autorisés. Les critères retenus sont davantage en lien avec l'activité pratiquée qu'avec la localisation de l'établissement. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Paris a considéré qu'un magasin situé dans une zone touristique et proposant des vêtements et accessoires de mode doit pouvoir bénéficier d'une dérogation au repos dominical au motif que « ce magasin de détail doit être regardé comme mettant à la disposition du public des biens et des services destinées à faciliter ses activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif, récréatif ou culturel »⁴³¹. A l'inverse, un autre établissement situé sur les Champs Élysée, zone

⁴²⁷ Art. L. 3132-25-4, C. trav.

⁴²⁸ Art. L. 3132-25-3, C. trav.

⁴²⁹ Art. L. 3132-25-4, C. trav.

⁴³⁰ Notamment, N. Sarkozy, *Discours à l'Assemblée des Entrepreneurs*, Lyon, 7 déc. 2007.

⁴³¹ CAA Paris, 14 nov. 2005, *Barbara Bui*.

dérogatoire, s'est vu refuser la possibilité d'ouvrir le dimanche en raison du lien indirect avec les activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif récréatif ou culturel⁴³².

181. - Dérogations conventionnelles – Le secteur de l'industrie a la possibilité de déroger au repos dominical par voie conventionnelle. Ainsi, une convention ou un accord collectif étendu, ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, peut prévoir la possibilité d'organiser le travail de façon continue pour des raisons économiques et d'attribuer le repos hebdomadaire par roulement. A défaut de tels conventions ou accords, l'inspecteur du travail peut accorder une dérogation, après consultation des délégués syndicaux et avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'ils existent⁴³³.

182. - Dérogations accordées par le maire – Un arrêté municipal peut prévoir occasionnellement des dérogations au profit des établissements de commerce de détail et dans la limite de cinq dimanches par an⁴³⁴.

B. Les compensations

183. - Ces multiples dérogations⁴³⁵, affaiblissant l'importance du repos dominical, doivent être accompagnées de compensations garanties aux salariés. Ces dernières varient en fonction des situations rencontrées. Les salariés d'un établissement situé dans une commune d'intérêt touristique ou thermale, ou dans une zone touristique d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente, ne jouissant pas obligatoirement d'une contrepartie au travail le dimanche, sauf si un accord le prévoit. A l'inverse, une contrepartie doit être obligatoirement octroyée aux salariés d'un établissement situé dans un P.U.C.E et aux salariés d'un établissement pour lequel le repos simultané de tous les salariés pourrait se révéler préjudiciable. Ces contreparties sont fixées par voie d'accord collectif. A défaut, l'employeur fixe la durée du repos compensateur et le taux de majoration de la rémunération, après approbation par référendum. La rémunération doit être au moins égale au double de la

⁴³² CAA Paris, 5 juillet 2006, *Société Grand Optical « Les Opticiens Associés »*.

⁴³³ Art. L. 3132-14, C. trav.

⁴³⁴ Art. L. 3132-26, C. trav.

⁴³⁵ Selon le rapport « *Consommation, commerce et mutations de la société* » du Conseil économique, social et environnemental de 2007, « *au total, il y aurait en compilant toutes les règles, près de 180 dérogations* ».

rémunération normalement due pour une durée équivalente. A titre supplétif, la loi peut également intervenir, comme pour les P.U.C.E.

La loi crée donc une inégalité entre les salariés en ne leur assurant pas des contreparties équivalentes. Pour justifier cette différence, le Conseil constitutionnel s'est borné à soulever que « les salariés travaillant le dimanche dans des zones ou communes touristiques (...) sont, au regard de l'objet de la loi, dans une situation différente de celle des salariés travaillant dans les P.U.C.E. ; par suite, le législateur pouvait prévoir, pour ces derniers, une majoration légale de la rémunération en l'absence d'accord collectif »⁴³⁶.

Encouragés par ces nombreuses dérogations, certains salariés n'hésitent pas à sacrifier un élément essentiel de leur droit au repos afin d'augmenter leur rémunération. La monétisation du repos est d'autant renforcée grâce au mécanisme du compte épargne temps.

Section 2 : La monétisation du repos

184. - Plusieurs opportunités sont offertes aux salariés afin d'obtenir le versement d'une somme d'argent à la place de leur repos. Dans certains cas, ils peuvent bénéficier directement d'une indemnité financière (I) et, dans d'autres cas, ils doivent passer par l'intermédiaire soit de l'employeur, soit d'un compte épargne temps afin d'obtenir une rémunération supplémentaire (II). Cette monétisation du repos doit être grandement encadrée au regard des finalités du repos. Le besoin de gains supplémentaires ne doit pas entraîner un sacrifice déraisonné des temps de repos. L'homme politique britannique, Benjamin Disraeli, écrivait à juste titre « Le manque d'argent aigrit le caractère, trouble le repos, et finit par détruire la santé »⁴³⁷.

I. La monétisation directe

185. - La finalité du droit au repos présente une importance telle que la possibilité d'une monétisation a longtemps été rejetée (A). Cependant, certaines situations particulières ont

⁴³⁶ Décis. n°2009-588 DC du 6 août 2009.

⁴³⁷ B. Disraeli, *Sybil ou les deux nations*, 1845. Il s'agit d'une étude de la société anglaise du XIX^e siècle qui développe l'idée selon laquelle la population est scindée en deux : « *les riches et les pauvres* ».

permis de justifier des atténuations à cette règle. Ainsi, en contrepartie des temps de repos dont ils n'ont pas pu bénéficier, les salariés perçoivent une indemnité financière (B).

A. L'interdiction

186. - Dans une optique de protection de la santé et la sécurité des travailleurs, la priorité est souvent accordée au repos par rapport à l'argent. Cette position aboutit, parfois, à une interdiction presque absolue de la conversion monétaire des temps libres. Le maintien du droit au repos acquis grâce à l'accomplissement d'un travail est ainsi assuré.

Le législateur et le droit européen autorisent des dérogations à certains temps de repos. Néanmoins, le principe reste l'impossibilité pour le salarié de renoncer entièrement à son repos, qui doit être régulier. La CJUE rappelle qu'« en vue d'assurer une protection efficace de la sécurité et de la santé du travailleur, une alternance régulière entre une période de travail et une période de repos doit, en règle générale être prévue. En effet, pour pouvoir se reposer effectivement, le travailleur doit bénéficier de la possibilité de se soustraire à son milieu de travail pendant un nombre déterminé d'heures qui doivent non seulement être consécutives mais aussi succéder directement à une période de travail, afin de permettre à l'intéressé de se détendre et d'effacer la fatigue inhérente à l'exercice de ses fonctions »⁴³⁸.

La France, sous l'impulsion du droit européen, a encouragé la prise effective du repos. Ce souci de préserver le droit au repos apparaît en matière de congés payés. Tout salarié doit en principe jouir de congés payés, dès lors qu'il effectue un certain temps de travail. La directive 2003/88/CE proscrit le remplacement de la période minimale de congé payé de quatre semaines par une indemnité financière⁴³⁹.

La protection du droit à congé payé est la réponse face à l'accroissement de la conversion des temps de repos en argent. Le législateur a conféré une garantie particulière aux congés payés en leur assurant une prise en repos et a souhaité par-là limiter leur transformation monétaire. Cependant, des situations déterminées peuvent nécessiter le versement d'une indemnité financière.

⁴³⁸ CJCE, 9 sept. 2003, *Jaeger*.

⁴³⁹ Art. 7 §2, Directive 2003/88/CE.

B. Les atténuations

187. - Le droit commun - Lorsque le contrat de travail est résilié au cours de la période de référence, c'est-à-dire avant que le salarié ne liquide la totalité de ses congés payés acquis en raison de l'exécution d'un travail effectif, l'intéressé peut recevoir une indemnité compensatrice. Il s'agit de la seule réserve apportée par la directive 2003/88/CE concernant la prise de congés payés.

En principe, le mode et le motif de la rupture ne doivent pas impacter l'obtention de cette indemnité. Toutefois, le salarié perd son droit à versement dès lors qu'une faute lourde est à l'origine de son licenciement. La faute lourde se caractérise par l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise⁴⁴⁰. Le caractère assez grave de cette faute justifie de priver le salarié de l'exécution de son préavis de licenciement. En revanche, la suppression de l'indemnité compensatrice de congés payés peut être contestée car perçue comme une sanction. A la différence de l'indemnité de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés équivaut à l'accomplissement d'un temps de travail par le salarié. De la sorte, même si le salarié a commis une faute lourde, il a pour autant travaillé et a droit, comme les autres salariés, à une indemnité compensatrice de congés payés.

La conversion en argent des congés payés est également admise pour certains types de contrat.

188. - Les dispositions particulières – A la fin de leur contrat, les salariés embauchés à durée déterminée⁴⁴¹ ou par contrat de travail temporaire⁴⁴² peuvent bénéficier d'une indemnité compensatrice de congés payés. Cependant, les salariés liés par un contrat à durée déterminée ne reçoivent cette indemnité qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire « dans l'hypothèse où le régime des congés dans l'entreprise ne leur permet pas la prise effective de ceux-ci »⁴⁴³. Cette précision n'est pas applicable aux salariés soumis à un contrat de travail temporaire. Les juges sont restés muets les concernant. Pour les contrats à durée déterminée, il résulte de cet apport

⁴⁴⁰ Cass. soc., 29 nov. 1990, n°88-40.618.

⁴⁴¹ Art. L. 1242-16, C. trav.

⁴⁴² Art. L. 1251-19, C. trav.

⁴⁴³ Cass. soc., 25 févr. 1998, n°95-45.005.

que les salariés employés pour une période inférieure à un mois ne pourront jamais prendre leurs congés sous forme de repos et devront obligatoirement recevoir une indemnité. En effet, l'intéressé ne remplit pas les conditions posées par l'article L. 3141-3 du Code du travail qui subordonne l'acquisition de deux jours et demi de congés à l'exécution d'un mois de travail effectif chez le même employeur. Ces salariés sont dans l'impossibilité légale de jouir de leurs congés payés sous forme de repos. Cette situation apparaît contraire aux exigences de la directive 2003/88/CE qui interdit le remplacement des congés payés par une indemnité financière.

En outre, d'autres circonstances peuvent engendrer le versement d'une indemnité et ce même en l'absence de rupture du contrat de travail. Le salarié peut être créancier d'une indemnité compensatrice à l'égard de son employeur dès lors que ce dernier a manqué à ses obligations en matière de repos et a mis le salarié dans l'impossibilité de bénéficier de son congé payé au cours de la période de référence⁴⁴⁴. En revanche, il n'a droit à aucune indemnité si le motif ne résulte pas du fait de l'employeur⁴⁴⁵.

L'indemnité financière n'est pas la seule voie de monétisation des temps de repos, ce qui réduit d'autant plus la prise effective du droit au repos par les salariés.

II. La monétisation indirecte

189. - La monétisation indirecte nécessite l'intervention d'intermédiaires. Afin d'obtenir l'octroi d'une indemnité, les salariés doivent soit formuler auprès de leur employeur une demande de rachat de leurs temps libres (A), soit transférer certains repos sur un compte épargne temps instauré préalablement dans l'entreprise (B).

A. La demande de rachat

190. - La possibilité de demander le rachat des jours de repos n'est pas octroyée à l'ensemble des salariés et est limitée à certains types de repos. Il est en effet nécessaire de réduire les cas de rachat afin de conserver toute la finalité du repos, à savoir se reposer et non augmenter sa

⁴⁴⁴ Cass. soc., 7 nov. 1995, n°92-40.878.

⁴⁴⁵ Cass. soc., 3 nov. 1994, n°93-42.331.

rémunération.

191. - Le régime des trente-cinq heures - Antérieurement à la loi du 20 août 2008⁴⁴⁶, les salariés pouvaient acquérir légalement des journées ou demi-journées de repos afin de compenser le travail effectué chaque semaine entre trente-cinq heures et trente-neuf heures. Il s'agissait des jours de réduction du temps de travail (JRJT). Ces salariés bénéficiaient donc d'un droit au repos plus étendu que celui des salariés ne travaillant pas plus de trente-cinq heures par semaine.

Dans un premier temps, la conversion en argent des JRJT n'était possible que par le biais de leur transfert sur un compte épargne-temps⁴⁴⁷. Par la suite, le rachat direct a été admis, à titre temporaire, dans toutes les entreprises, quel que soit leur effectif⁴⁴⁸. Il ne visait que les JRJT acquis avant le 1er janvier 2010. En contrepartie, les salariés recevaient une indemnisation majorée. Désormais, les dispositions relatives aux JRJT ont été abrogées par la loi du 20 août 2008⁴⁴⁹. En revanche, les accords collectifs conclus antérieurement à cette loi continuent à s'appliquer. Néanmoins, il n'est plus possible, depuis le 1er janvier 2010, de racheter directement les JRJT sans les transférer dans un compte épargne-temps.

Cependant, l'admission du rachat n'a pas entièrement disparu de la réglementation sur le repos. Certains salariés particuliers continuent à bénéficier de cette possibilité.

192. - Le régime du forfait en jours – En principe, un salarié en forfait en jours ne peut travailler plus de deux cent dix-huit jours par an⁴⁵⁰. En l'absence du décompte horaire du temps de travail, il peut être amené à réaliser des durées de travail journalière et hebdomadaire excédant celles des salariés soumis au régime des trente-cinq heures. Afin de compenser ce déséquilibre et d'assurer le respect de la durée annuelle de référence, le salarié

⁴⁴⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁴⁴⁷ Loi n°2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise. L'article 4 de la loi permettait dans les entreprises de vingt salariés et moins, ne relevant pas d'un compte épargne temps, le rachat direct de dix jours de repos par an et ce, jusqu'au 31 décembre 2008.

⁴⁴⁸ Loi n° 2008-111 du 8 févr. 2008 pour le pouvoir d'achat.

⁴⁴⁹ Art. 20, Loi n°2008-789 du 20 août 2008.

⁴⁵⁰ Art. L. 3121-44, C. trav.

en forfait en jours bénéficie d'un droit au repos propre, caractérisé par l'octroi de jours de repos supplémentaires.

Les salariés, désirant obtenir une rémunération plus élevée, peuvent renoncer partiellement à ces derniers. L'intéressé a la possibilité de travailler plus et de demander le rachat de ses jours de repos⁴⁵¹. Il doit, pour se faire, obtenir l'accord de son employeur. En effet, ce dernier ne peut pas être obligé de rémunérer un temps de travail supplémentaire qu'il n'aurait préalablement accepté. Cet accord entre le salarié et l'employeur doit être établi par écrit, sous forme d'un avenant à la convention de forfait. Ce mode de travail supplémentaire choisi n'est donc pas régi conventionnellement. La renonciation n'en est pas moins encadrée et limitée.

Cette possibilité de travailler plus ne permet pas de porter atteinte au socle du droit au repos, à savoir le repos journalier, le repos hebdomadaire, les jours fériés et les congés payés. De plus, un salarié ne peut être sanctionné s'il refuse de travailler au-delà du nombre de jours prévus dans sa convention de forfait. Il peut conserver son droit au repos en son entier⁴⁵².

En contrepartie de cette renonciation, le salarié bénéficie d'une majoration de son salaire qui ne peut être inférieure à 10%.

La monétisation du repos est également possible par le biais du compte épargne-temps. Pour se faire, une disposition conventionnelle doit préalablement prévoir l'existence de ce-dit compte.

B. Le recours au compte épargne-temps⁴⁵³

193. - La mise en place et l'utilisation - Le compte épargne-temps est un mode

⁴⁵¹ Art. L. 3121-45, C. trav.

⁴⁵² Une difficulté peut apparaître s'il s'avère que le salarié a dépassé la limite de deux cent dix-huit jours alors qu'il n'avait pas émis la volonté d'effectuer un travail supplémentaire. L'ancien article L. 3121-49 du Code du travail prévoyait, jusqu'à son abrogation par la loi du 20 août 2008 (Art. 19 de la loi n°2008-789 du 20 août 2008) que lorsque le nombre de jours travaillés dépasse, à la fin de l'année, le plafond fixé par la convention ou l'accord, le salarié bénéficie, au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jours égal à ce dépassement. Ce dispositif réduit d'autant le plafond pour l'année en cours. Depuis la loi de 2008, il semblerait que seule l'hypothèse de l'indemnisation du salarié soit admise.

⁴⁵³ Ce dispositif a été institué par la loi n°94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise.

d'aménagement du temps de travail mis en place par voie conventionnelle⁴⁵⁴. Le salarié peut décider d'utiliser ou non les éléments épargnés. Le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congés rémunérés ou de percevoir une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de repos ou de congé non pris.

En principe, l'instauration d'un compte épargne-temps peut bénéficier à tout salarié d'une entreprise de droit privé⁴⁵⁵, dès lors que la convention ou l'accord d'entreprise - ou, à défaut, de branche - le prévoit. Cependant, ce dispositif ne s'applique pas forcément à l'ensemble des salariés. Premièrement, il s'agit d'un droit et non d'un devoir. Un salarié peut refuser de recourir à ce compte et, a contrario, s'il décide d'y recourir, l'employeur ne peut s'y opposer. Secondement, la convention ou l'accord peut réserver l'ouverture du compte épargne temps à certaines catégories de travailleurs, dès lors que cette distinction n'est fondée sur aucun motif discriminatoire et respecte le principe d'égalité de traitement.

Lors de l'ouverture, le salarié se voit remettre un document lui rappelant, notamment, les droits transférables sur son compte qui sont prévus par la convention ou l'accord collectif.

194. - L'alimentation – L'accord collectif instituant le régime du compte épargne-temps dans l'entreprise détermine les temps pouvant l'alimenter. Le Code du travail n'énumère pas limitativement les éléments pouvant être affectés. La seule précision apportée par la loi est l'interdiction d'affecter au compte épargne-temps les quatre semaines de congés payés constituant le congé principal. Les partenaires sociaux peuvent, s'ils le désirent, s'inspirer de la liste présentée, à titre d'exemple, dans la circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008⁴⁵⁶. Le salarié peut transférer sur le compte épargne-temps la cinquième semaine de congés payés, les jours de congés supplémentaires conventionnels, collectifs ou individuels, les heures de repos

⁴⁵⁴ Art. L. 3152-1, C. trav.

⁴⁵⁵ Art. L. 2211-1, C. trav.

Sont également concernés les salariés des établissements publics à caractère industriel et commercial et ceux des établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions de droit privé.

En outre, il existe également un compte épargne temps dans la fonction publique d'Etat (Décret n°2002-634 du 29 avril 2002 portant création du compte épargne-temps dans la fonction publique d'Etat et dans la magistrature / Arrêté du 28 août 2009 pris pour l'application du décret n°2002-634 du 29 avril 2002).

⁴⁵⁶ Circulaire DGT du 13 nov. 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

acquises au titre des heures supplémentaires, à savoir le repos compensateur de remplacement ou la contrepartie obligatoire en repos, les jours accordés au titre d'un régime de réduction du temps de travail, à savoir les JRTT et les jours de repos accordés aux salariés soumis à un forfait annuel en jours et, enfin, les heures effectuées au-delà du nombre d'heures prévu dans une convention de forfait en heures.

En revanche, « les repos prévus par la loi pour des raisons de protection de la santé et de la sécurité du salarié, tel que le repos quotidien et hebdomadaire, ne peuvent être stockés sur un compte épargne-temps »⁴⁵⁷. Aucune indication n'est donnée pour les jours fériés chômés, autres que le 1er mai. Il semble donc possible de considérer qu'ils puissent être affectés sur le compte. S'agissant du 1er mai, une particularité peut être constatée. Dès lors que la nature de l'activité de l'entreprise empêche les salariés d'interrompre le travail le 1er mai, ceux-ci perçoivent, en plus du salaire correspondant au travail accompli, une indemnité égale au montant de ce salaire⁴⁵⁸. La monétisation de ce temps de repos est donc de droit. Les salariés se trouvent privés de la liberté de choix éventuelle d'opter pour un temps de repos ou pour de l'argent.

195. - Le déblocage des droits consignés – Le compte épargne-temps consiste en une sorte d'instrument de temps choisi. Il peut être utilisé par le salarié à deux fins. D'une part, il permet d'indemniser des temps non travaillés. Il peut s'agir notamment des congés légaux, tels que le congé parental d'éducation, le congé sabbatique ou encore une période de formation. D'autre part, l'accord instituant le compte épargne-temps peut prévoir la conversion en argent des droits affectés sur le compte. Cette hypothèse permet notamment au salarié de compléter sa rémunération. La possibilité de monétiser les temps de repos n'est pas absolue et connaît des limites en matière de congés payés. La cinquième semaine de congés affectée sur le compte épargne temps doit être prise en repos et ne peut faire l'objet d'une liquidation monétaire, sauf en cas de la fermeture du compte du fait de la rupture du contrat de travail. Seuls les jours attribués au-delà du droit à congé légal, soit trente jours, peuvent être convertis en argent⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Art. 2.1, Circulaire DGT n°20 du 13 nov. 2008.

⁴⁵⁸ Art. L. 3133-6, C. trav.

⁴⁵⁹ Art. L. 3153-2, C. trav.

196. - La monétisation des temps de repos laisse présumer que le temps est de l'argent et le repos est une perte de gains. Benjamin Franklin écrivit, en 1748, « souviens-toi que le temps, c'est de l'argent. Celui qui, pouvant gagner dix shillings par jour en travaillant, se promène ou reste dans sa chambre à paresser la moitié du temps, bien que ses plaisirs, que sa paresse, ne lui coûtent que six pences, celui-là ne doit pas se borner à compter cette seule dépense. Il a dépensé en outre, jeté plutôt, cinq autres shillings »⁴⁶⁰. Cet avantage donné à l'argent au détriment du repos est guidé par la volonté du salarié d'augmenter son pouvoir d'achat. Cette option, légale ou conventionnelle, de monétiser son repos n'est pas toujours une liberté pour salarié, mais parfois une nécessité. C'est pourquoi, afin de préserver le droit au repos des atteintes pouvant être apportées par son propre titulaire, il convient de limiter et d'encadrer les hypothèses de monétisation de ce droit. Outre un risque pour sa santé, en privilégiant le travail, le salarié s'expose à sacrifier partiellement ou totalement sa vie privée et sa vie familiale. Ceci exige que le droit au repos soit assorti d'un encadrement efficace.

⁴⁶⁰ B. Franklin, *Advice to a Young Tradesman*, 1748.

Titre 2 : Le renforcement du droit au repos

197. - L'étude de la pratique démontre que certaines situations, certains modes d'organisation du travail peuvent présenter des incompatibilités avec le droit au repos des salariés (Chapitre 1). Ces observations signalent des insuffisances légales, juridiques et conventionnelles. Il convient donc de consolider les dispositions relatives au repos, afin d'assurer un véritable droit au repos aux travailleurs. Ce renforcement doit s'opérer par l'adoption de mesures efficaces et adaptées (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Des opérations attentatoires au droit au repos

198. - Jean-Jacques Rousseau écrivait, dans les *Confessions*, « *je n'ai jamais rien pu faire la plume à la main, vis-à-vis d'une table ou d'un papier. C'est à la promenade, au milieu des rochers et des bois, c'est la nuit dans mon lit, durant mes insomnies, que j'écris dans mon cerveau* »⁴⁶¹. Éternel penseur, Jean-Jacques Rousseau privilégiait le travail éloigné du cadre habituel et conventionnel, parfois même la nuit. Cependant, la conciliation du repos avec le travail à distance (Section 1) ou encore avec le travail de nuit (Section 3) se révèle parfois difficile et peut être source de problèmes au regard de la protection de la santé et de la vie privée et familiale des salariés. Ces mêmes obstacles au droit au repos peuvent également se rencontrer suite à l'instauration du dispositif du forfait en jours. En effet, le régime du forfait en jours n'impose pas le respect des durées légales de travail, mais des seuls temps de repos minimaux, ce qui expose les salariés à des temps de travail excessifs, sources d'épuisement (Section 2).

Section 1 : Le travail à distance

199. - Le travail à distance vise le travail effectué habituellement hors des locaux de l'entreprise. Le télétravail, réglementé par la loi du 22 mars 2012, est une parfaite illustration

⁴⁶¹ J.-J. Rousseau, *Les Confessions*, 1782 (Introduction du livre troisième).

de ce mode d'organisation du travail (I). Même si le télétravail présente des réels avantages pour les salariés, le contrôle des temps de repos et de leur prise effective est parfois délicat à opérer pour l'employeur. En outre, ce dernier peut être amené à imposer une charge de travail excessive et préjudiciable au repos du salarié. Ces atteintes portées au droit au repos du salarié sont d'autant plus accrues par l'apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) qui rendent les salariés joignables en permanence, même durant leurs temps de repos (II).

I. Le télétravail

200. - La notion et la réglementation – Suivant la ligne directrice tracée par les partenaires sociaux⁴⁶², le législateur a élaboré une réglementation sur le télétravail, dans la loi du 22 mars 2012. Selon l'article L. 1222-4 du Code du travail, « le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci ».

Il existe différents modes d'organisation du télétravail⁴⁶³. Le plus connu est le télétravail à domicile. L'intérêt majeur de ce type de travail est de permettre au salarié de concilier sa vie professionnelle et familiale. On assiste à une intrusion du monde du travail au sein même du domicile, élément essentiel et protégé de la vie privée du salarié. Cette situation peut

⁴⁶² L'accord cadre européen du 16 juillet 2002 et l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 ont posé des définitions identiques du télétravail : « le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ».

⁴⁶³ Il existe : - le télétravail dit nomade, défini comme celui « pratiqué par des personnes dont l'activité nécessite de nombreux déplacements et qui, grâce aux moyens de communications électroniques, peuvent rester en contact avec leur entreprise » (Rép. min. n° 28123 : JOAN Q, 12 juin 2000, p. 3570) ;

- le télétravail off shore défini comme constituant des « activités localisées à l'étranger grâce aux techniques modernes de communication » (Rép. min. n° 28123 : JOAN Q, 12 juin 2000, p. 3570) ;

- le télétravail en réseau au sein d'une même entreprise, mais dans des locaux géographiques distincts : il s'agit soit de la création d'une « équipe virtuelle » répartie sur différents sites de l'entreprise, soit de la mise en place de centres de travail situés à proximité du domicile des salariés afin de concilier les intérêts de ces derniers avec ceux de l'entreprise.

engendrer une confusion entre ces deux sphères, ce qui peut avoir une influence sur le droit au repos du salarié.

Le télétravailleur reste soumis, au même titre que les autres salariés, aux dispositions du Code du travail. Il bénéficie d'un repos quotidien d'au moins onze heures consécutives, d'un repos hebdomadaire de trente-cinq heures et de temps de pause. Du fait de l'unité de lieu entre le travail et l'habitat, le télétravailleur doit pouvoir bénéficier de temps clairement déterminés et son repos ne doit pas être entamé par une charge de travail excessive.

201. - Une charge de travail excessive – Afin de préserver le droit au repos du salarié, l'employeur doit s'abstenir, d'une part, d'interrompre fréquemment les temps de repos du salarié en invoquant l'immédiateté et l'urgence de la tâche à accomplir et, d'autre part, de soumettre le salarié à une charge de travail excessive, l'obligeant parfois même à travailler à des heures tardives. En effet, l'éloignement de l'entreprise ne justifie pas de porter atteinte à la santé, à la vie familiale et aux temps de loisirs du salarié.

Des mesures doivent alors être prises afin d'assurer au salarié le respect de ses temps libres. Le contrat du télétravailleur doit fixer les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement le contacter, sans que des horaires précis de travail ne soient obligatoirement définis⁴⁶⁴. La fixation de plages horaires permet de préserver le salarié de toute intrusion patronale intempestive dans sa vie privée. Elle détermine les instants au cours desquels l'employeur peut potentiellement le joindre. Sauf en cas d'urgence ou d'imprévu, l'employeur ne peut entrer en contact avec son salarié en dehors de ces plages ou, même, exiger une réponse de sa part. La charge de travail et les exigences de l'employeur doivent également être équivalentes à celles imposées aux travailleurs placés dans une situation comparable au sein des locaux de l'entreprise. L'employeur ne doit pas confier une charge de travail disproportionnée et doit vérifier que les délais d'exécution pour la réaliser sont respectueux de la durée légale du travail et permettent au salarié de bénéficier de ses temps de repos légalement imposés.

202. - Une mauvaise organisation du temps de travail – Pèse également sur le salarié

⁴⁶⁴ Art. L. 1222-10, 5°, C. trav. ; Art. 6, al. 1, ANI sur le télétravail du 19 juill. 2005.

l'obligation de veiller à la prise des temps de repos dus⁴⁶⁵. Il ne s'agit plus d'un droit au repos, mais d'un devoir de se reposer. En raison de l'absence d'horaires précis, le télétravailleur dispose d'une grande autonomie dans le choix et l'organisation de son temps de travail. Il existe donc un risque que le salarié ne parvienne pas à organiser son temps de travail, de façon à permettre le respect de son droit au repos. Il peut être amené à travailler davantage que les autres salariés – souvent poussé par un sentiment de culpabilité d'être à son domicile et non au sein de l'entreprise. Il peut également préférer travailler de nuit. Pour exemple, un télétravailleur, désirant profiter de sa famille au cours de la journée, devra certainement rattraper le temps perdu, tard dans la soirée, et risque de reprendre le travail tôt le lendemain. Cette situation s'oppose aux exigences de la CJUE, selon laquelle, afin de protéger la santé et la sécurité 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 »⁴⁶⁶.

Cette désorganisation du travail peut avoir des conséquences importantes en matière d'accident du travail. Le manque de repos du salarié peut entraîner une baisse de sa vigilance, pouvant être la cause d'accidents du travail. Un contentieux peut alors naître sur la qualification de l'accident survenu en dehors des plages horaires fixées, alors que le télétravailleur effectuait réellement ses tâches professionnelles⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ L'accord Crédit Agricole S.A sur le télétravail du 16 févr. 2012 prévoit, dans son article 8, al. 3, que « *le salarié en télétravail s'engage à respecter les horaires applicables au sein de son unité d'affectation, comme à respecter les durées minimales de repos quotidien (11 heures) et hebdomadaire (35 heures)* ». Cette disposition trouve son fondement dans l'article L. 4122-1 du Code du travail, selon lequel « *il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et de ses possibilités de sa sécurité et de sa santé* ».

⁴⁶⁶ CJCE, 9 sept. 2003, *Landeshauptstadt Kiel contre Norbert Jaeger*, point 92.

⁴⁶⁷ Selon l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale, « est considérée comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». Il est donc nécessaire qu'il y ait un lieu de subordination, ce qui est difficile à prouver.

Le télétravail permet au salarié d'améliorer sa vie privée et familiale, mais peut constituer une réelle atteinte au droit au repos du salarié si ce mode de travail n'est pas strictement encadré tant par l'employeur que par le salarié. Le télétravail apparaît comme un avantage pour le salarié, s'il parvient à opérer une distinction stricte entre sa vie professionnelle et sa vie familiale et entre son temps de travail et le temps consacré à sa vie privée.

Le télétravail fait l'objet d'une réglementation légale, permettant d'instaurer les fondements d'une protection pour les travailleurs. A l'inverse, certains travaux à distance, considérés comme officieux et encouragés par le développement des nouvelles technologies, n'assurent pas aux salariés la jouissance de leur droit au repos.

II. Les nouvelles technologies

203. - L'imprécision de la frontière séparant la vie professionnelle de la vie privée n'est pas une nouveauté⁴⁶⁸. Cependant, cette perméabilité ne cesse de s'accroître sous l'influence des nouvelles technologies. En dehors de la sphère professionnelle, le salarié ne doit, normalement, recevoir aucun ordre, ni aucune instruction de la part de son employeur. Mais l'équipement en technologie de l'information et de la communication, dont dispose le salarié hors de l'entreprise⁴⁶⁹, met à mal ce principe. Grâce aux ordinateurs, aux téléphones portables et à la perpétuelle connexion Internet, les salariés sont en tout temps et en tout lieu joignables. Cette situation atypique, flirtant avec la notion d'astreinte et avec celle de télétravail, ôte au droit au repos toute sa portée. La durée de travail n'est plus cantonnée et le droit au repos hebdomadaire et quotidien se trouve menacé. Le harcèlement effectué par l'employeur par le biais de messages électroniques, d'appels téléphoniques empêche le salarié de se reposer et de profiter entièrement de toute activité sociale et familiale. Constamment en alerte et réactif⁴⁷⁰,

L'accord Renault sur le télétravail prévoit que « si l'accident survient pendant les jours et périodes de travail à domicile prévus par l'avenant au contrat de travail, le lien professionnel est a priori présumé. Cette présomption s'applique conformément aux dispositions légales et réglementaires propres au régime d'accidents du travail et maladies professionnelles en vigueur ».

⁴⁶⁸ De nombreux salariés emportent des dossiers ou préparent des réunions pour le lendemain à leur domicile.

⁴⁶⁹ Parfois fourni par l'entreprise elle-même.

⁴⁷⁰ Selon le journal *Les Échos*, 86% des cadres français lisent immédiatement leur message électronique, alors que seulement 53% des cadres le font dans les autres États européens (*Les Échos, L'art du management, « Maîtriser le choc technologique »*, 3 nov. 2005).

le salarié est soumis à une cyber-subordination, génératrice de stress.

Cette intrusion dans les temps de repos des salariés a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Cette dernière rappelle, le 10 juillet 2002, que le « temps de repos suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle ». Ainsi, le droit au repos du salarié ne doit faire l'objet d'aucune immixtion patronale. La chambre sociale a reconnu la possibilité pour un salarié de refuser le téléphone portable remis par son entreprise, le rendant partout disponible⁴⁷¹. De même, n'a pas été considéré comme fautif le fait, pour un ambulancier privé, « de n'avoir pu être joint en dehors de ses horaires de travail sur son téléphone portable personnel »⁴⁷². Il est possible de déduire de cette décision un véritable droit à déconnexion conféré aux salariés. Le conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation, Philippe Waquet, considère qu'il faut prohiber « toute forme d'intervention de l'employeur pendant le temps de repos : ni appel téléphonique pour réclamer un renseignement, ni fax pour communiquer telle ou telle nouvelle. La qualité du repos (...) commande une rupture totale : la coupure psychologique, qui est essentielle, ne peut exister sans coupure matérielle. La chasse aux modes modernes de communication est indispensable »⁴⁷³.

L'idée d'un droit au repos bénéfique et entier doit se manifester quel que soit l'organisation du temps de travail, même pour les cadres en forfait en jours.

Section 2 : Le dispositif du forfait en jours

204. - Dans sa décision du 23 juin 2010, le Comité européen des droits sociaux a considéré que le dispositif du forfait en jours présente certaines imperfections, notamment l'absence de limitation du travail journalier et hebdomadaire à une durée raisonnable. Ainsi, un salarié en forfait en jours peut être amené, en respectant les seuls repos obligatoires, à effectuer six journées consécutives de treize heures, soit soixante-dix-huit heures hebdomadaires. En outre,

⁴⁷¹ Cass. soc., 2 févr. 2000, n°98-40.176.

⁴⁷² Cass. soc., 17 févr. 2004, n°01-45.889.

⁴⁷³ Ph. Waquet, *Le temps de repos*, Dr. soc., 2000, p.292.

l'absence de référence horaire dans le forfait en jours peut rendre difficile l'équilibre entre la sphère professionnelle et la sphère extra-professionnelle. Le salarié soumis au forfait en jours bénéficie, au même titre que les autres salariés, d'un droit au repos dont l'une des finalités est la protection de la vie privée et familiale. Le droit au respect de la vie privée et familiale est consacré par l'article 8 de la Convention EDH, grand oublié dans le débat sur le forfait en jours.

205. - L'oubli du recours à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales – Les juridictions nationales peuvent invoquer les dispositions de la Convention EDH dans des litiges entre particuliers. L'application de l'article 8 de la Convention EDH fut admise, en matière de contrat de travail, dans une décision de la Cour de cassation en date du 12 janvier 1999⁴⁷⁴. Le juge national affiche cependant une certaine préférence pour l'article 9 du Code civil ou pour l'article L. 1121-1 du Code du travail, comme le prouve l'arrêt du 3 novembre 2011⁴⁷⁵. L'article 8 peut être ainsi écarté, si ce n'est parfois le principe même de vie privée et familiale.

En se prononçant sur le dispositif du forfait en jours en juin 2009, la Cour de cassation a omis de faire référence à la Convention EDH dans son visa, pourtant généreux en matière de sources européennes. Cette disposition du Conseil de l'Europe fut totalement occultée. L'invocation de l'article 8 de la Convention EDH semblait pourtant opportune. L'employeur peut éprouver des difficultés à contrôler le respect des temps de repos des salariés en forfait en jours, ce qui peut engendrer une absence d'étanchéité entre l'engagement professionnel et la sphère extra-professionnelle. Le recours à l'article 8 de la Convention apparaît comme une évidence dans la préservation du droit au repos. Il aurait permis d'invalider les conventions de forfait en jours qui ne seraient pas assorties de garanties suffisantes assurant la préservation de la vie privée et familiale des salariés et par là même du droit au repos. La Cour de cassation

⁴⁷⁴ Cass. soc., 12 janv. 1999, n°96-40.755.

⁴⁷⁵ Cass. soc., 3 nov. 2011, n°10-14.702 : Au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail, la Cour de cassation a décidé que « *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* ».

aurait pu ainsi s'inspirer de l'initiative de la CFE-CGC, qui avait déposé une requête devant la Cour EDH sur le fondement de l'article 8.

206. - Le recours infructueux à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales - En avril 2000, l'organisation syndicale CFE-CGC a engagé une action devant la Cour EDH, en vue d'obtenir la condamnation de la réglementation initiale sur le forfait en jours⁴⁷⁶. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH, l'organisation fait valoir que ce dispositif constituait une violation au droit au respect de la vie privée et familiale. Malgré la pertinence de ce recours, le 8 juillet 2002, un comité de trois juges de la Cour EDH a déclaré irrecevable cette demande au regard de l'article 34 de la Convention EDH. Ce dit-article autorise la saisine de la Cour EDH à toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention. Ce recours individuel est admis à la condition que le requérant ait subi un préjudice important⁴⁷⁷. La recevabilité des requêtes des victimes indirectes ou potentielles est ainsi exceptionnelle. Il faut qu'un rapport particulier et personnel lie la victime directe au requérant, alors qualifié de victime indirecte. Or un tel lien n'était pas démontré par la CFE-CGC. Le Comité européen des droits sociaux a, quant à lui, accepté le recours de l'organisation syndicale qui invoquait la violation de la Charte sociale européenne par la réglementation du forfait en jours.

207. - L'hypothétique décision de la Cour EDH sur le forfait en jours - La Cour EDH ne pourra se prononcer sur la conformité du forfait en jours à l'article 8 de la Convention que si un cadre directement concerné, ayant épuisé toutes les voies de recours internes, engage une action sur ce fondement. Le requérant pourra invoquer un déséquilibre entre les intérêts de son employeur et son droit à une vie privée et familiale, déséquilibre que la législation et les juridictions françaises ne parviennent pas à corriger. Plusieurs éléments laisseraient supposer que la Cour EDH suive ce raisonnement. D'abord, les exceptions au droit au respect à la vie privée ne s'appliquent pas aux dispositions du forfait en jours. L'article 8 de la Convention

⁴⁷⁶ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁴⁷⁷ Art. 35, §3, Conv. EDH.

EDH admet des ingérences dès lors qu'elles sont prévues par la loi et qu'elles répondent à des nécessités déterminées, comme la protection de la santé. Or, même si le forfait en jours est effectivement règlementé par les articles L. 3121-43 et suivants du Code du travail, il ne permet aucunement d'assurer la santé des travailleurs, comme a pu d'ailleurs le soulever le Comité européen des droits sociaux. Au contraire, de nombreuses conventions collectives présentent des failles et des insuffisances. En outre, certains employeurs sont peu attentifs à la préservation effective des intérêts des salariés et imposent une charge de travail excessive obligeant le salarié en forfait en jours à travailler treize heures par jour, voire au-delà et parfois même le dimanche et les jours fériés. La loi laisse pourtant à l'employeur la charge de contrôler l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale au cours de l'entretien annuel individuel⁴⁷⁸. Cette obligation légale est insuffisante d'une part au regard de sa fréquence, seulement une fois par an, et d'autre part au regard de la réalité et de l'effectivité de la vérification patronale. De nombreux abus sont en effet constatés de la part des employeurs. Les faits de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 septembre 2012 sont une parfaite illustration de ces excès des employeurs⁴⁷⁹. En l'espèce, un directeur comptable soumis au régime du forfait en jours travaillait de façon excessive et était présent dans l'entreprise entre 7 heures 15 et 20 heures ainsi que certains week-ends et jours fériés. Sa vie familiale était forcément impactée par ce rythme de travail démesuré et incontrôlé, ce qu'a condamné la Cour de cassation.

En laissant aux partenaires sociaux et à l'employeur le soin de régler le dispositif du forfait en jours, la France n'apporte pas des garanties suffisantes afin de préserver le droit au repos et par là même la vie privée et familiale des salariés. La condamnation du forfait en jours au regard de l'article 8 de la Convention EDH serait justifiée.

Dans l'hypothèse où la Cour EDH rendrait une décision de non-conformité du forfait en jours français aux dispositions de la Convention, la Cour de cassation pourrait être amenée, de nouveau, à arbitrer le conflit opposant le droit de l'Union européenne à celui du Conseil de l'Europe. Au regard de sa décision rendue le 29 juin 2011 et du souci actuel de flexibilité dans

⁴⁷⁸ Art. L. 3121-46, C. trav.

⁴⁷⁹ Cass. soc., 26 nov. 2012, n°11-14.540.

les relations de travail, il est possible de douter que le juge français suive la position de la Cour EDH. La remise en cause du forfait en jours serait, somme toute, critiquable. En effet, ce dispositif n'est pas en lui-même contestable. Il permet aux salariés de jouir d'une autonomie, de choisir leurs horaires de travail et de bénéficier de jours de repos supplémentaires. Mais ce qui est discutable est le manque d'encadrement légal. Au même titre que les travailleurs de nuit, les salariés soumis au forfait en jours devraient jouir d'une protection particulière en raison de leur situation spécifique.

Section 3 : Le travail de nuit

208. - Les définitions – Le travail de nuit fait l'objet de nombreuses dispositions ayant une dimension nationale, européenne et internationale. Au niveau de l'OIT, la convention n°171 régit le travail de nuit pour les deux sexes. Elle énumère les mesures devant être prises par les États en vue, notamment, de protéger la santé des travailleurs de nuit et de leur faciliter l'exercice de leurs responsabilités familiales et sociales. L'Union européenne s'est également intéressée à la réglementation du travail de nuit. La directive 2003/88/CE sur l'aménagement du temps de travail fixe des dispositions en matière de travail de nuit. Elle prévoit, en son article 8, que le temps de travail normal des travailleurs de nuit ne peut dépasser huit heures en moyenne par période de vingt-quatre heures. Le Conseil de l'Europe a également prévu une protection en faveur des travailleurs de nuit dans la Charte sociale européenne. Il exige que les États fassent en sorte que les travailleurs effectuant un travail de nuit bénéficient de mesures qui tiennent compte de la nature spéciale de ce travail. Au plan national, le travail de nuit est réglementé par les articles L. 3122-29 et suivants du Code du travail.

Le travail de nuit correspond à tout travail entre 21 heures et 6 heures⁴⁸⁰. Une autre période de neuf heures consécutives, comprise entre 21 heures et 7 heures, peut être substituée à la période légale par une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement. Ainsi, est qualifié de travailleur de nuit tout travailleur qui accomplit au

⁴⁸⁰ Art. L. 3122-29, C. trav.

Selon l'article L. 3122-30 du Code du travail, pour les activités de production rédactionnelle et industrielle de presse, de radio, de télévision, de production et d'exploitation cinématographique, la période de travail de nuit est fixée entre vingt-quatre heures et sept heures.

moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de son travail quotidien entre 21 heures et 6 heures ou entre 24 heures et 7 heures, ou qui accomplit 270 heures de travail pendant une période de douze mois consécutifs⁴⁸¹.

Les travailleurs de nuit ont donc un rythme de travail décalé par rapport à ceux soumis à des horaires de jours. Cette situation peut avoir une influence sur les finalités du droit au repos, à savoir la santé et la vie privée et familiale des travailleurs de nuit.

209. - Une protection particulière – Du fait de leur situation, les travailleurs de nuit sont soumis à un régime particulier. Le recours au travail de nuit doit présenter un caractère exceptionnel et prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs⁴⁸². La durée quotidienne de travail ne peut excéder huit heures et la durée hebdomadaire, calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives, ne peut dépasser quarante heures⁴⁸³. Les travailleurs de nuit bénéficient, au même titre que les autres salariés, d'un repos quotidien de onze heures, prenant effet à l'issue du service⁴⁸⁴. L'accord collectif doit prévoir une contrepartie au travail de nuit sous forme de repos compensateur et, le cas échéant, sous forme de compensation salariale⁴⁸⁵. Le repos compensateur, ayant un caractère obligatoire, ne doit pas être remplacé par une compensation financière. Il s'agit d'un réel droit à repos compensateur. Ce repos doit être le plus proche possible de la période travaillée. Cet impératif se justifie au regard de l'impact que peut avoir le travail de nuit sur la santé et la vie extra-professionnelle du salarié. La Cour considère d'ailleurs, qu'en l'absence d'accord collectif, l'employeur ne peut accorder qu'une contrepartie en repos⁴⁸⁶. Cependant, pour certaines activités, la compensation du travail de nuit n'est pas donnée obligatoirement sous forme de repos, dès lors que la durée effective du travail de nuit est inférieure à la durée légale⁴⁸⁷. En outre, afin d'éviter une fatigue excessive due aux conditions de travail nocturnes,

⁴⁸¹ Art. R. 3122-8, C. trav.

⁴⁸² Art. L. 3122-32, C. trav.

⁴⁸³ Art. L. 3122-35, C. trav.

⁴⁸⁴ Cass. soc., 27 juin 2012, n°10-21.306.

⁴⁸⁵ Art. L. 3122-39, C. trav.

⁴⁸⁶ Cass. soc., 26 oct. 2010, n°08-70.468.

l'employeur peut prévoir des compensations en repos, dites exceptionnelles, imposer la prise régulière de pauses ou encore aménager les locaux afin de permettre aux salariés de se reposer.

Le travail de nuit peut avoir des répercussions sur l'état de santé des salariés. Ainsi, des dispositions légales ont été prises afin de les protéger. D'une part, les salariés ont un droit à information. Le médecin du travail doit les informer des incidences potentielles du travail de nuit sur la santé, en particulier pour les femmes enceintes et les travailleurs vieillissants⁴⁸⁸. D'autre part, les personnes travaillant la nuit font l'objet d'une surveillance médicale renforcée. Cette protection est divisée en deux phases. Antérieurement à son affectation sur un poste de nuit, le salarié doit subir un examen médical. Au cours de l'exécution du travail de nuit, l'état de santé du salarié doit être régulièrement contrôlé par le médecin du travail, au moins tous les six mois⁴⁸⁹. Ce dernier doit alerter l'employeur s'il constate une dégradation de la santé du travailleur de nuit due, notamment, aux modifications des rythmes chronobiologiques. Dans ce cas, le salarié est transféré à titre définitif ou temporaire sur un poste de jour correspondant à sa qualification et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé⁴⁹⁰. Le médecin doit également être attentif aux potentielles répercussions du travail de nuit sur la vie sociale de l'intéressé⁴⁹¹. Les visites médicales des travailleurs de nuit ne doivent pas les priver de leurs temps de repos quotidien. Ainsi, l'employeur doit prévoir un rendez-vous permettant de concilier les horaires du médecin du travail et le repos quotidien des salariés⁴⁹².

Le travail de nuit présente de nombreux avantages qui encouragent les salariés à demander leur passage en horaires nocturnes. Les travailleurs bénéficient d'un certain nombre de compensations tels que un supplément de salaire, des jours de repos supplémentaires ou

⁴⁸⁷ Art. L. 3122-41, C. trav. Il s'agit des activités de production rédactionnelle et industrielle de presse, de radio, de télévision, de production et d'exploitation cinématographique, de spectacles vivants et de discothèque.

⁴⁸⁸ Art. R. 3122-21, C. trav.

⁴⁸⁹ Art. L. 3122-42, C. trav.

⁴⁹⁰ Art. L. 3122-45, C. trav.

⁴⁹¹ Art. R. 3122-18, C. trav.

⁴⁹² Cass. soc., 27 juin 2012, n°10-21.306.

encore la possibilité d'être libre en journée. Cependant, ce travail s'accompagne également de contraintes et d'inconvénients. Malgré l'ensemble des précautions adoptées, le travail de nuit a des répercussions majeures sur la santé et la vie privée et familiale des salariés. Les répercussions du travail de nuit sur la santé des travailleurs et la vie familiale avaient d'ailleurs été invoquées par le gouvernement français lors de sa défense dans l'affaire Stoekel du 26 juillet 1991⁴⁹³. Selon l'ancien article L. 213-1 du Code du travail, les femmes ne pouvaient être employées à aucun travail de nuit. Le juge français a interrogé la CJUE sur la conformité de la loi française à la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions du travail. Afin d'expliquer l'opportunité de sa mesure, le gouvernement français fait valoir que l'interdiction du travail de nuit des femmes repose sur la volonté de protéger les salariés vulnérables tels que les femmes travaillant de nuit au regard du risque pour leur santé, leur sécurité (risques d'agression) et au regard des conséquences dommageables sur leur vie familiale.

210. - Les troubles sur la santé – Du fait de l'organisation de leur temps de travail, les travailleurs de nuit jouissent d'un repos singulier puisqu'ils travaillent en opposition à leur horloge biologique. Les conséquences à long terme du travail de nuit sur la santé des salariés sont indéniables.

Le Conseil économique, social et environnemental a examiné, dans son rapport de 2010 sur « *Le travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* »⁴⁹⁴, les répercussions néfastes du travail de nuit sur la santé. Il souligne que « le sommeil diurne est moins réparateur car plus court, perturbé par les éléments extérieurs »⁴⁹⁵. Il énumère plusieurs effets du travail de nuit sur la santé des salariés : des troubles du sommeil, une forte consommation de médicaments pour aider au sommeil ou pour rester éveillé, un déséquilibre nutritionnel, un taux de stress important, une fatigue chronique, un risque de pathologies

⁴⁹³ CJCE, 26 juill. 1991, aff. C-345/89, *Alfred Stoekel*.

⁴⁹⁴ Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *Le travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* », 2010.

⁴⁹⁵ Rapport préc., p.9.

dépressives, des risques cardiovasculaires accrus. Les travailleurs de nuit sont donc exposés à « une usure prématurée de l'organisme et à une dégradation accusée de l'état de santé ». Le droit au repos légal octroyé ne leur assure pas un repos effectif et efficace et ne permet pas de préserver leur santé, sur le long terme.

Les travailleurs de nuit rencontrent également des difficultés dans la gestion de leur vie privée et familiale.

211. - Les troubles sur la vie privée – Les travailleurs de nuit peuvent éprouver des difficultés à concilier leur vie professionnelle avec leur vie privée en raison de la discordance existant entre leur emploi du temps et celui de leur famille ou de leurs amis. Ce décalage peut entraîner une altération des relations que le travailleur entretient avec son entourage. La proportion des travailleurs de nuit se plaignant d'un déséquilibre entre leur vie professionnelle et leur vie sociale et familiale correspond au double de celle des travailleurs de jour⁴⁹⁶. En outre, la volonté de concilier les obligations professionnelles et familiales peut avoir des incidences sur la santé des salariés. Les charges domestiques peuvent être source de fatigue supplémentaire. Le Conseil économique, social et environnemental évoque également un problème supplémentaire lié à l'épuisement des travailleurs de nuit. Ces derniers, contraints d'utiliser leur véhicule personnel du fait de leurs horaires tardifs ou matinaux, sont davantage victimes d'accidents de la circulation en raison d'une baisse de vigilance.

Afin de préserver la vie familiale des travailleurs de nuit, le législateur leur reconnaît la possibilité de refuser une affectation en horaire de nuit⁴⁹⁷ ou de demander leur passage en horaire de jour⁴⁹⁸, dès lors que le travail de nuit se révèle être incompatible avec des obligations familiales impérieuses.

De nombreuses entreprises se sont inquiétées de la situation des travailleurs de nuit et ont cherché à mettre en place des dispositifs assurant une amélioration de leurs conditions de travail. Elles ont opéré une analyse du poste de travail, expérimenté le sommeil de courte

⁴⁹⁶ OIT, Rapport de l'OIT sur « *Le temps de travail au XXI^e siècle* », 2011, p.60.

⁴⁹⁷ Art. L. 3122-37, C. trav.

⁴⁹⁸ Art. L. 3122-44, C. trav.

durée durant les pauses nocturnes, privilégié les roulements et les cycles de travail. Elles ont tenté d'apporter des solutions en matière de transport, pour assurer un équilibre avec la vie familiale des travailleurs de nuit. Cependant, comme le constate le Conseil économique, social et environnemental, ces initiatives sont limitées. Il conviendrait donc de promouvoir un aménagement du travail de nuit respectueux de la santé et de la vie privée et familiale des travailleurs.

Chapitre 2 : Des propositions respectueuses du droit au repos

212. - En 1801, Portalis déclara, dans son Discours préliminaire du premier projet de Code civil, « quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ».

Le législateur doit donc fixer des règles générales en matière de repos (Section 1), dont le respect devra être assuré par les juges. Ces derniers doivent aussi élaborer des solutions adaptées à la réalité des relations professionnelles et apporter une protection au droit au repos (Section 2). En outre, des discussions et des réglementations, sources d'avancées concrètes, doivent également être élaborées au sein même de l'entreprise (Section 3).

Section 1 : L'intervention du législateur

213. - Au regard des problèmes exposés précédemment, l'intervention du législateur apparaît opportune et pertinente, d'une part, pour améliorer l'encadrement du travail de nuit (I) et, d'autre part, pour instaurer une véritable réglementation du dispositif du forfait en jours (II).

I. Le travail de nuit

214. - Le travail de nuit ne doit pas être perçu comme un mode d'organisation du travail pérenne pour permettre une plus grande productivité de l'entreprise. Les effets du travail de nuit sur la santé et la vie privée et familiale des travailleurs doivent inciter les pouvoirs

publics à encadrer son recours. Il est nécessaire que le législateur promeuve un aménagement du travail, protégeant le droit au repos des salariés, tout en satisfaisant aux besoins de l'entreprise. Le Conseil économique, social et environnemental a fait part, dans son rapport sur le travail de nuit⁴⁹⁹, de la nécessité de renforcer la réglementation. Il expose plusieurs propositions au législateur afin de limiter le recours au travail de nuit (A) et d'atténuer ses effets sur la santé des salariés (B).

A. La limitation du recours au travail de nuit

215. - Malgré l'exigence du caractère exceptionnel du travail de nuit⁵⁰⁰, son recours tend à se développer. Le Code du travail autorise le recours au travail de nuit dès lors que celui-ci est justifié par « la continuité de l'activité économique ou des services d'utilités sociales ». Aucune précision n'est donnée sur la notion de « continuité de l'activité économique », qui donne lieu à diverses interprétations. Il n'existe aucune distinction entre les raisons purement techniques liées à l'impossibilité d'arrêter le système de production et les raisons économiques et commerciales. Au regard des conséquences du travail de nuit sur les salariés, qui ne disposent pas réellement de la faculté de se reposer, ce type de travail devrait être possible qu'en cas de raisons impérieuses. Ainsi, n'apparaît pas justifiée l'autorisation accordée à un parfumeur d'ouvrir au-delà de vingt et une heures⁵⁰¹.

Il est également nécessaire qu'un salarié ne soit pas soumis à des horaires nocturnes de façon permanente. Le législateur devrait imposer une alternance entre les horaires de nuit et ceux de jour, afin de protéger la santé du salarié et de lui assurer un équilibre entre sa vie professionnelle et sa vie extra-professionnelle. L'employeur devrait alors si nécessaire recourir à une main d'œuvre supplémentaire.

Au regard de la difficile adaptation de l'organisme humain au travail de nuit, les médecins du travail et les ergonomes « préconisent des cycles de travail courts avec des rotations rapides entre les postes du matin, de l'après-midi et de la nuit ». Ce roulement doit être instauré dans

⁴⁹⁹ Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *Le Travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* », 2010, p.13 à p.26.

⁵⁰⁰ Art. L. 3122-33, C. trav.

⁵⁰¹ 20 Minutes, *La justice n'oblige pas Sephora à fermer le soir sur les Champs-Élysées*, 6 déc. 2012.

le respect des dispositions sur la durée de travail et sur les temps de repos. En plus de protéger la santé des salariés, ce cycle de travail se révèle également plus respectueux de la vie familiale que le travail de nuit permanent.

En sus d'un meilleur encadrement de la mise en œuvre du travail de nuit, il conviendrait d'atténuer les conséquences de celui-ci.

B. La diminution des effets du travail de nuit

216. - La contrepartie en repos – L'article L. 3122-39 du Code de travail exige que les travailleurs de nuit bénéficient d'une contrepartie sous forme de repos, mais aucune indication de durée n'est mentionnée. Pourtant, la fixation d'un quantum minimum pourrait être opportune afin de préserver effectivement la santé des salariés. Le législateur devrait déterminer un pourcentage minimum, qui serait établi en fonction du temps pendant lequel le salarié a travaillé de nuit et qui serait différent selon que le travail de nuit a été effectué de façon permanente ou alternée. Le Conseil économique, social et environnemental propose « d'instituer un repos compensateur minimal autour de 8% » par rapport à leur durée de travail, pour les salariés travaillant constamment de nuit⁵⁰². Ce dispositif permettrait ainsi d'assurer aux salariés des périodes de repos suffisamment longues pour leur permettre de se reposer, les seuls repos légaux ne se révélant pas suffisants.

217. - L'amélioration du suivi médical – En matière de travail de nuit, le médecin du travail occupe une place prépondérante. Il apparaît désormais indéniable que les conditions et le rythme de travail ont des répercussions sur la santé des salariés. Le travail de nuit en est une parfaite illustration, puisqu'il prive les salariés d'un cycle de sommeil essentiel pour leur organisme. La place qu'occupe le médecin du travail en matière de travail de nuit se justifie donc parfaitement. Il contrôle l'existence de risques pour la santé des salariés et fait part à l'employeur de ses constatations et recommandations. Cependant, afin de permettre un suivi efficace de l'état de santé des travailleurs de nuit, il conviendrait d'instaurer un lien réel entre la médecine de ville et la médecine du travail⁵⁰³. En raison de la relation de confiance les liant,

⁵⁰² Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *le Travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* », 2010, p. 14.

⁵⁰³ Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *L'avenir de la médecine du travail* », 2008,

certains salariés pourraient être davantage enclins à se confier à leur « médecin de famille » sur leurs conditions et la difficulté du rythme de travail. Cette coopération médicale contribuerait à améliorer la prévention des atteintes au droit au repos des travailleurs de nuit et leurs conséquences sur la santé.

Le forfait en jours présente également des imperfections qui exigent une intervention du législateur.

II. Le forfait en jours

218. - Dans sa décision sur le forfait en jour du 23 juin 2010, le Comité européen des droits sociaux a relevé les imperfections de la loi française en la matière. Au regard des journées et des semaines de travail extrêmement longues, il considère que le cadre juridique n'apporte pas des garanties suffisantes. Le forfait en jours est mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, complété par une convention individuelle de forfait recueillant l'accord du salarié. Or l'adoption d'accords par les partenaires sociaux n'est pas, pour le Comité, un mécanisme approprié pour la préservation des intérêts des travailleurs, tant au regard de leurs modalités d'adoption que du caractère aléatoire de la procédure d'opposition. De plus, la loi n'impose pas la présence de mentions relatives à l'amplitude et la charge de travail dans les conventions collectives, ce qui pourrait se révéler nécessaire pour la protection du droit au repos des salariés. Aucune modalité de suivi de l'amplitude et de la charge de travail n'est légalement imposée⁵⁰⁴. Ainsi, abandonner le contenu de la convention collective aux partenaires sociaux est critiquable. Le législateur devrait exiger des garanties conventionnelles déterminées dont le juge pourrait contrôler l'effectivité.

La Cour de cassation est d'ailleurs intervenue afin de combler ce vide juridique et a enjoint d'instaurer un dispositif de contrôle de la durée et de la charge de travail.

p.34 s.

⁵⁰⁴ L'ancienne rédaction de l'article L. 3121-45 du Code du travail exigeait que la convention ou l'accord collectif, qui prévoit la conclusion de convention de forfait en jours, fixe des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

Section 2 : L'intervention des juges

219. - Le renforcement des garanties conventionnelles en matière de forfait en jours -

Dans sa solution du 29 juin 2011⁵⁰⁵, la Cour de cassation ne s'éloigne pas de l'interprétation sur le forfait en jours du Comité européen des droits sociaux et suit le même principe directeur : la protection de la santé et du droit au repos des travailleurs doit être effective. Cette préservation est assurée grâce à l'adoption d'un accord collectif, mais, également, par l'absence de défaillance de l'employeur dans l'application de celui-ci. A défaut d'une telle assiduité patronale, la convention de forfait en jours est privée d'effet⁵⁰⁶.

La Cour de cassation tente d'instaurer un équilibre entre la flexibilité exigée par le législateur et les garanties résultant des exigences européennes et internationales. Cet arrêt ne remet nullement en cause la validité du système du forfait en jours et rappelle que « 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 ». Peut être pris comme exemple l'accord sur l'organisation du travail dans la métallurgie - en cause dans l'affaire⁵⁰⁷. La validité du forfait en jours est donc subordonnée à la rédaction d'un accord conforme aux intérêts des travailleurs et à l'esprit du législateur.

Une discussion peut être engagée sur l'étendue des garanties imposées par la chambre sociale pour le forfait en jours. Cette dernière exige, en sus du respect des temps de repos, celui des durées maximales de travail. Or, il est de l'essence même du système du forfait en jours que le temps de travail du salarié ne soit pas décompté en heures. Il est possible de considérer que la

⁵⁰⁵ Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71.107.

⁵⁰⁶ Dans son arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure (Cass. soc. 13 janv. 2010, n°08-43.201) selon laquelle « le défaut d'exécution par l'employeur de cette stipulation conventionnelle ne met pas en cause la validité de la convention de forfait en jours, il ouvre cependant droit à des dommages-intérêts au profit du salarié ».

⁵⁰⁷ Communiqué de la Cour de cassation, « Forfait-jours », Pourvoi n°09-71.107 – Arrêt n°1656 du 29 juin 2011 de la chambre sociale. La Cour considère que l'accord sur l'organisation du travail dans la métallurgie « contient des mesures concrètes d'application des conventions en forfait en jours de nature à assurer le respect des règles impératives relatives à la durée du travail et aux temps de repos, de sorte que le régime du forfait assorti de telles garanties est conforme aux exigences tant de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 que des normes sociales européennes visées par l'article 151 du Traité FUE et les directives de l'Union européenne en matière de temps de travail ».

chambre sociale n'a pas entendu appliquer le droit commun aux salariés en forfait en jours, mais a simplement obligé la fixation d'une amplitude de travail permettant d'assurer la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, conformément à la directive 2003/88/CE de l'Union européenne et par là même leur conférer un droit au repos effectif et non-illusoire. Cette interprétation a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 septembre 2012⁵⁰⁸ dans lequel elle a fait référence à la notion d'amplitude. Un salarié en forfait en jours reprochait à son employeur un rythme de travail démesuré. Les juges du fond avaient estimé que cette situation « résultait moins d'une surcharge de travail à laquelle le salarié devait faire face en raison d'un sous-effectif imputable à l'employeur que d'une dépendance, voire d'une impossibilité de l'intéressé à faire la coupure avec son travail, lequel lui tenait particulièrement à cœur ». La Cour de cassation casse l'arrêt au motif qu'aucune disposition conventionnelle n'était « de nature à garantir que l'amplitude (I) et la charge de travail (II) restaient raisonnables et assuraient une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé ».

I. L'exigence d'une amplitude de travail

220. - La définition - La notion d'amplitude ne fait l'objet d'aucune définition légale. Des références à cette idée se trouvent néanmoins dans certains décrets ou dans le Code de l'action sociale et des familles⁵⁰⁹.

La Cour de cassation a tenté à plusieurs reprises de préciser le concept d'amplitude, mais sans parvenir à une unique définition. Elle a d'abord indiqué que l'amplitude du travail doit être calculée sur une même journée de 0 à 24 heures⁵¹⁰, puis elle a considéré par la suite qu'il s'agissait d'un « temps séparant la prise de poste de sa fin »⁵¹¹, pour enfin déclarer que l'amplitude est « l'intervalle existant entre deux repos journaliers successifs ou entre un repos hebdomadaire et le repos journalier immédiatement précédent ou suivant »⁵¹². Cette dernière

⁵⁰⁸ Cass. soc., 26 sept. 2012, n°11-14.540.

⁵⁰⁹ Art. L. 313-23-1, C. action soc. et fam.

⁵¹⁰ Cass. soc., 18 déc. 2001, n° 99-43.351.

⁵¹¹ Cass. soc., 23 sept. 2009, n°07-44.226 à n°07-44.229.

⁵¹² Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-12.875

interprétation permet d'apprécier l'amplitude par référence à la durée minimum de repos et de ne pas l'enfermer dans une journée de 0 heure à 24 heures, ce qui pourrait susciter des difficultés en matière de travail de nuit.

221. - La durée - La durée de l'amplitude a également été précisée par la Cour de cassation. Au regard de la directive 93/104 CE du 23 novembre 1993, elle a déduit de l'article 3 - fixant la durée du repos journalier à onze heures consécutives – que l'amplitude journalière de travail ne pouvait excéder treize heures⁵¹³. L'amplitude de travail est donc le reflet du repos quotidien. Même si cette amplitude est conforme au droit européen, elle se révèle être trop excessive. La réglementation de la durée de travail des salariés en forfait en jours doit avoir comme principale finalité la protection de leur santé. Une amplitude de treize heures se révèle être pourtant trop excessive. Cependant, il convient de nuancer ces propos. D'une part, le concept d'amplitude se différencie de celui de travail effectif. Les pauses, caractérisées par des périodes d'inactivité du salarié, sont comprises dans l'amplitude de travail. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'une salariée travaillant de 5 heures à 8 heures 30, puis de 19 heures 30 à 22 heures était soumise à une amplitude de travail supérieure à treize heures, puisqu'elle commençait son travail à 5 heures pour l'achever à 22 heures⁵¹⁴. L'employeur ne pouvait assimiler la période entre 8 heures 30 et 19 heures 30 aux onze heures consécutives exigées pour le repos quotidien. D'autre part, pèse sur l'employeur l'obligation de contrôler la charge de travail afin que celle-ci ne soit pas excessive. Une limitation tangible de la charge de travail permet d'assurer au salarié une amplitude de travail raisonnable et de préserver son droit au repos.

Il convient donc d'associer le contrôle de l'amplitude de travail avec celui de la charge de travail, afin d'assurer aux salariés en forfait en jours un réel droit au repos.

II. Le contrôle de la charge de travail

222. - La définition - La charge de travail n'est pas une notion juridique. Le Code du travail y fait pourtant référence dans son article L. 3121-46, relatif à l'entretien annuel du salarié qui

⁵¹³ Cass. soc., 18 déc. 2001, n°99-43.351 ; Cass. soc., 23 sept. 2009, n°07-44.226 à n°07-44.229.

⁵¹⁴ Cass. soc., 18 déc. 2001, n°99-43.351.

doit porter sur la charge de travail. Dans l'arrêt du 26 septembre 2012, la Cour de cassation semble exiger que la convention collective instaurant le forfait en jours fasse mention de la charge de travail et impose son contrôle. La charge de travail comme objet de négociation a déjà été abordée par les partenaires sociaux. Ainsi, dans l'accord national interprofessionnel (ANI) du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, ils ont prescrit de « tenir compte, dans l'organisation du travail, de la nécessité d'avoir des effectifs suffisants afin d'éviter toute charge excessive de travail ». De même, l'ANI sur le télétravail du 19 juillet 2005 et celui sur le stress du 2 juillet 2008 font référence à la charge de travail que l'employeur est tenu de contrôler, car pouvant être facteur de stress professionnel. La notion de charge de travail est donc bien présente au sein de la sphère sociale.

L'impact d'une surcharge du travail sur le droit au repos est évident. Dès lors que le salarié est contraint de renoncer à son repos pour traiter une quantité de travail démesurée, il y a une atteinte à son droit. Le seul choix qui se présente parfois aux salariés, soumis aux durées légales de travail ou au forfait en jours, est de terminer leur travail le soir ou le week-end. Cette situation peut avoir des répercussions sur leur santé physique ou mentale. La Cour d'appel de Versailles a ainsi reconnu l'existence d'un lien entre le suicide d'un salarié et la surcharge de travail imposée par l'employeur, pour retenir la faute inexcusable de ce dernier⁵¹⁵. Elle estime que l'employeur a fait preuve de carence dans le contrôle de la charge de travail de son salarié, puisqu'aucun système d'évaluation n'était prévu. Elle constate que la direction a toujours « été dans l'incapacité totale de pouvoir préciser quel était le volume précis de travail fourni par ce salarié au titre de l'ensemble des missions accomplies » et elle souligne « l'absence de tout dispositif dans l'entreprise pour évaluer la charge de travail, notamment des cadres, l'absence de visibilité des managers sur la charge de travail de leurs collaborateurs, la culture de surengagement et l'augmentation des objectifs ».

Les tâches confiées aux cadres sont difficilement mesurables. Cette difficulté est accrue lorsque leur temps de travail est décompté en jours. Des mesures de contrôle sont donc imposées par le législateur afin de protéger les salariés. Un entretien annuel individuel doit être organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en

⁵¹⁵ CA Versailles, 19 mai 2011, RG n°10/00954.

jour sur l'année, afin notamment d'évaluer sa charge de travail⁵¹⁶. Dans sa décision du 26 septembre 2012, la Cour de cassation a souhaité intensifier ce dispositif de contrôle en incitant à multiplier les entretiens et à instaurer un système de suivi régulier de la charge de travail.

Même si les salariés en forfait en jours jouissent d'une autonomie, celle-ci ne doit pas justifier qu'ils soient chargés de mesurer leur temps de travail. L'employeur et les représentants du personnel doivent donc se concerter afin d'instaurer des dispositifs assurant le respect du droit au repos. Ces solutions peuvent être établies soit par voie conventionnelle, soit à l'initiative de l'employeur lui-même.

Section 3 : L'intervention des partenaires sociaux

223. - L'employeur et les représentants du personnel semblent les plus à même d'assurer un véritable droit au repos aux salariés. La connaissance des contraintes et des besoins de l'entreprise permet d'adopter des mesures efficaces. Il convient donc d'encourager le dialogue social entre les partenaires sociaux (I), ce qui permettrait d'aboutir à des avancées, au sein même de l'entreprise (II).

I. La promotion du droit au repos

224. - Dans son alinéa 8, le Préambule de la Constitution de 1946 déclare que « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail ». Il est ainsi reconnu à certains acteurs la possibilité d'engager avec les employeurs ou leurs représentants une négociation sur les conditions de travail, qui peut aboutir à la conclusion d'un accord. Cependant, ce dialogue social se révèle souvent délicat en raison de la confrontation d'intérêts et de leur difficile conciliation. Néanmoins, en matière de droit au repos, les préoccupations patronales et salariales ne sont pas incompatibles. En effet, le droit au repos permet de préserver la santé des salariés en leur assurant des temps libres et en les éloignant de toute agitation professionnelle. La possibilité pour les salariés de se reposer présente une importance pour l'employeur. D'une part, le bien-être du salarié est un facteur d'amélioration et d'accroissement de la productivité. D'autre part, le manque de repos

⁵¹⁶ Art. L. 3121-46, C. trav.

peut être source d'une baisse de vigilance, ce qui peut provoquer des accidents du travail. Ainsi le droit au repos n'assure pas seulement la santé des salariés, mais également celle de l'entreprise. Il est donc opportun que l'employeur prenne les dispositions nécessaires pour garantir le droit au repos de ses salariés, que ce soit par voie conventionnelle ou par le biais d'une décision unilatérale.

II. Les avancées dans l'entreprise

225. - Des mesures doivent être prises dans les entreprises afin de préserver le droit au repos des salariés. Ces mesures peuvent avoir vocation à s'appliquer à l'ensemble des effectifs ou a contrario à des cas particuliers. Elles sont pour l'essentiel issues de la négociation collective. D'ailleurs, le Royaume-Uni recourt, également, à la négociation collective pour la fixation de l'ensemble des contreparties au travail de nuit.

En matière de travail de nuit, la négociation collective occupe un rôle central⁵¹⁷. La mise en place du travail de nuit dans une entreprise ou un établissement est subordonnée à la conclusion préalable d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'un établissement⁵¹⁸.

Les partenaires sociaux doivent y aborder un certain nombre de thèmes, qui permettent d'assurer un droit au repos aux travailleurs de nuit⁵¹⁹. L'accord régleme d'abord le recours au travail et la contrepartie en repos ou financière. La majorité des accords opte pour un repos compensateur, accompagné d'une majoration de salaire. Cette contrepartie en repos doit être obligatoirement prévue par les accords, mais ne fait l'objet d'aucun quantum légal. Ainsi, ces modalités de calcul varient selon les entreprises. Selon le Conseil économique, social et environnemental, la contrepartie en repos peut, soit équivaloir à quinze minutes, vingt minutes ou trente minutes par semaine de travail effectué uniquement en travail de nuit, soit être un « forfait en fonction du nombre d'heures effectuées entre 21 heures et 6 heures au cours de la

⁵¹⁷ Au Royaume-Uni, la fixation de l'ensemble des contreparties au travail de nuit se fait par la voie de la négociation collective.

⁵¹⁸ Art. L. 3122-33, C. trav.

⁵¹⁹ Art. L. 3122-40, C. trav.

semaine, de l'année civile ou par période de douze mois consécutifs »⁵²⁰. Les conditions de travail doivent également être abordées dans l'accord. Une étude doit être réalisée afin de connaître les besoins des salariés et limiter les effets nuisibles du travail. Des dispositions conventionnelles doivent d'ailleurs être prises en matière de temps de pause. Ces derniers permettent de diminuer l'état de somnolence et d'endormissement, de réduire le risque d'accident du travail ou encore de tenir compte en général des difficultés du travail de nuit. Il peut s'agir de la possibilité de permettre au salarié de s'absenter de son poste de travail, voire de la mise à disposition de salles de repos.

Par ailleurs, en raison de leurs horaires décalés, certains travailleurs de nuit ne peuvent utiliser les transports en commun. L'entreprise doit donc leur fournir un moyen de transport afin de réaliser le trajet entre leur domicile et le lieu de travail avant et après leur prise de poste. Certaines conventions ont choisi de recourir à des bons d'essence⁵²¹.

Enfin, il convient de faciliter par voie conventionnelle l'articulation de leur activité nocturne avec l'exercice de responsabilités familiales et sociales, notamment pour les familles monoparentales (mise en place de services de crèches ou de structures d'accueil des enfants).

226. - Le télétravail doit également faire l'objet d'une attention particulière. En principe, l'employeur a l'obligation d'assurer la prise de repos pour ses salariés, mais en matière de télétravail, les contrôles des temps de repos se révèlent être délicats. Il faudrait qu'il puisse identifier les temps effectivement travaillés afin de pouvoir s'assurer de la réalité des temps de repos. Pour se faire, l'employeur peut instaurer soit un dispositif de relevés quotidiens et hebdomadaires des heures effectuées, soit un système informatique constatant les moments où le salarié réalise ses tâches professionnelles. Cependant, le recours à ces méthodes peut présenter des risques pour la vie privée et familiale des salariés. En effet, l'employeur pourrait devenir omniprésent et pénétrer ainsi dans le domicile et la vie privée de ses travailleurs. Le dispositif de contrôle doit être consciencieusement choisi afin d'éviter toute intrusion abusive dans la vie des télétravailleurs et permettre de concilier le respect du droit au repos avec la

⁵²⁰ Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *Le travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* », 2010, p. 16.

⁵²¹ Art. 6, Accord sur le travail de nuit d'Eurodisney SA/SCA, 14 oct. 2002.

protection du domicile⁵²². Pour trouver la solution la plus opportune, il serait intéressant de réaliser des audits sur les risques du télétravail, de discuter avec les représentants du personnel et les salariés et de confronter les différents points de vue. Ces moyens de contrôle peuvent être consacrés dans des conventions collectives. Ainsi, chez Air France, le suivi du temps de travail est effectué « de façon privilégiée par émargement ou auto-déclaration via les e-services RH »⁵²³. Quel que soit le mode de surveillance choisi, le salarié doit en être informé. Les télétravailleurs doivent également avoir la possibilité d'alerter leur employeur sur l'excès de la charge de travail ou la difficulté à concilier leur travail professionnel avec les obligations familiales. La réussite du télétravail exige que le salarié concerné puisse accéder à des formations adaptées. Certaines entreprises prévoient ainsi que les salariés « bénéficient d'une formation appropriée ciblée sur les moyens techniques et les adaptations nécessaires pour travailler dans de nouvelles conditions (organisation de son activité, postures et attitudes à adopter »⁵²⁴.

227. - L'employeur peut également prendre des mesures générales, ayant vocation à préserver le droit au repos de l'ensemble des salariés, placés sous le régime des trente-cinq heures ou sous celui du forfait en jours. Il peut mettre en place des dispositifs au sein de l'entreprise servant à limiter la durée de travail des salariés. Les moyens mis en œuvre peuvent être divers. Il peut s'agir de dispositifs permettant de récolter des informations sur les salariés : le pointage, le badgeage, la vidéo-surveillance, la gestion automatisée de l'accès dans l'entreprise. Si de tels moyens de contrôle sont préférés, l'employeur doit respecter une procédure de déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)⁵²⁵. Certains dispositifs peuvent se révéler moins intrusifs dans les droits des salariés. L'employeur peut instaurer l'extinction automatique du système d'éclairage ou informatique à une heure déterminée. Il peut encore interdire la tenue de réunions ou imposer leur fin après un horaire précis.

⁵²² Art. 8, Convention EDH ; Art. 9, C. civ. ; Art. L. 1121-1, C. trav.

⁵²³ Avenant Air France du 13 juillet 2010

⁵²⁴ Accord Capgemini du 20 juillet 2011.

⁵²⁵ Loi du 6 jan. 1978, modifiée par la loi du 6 août 2004.

Par ailleurs, de nombreuses entreprises dans le monde ont développé le concept de « CalmSpace », c'est-à-dire des salles de repos, de sieste. Ces espaces de calme prévus au sein même de l'entreprise permettent aux salariés de s'isoler un court instant, afin d'échapper au stress, aux contraintes professionnelles. L'un des précurseurs en France fut la société de design Leblon-Delienne en 2006. Cependant, cette initiative reste relativement isolée. Alors que la sieste est un droit constitutionnel en Chine⁵²⁶ et entrée dans les mœurs en Espagne – même si elle commence à être remise en cause, notamment dans la fonction publique - elle reste encore taboue en France, souvent associée à la paresse. Dans son rapport sur le thème du sommeil réalisé en décembre 2006, Xavier Bertrand, alors ministre de la Santé et des Solidarités, tend à démontrer les bienfaits de la sieste. Il a d'ailleurs noté que « plusieurs entreprises ont expérimenté la sieste au sein de leur dispositif de travail avec des résultats sensibles sur le sentiment de bien-être, la disponibilité, la qualité du travail et même de la réduction de l'absentéisme »⁵²⁷. Pourtant les sociétés françaises sont peu à avoir adopté le principe de la sieste et font part d'une certaine réticence à laisser dormir leur salarié.

228. - Des mesures peuvent également être prises afin de protéger le droit au repos des salariés en dehors de l'entreprise. Constatant qu'un grand nombre de leurs salariés restaient en permanence connectés à la sphère professionnelle, certaines entreprises ont conclu des accords permettant de contrôler l'utilisation des nouvelles technologies par les salariés en dehors de leur temps de travail. Un accord a été conclu par le conseil d'entreprise et la direction de Volkswagen en Allemagne le 28 décembre 2011. Il prévoit que les salariés non cadres du siège ne recevront plus de messages électroniques durant leurs temps de repos. De même, le groupe Areva a signé le 31 mai 2012 un accord sur « le développement de la qualité de vie au travail ». Selon son article 20, intitulé « Pour une utilisation maîtrisée des NTIC », « les parties soulignent la nécessité de veiller à ce que leur usage respecte le temps de vie privée. A cet effet, chaque salarié, quel que soit son niveau hiérarchique, veillera à se déconnecter du réseau et à ne pas envoyer de courriel en dehors des heures habituelles de travail. A ce titre, il dispose d'un « droit de déconnexion ». Or, pour préserver effectivement le droit au repos des salariés, il conviendrait que cette déconnexion ne soit pas un droit mais un

⁵²⁶ Art. 43, Constitution chinoise, 1982.

⁵²⁷ Rapport du Ministère de la Santé et de la Solidarité sur « *Le thème du sommeil* », Déc. 2006, p.83.

réel devoir. Cette obligation assurerait ainsi aux salariés un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée et familiale et lui permettrait d'échapper au stress dû à une subordination constante. En outre, le devoir de déconnexion permettrait également de préserver l'entreprise d'éventuelles demandes de rappels de paiement des heures supplémentaires, pour les salariés soumis aux trente-cinq heures. En effet, un salarié contraint de répondre à un appel téléphonique ou à un message électronique le dimanche pourra prouver qu'il a effectué des heures au-delà du temps de travail indiqué. A contrario, s'il s'agit d'une obligation de se déconnecter, le salarié réfractaire⁵²⁸ ne pourra rien revendiquer.

229. - Afin d'assurer toute l'efficacité du droit au repos, il convient de trouver un équilibre entre les besoins de l'entreprise et ceux des salariés, entre le développement de l'économie et celui de l'individu. Une vie professionnelle, parfois usante, doit être obligatoirement assortie d'un repos suffisant pour le bien-être et la santé des travailleurs. Pour ce faire, il convient de lutter contre l'inertie de certains employeurs, mais également d'opérer un réel apprentissage du repos chez certains salariés. Des campagnes de préventions sur les risques d'un manque de sommeil devraient ainsi être réalisées au sein des entreprises, afin de sensibiliser les salariés à l'importance du repos. En effet, nombreux d'entre eux ne comprennent pas et sous-estiment l'intérêt de se reposer. Face à cette difficulté d'accepter le repos, Paul Morand écrivait « le travail cessant, il va falloir que nous apprenions maintenant à nous reposer »⁵²⁹.

⁵²⁸ Le téléphone portable mis à la disposition du salarié par l'entreprise fait souvent l'objet d'usage personnel.

⁵²⁹ P. Morand, *Eloge du repos*.

Conclusion

230. - La prise de conscience du déséquilibre dans les relations professionnelles et de la paupérisation de la classe ouvrière a provoqué, dans de nombreux pays, l'apparition et le développement d'une réglementation protectrice, notamment, en matière de repos. Si sur les plans humanitaire et sanitaire, cette innovation fut applaudie, économiquement, elle fut rapidement contestée.

En Europe, cette évolution sociale fut d'abord nationale. De nombreux États ont adopté des législations en matière de repos. Cependant, face à une économie de plus en plus ouverte, l'adoption isolée d'une réglementation sociale présentait un risque de distorsion de concurrence entre les différents acteurs économiques. Cet argument fut d'ailleurs invoqué par le patronat textile devant l'Assemblée nationale, au cours des débats sur la loi limitant le temps de travail journalier des femmes et des enfants. Ils arguaient du fait qu'« en réduisant par une mesure intérieure la journée de travail des enfants, des filles mineures et des femmes, l'industrie nationale courrait le risque de n'être pas suivie dans cette voie par d'autres pays dont les industriels font aux Français une redoutable concurrence ». Avec l'intensification des échanges commerciaux, la réalisation d'une Union économique ne pouvait qu'aboutir à une harmonisation des législations nationales. Cette Europe sociale, apparue tardivement, est confrontée à la difficulté « de concilier la diversité des Européens et l'intégration des politiques sociales ». En effet, « les communautés politiques nationales demeurent très fermées quand il s'agit de prendre des décisions sociales importantes »⁵³⁰. Le Royaume-Uni s'est d'ailleurs montré réfractaire à une réglementation européenne en matière de repos. Cependant, l'Union européenne a su imposer ses exigences, notamment grâce au contrôle rigoureux de la CJUE.

En France, malgré les contestations initiales, les gouvernements successifs ont su convaincre et ont instauré un véritable droit au repos. Certains ont d'ailleurs fait preuve d'une réelle avancée. Ainsi, en 1981, le gouvernement français de Pierre Mauroy a créé un Ministère du « Temps Libre », chargé de la Jeunesse, des Sports et du Tourisme, dont les missions étaient,

⁵³⁰ J.-C. Barbier, *Les limites de l'Europe sociale*, Futuribles, Mai 2009, p.51.

notamment, le développement de la vie associative et de l'animation, la démocratisation des vacances et des loisirs, ou encore la création d'emplois pédagogiques et touristiques.

Au regard du schéma européen, la mondialisation de l'économie semblait présager une reconnaissance générale du droit au repos dans l'ensemble des États. Cependant, face à la velléité de certains et à l'adoption de législations inopérantes, le constat en est tout autre. Le progrès économique n'aboutit donc pas nécessairement à un progrès social.

Le miracle chinois est l'illustration d'un modèle économique qui a prospéré aux dépens du bien-être et de la santé des travailleurs. Le professeur en droit du travail chinois, Aiqing Zheng, constate que la Chine « continue à considérer que le progrès économique permet en lui-même d'améliorer la situation sociale des travailleurs, beaucoup mieux que ne pourrait le faire une législation sophistiquée du droit du travail »⁵³¹. Cependant, face au développement de la mondialisation, le gouvernement chinois ne peut plus maintenir ce décalage entre son système juridique et celui exigé dans d'autres pays. Afin de se mettre en conformité, la Chine a donc étudié les normes internationales pour en ratifier certaines. En matière de repos, elle n'a pas souhaité ratifier la convention n°132 sur les congés payés de 1970. Au plan national, la Chine a adopté une réglementation ayant vocation à apporter une protection aux travailleurs. Ainsi, la loi relative au travail de 1994 prévoit une durée de travail quotidien ne pouvant excéder huit heures et un travail hebdomadaire d'une durée moyenne de quarante-quatre heures⁵³². Les intéressés doivent également bénéficier d'un jour de congé hebdomadaire⁵³³. Cependant, l'application de ces dispositions apparaît, dans les faits, illusoire⁵³⁴. Deux facteurs sont à l'origine de cette situation. D'une part, certains travailleurs ne sont jamais informés de la durée légale de travail, ce qui les empêche de revendiquer leurs droits, notamment leur droit au repos hebdomadaire légalement reconnu⁵³⁵. D'autre part, certains directeurs d'usine

⁵³¹ A. Zheng, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, Ed. L'Harmattan, 2007, p.18.

⁵³² Art. 36, Loi relative au travail de 1994.

⁵³³ Art. 38, Loi relative au travail de 1994.

⁵³⁴ Selon le Rapport de l'OIT sur le temps de travail au XXI^e siècle, les travailleurs en Chine effectuent, en moyenne, 2300 heures de travail par an. Les travailleurs français ne réalisent que 1555 heures. (*Rapport de l'OIT sur « Le temps de travail au XXI^e siècle »*, 2011, p.28).

⁵³⁵ Rapport de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (F.I.D.H) sur « *Les travailleurs chinois à la conquête de leurs droits – Quel rôle pour les marques ?* », Mai 2013, p.24.

n'hésitent pas à violer la loi afin de pouvoir réduire les coûts d'achat et de production au plus bas niveau. En outre, les faibles salaires obligent les salariés à effectuer un grand nombre d'heures supplémentaires. Dans un rapport publié en juillet 2011, sur dix entreprises chinoises travaillant pour des grandes marques mondiales, l'organisation de défense des droits des travailleurs, China Labor Watch (CLW), affirme que « durant la haute saison manufacturière, les ouvriers font des heures supplémentaires excessives, travaillant souvent jusqu'à l'épuisement » et que certains ouvriers sont contraints de « répéter la tâche qui leur est assignée toutes les trois secondes, debout et sans discontinuer pendant dix heures »⁵³⁶. Le droit au repos des salariés est donc sacrifié au nom d'un accroissement de la productivité.

Le droit au repos des travailleurs jouit, au sein de l'Union européenne, d'un encadrement permettant de limiter et d'empêcher les atteintes pouvant y être apportées. La CJUE n'hésite pas à condamner certains États qui pourraient se révéler réfractaires. Cependant, ce droit au repos, au-delà des frontières européennes, apparaît parfois chimérique, notamment, en raison de l'absence d'un tel encadrement. Il est à espérer, désormais, l'adoption d'une réglementation internationale efficace, assurant à l'ensemble des travailleurs un réel droit au repos.

⁵³⁶ Le Monde, *Conditions de travail « inhumaines » dans l'industrie électronique chinoise*, 12 juill. 2011.

Bibliographie

Ouvrages

N. Alter, *Sociologie du monde du travail*, PUF, 2006, p.233 et s.

G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, §174.

J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre et A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 7ème édition, 2012, § 391-1 s.

P. Auvergnon, *Libertés individuelles et relations de travail : Quelques enseignements de la confrontation de droits*, in *Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?*, PUB, 2011, p.10 à p.44.

P. Auvergnon et C. Guillemain, *Le travail pénitentiaire en question – une approche juridique et comparative*, La Documentation française, 2006, pp. 102 à 103 et p.180 à p.181.

J. Barreau, *Gérer le travail*, PUR, 2° éd., 2005, p.116 à p.143.

S. Berstein et P. Milza, *Histoire du XX° siècle – 1900 à nos jours*, Ed. Hatier, T.1, p.286 à p.290.

A. Bevort et A. Jobert, *Sociologie du travail : les relations professionnelles*, Ed. Armand Colin, 2008, p.71 à p.92

T. Bontinck, *L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, sous la direction de B. Favreau, Ed. Bruylant, 2010, p. 103 à p.113.

G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Ed. Du Seuil, 2011, p.181 à p.182.

G. Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, 1961, p.21.

P. Burnel, *Travail à domicile – Télétravail*, Ed. Liaisons, 2011, §268 s. et §321 s.

- J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, 21^{ème} éd., 2000, §71.
- G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, 8^o éd., 1997, p.190.
- J.-P. Delas et B. Milly, *Histoire des pensées sociologiques*, Armand Colin, Ed. Dalloz, 2005, p.36 à p.37.
- R. Ergec, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, 2004, p.47 s.
- L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Ed. Dalloz, 15^{ème} éd., 2013, §1276-1 à §1333 et §1343 à §1361.
- C. Goldfinger, *Travail et hors-travail – Vers une société fluide*, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 158.
- X. Haubry, *Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites*, Ed. Harmattan, 2010, p.133 et p.142 à p.143.
- S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris et M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, 2010, p.19 à p.21, p. 47 à p.50.
- E. Jouy, *Hermit*, T. 4, 1813, p.178.
- T. Kapp, P. Ramackers et J.-P. Terrier, *Le système d'inspection du travail en France*, Ed. Liaisons, 2009, p. 314 à p.315.
- U. Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Conseil de l'Europe, p.15 à p.19.
- P. Lafargue, *Le droit à la paresse*, Ed. La Découverte, 2010, p.17 à p.61.
- A. Lambert, *Avant-propos – Définition de la vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de F. Sudre, Ed. Anthemis, 2002, p. 56 à p.59.
- M. Loriol, *Le temps de la fatigue*, Ed. Anthropos, 2000, p.91 à p.113.
- A. Mazeaud, *Droit du travail*, Ed. Montchrestien, 2012, Montchrestien, 8^{ème} éd., §918 à §993.
- E. Millard, *Le droit constitutionnel de la famille*, in *Code civil et constitution*, sous la direction de M. Verpeaux, Ed. Economica, 2005, p.65 à p.81.

- M. Miné et S. Allemand, *Siffler en travaillant ?*, Ed. Le Cavalier Bleu, 2007, p. 107 à p.110.
- M. Miné, *Droit du temps de travail*, L.G.D.J, 2004, §61 à §79.
- P. Moran, *Eloge au repos*, Arléa, 1996, p.32, p.39, p.50, p.53, p.60, p.90 et p.115.
- J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 26ème éd., 2012, §30 s., §40, §85, §784, §790 et § 795 et s.
- F. Pelletier et K. Bézille, *L'entreprise à l'épreuve des risques psychosociaux*, Éd. Liaisons, 2011, §9 à §18.
- G. Rambaud, *Le travail en prison – Enquête sur le business carcéral*, Ed. Autrement, 2010, p.7 et p.20 à p.22.
- J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2ème éd., 2012, pp.267 à 269 ; p.286 à p.289.
- J.-D. Reynaud, *Les syndicats en France*, Seuil, T. I, 1975, p.261.
- J.-M. Servais, *Droit social de l'Union européenne*, Ed. Bruylant, 2° éd., 2011, p.62 à p.63 et p.200 à p.201.
- E. Shea, *Le travail pénitentiaire : Un défi européen*, Ed. L'Harmattan, 2006, p.7 à p.10.
- M. Stroobants, *Sociologie du travail*, Armand Colin, 2005, p. 17 à p.32
- F. Sudre, *Rapport introductif – La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de F. Sudre, Ed. Anthemis, 2002, p.12 à p.54.
- B. Teyssiè, *Droit européen du travail*, Lexis Nexis, 5ème éd., 2013, §1 à §6 ; §57 à §82 ; §745 et §754.
- I. Théry, *Approche sociologique de la « vie familiale » : la question des définitions*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de F. Sudre, Ed. Anthemis, 2002, p.61 à p.105.

G. Trudeau, *Libertés individuelles et relations de travail, un point de vue canadien*, in *Liberté individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?*, sous la direction de P. Auvergnon, PUB, 2011, p.50 à p.56.

R. Vouin, *préface de l'ouvrage Le droit de la famille de Mireille Delmas-Marty*, PUF, 1972, p.6.

T. Yamaguchi, *Le contrat de travail en droit japonais, Etudes de droit Japonais, Société de législation comparée*, 1989, p.455 s.

P. Yonnet, *Travail, Loisir, Temps libre et lien social*, Ed. Gallimard, 1999, p. 14 à p.132.

A. Zheng, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, Ed. L'Harmattan, 2007, p.18.

Thèses

E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, PUAM., 2002, §496 à §550.

M. Démoulin, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail – Essai sur une évolution des relations de travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2012, § 355 s. et §385.

N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, §523 s.

C. Jacquenet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations du travail*, PUAM, 2008, §.526 s.

Mélanges

J.-Y. Chérot, *Les droits fondamentaux au travail et la globalisation. Un nouveau modèle dans le droit global ?*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.1505 à p.1524.

D. Cohen, *Le droit à...*, in *L'Avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF, 1999, p. 393 s.

Y. Saint-Jours, *La pénétration du droit du travail dans la fonction publique*, in Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p.231 s.

N. Valticos, *Le droit international du travail à l'heure du bilan*, in Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 3 s.

Revues

J.-F. Akandji-Kombé, *Le droit social : droit national, européen ou international ?*, Semaine sociale Lamy 2011, 1508.

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. Amalric, *Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait en jours*, RDT 2013, p.273.

S. Amalric, *Le temps de travail, les conventions de forfait sous le contrôle de la Cour de cassation*, RDT 2012, p.500.

E. Andréo e J. Misslin, *Les conditions d'ouverture et d'acquisition de droit à congés payés en droit français ne sont pas conformes au droit européen*, JCP S 2012, 1135.

S. Baradel, *Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité*, Dr. ouvrier 2012, p.190.

J.-C. Barbier, *Les limites de l'Europe sociale*, Futuribles, Mai 2009, p.51 à p.57.

J. Barthélémy, *Durée du travail – Amplitude : temps séparant la prise de poste de sa fin – Durée maximum de 13 heures*, Dr. soc. 2010, p.239.

J. Barthélémy, *L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail*, JCP S 2007, 1168.

J. Barthélémy, *Essai sur la parasubordination*, Semaine sociale Lamy 2003, 1134.

J. Barthélémy, *Problèmes liés aux repos compensateurs*, Semaine sociale Lamy 2002, 1057.

- J. Barthélémy, *Temps de travail. - Amplitude. - Définition à partir du repos minimum journalier*, Dr. soc. 2002, p.353.
- S. Béal et M. Marguerite, *Au croisement des jours fériés, du repos quotidien, du salaire et du droit à la santé*, JCP S 2012, 1417.
- V. Bernaud, *Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation*, Dr. soc. 2009, p.1081.
- M. Bonnechère, *Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen*, Dr. ouvrier 2012, p.175.
- C. Boutaveb, *Regard : Les difficultés de la mise en oeuvre, en droit français, du droit à congé payé garanti par l'Union européenne*, RDT 2012, p.578.
- A. Bugada, *Extension du référé dominical de l'inspecteur du travail*, Proc. 2011, comm. 205.
- A. Bugada, *Repos ou travail dominical ?*, Semaine sociale Lamy 2008, 1352.
- A. Bugada, *Le retour en force du référé dominical : l'inspecteur du travail a qualité pour demander la liquidation de l'astreinte devant le JEX*, JCP E 2006, 1106.
- A. Bugada, *Le travail dominical dans le commerce en question (réflexions à partir d'un pôle économique disputé)*, Dr. soc. 2005, p.536.
- L. Casaux-Labrunée, *La confrontation des libertés dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2008, p.1033.
- A. Cavelle, *Le forfait jours n'est pas mort : retour sur son fonctionnement*, Les Cahiers Lamy du CE 2011, 108.
- D. Chelle et X. Prétot, *Illégalité de l'article R. 262-1-1 du Code du travail qui prévoit que l'inspecteur du travail peut demander au juge civil des référés de faire cesser l'emploi de salariés en méconnaissance du repos dominical*, D. 2006, p.225.
- D. Chenu, *Forfait en jours : les répliques du séisme*, Semaine sociale Lamy 2013, 1571.
- M. D'Allende, *Travail dominical et modification du contrat de travail*, JCP S 2011, 1283.
- L. Davoine et D. Méda, *Les Français et le travail : une relation singulière*, Fututibles, Avril 2009, p.5 à p.28.

- A. De Beer, *Le télétravail en perspective*, Futuribles 2006, p.59 à p.77.
- O. De Cassagnac, *Santé et durée du travail : une nouvelle approche jurisprudentielle ?*, JSL 2011, 1305.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Modification de la cadence de travail = changement des conditions de travail*, JCP S 2011, 1003.
- J.-R. De La Tour, *Le droit du travail dans le droit de l'Union européenne*, Semaine Sociale Lamy 2011, 1508.
- L. Derepas, *La dérogation du repos dominical autorisée par l'article L. 3132-26 du Code du travail doit être accordée le même jour à tous les commerces exerçant une même activité*, Dr. soc. 2008, p.1235.
- E. Dockès, *Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier*, Dr. Soc. 2012, p.147.
- F. Ducloz, *Convention de forfait : respect du droit à la santé et au repos*, D. 2013, chron. p.114.
- A. Dupays, *Comment fonctionne la contrepartie obligatoire en repos ?*, Semaine sociale Lamy 2008, 1377.
- A. Fabre, *Les temps du travail : entre libertés et pouvoir*, Semaine sociale Lamy 2011, 1508.
- S. Fantoni-Quinton, *L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés*, Dr. soc. 2010, p.395.
- F. Favennec-Héry, *Le droit de la durée du travail, fin d'une époque*, Dr. Soc. 2009, p.251
- F. Favennec-Héry, *Vers l'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise*, Dr. soc. 2005, p.794.
- F. Favennec-Héry, *Le temps vraiment choisi*, Dr. soc. 2000, p.295.
- F. Favennec-Héry, *Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail*, RJS 1999, p.819.

- S. Frossard, *Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail*, Dr. soc. 2006, p.999.
- L. Gay, *La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité*, Cah. Cons. Constit. 2004, n°16, p.102.
- M. Hautefort, *Gérer les dirigeants*, Les Cahiers du DRH 2012, 187.
- M. Hautefort, *L'employeur doit prouver qu'il a fait en sorte que le congé soit pris*, JSL 2012, 328.
- A.-C. Haller, *L'employeur ne peut se contenter d'informer le salarié de ses droits à repos, il doit l'inciter à les prendre*, JSL 2007, 214.
- D. Jean-Pierre, *Le droit au report des congés annuels en cas de maladie : un droit ignoré dans la fonction publique*, JCP A 2011, 2249
- A. Johannson, *Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice y afférent (hors congés payés)*, Dr. soc. 2012, p.821.
- H. Kobina Gaba, *Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié*, JCP S 2012, 1159.
- S. Laulom, *Quelle valeur pour le droit au congé annuel payé? Le CJUE botte en touche*, Semaine sociale Lamy 2012, 1525.
- S. Laulom, *Le droit à congé*, Semaine sociale Lamy 2011, 489.
- M. Lebranchu, *La nouvelle justice de la famille*, Les Annonces de la Seine, 5 avr. 2001, p.5.
- P. Le Cohu, *Congés payés : un droit en pleine évolution*, Les Cahiers du DRH 2010, 168.
- J.-P. Lhernould, *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE*, Dr. Soc. 2010, p.893
- P. Lokiec, S. Robin-Olivier et P. Rémy, *Les difficultés de la mise en oeuvre, en droit français, du droit à congé payé garanti par l'Union européenne*, RDT 2012, p.578.
- P. Lokiec, *Le changement d'horaires : une nouvelle approche*, D. 2012, p.67.

- P. Lokiec, S. Robin-Olivier, P. Rémy, C. Barnard et F. Baron, *Points de vue nationaux sur l'harmonisation communautaire du temps de travail*, RDT 2006, p.123.
- A. Lyon-Caen, *Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme*, Dr. ouvrier 2012, p.171.
- A. Marcon, *Les limites incertaines de la vie personnelle*, Semaine sociale Lamy 2012, 1535.
- F. Marron, *Les forfaits en jours examinés à la loupe*, Les Cahiers du DRH 2012, 193.
- M.-F. Mazars, *La charge de travail en questions – Synthèse*, Dr. ouvrier 2012, p.220.
- M.-F. Mazars, *La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours*, Semaine sociale Lamy 2011, 1499.
- A. Mazeaud, *Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*, Dr. soc. 2004, p.77.
- M. Miné, *Le droit du temps de travail à la lumière de la Charte sociale européenne*, Semaine sociale Lamy 2011, 1475.
- M. Miné, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale*, Semaine sociale Lamy 2005, 1228.
- N. Moizard, *Droit du travail communautaire et droit du travail français*, Semaine sociale Lamy 2000, 1000.
- M. Morand, *Les forfaits en jours aux prises avec les impératifs de la santé et de la sécurité*, JCP S 2012, 1120.
- M. Morand, *Les cadres dirigeants et le temps de travail*, RJS 2012, chron. 347.
- M. Morand, *L'employeur doit faire prendre les congés payés*, JCP S 2012, 1370.
- M. Morand, *S'astreindre à être de repos !*, Semaine sociale Lamy 2003, 1122.
- M.-A. Moreau, *Temps de travail et charge de travail*, Dr. soc. 2000, p.263.
- F. Morel, *Travail et repos : quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national ?*, Dr. Soc. 2004, p.142.
- S. Niel, *Établir et respecter les temps de repos*, Les Cahiers du DRH 2013, 197.

- J.-F. Paulin, *Les temps soustraits au pouvoir*, Semaine sociale Lamy 2008, 1340.
- R. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification*, RD publ., 1981, p.54.
- V. Pontif, *Les rythmes de travail*, RDT 2012, p.208.
- A. Probst, *Télétravail au domicile – Confusion des lieux et distinction des temps*, Dr. soc. 2006, p.1109
- J.-E. Ray, *Vie professionnelle, vie personnelle et TIC*, Dr. soc. 2010, p.44.
- J.-E. Ray, *Actualités des TIC – Relations individuelles de travail*, Dr. soc. 2008, p.1072.
- J.-E. Ray, *La guerre des temps – Le Net ? Never Enough Time !*, Dr. soc. 2006, p.3.
- J.-E. Ray, *Temps professionnel et temps personnels*, Dr. soc. 2004, p.58.
- N. Regnier Rouet, *La position offensive de la Cour de cassation sur la validité du forfait en jours*, JSL 2012, 321.
- F. Schoenberger, *Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle*, Dr. soc. 2010, p.31.
- A. Seifert, *L'effet horizontal des droits fondamentaux – Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, RTDE 2013, p.801.
- A. Supiot, *Le travail, liberté partagée*, Dr. soc. 1993, p.716.
- A. Taillefait, *Aménagement du temps de travail et notion de repos compensateur au sens du droit de l'Union européenne*, Rev. Adm. 2011, p.104.
- M.-C. Tual, *Les conditions de validité du forfait en jours*, Les Cahiers Lamy du CE 2012, 121.
- G. Vachet, *Congés payés et droits du salarié*, JCP S 2012, 1203
- G. Vachet, *Tsunami sur les congés payés*, Les Cahiers du DRH 2012, 192.
- M. Véricel, *Les congés payés entre droit du travail français et droit de l'Union européenne*, RDT 2012, p.565.

M. Véricel, *Le droit à congés payés du salarié malade face à la Cour de justice européenne et à la Cour de cassation*, RDT 2012, p.371.

M. Véricel, *Heures d'équivalence et travail effectif. - Les permanences objet d'un système d'équivalence demeurent du travail effectif pour l'application des prescriptions relatives au temps minimal de repos*, RDT 2011, p.511.

P.-Y. Verkindt, *Les conventions de forfait*, Dr. soc. 2010, p.387.

P. Waquet, *Le temps de repos*, Dr. soc. 2000, p.288.

P. Waquet, *Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc. 2010, p.14.

Articles de presse

20 Minutes, *La justice n'oblige pas Sephora à fermer le soir sur les Champs-Élysées*, 6 déc. 2012.

L'Express – L'Expansion, *Travail dominical : Castorama obtient un sursis dans le 93*, 7 déc. 2012.

Le Figaro, *Travail dominical : salariés rassemblés*, 17 avr. 2013.

Le Monde, *Michel Sapin refuse de remettre en cause le repos dominical*, 23 mai 2013.

Le Monde, *Conditions de travail « inhumaines » dans l'industrie électronique chinoise*, 12 juill. 2011.

Le Monde, *Le travail le dimanche, une mauvaise idée*, 26 nov. 2008.

Les Échos, *L'art du management, « Maîtriser le choc technologique »*, 3 nov. 2005.

Libération, *Travail le dimanche : concert de protestations contre Hidalgo*, 25 avr. 2013.

Rapports, colloques, communications.

France

Rapports ministériels

Rapport de la DGT sur « *L'inspection du travail en France en 2011* », 2011, p. 75, p.82, p. 99 et p.106.

Rapport du Ministère de la Santé et des Solidarités sur « *Le thème du sommeil* », 2006, p.83, p.227 et p.336.

Rapport de J. Roché au Min. de la Fonct. publ., « *Le temps de travail dans les trois fonctions publiques* », 1999.

Rapports parlementaires

Rapport de I. Debré fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat sur « *les dérogations au principe du repos dominical dans les communes, zones touristiques, thermales et grandes agglomérations* », 2009, p.12.

Rapport de P. Loridant d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur « *La mission de contrôle sur le compte de commerce 904-11 de la Régie Industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP)* », 2001-2002, p.28.

Rapport de R. Mallié fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi (n°1685) de MM. Richard Mallié, François Baroin, Marc Le Fur et plusieurs de leurs collègues réaffirmant « *le principe de repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* », 2009.

Rapport de L. Souvé fait par la commission des Affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale, d'orientation et d'incitation relative à « *la réduction du temps de travail* », 1997/1998.

Rapport de B. Stasi fait au nom de la Commission de réflexion sur « *l'application du principe de laïcité dans la République* », 2003, p.65.

Autres

Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *Le Travail de nuit : impact sur les conditions de travail et de vie des salariés* », 2010, p.13 à p.26.

Rapport du Conseil économique, social et environnemental sur « *L'avenir de la médecine du travail* », 2008, p.34 s.

Rapport de l'INRS sur « *Les horaires atypiques de travail* », 2013, p.1 à p.4.

Colloque de l'INRS sur « *Le Sommeil et rythme de travail* », 2010, p.199 à p.202.

International

OIT

Programme des conditions de travail et d'emploi, Le temps de travail au XXI^e siècle, 2011.

Autre

Rapport de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (F.I.D.H.) sur « *Les travailleurs chinois à la conquête de leurs droits – Quel rôle pour les marques ?* », Mai 2013, p.24.

Union européenne

Rapport de la Commission européenne sur « *la mise en oeuvre par les Etats membres de la directives 2003/88/CE* », Déc. 2010, p.11.

Communication de la Commission au Parlement européen, Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Révision de la directive sur le temps de travail* », Mars 2010.

Rapport de la Commission européenne sur « *l'état d'avancement de la transposition de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* », Janv. 2000, p.11 à p.16.

Proposition de Directive du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail présenté par la Commission, Sept. 1990, p.2 et p.10 à p.19.

Encyclopédies, Lexiques.

G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 9^o éd., 2011.

Dictionnaire historique de la langue française, Dictionnaire Le Robert, 2010.

Dictionnaire Le Robert, 2011.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16^e édition.

Sites internet

Site de l'Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr

Site du Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr

Site du Conseil de l'Europe : www.coe.int/fr

Site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Site de la Cour de justice de l'Union européenne : www.curia.europa.eu

Site de l'Organisation Internationale du Travail : www.ilo.org

Site de l'Organisation des Nations Unies : www.un.org/fr/

Site du Sénat : www.senat.fr

Site de l'Union européenne : www.europa.eu

Table des matières

Sommaire	4
Table des abréviations.....	5
Introduction	8
I. La notion du repos	9
A. L'évolution	9
B. La sémantique.....	10
II. La prise de conscience de l'idée de repos	12
A. Sociologique	12
B. Juridique	16
1. La vie dans l'entreprise	17
2. La vie hors de l'entreprise.....	21
III. Le droit au repos	24
A. Le droit à.....	24
B. Un repos.....	27
1. Les finalités du repos	28
2. La prise d'un repos.....	37
PARTIE 1 La consécration du droit au repos	40
Titre 1 : Les vecteurs de la consécration.....	41
Chapitre 1 : L'accumulation normative	41
Section 1 : La conception internationale	42
I. L'élaboration par l'Organisation des Nations-Unies	42
II. L'élaboration par l'Organisation internationale du travail	43

A.	Le repos hebdomadaire.....	44
B.	Les congés payés	45
Section 2 :	La conception européenne.....	46
I.	L'élaboration par l'Union européenne.....	46
A.	Les Chartes européennes	47
1.	La Charte européenne des droits fondamentaux des travailleurs	47
2.	La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	47
B.	Les directives européennes.....	49
II.	L'élaboration par le Conseil de l'Europe.....	51
A.	La reconnaissance générale d'un droit au repos	52
B.	La reconnaissance spécifique d'un droit au repos.....	52
Chapitre 2 :	La portée normative.....	54
Section 1 :	La portée verticale	54
I.	Les conventions de l'OIT.....	54
A.	Un système de contrôle régulier	54
B.	Les procédures particulières	56
II.	La Charte sociale européenne.....	57
A.	Une procédure non-juridictionnelle de contrôle.....	57
B.	Le contrôle du dispositif du forfait en jours	58
1.	Le dispositif du forfait annuel en jours.....	58
2.	La condamnation du forfait annuel en jours.....	61
III.	La directive européenne sur le temps de travail	62
Section 2 :	La portée horizontale.....	65
I.	Les conventions de l'OIT.....	66
II.	La Charte sociale européenne.....	67
III.	La directive européenne sur le temps de travail	68

Titre 2 : Le contenu de la consécration.....	71
Chapitre 1 : L'objet du droit.....	71
Section 1 : Les définitions	71
I. Une définition négative	71
A. Le contenu sémantique	72
B. Les limites factuelles	73
1. Les temps dans l'entreprise	73
2. Les temps hors de l'entreprise.....	76
II. Une définition positive	80
Section 2 : La durée	81
Chapitre 2 : Les sujets du droit.....	84
Sous-Chapitre 1 : Les créanciers du droit.....	84
Section 1 : Les travailleurs ordinaires	84
I. Les salariés	85
A. Les dispositions générales en matière de repos	85
B. Les dispositions particulières en matière de repos	89
II. Les fonctionnaires de l'Etat	89
A. La reconnaissance d'un droit au repos	90
B. Le report des congés payés.....	91
Section 2 : Les travailleurs particuliers	93
I. Les moniteurs de colonies de vacances	93
II. Les travailleurs pénitentiaires	95
III. Les cadres dirigeants	99
Sous-Chapitre 2 : Les débiteurs du droit	101
Section 1 : Un devoir étatique	101
I. L'Etat-législateur.....	101

A.	L'ouverture du droit à congés payés : La France	102
1.	La condamnation européenne	102
2.	La réaction française.....	103
B.	Le report du droit à congés payés : L'Espagne	106
II.	L'Etat-contrôleur	108
A.	Les interventions	109
B.	Les prérogatives.....	110
	Section 2 : Un devoir patronal	113
I.	Les obligations.....	113
A.	L'obligation de sécurité de résultat	113
B.	L'octroi du repos	115
1.	L'octroi des congés payés	115
2.	L'octroi des autres repos	116
3.	Le contrôle du repos	118
II.	Les sanctions	119
	PARTIE 2 L'EVOLUTION DU DROIT AU REPOS.....	121
	Titre 1 : L'aménagement du droit au repos	122
	Chapitre 1 : Le droit au repos confronté à la liberté d'entreprendre	122
	Section 1 : L'incidence de la liberté d'entreprendre sur le droit au repos	123
I.	Une atteinte autorisée	123
II.	Une atteinte modérée	125
	Section 2 : La limitation de la liberté d'entreprendre par le droit au repos	129
I.	La prise en considération du droit au repos	129
II.	L'arbitrage entre droit au repos et liberté d'entreprendre.....	130
	Chapitre 2 : Le droit au repos confronté au poids de l'économie	135
	Section 1 : La remise en cause du repos dominical	135

I.	Le repos dominical	135
A.	L'obligation.....	136
B.	Le débat	137
II.	Le travail dominical.....	140
A.	Les dérogations.....	141
B.	Les compensations.....	143
	Section 2 : La monétisation du repos.....	144
I.	La monétisation directe	144
A.	L'interdiction.....	145
B.	Les atténuations	146
II.	La monétisation indirecte	147
A.	La demande de rachat	147
B.	Le recours au compte épargne-temps	149
	Titre 2 : Le renforcement du droit au repos	153
	Chapitre 1 : Des opérations attentatoires au droit au repos	153
	Section 1 : Le travail à distance.....	153
I.	Le télétravail.....	154
II.	Les nouvelles technologies.....	157
	Section 2 : Le dispositif du forfait en jours	158
	Section 3 : Le travail de nuit.....	162
	Chapitre 2 : Des propositions respectueuses du droit au repos	167
	Section 1 : L'intervention du législateur.....	167
I.	Le travail de nuit.....	167
A.	La limitation du recours au travail de nuit.....	168
B.	La diminution des effets du travail de nuit	169
II.	Le forfait en jours	170

Section 2 : L'intervention des juges	171
I. L'exigence d'une amplitude de travail	172
II. Le contrôle de la charge de travail.....	173
Section 3 : L'intervention des partenaires sociaux	175
I. La promotion du droit au repos	175
II. Les avancées dans l'entreprise	176
Conclusion.....	181
Bibliographie	184
Table des matières.....	198