CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 12 juillet 2005 [1]

I — Introduction

1. Le Conseil d'État français a été saisi d'un certain nombre de recours dirigés contre un décret instituant, pour le calcul de la durée du temps de travail effectif des employés de certains centres sociaux et médico-sociaux, une équivalence des moments qu'ils passent sur leur lieu de travail.

2. Le problème est celui de savoir si ce système, qui est fondé sur le code du travail national, est compatible avec la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail [2].

3. La question se complique du fait que, lorsqu'elle a transposé la directive dans son droit national, la République française a adopté des mesures plus favorables aux travailleurs salariés qui peuvent être affectées par la réponse que la Cour est appelée à donner.

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

1. Antécédents

4. Depuis des décennies, les pays européens connaissent, portée par un contexte inter-

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 307, p. 18. Après avoir subi un certain nombre de modifications, elle a été remplacée par la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003 (JO L 299, p. 9), qui a le même titre et, pour ce qui concerne la présente affaire, un contenu similaire, parfois identique.

national favorable [3], une tendance à réduire la durée du temps de travail. Cette inclination a une influence sur le marché du travail et, en conséquence, sur les libertés fondamentales qui s'y rattachent.

5. Il a néanmoins fallu attendre les années 70 pour qu'interviennent les premières initiatives au niveau de la Communauté européenne agissant par le truchement du Conseil: la recommandation 75/457/CEE, du 22 juillet 1975 [4], invitant les États membres à adopter la semaine de quarante heures de travail et un congé annuel de quatre semaines, et la résolution du 18 décembre 1979, concernant l'aménagement du temps de travail [5], qui engageait les États membres à restreindre le recours systématique aux heures supplémentaires, à réduire la durée annuelle du travail et à appliquer des mesures de flexibilité. Une proposition de seconde recommandation en la matière a été faite le 23 septembre 1983 [6], mais cette recommandation est restée lettre morte en raison de la nature controversée des thèmes abordés dans une époque de crise de la politique sociale [7].

6. Ce sont l'Acte unique européen [8], parce qu'il a introduit l'article 118 A dans le titre III du traité de Rome [9], et la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, approuvée par le Conseil européen de Strasbourg le 9 décembre 1989 [10], parce qu'elle a reconnu que l'aménagement du temps de travail joue un rôle important dans le rapprochement des conditions de vie des travailleurs, qui ont mis en branle le processus qui a débouché sur la directive 93/104 [11].

3 — L'action de l'Organisation internationale du travail prend un relief particulier. Sa première convention, qui porte le n° 1/1919, avait trait à la durée du temps de travail dans l'industrie; depuis, elle a été suivie par de nombreuses autres, comme, par exemple, la convention n° 14/1921 relative au repos hebdomadaire, la convention n° 30/1930 relative aux heures de travail dans le commerce et dans les bureaux ou encore la convention n° 47/1935 relative à la semaine de 40 heures de travail. À un autre niveau, l'article 24 de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 dispose que «toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques», tandis que l'article 7, sous d), du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre le droit de toute personne à jouir de conditions de travail assurant «le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés».

4 — JO L 199, p. 32.

5 — JO 1980, C 2, p. 1.

6 — Projet de recommandation du Conseil sur la réduction et la restructuration du temps de travail (JO C 290, p. 4).

7 — Sur cette évolution dans le contexte communautaire, Arrigo, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè editore, Milan, 2001, p. 200 à 205.

8 — JO 1987, L 169, p. 1.

9 — Comme l'avocat général Léger l'a rappelé dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Royaume-Uni/Conseil (arrêt du 12 novembre 1996, C-84/94, Rec., p. I-5755) «avant l'adoption de l'Acte unique européen, il n'existait pas de disposition spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs» (point 28). Le traité contenait uniquement deux références expresses aux conditions de travail dans les articles 117 et 118, mais le premier des deux ne créait aucune compétence communautaire en matière sociale tandis que, conformément à l'arrêt que la Cour a rendu le 9 juillet 1987 dans les affaires jointes Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni/Commission (281/85, 283/85, 284/85, 285/85 et 287/85, Rec. p. 3203, point 14), le second n'avait qu'une portée réduite (voir la note 8 des conclusions précitées).

10 — COM(89) 471 final.

11 — Néanmoins, la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (JO L 288, p. 32), avait souligné le caractère essentiel de l'élément temporel dans le lien qui unit le travailleur à son employeur étant donné que la «durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur» doit être portée à la connaissance des salariés [article 2, paragraphe 2, sous i)].

2. Le droit originaire

7. L'article 118 A du traité CE [12] (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) obligeait les États membres à «promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs» et à se fixer pour objectif l'«harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine» (paragraphe 1).

8. Pour contribuer à la réalisation de cet objectif, le paragraphe 2 de cet article donnait au Conseil la compétence d'arrêter, à la majorité qualifiée, des prescriptions minimales par voie de directive en tenant compte des conditions et des réglementations techniques nationales pourvu que ces directives ne fassent pas obstacle «au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail».

9. L'article 136 CE actuel vise à l'«amélioration des conditions de vie et de travail» et l'article 137 CE engage la Communauté à soutenir et à compléter l'action des États membres dans l'«amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs» (paragraphe 1, premier tiret) et dans les «conditions de travail» (paragraphe 1, deuxième tiret).

10. L'article 137 CE confirme la compétence du Conseil d'arrêter, dans les domaines qu'il vise, des prescriptions minimales applicables progressivement (paragraphe 2, premier alinéa), sans préjudice du maintien ou de l'adoption au niveau national de «mesures plus strictes compatibles avec le présent traité» (paragraphe 5).

3. La directive 93/104

11. Le 12 juin 1989, le Conseil a promulgué la directive 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail [13], qui, selon l'arrêt BECTU [14], est la directive-cadre qui arrête les principes généraux dans cette matière, principes développés ultérieurement par une série de directives spécifiques au nombre

12 — Ajouté par l'article 21 de l'Acte unique européen.

13 — JO L 183, p. 1.

14 — Arrêt du 26 juin 2001 (C-173/99, Rec. p. I-4881, point 5).

desquelles figure la directive 93/104 [15], sur le substrat normatif et la réglementation de laquelle il convient de s'étendre.

a) Base juridique

12. La directive est basée sur l'article 118 A du traité, qui, parce qu'il reprend une version de compromis, a suscité d'importantes controverses sur l'interprétation qu'il convient de donner aux limites de l'action communautaire [16].

13. La directive a été approuvée à la majorité qualifiée malgré l'opposition du Royaume-Uni, qui en a demandé l'annulation à la Cour ou, à titre subsidiaire, l'annulation de son article 4, des premier et deuxième alinéas de l'article 5, du paragraphe 2 de l'article 6 ainsi que de l'annulation de l'article 7. Son premier moyen était déduit de l'erreur dans le choix de la base juridique retenue. Il a également invoqué la violation du principe de proportionnalité, le détournement de pouvoir et quelques vices de forme substantiels. Selon lui, la directive aurait dû être adoptée sur la base de l'article 100 du traité CE (devenu article 94 CE) ou de son article 235 (devenu article 308 CE), lesquels requièrent une unanimité au sein du Conseil.

14. Par l'arrêt qu'elle a rendu le 12 novembre 1996 dans l'affaire Royaume-Uni/Conseil [17], la Cour a rejeté le recours tout en annulant l'article 5, deuxième alinéa, de la directive 93/104 [18], et en admettant que l'aménagement du temps de travail fasse l'objet d'une directive dans les termes prévus par l'article 118 A du traité puisque les notions de «milieu de travail», de «sécurité» et de «santé» qu'il contient doivent être entendues dans leur sens large comme visant «tous les facteurs, physiques ou autres, capables d'affecter la santé et la sécurité du travailleur

15 — Signalons, parmi ces directives particulières, la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 145, p. 4), ainsi que la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO 1998, L 14, p. 9). Parmi les directives sectorielles figurent la directive 1999/63/CE du Conseil, du 21 juin 1999, concernant l'accord relatif à l'organisation du temps de travail des gens de mer, conclu par l'Association des armateurs de la Communauté européenne (ECSA) et la Fédération des syndicats des transports dans l'Union européenne (FST) (JO L 167, p. 33), la directive 2000/79/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, concernant la mise en œuvre de l'accord européen relatif à l'aménagement du temps de travail du personnel mobile dans l'aviation civile, conclu par l'Association des compagnies européennes de navigation aérienne (AEA), la Fédération européenne des travailleurs des transports (ETF), l'Association européenne des personnels navigants techniques (ECA), l'Association des compagnies d'aviation des régions d'Europe (ERA) et l'Association internationale des charters aériens (AICA) (JO L 302, p. 57), ainsi que la directive 2002/15/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier (JO L 80, p. 35).

16 — Banks, K., «L'article 118 A, élément dynamique de la politique sociale communautaire», *Cahiers de droit européen*, n° 5-6, 1993, p. 537.

17 — Déjà cité à la note 9.

18 — Le texte de cette disposition était le suivant: «La période minimale de repos visée au premier alinéa comprend, en principe, le dimanche». La Cour l'a déclarée invalide parce que le Conseil était resté en défaut d'expliquer en quoi le dimanche, comme jour de repos hebdomadaire, présenterait un lien plus important avec la santé et la sécurité des travailleurs qu'un autre jour de la semaine (point 37).

dans son environnement de travail» (point 15) [19].

15. L'arrêt contient l'idée que «l'aménagement du temps de travail n'est pas nécessairement conçu comme un instrument de la politique de l'emploi» (point 28), mais il est envisagé dans la perspective où il peut avoir une incidence favorable sur le milieu de travail (point 29).

b) Contenu

16. La directive met en place une réglementation apparemment simple et générique, mais qui s'avère en réalité fort complexe [20].

17. Aux termes de l'article 1er, elle fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé (paragraphe 1) et s'applique «aux périodes minimales de repos journalier, de repos hebdomadaire et de congé annuel ainsi qu'au temps de pause et à la durée maximale hebdomadaire de travail» [paragraphe 2, sous a)] et «à certains aspects du travail de nuit, du travail posté et du rythme de travail» [paragraphe 2, sous b)].

18. L'article 2 précise qu'aux fins de la directive, «on entend par:

1) 'temps de travail': 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;

2) 'période de repos': toute période qui n'est pas du temps de travail;

3) 'période nocturne': toute période d'au moins sept heures, telle que définie par la législation nationale, comprenant en tout cas l'intervalle compris entre vingt-quatre heures et cinq heures;

[...]»

19 — Alonso Olea, M., «¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?», *Revista española de derecho del trabajo*, nº 93, janvier/février 1999, p. 5 et suiv., donne une réponse négative à la question qu'il pose («La régulation du temps de travail est-elle un facteur de sécurité et de santé sur dans le milieu de travail?») et s'écarte donc de la solution retenue par la Cour dans l'arrêt cité. On trouvera d'autres critiques dans Ellis, E., «Case C-84/94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Conseil, Judgment of 12 November 1996, not yet reported», *Common Market Law Review*, nº 34, 1997, p. 1057, et dans Poulpiquet, V., «La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 4, octobre/décembre, 1999, p. 726 et suiv. En sens inverse, favorable à la thèse de la Cour, estimant que celle-ci reconnaît l'autonomie de la politique sociale dans les traités, Kenner, J., «A distinctive legal base for social policy? The Court of Justice answers a 'delicate question'», *European Law Review*, nº 22, 1997, p. 586.

20 — Arrigo, G., op. cit., p. 233.

19. La directive énonce ensuite un certain nombre de règles relatives à l'extension de ces périodes en tenant compte de l'intervalle qui est pris comme référence:

— Le repos journalier est réglé à l'article 3:

«Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives» [21].

— La semaine est envisagée en deux sphères:

«Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures, auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévu à l'article 3.

La période minimale de repos visée au premier alinéa comprend, en principe, le dimanche.

Si des conditions objectives, techniques ou d'organisation du travail le justifient, une période minimale de repos de vingt-quatre heures pourra être retenue» (article 5).

«Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs:

1) la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux;

2) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires» (article 6).

21 — Comme le signale Teyssié, B., *Droit européen du travail*, Éditions Litec, Paris, 2001, p. 184, la détermination des jours fériés, qui sont étroitement liés aux pratiques religieuses et à l'histoire de chaque État, est laissée de côté.

— Le congé annuel est prévu à l'article 7:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail.»

20. Ensuite, les articles 8 à 12 sont consacrés au travail de nuit et l'article 13 au rythme de travail.

21. Les articles 15, 16 et 17 contribuent à justifier les qualificatifs de «flexible» [22] ou de «trop élastique» [23] qui ont été utilisés à propos de la directive [24]:

22 — Ribeiro, M. de F., «O tempo de trabalho no direito comunitário», dans Oliveira Pais, S., et Ribeiro, M. de F., *Dois temas de direito comunitário do trabalho (Incumprimento das directivas comunitárias/O tempo de trabalho no diretto comunitário)*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 120 et 121.

23 — Rocella, A., Aimo, M., et Izzi, D., *Diritto Comunitario del Lavoro*, 2e édition, Giappichelli, Turin, 1999, p. 906.

24 — Supiot, A., «Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del 'tempo di lavoro')», *Lavoro e Diritto*, année 11, n° 1, hiver 1997, p. 16, avance que, dans sa première partie (articles 1er à 16), la directive impose des règles que la seconde partie (articles 17 et 18) prive de tout caractère contraignant.

— L'article 15 dispose que «[l]a présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité de la santé des travailleurs ou de favoriser ou de permettre l'application de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs».

— L'article 16 précise les périodes de référence et permet aux États membres de prévoir:

«1) pour l'application de l'article 5 (repos hebdomadaire), une période de référence ne dépassant pas quatorze jours;

2) pour l'application de l'article 6 (durée maximale hebdomadaire de travail), une période de référence ne dépassant pas quatre mois.

Les périodes de congé annuel payé, accordé conformément à l'article 7, et les périodes de congé de maladie ne sont pas prises en compte ou sont neutres pour le calcul de la moyenne;

3) pour l'application de l'article 8 (durée du travail de nuit), une période de référence définie après consultation des partenaires sociaux ou par des conventions collectives ou accords conclus au niveau national ou régional entre partenaires sociaux.

Si la période minimale de repos hebdomadaire de vingt-quatre heures exigée par l'article 5 tombe dans cette période de référence, elle n'est pas prise en compte pour le calcul de la moyenne.»

— L'article 17 permet aux autorités nationales d'adopter des dérogations aux règles communautaires, mais leur impose de respecter certaines limites. Concrètement, le paragraphe 2 dit que «par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux», il peut être dérogé aux articles 3, 4, 5, 8 et 16:

«b) pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage;

c) pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production, notamment lorsqu'il s'agit:

i) des services relatifs à la réception, au traitement et/ou aux soins donnés par des hôpitaux ou des établissements similaires, par des institutions résidentielles et par des prisons.

[...]»

22. Enfin, il convient de signaler que l'article 18 permet qu'un État membre n'exige pas le respect de la limite maximum de quarante-huit heures de travail par semaine pourvu que l'exception soit subordonnée à des conditions spécifiques, parmi lesquelles figure l'obligation pour l'entreprise de demander et d'obtenir le consentement du travailleur concerné [paragraphe 1, sous b), i), premier tiret].

B — *La législation française*

1. Le code du travail

23. Une partie de son texte est consacrée à la durée de la prestation de travail et fait une

distinction entre le temps de travail et le temps de repos [25]. Ces règles ont été modifiées par la loi n° 98-461, du 13 juin 1998 [26], et par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 [27].

a) Le temps de travail

24. L'article L. 212-1 dispose que, dans les établissements ou professions mentionnés à l'article L. 200-1, ainsi que dans les établissements artisanaux et coopératifs et leurs dépendances, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine (premier alinéa), sans excéder dix heures par jour, sauf dérogations dans des conditions fixées par décret (second alinéa).

25. L'article L. 212-2 permet au Conseil des Ministres de déterminer, par décret, les modalités d'application de l'article L. 212-1 et de fixer ainsi notamment l'aménagement et la répartition des horaires de travail, les périodes de repos, les dérogations et les mesures de contrôle (premier alinéa).

26. Le premier alinéa de l'article L. 212-4 définit la durée du travail effectif comme étant le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Conformément au deuxième alinéa, le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis au premier alinéa sont réunis. Dans le cas contraire, ces périodes peuvent faire l'objet d'une rémunération par voie conventionnelle ou contractuelle. Le troisième alinéa a trait aux temps consacrés à changer de vêtements et le quatrième permet d'instituer «une durée équivalente à la durée légale dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction», ces périodes étant rémunérées conformément aux usages et aux conventions ou accords collectifs.

27. L'article L. 212-4 bis traite des périodes d'«astreinte», qui sont celles durant lesquelles le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir

25 — Sur les règles françaises les plus récentes en cette matière, Favennec-Héry, F., «L'évolution de la réglementation du temps de travail en France», Yota Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union (Gender Approach)/La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne (Perspective selon le genre)*, Presses interuniversitaires européennes, Bruxelles, 1999, p. 221 à 228. Pour les règles antérieures, qui, prises globalement, présentaient un tableau d'un grande complexité, Barthélémy, J., *La durée et l'aménagement du temps de travail*, Paris, 1989, p. 11 et suiv.

26 — JORF du 14 juin 1998, p. 9029.

27 — JORF du 20 janvier 2000, p. 975. Cette loi répond à la nécessité de transposer les règles de la directive 93/104 puisque, comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt qu'elle a rendu le 8 juin 2000 dans l'affaire Commission/France (C-46/99, Rec. p. I-4379), cela n'avait pas été fait à l'expiration du délai de transposition.

pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant, seule, considérée comme un temps de travail effectif.

28. L'article L. 212-7, deuxième alinéa, dispose que la durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut pas dépasser quarante-quatre heures et qu'au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut pas dépasser quarante-huit heures.

b) Le temps de repos

29. L'article L. 220-1 exige que le repos quotidien ait une durée minimale de onze heures consécutives (premier alinéa), bien que certaines distinctions soient possibles dans certaines activités (second alinéa).

30. L'article L. 221-4 exige que le repos hebdomadaire ait une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives, auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien (premier alinéa).

2. Le décret nº 2001-1384

31. Ce décret a été pris, le 31 décembre 2001, pour l'application de l'article L. 212-4 du code du travail en vue d'instituer un régime d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif [28].

32. Ce décret contient quatre articles:

— L'article 1er délimite le champ d'application de la réglementation en l'étendant: 1) aux établissements gérés par des personnes privées à but non lucratif comportant un hébergement qui sont visés aux points 1, 2, 4, 5 et 8 de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles et 2) aux emplois à temps plein de personnels éducatifs, d'infirmiers ou d'aides-soignants ou de personnels de même niveau de qualification appelés à les remplacer dont les titulaires assurent en chambre de veille au sein de l'établissement la responsabilité des surveillances nocturnes.

28 — JORF du 3 janvier 2002, p. 149.

— Aux termes de l'article 2, pour le calcul de la durée légale de travail dans les établissements et les emplois susvisés, chacune des périodes de surveillance nocturne en chambre de veille est décomptée comme trois heures de travail effectif pour les neuf premières heures et comme une demi-heure pour chaque heure au-delà de neuf heures.

— Conformément à l'article 3, la période de présence en chambre de veille s'étend du coucher au lever des personnes accueillies tels qu'ils sont fixés par les tableaux de service sans que sa durée puisse excéder douze heures.

— Enfin, l'article 4 attribue la compétence d'exécution des dispositions qui précèdent aux ministres du Travail et de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur.

III — Les faits, le litige au principal et les questions préjudicielles

33. M. Abdelkader Dellas, la Confédération générale du travail, la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT et la Fédération nationale de l'action sociale Force ouvrière ont engagé un recours contre le décret n° 2001-1384 devant la section du contentieux du Conseil d'État aux motifs que l'article L. 212-4 du code du travail n'a pas été correctement appliqué, qu'une erreur d'appréciation manifeste a été commise, que l'objectif légal de réduction du temps de travail et le principe d'égalité avec les établissements publics n'ont pas été respectés, que l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été enfreint et que l'instauration d'un régime d'équivalence est incompatible avec les objectifs de la directive 93/104.

34. L'Union des fédérations et des syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social (UNIFED) a été admise à intervenir dans la procédure en annulation à l'appui des conclusions de l'administration.

35. Le Conseil d'État a sursis à statuer et a adressé les questions préjudicielles suivantes à la Cour:

«1) compte tenu de l'objet de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, qui est, aux termes de son article 1er, de fixer des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, la définition du temps de travail qu'elle énonce doit-elle être regardée comme s'appliquant aux seuls seuils communautaires qu'elle fixe ou comme

étant d'application générale et visant aussi les seuils retenus par les droits nationaux, notamment en vue d'assurer la transposition de ladite directive, alors même que ces derniers peuvent, comme dans le cas de la France et dans un souci de protection des salariés, avoir été fixés à un niveau plus protecteur que ceux de la directive?

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

IV — La procédure devant la Cour

36. Ont présenté des observations écrites, dans le délai prévu par l'article 20 du statut CE de la Cour, M. Abdelkader Dellas, la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, l'UNIFED, les gouvernements allemand, belge, néerlandais et français ainsi que la Commission.

37. Ont comparu à l'audience du 12 mai 2005 pour y être entendus en leurs observations orales les représentants de la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, des gouvernements français et néerlandais ainsi que l'agent de la Commission.

V — Analyse des questions préjudicielles

38. Le Conseil d'État propose à la Cour d'examiner deux aspects de la directive 93/104, car il souhaite s'entendre préciser si les notions qui y sont inscrites ont une incidence sur les limites qu'elle prévoit ou sur celles qui figurent dans les réglementations nationales qui la mettent en œuvre. Il désire ensuite savoir si la directive autorise l'instauration d'un régime d'équivalence qui tient compte de l'intensité du travail.

39. Avant d'analyser la jurisprudence directement applicable, il convient de faire quelques réflexions à propos de l'influence du temps sur le travail et sur le calcul de sa durée, car de tels éléments nous faciliteront l'examen des questions préjudicielles. Je commencerai par la seconde parce que c'est uniquement si le système proportionnel est jugé compatible qu'il faudra en étudier les limites; dans le cas contraire, l'examen requis serait dépourvu d'utilité [29].

29 — Comme disent Johansson, A., et Meyer, F., dans «La légalité des heures d'équivalence en question (À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2003)», *Droit ouvrier*, avril 2004, p. 157, la première question est périphérique.

A — *Le temps de travail*

1. La limitation de la durée du temps de travail

40. «Il existe une égalité de base. Indépendamment des coordonnées sociales, une journée compte vingt-quatre heures pour tout le monde. Techniquement, le temps est une chose impossible à fabriquer» [30]. Cette idée explique la pertinence particulière que le facteur temporel revêt dans le contrat de travail et dans les prestations qu'il implique puisqu'il détermine la durée de l'un et des autres tout en configurant des aspects importants du statut juridique de l'ouvrier, considéré individuellement et collectivement [31].

41. Comme toutes les autres, l'activité professionnelle se déroule dans le temps. Sa durée, journalière ou hebdomadaire, se délimite conformément à des critères économiques puisqu'elle doit être suffisante pour que le travailleur puisse percevoir un salaire lui permettant de subvenir à ses «besoins essentiels» [32]. En revanche, l'entreprise le recrute afin de dégager un bénéfice puisqu'elle doit fournir des biens et des services au marché.

42. Eu égard à ces deux pôles d'intérêt, la journée de travail doit avoir la durée indispensable pour qu'en combinaison avec tous les autres facteurs de production, la valeur obtenue au moyen de l'effort consenti assure la subsistance d'une partie et fournisse à l'autre financement et bénéfice.

43. Mais, si, d'un point de vue économique, il paraît essentiel de fixer un minimum en deçà duquel le profit du patron décroît jusqu'à disparaître, d'un point de vue social et juridique, il est nécessaire d'établir un maximum pour protéger la santé des employés.

44. Divers éléments concourent à cette fin: des éléments financiers, qui incluent les niveaux d'emploi et de salaire; des éléments techniques, comme le degré plus ou moins élevé d'automatisation des industries, et des éléments institutionnels, résultant de la

30 — Anisi, D., *Creadores de escases*, Alianza Ed., Madrid, 1995.

31 — Supiot, A., «À la recherche de la concordance des temps (à propos de la directive européenne 'Temps de travail' n° 93/104 du 23 novembre 1993)», dans *The Regulation*, op. cit., p. 108 à 111, souligne que le temps permet de restreindre les pouvoirs du patron sur le salarié et d'évaluer le rendement de celui-ci; globalement, il sert à fixer le rythme de travail.

32 — Marx, K., *El Capital*, 2ª édition, Orbis, Barcelone, 1986, livre I, section 3, chapitre VIII: «La jornada laboral»; il insiste sur cette idée au livre III, section 7, chapitre XLVIII: «tout comme le sauvage doit lutter contre la nature pour subvenir à ses besoins, pour trouver ses moyens de subsistance et assurer la pérennité de celle-ci, l'homme civilisé doit faire de même sous toutes les formes sociales et dans tous les systèmes de production possibles».

négociation collective ou de la législation [33]. Dans ce dernier contexte, une des premières manifestations de l'interventionnisme de l'État dans les relations du travail s'est cristallisée dans l'imposition d'une limite supérieure à la durée du travail quotidien par l'instauration d'un régime commun, de régimes particuliers et d'un ensemble d'exclusions. Historiquement, la durée du temps de travail a évolué pour passer de plus de 4 000 heures de travail par personne et par année au cours des premières décennies du XIX[e] siècle à une moyenne de 1 600 à 1 900 heures aujourd'hui [34].

45. Cette limite sert en outre à séparer la prestation ordinaire de la prestation extraordinaire, ce qui entraîne des conséquences importantes dès lors que les travaux hors du commun bénéficient d'un statut particulier [35].

2. Le calcul du temps de travail

46. Après avoir montré combien il est important de délimiter la période durant laquelle l'ouvrier s'acquitte de ses obligations, il faut à présent préciser les moments qui la circonscrivent.

47. Traditionnellement, le calcul se faisait par étapes, plus ou moins longues et continues, au cours desquelles était réalisé un travail «effectif», cette notion s'identifiant à celle de productivité, dont dépendait également la rémunération.

48. Par après, les pauses accordées aux ouvriers pour qu'ils puissent se restaurer ou se changer ont été reprises dans les calculs, de même que le simple séjour dans le centre ainsi que les heures au cours desquelles le travailleur demeure à la disposition de l'entreprise, bien que les caractéristiques de ces circonstances n'aient pas été définies correctement [36].

49. Réduire le calcul aux périodes durant lesquelles la tâche de l'employé rapporte un profit à l'entreprise soulève de nombreuses difficultés en raison de la diversité des formes de la prestation de travail, des différentes méthodes d'organisation de l'activité et des changements continuels qui interviennent dans les moyens techniques et qui conditionnent et modifient le mode d'accomplissement des besognes.

50. Il en va de même si le calcul tient compte du degré de subordination à l'égard du patron ou de la présence sur le lieu de travail.

33 — Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 22[e] édition, Tecnos, Madrid, 2001, p. 342.

34 — Riechmann, J., et Recio, A., *Quien parte y reparte... (el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo)*, Icaria, Barcelone, 1997, p. 10.

35 — Merino Senovilla, H., *El trabajo... a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 166 et 167.

36 — García Ninet, J. I., «La jornada de trabajo», dans Borrajo Dacruz, E. (dir.), *El Estatuto de los trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, tome VII, Edersa, Madrid, 1982, p. 90 et suiv.

51. C'est pourquoi il semble plus adéquat d'utiliser un mécanisme d'évaluation large, qui évite toute catégorisation détaillée, dispense d'avoir à définir chaque activité ou fonction et fait obstacle à l'adoption de solutions disproportionnées et injustes [37].

B — *La jurisprudence applicable*

52. La Cour a déjà examiné un certain nombre d'aspects de la directive 93/104 auparavant: elle s'est non seulement prononcée sur sa base juridique dans l'arrêt Royaume-Uni/Conseil, précité, mais elle a également précisé sa finalité et interprété les notions de «temps de travail» et de «période de repos» qui figurent à l'article 2 [38]. Les arrêts BECTU, précité, Simap [39], Jaeger [40] et, dans une moindre mesure, Wippel [41] présentent une pertinence particulière.

1. L'objet de la directive 93/104

53. D'une manière générale, la directive 93/104 vise à améliorer les conditions de vie et d'emploi des travailleurs salariés en harmonisant les réglementations nationales relatives, en particulier, à la durée du temps de travail. C'est ce qui résulte à la fois des premier, quatrième, septième et huitième considérants de l'exposé des motifs de la directive et de l'article 118 A du traité, sur la base duquel elle a été adoptée [42].

54. La concertation vise à garantir une plus grande protection de la sécurité et de la santé des ouvriers de manière à ce qu'ils puissent bénéficier de périodes minimum de repos et de périodes de pause adéquates par jour, par semaine et par année tout en établissant également une limite hebdomadaire maximum [43]. Ces garanties préalables constituent un droit social directement conféré par la directive à chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé [44], droit qui s'applique indistinctement à tous les travailleurs à temps plein et à temps partiel [45].

37 — Merino Senovilla, H., op. cit., p. 168 à 170.

38 — La Cour a également analysé d'autres dispositions. Au cours des dernières années, par exemple, elle a rendu l'arrêt du 4 octobre 2001, Bowden e.a. (C-133/00, Rec. p. I-7031), dans lequel elle a étudié l'article 1er, paragraphe 3, appliqué aux employés du secteur des transports routiers; dans l'arrêt BECTU, déjà cité, elle a analysé l'article 7, paragraphe 1, qui régit les congés annuels, et elle a dit pour droit qu'il consacre un droit qui ne souffre aucune exception. Elle a ainsi déclaré incompatible avec le droit communautaire une réglementation nationale conformément à laquelle les droits à un congé annuel ne pouvaient être acquis qu'après une période minimum d'emploi ininterrompue dans la même entreprise (points 43 et suiv.); dans l'arrêt du 25 octobre 2001, Finilarte e.a. (affaires jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/91, Rec. p. I-7831), la Cour a également porté ses réflexions sur la durée de ce congé. Dans l'arrêt du 18 mars 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec., p. I-2605), enfin, elle a interprété cette disposition «en ce sens qu'en cas de coïncidence entre les dates d'un congé de maternité d'une travailleuse et celles des congés annuels pour l'ensemble du personnel, les exigences de la directive relatives au congé annuel payé ne sauraient être considérées comme remplies» (point 33).

39 — Arrêt du 3 octobre 2000 (C-303/98, Rec. p. I-7963).

40 — Arrêt du 9 septembre 2003 (C-151/02, Rec. p. I-8389).

41 — Arrêt du 12 octobre 2004 (C-313/02, non encore publié au Recueil).

42 — Arrêts BECTU, point 37; Jaeger, point 45, et Wippel, point 46.

43 — Arrêts Simap, point 49; BECTU, point 38; Jaeger, point 46, et Wippel, point 47.

44 — Arrêts BECTU, point 47, et Wippel, point 47.

45 — Arrêt Wippel, point 48.

2. Les notions de «temps de travail» et de «période de repos»

55. Les diligences des médecins qui font partie des équipes de premiers soins, qu'ils soient tenus d'être présents physiquement dans les établissements hospitaliers ou qu'ils doivent seulement pouvoir être «localisés» en permanence, ont amené la Cour à élaborer un certain nombre de critères relativement à la portée des définitions qui figurent dans la directive 93/104.

56. Dans son arrêt Simap, d'une part, elle a déclaré que les notions qui apparaissent à l'article 2, points 1 et 2, sont antinomiques et exclusives l'une de l'autre (point 47); d'autre part, elle a proposé de distinguer la situation des médecins de garde qui assurent physiquement leur permanence dans les cliniques, le temps qu'ils y passent devant être considéré «dans sa totalité» comme du temps de travail (points 48, 49 et 52), de la situation de ceux qui, bien que disponibles et pouvant être contactés à tout instant, n'ont pas l'obligation de se trouver dans les établissements de santé, seul le temps «lié à la prestation effective de services de premiers soins» devant être considéré comme du temps de travail (point 50).

57. La Cour a livré une première généralisation de ces critères dans son ordonnance CIG, du 3 juillet 2001 [46], dans laquelle elle a dit pour droit que, d'un point de vue subjectif, les médecins et le personnel infirmier travaillant dans les services de garde, dans les équipes de premiers soins et dans d'autres services où sont traitées les urgences extrahospitalières étaient visés, de sorte que tout le temps passé dans n'importe lequel de ces endroits devait être considéré «dans sa totalité comme du temps de travail et, le cas échéant, comme des heures supplémentaires au sens de la directive 93/104».

58. Dans son arrêt Jaeger, la Cour a réitéré le même postulat à propos des services de garde assurés par les médecins en hôpital qui sont autorisés à dormir lorsque leur science n'est pas sollicitée. Après avoir reproduit plusieurs points de l'arrêt Simap et signalé les analogies entre les activités examinées dans l'un comme dans l'autre cas, elle a indiqué que les expressions sous revue «ne doivent pas être interprétées en fonction des prescriptions des différentes réglementations des États membres, mais [qu']elles sont des notions de droit communautaire qu'il convient de définir selon des caractéristiques objectives en se référant au système et à la finalité» de la directive, dont seule «une telle interprétation autonome» est de nature à assurer la pleine efficacité et l'application uniforme (point 58), ajoutant qu'aucune dérogation n'est admise (points 81 et 91). Dès lors «la circonstance que la définition de la notion de temps de travail fait référence aux 'législations et/ou pratiques nationales' ne signifie pas que les États membres peuvent déterminer unilatéralement la portée de cette notion» de sorte qu'il leur est interdit de «subordonner à quelque condition que ce soit le droit des travailleurs à ce

46 — C-241/99, Rec. p. I-5139, points 33 et 34.

que les périodes de travail et, corrélativement, celles de repos soient dûment prises en compte» (points 59 et 82).

59. La Cour a ajouté que, étant donné que le «facteur déterminant» permettant de considérer que les éléments caractéristiques de la notion de temps de travail sont présents dans les périodes de garde est le fait qu'ils sont contraints d'être physiquement présents sur le lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir leurs services en cas de besoin (point 63), un travailleur ne saurait être considéré comme étant au repos durant les périodes de son service de garde au cours desquelles il n'exerce pas effectivement d'activité professionnelle (point 65). D'autre part, les «périodes équivalentes de repos compensateur» au sens de l'article 17, paragraphes 2 et 3, de la directive doivent se caractériser par le fait que, pendant ces périodes, le travailleur «n'est soumis, à l'égard de son employeur, à aucune obligation susceptible de l'empêcher de se consacrer, librement et de manière ininterrompue, à ses propres intérêts» (point 94).

60. La Cour a confirmé cette position dans son arrêt Pfeiffer e.a.[47], qui avait trait aux périodes de permanence que doivent assurer les secouristes dans le cadre d'un service de secours, qui comporte nécessairement des périodes d'inactivité plus ou moins longues entre les interventions urgentes. Elle a déclaré que ces périodes doivent «être prises intégralement en compte lors de la détermination de la durée maximale quotidienne et hebdomadaire de travail» (points 93 à 95).

3. Corollaire

61. Selon la Cour, la directive 93/104 vise à améliorer la sécurité et la santé des travailleurs et se fonde, à cette fin, sur une conception binaire du temps, réparti en temps de travail et en temps de repos. Le premier exige que certains critères cumulatifs soient remplis, à savoir que le travailleur soit présent sur son lieu de travail, qu'il soit à la disposition de son employeur et qu'il exerce son activité[48], tandis que le temps de repos se définit par antithèse par rapport au temps de travail.

62. En ce qui concerne ce dernier, on soulignera qu'il s'agit d'une réglementation conçue prioritairement, mais pas exclusivement[49], en fonction des valeurs auxquelles

47 — Arrêt du 5 octobre 2004 (C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835).

48 — En France, il existe des opinions divergentes concernant le point de savoir si la Cour de cassation souscrit à cette conception (Barthélémy, J., *La notion de durée du travail et la civilisation de l'information*, JCP éd. G 1998 — I — 114, p. 375 à 379) ou si elle applique une conception plus large qui n'exige pas le cumul des trois critères [Bélier, B., «Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination», *Droit social*, 1998, p. 5340 et suiv.; Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée (L'exemple du droit du travail français)*, tome II, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2000, p. 583].

49 — Arrigo, G., op. cit., p. 216.

elle se réfère afin d'offrir aux travailleurs une protection contre les dangers que pourrait engendrer un repos insuffisant, la durée excessive de l'effort ou son organisation irrégulière.

63. Le temps de repos, en revanche, se caractérise par l'absence de subordination à l'employeur.

C — *Le régime d'équivalence à la lumière de la jurisprudence*

64. Le système de pondération français [50] permet de prendre en compte comme étant du «travail effectif», mais avec effet limité, certaines périodes d'attente que les travailleurs passent sur certains lieux de travail [51]. Il se justifie par l'existence de cycles d'inaction inhérents à l'activité dont il s'agit [52] ou, suivant les termes utilisés par le Conseil d'État, par le caractère intermittent ou la moindre intensité de la prestation qui caractérisent certains secteurs [53].

65. C'est pourquoi une telle assimilation ne se fait pas en méconnaissance du binôme temps de travail/périodes de repos puisque les moments passés dans les chambres de veille ne sont pas considérés, juridiquement, comme du temps de repos. S'ils sont comptés dans la durée du temps de travail, ce n'est qu'assortis d'un coefficient moindre.

66. Cette manière de calculer le temps passé sur le lieu de travail n'est pas conforme à l'interprétation que la jurisprudence a donnée de la directive 93/104 dès lors que les heures passées dans l'exercice de l'activité professionnelle doivent être imputées en totalité comme étant du temps de travail sans aucune soustraction [54].

D — *Solution proposée*

67. L'impossibilité de valoriser différemment les heures passées sur le lieu de travail

50 — Certains auteurs situent son origine dans la loi des quarante heures du 21 juin 1936, comme, par exemple, Morand, M., «Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire», *Semaine sociale Lamy*, n° 1138, 6 octobre 2003, p. 6; d'autres, notamment Johansson, A., et Meyer, F., op. cit., p. 154, la voient dans une intervention du gouvernement de Vichy en 1942, arguant de l'impossibilité de justifier les équivalences en droit national conformément à la définition que le code du travail donne de la notion de travail effectif (p. 155 et 156).

51 — Morel, F., *Temps de travail — Durée, réduction et aménagement*, Revue fiduciaire, Paris, 2003, p. 58 et suiv.

52 — Voir, dans le même sens, Gatumel, D., *Le droit du travail en France (principes et approche pratique du droit du travail)*, Édition Francis Lefebvre, 4e édition, Paris, 1993, p. 215.

53 — Morand, M., op. cit., p. 6, soutient, à propos de l'arrêt Jaeger, que le régime français d'équivalence s'apparente au droit allemand en ce qu'il assimile le temps de garde à du temps de travail en fonction de la durée moyenne des prestations sollicitées (p. 8).

54 — Partagent le même avis, notamment, Morel, F., op. cit., p. 342; Morand, M., op. cit., p. 144, et Johansson, A., et Meyer, F., op. cit., p. 157 et 158.

en fonction du rendement de l'employé résulte de l'exigence de la Cour que les trois critères énoncés à l'article 2, point 1, de la directive 93/104 soient réunis cumulativement pour que l'on puisse parler de temps de travail. Cette exigence débouche sur un affrontement bipolaire qui fait obstacle à l'incorporation de nouveaux concepts et méconnaît les derniers progrès dans les relations du travail, ce qui engendre d'autres problèmes, que les États membres intervenants ont expliqués dans leurs observations écrites, puisqu'il aboutit à ne pas tenir compte des périodes d'inactivité au cours de la prestation de travail, à faire abstraction du résultat de la prestation et à nier d'autres catégories, ce qui empêche la configuration d'un troisième temps, intermédiaire ou «gris» [55].

68. En retenant cette interprétation, la Cour s'est écartée de la solution proposée par les avocats généraux dans les affaires Simap et Jaeger, qui lui avaient recommandé de considérer de manière autonome les divers éléments énoncés à l'article 2, point 1, de la directive.

69. Dans la première de ces deux affaires, l'avocat général Saggio a exposé [56] que, bien que la formule employée par l'article 2 semble inviter à conclure que seules sont à prendre en compte pour le calcul du temps de travail les périodes pendant lesquelles les trois critères énumérés sont réunis, en revanche, si l'on retient les expressions génériques qui figurent dans cette disposition, on aboutit à une autre conception, car l'application conjointe des trois critères est difficilement compatible avec les objectifs de la directive (point 34). L'avocat général a également attiré l'attention sur les conséquences pratiques qu'engendrerait l'exigence d'une application cumulative (point 35).

70. Dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Jaeger, j'ai adopté la même position (point 28), mais j'ai précisé qu'un seul critère n'était pas suffisant pour comptabiliser certaines périodes comme étant du temps de travail (point 29). J'ai soutenu que les périodes durant lesquelles l'employé demeure sur son lieu de travail, à la disposition de son employeur, sont du temps de travail bien qu'il n'exerce pas ses fonctions: en effet, la distribution des tâches au personnel à chaque moment relève du pouvoir de l'employeur. Il en va de même du temps durant lequel l'employé se trouve à son poste et y accomplit sa tâche sans être à la disposition de l'employeur du fait qu'il

55 — Waquet, P., «Le temps de repos», *Droit social*, 2000, p. 288, mentionne un «tiers temps»; voir également Ray, J.-E., «Les astreintes, un temps du troisième type», *Droit social*, 1999, p. 250. Pour sa part, Barthélémy, J., «Temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire», *Droit social*, 2001, p. 78, parle d'un «temps gris».

56 — Selon Baron, F., «La notion de temps de travail en droit communautaire», *Droit social*, 2001, p. 1098, il a employé des arguments «très pertinents». Ce même auteur critique le fait que la Cour n'ait pas emboîté le pas à l'avocat général, dont la thèse était préférable en raison de sa clarté dans la mesure où la directive 93/104 est destinée, avant tout, à protéger les travailleurs. Dans le même sens, Morel, F., «Travail et repos: quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national?», *Droit social*, 2004, p. 143, préfère lui aussi la thèse défendue par l'avocat général.

bénéficie d'une large autonomie en vue de l'obtention d'un résultat concret. Et l'on peut en dire autant du temps pendant lequel l'employé, tout en demeurant à la disposition de son employeur, exerce ses fonctions en dehors de son lieu de travail (point 30) [57].

71. La jurisprudence de la Cour a d'ailleurs inquiété le législateur communautaire, bien décidé à réformer les règles en vigueur [58]. En ce sens, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/88 [59] vise à introduire deux nouveaux concepts: le «temps de garde», au cours duquel le travailleur a l'obligation d'être disponible sur son lieu de travail ou en tout autre lieu que lui a désigné son employeur, prêt à reprendre son travail habituel ou certaines activités ou tâches liées au service (article 2, point 1 bis) et la «période inactive du temps de garde», qui se caractérise par la même disponibilité bien que le travailleur n'effectue aucune activité ou tâche associée au service (article 2, point 1 ter). «Toute la période du temps de garde» est considérée comme du temps de travail, mais «une convention collective, un autre accord conclu entre partenaires sociaux, une loi ou un règlement peut permettre de calculer les périodes inactives du temps de garde de façon spécifique afin de respecter la durée maximale moyenne hebdomadaire de travail prévue à l'article 6» (article 2 bis) [60].

72. La possibilité d'admettre, par voie légale ou conventionnelle, le calcul des heures «inactives» selon un mode spécifique couvrirait le système des équivalences.

73. Tous ces raisonnements m'amènent à réitérer les thèses que j'ai défendues dans des conclusions antérieures, où j'ai proposé à la Cour d'assouplir les concepts afin qu'une période puisse être considérée comme du temps de travail sans qu'il soit nécessaire que tous les critères énoncés à l'article 2, point 1, de la directive 93/104 soient cumulativement réunis, bien qu'un seul de ces critères ne soit pas non plus suffisant.

57 — Selon Morel, F., op. cit., p. 143, ce raisonnement présente l'avantage de la flexibilité et de la logique.

58 — Voir la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et aux partenaires sociaux au niveau communautaire concernant le réexamen de la directive 93/104/CE sur certains aspects de l'aménagement du temps de travail [COM(2003) 843 final], en particulier son point 3.2 «L'impact de la jurisprudence de la Cour» (p. 22 et 23). Dans l'avis qu'il a rendu sur cette communication (JO 2004, C 302, p. 74), le Comité économique et social européen attribue «la surprise causée par les décisions de la Cour aussi bien au sein des institutions de l'Union européenne que dans les États membres» au fait que «la portée de la définition du temps de travail qui figure à l'article 2, paragraphe 1, de la directive ne semble avoir été ni analysée ni débattue de manière satisfaisante» (point 3.2.4).

59 — COM(2004) 607 final. Dans l'exposé des motifs, on peut lire que «l'interprétation de dispositions de la directive par la Cour de justice, à l'occasion de plusieurs affaires préjudicielles en vertu de l'article 234 du traité, a eu un profond impact sur la notion de 'temps de travail' et, donc, sur des dispositions essentielles de la directive. La Commission a donc considéré nécessaire et opportun d'analyser les effets de cette jurisprudence, notamment des arrêts dans les affaires Simap et Jaeger, concernant la qualification en tant que temps de travail des périodes de garde des médecins, selon le régime de la présence physique dans l'établissement de santé» (point 3), sans préjudice du fait que, comme l'agent de cette institution l'a confessé à l'audience, les changements suggérés obéissent à une volonté politique: tendre la main aux États membres afin qu'ils disposent d'une plus grande marge de manœuvre. À l'heure actuelle, ce texte a été émendé par le Parlement européen en première lecture, raison pour laquelle je me réfère au texte approuvé le 11 mai 2005 par cette institution [résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail [COM(2004)0607 — C6-0122/2004 — 2004/0209 (COD)], qui peut être consultée sur www.europarl.eu.int.

60 — Dans le même sens, Barthélémy, J., «Temps de travail...», op. cit., p. 77 et 78.

74. Si la Cour acceptait cette suggestion, le calcul de la durée du temps de travail serait affecté de telle manière que le régime proportionnel trouverait sa place dans la réglementation communautaire sans qu'il soit nécessaire d'attendre le changement législatif annoncé.

75. Les arguments que je viens d'exposer n'empêchent pas le régime des équivalences d'engendrer certains inconvénients, car, étant donné qu'il contient une fiction juridique (visant à réduire la valeur de la simple présence, sur son lieu de travail, du travailleur qui attend que son intervention soit sollicitée parce qu'elle est présumée avoir une moindre valeur productive), il faut préciser les règles qui déterminent le pourcentage à raison duquel la durée du travail diminue.

76. D'autre part, assouplir les concepts à l'excès pour cautionner des conventions d'allongement de la durée du temps de travail provoque une grande porosité de la frontière qui les sépare, car, bien que, d'un point de vue formel, les limites imposées soient respectées — le travail effectif, quelque ampleur qu'on lui donne [61], ne les dépasserait pas —, en réalité, elles seraient transgressées, ce qui mettrait en péril la sauvegarde des travailleurs concernés. À cet égard, l'agent du gouvernement français a lui-même reconnu à l'audience que le plafond hebdomadaire prévu par la directive est parfois dépassé.

77. De surcroît, l'intéressé ne jouit pas librement des moments qu'il passe dans la chambre de veille, car il pourra, selon les cas, être amené à fournir un certain nombre de prestations en exécution de son contrat de travail sans qu'il lui soit possible de connaître leur nombre à l'avance. Il pourra même arriver qu'il puisse passer des nuits entières tranquillement sans avoir à intervenir. Il est difficile de réduire les multiples options et facteurs en concours à une formule proportionnelle et équitable.

78. Dans cette perspective, le calcul du temps de travail va bien au-delà d'une simple opération arithmétique. Sa formulation comporte un cadre de garantie pour la partie la plus faible, traçant un régime juridique qui reflète l'amélioration constante des conditions de travail. En fixant des éléments de correspondance, on abandonne l'attitude protectionniste et les prestations s'affrontent sur le mode civiliste, ce qui postule l'égalité matérielle [62].

79. Enfin, la portée limitée de la directive 93/104 rend peu souhaitable d'aborder d'autres polémiques, telles que celle qui a trait à

61 — Favennec-Héry, F., «Les 35 heures: injonction ou incitation», *Droit social*, 1997, p. 1073 et suiv.

62 — À propos du travail à temps partiel, Merino Senovilla, H., op. cit., p. 173 et 174.

l'utilité du système proportionnel pour définir le niveau salarial [63], utilité invoquée dans certaines des observations écrites qui ont été présentées à la Cour dans cette procédure. La compétence de régler les modalités de calcul de la rémunération des périodes de moindre intensité en termes de travail n'est pas en cause [64]. De toute manière, comme la Cour l'a déclaré dans les arrêts précités, les conséquences financières ne font pas obstacle à l'application des règles communautaires; dans le cinquième considérant de l'exposé des motifs de la directive, le législateur a déclaré suffisamment clairement «que l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail [...] ne saurait être subordonné[e] à des considérations de caractère purement économique».

E — *L'application des notions communautaires*

80. La directive 93/104 fixe un plafond de quarante-huit heures en sept jours comme durée maximale hebdomadaire de travail (article 6). Les autres dispositions ont trait au repos, à savoir le repos journalier (article 3), le temps de pause (article 4), le repos hebdomadaire (article 5) et le congé annuel (article 7), ce qui s'explique par le souci de protéger le salarié contre ses propres actes et de le soustraire à la tendance naturelle qu'il pourrait avoir à travailler davantage pour augmenter ses revenus [65]. La rigueur du texte se renforce pour le travail de nuit, car la prestation ne peut pas dépasser «huit heures en moyenne par période de vingt-quatre heures», la directive imposant d'autres garanties (articles 8 à 11).

81. Lorsqu'ils transposeront la directive en droit national, les États membres pourront accorder un niveau de protection plus élevé. Pour vérifier celui-ci, cependant, on procède à une évaluation globale et non pas analytique — règle par règle —, à défaut de quoi on pourrait assister à une distorsion du système et à une altération de ses éléments.

82. Il résulte de cette vision que le temps de travail hebdomadaire s'inspire pleinement des notions communautaires, qui sont de nature structurelle; on ne saurait admettre qu'un État membre l'abaisse au moyen d'un subterfuge qui enfreigne ces notions.

83. Bien qu'il existe quelques dérogations aux règles communautaires [66], aucune ne

63 — Sur la compatibilité à ces égards, Morand, M., op. cit., p. 9, et Morel, F., op. cit., p. 144, qui l'étendent à d'autres domaines comme les heures supplémentaires ou le repos compensatoire. Pour ces mêmes auteurs, l'article L. 212-4 du code du travail n'oblige pas à rémunérer toutes les heures d'équivalence et à les prendre en compte pour le calcul du salaire minimum interprofessionnel.

64 — Comme l'a déclaré l'agent du gouvernement néerlandais au cours de l'audience, il s'agit d'un aspect dépourvu de pertinence en l'espèce.

65 — Waquet, P., «En marge de la loi Aubry: travail effectif et vie professionnelle du salarié», *Droit social*, 1998, p. 963 à 969.

66 — Ces dérogations sont de nature générale (elles découlent de règles législatives, réglementaires ou administratives), collective (elles sont le fruit de conventions collectives) et individuelle (elles résultent alors d'accords conclus avec les salariés) — article 17.

porte sur l'article 2, car les États membres n'ont aucune marge d'appréciation qui leur permettrait de moduler les concepts repris dans cette disposition. De la même manière, la faculté qu'ils ont d'offrir un niveau de protection plus élevé ne justifierait pas une distorsion des éléments normatifs de base.

84. En résumé, les définitions des notions de «temps de travail» et de «périodes de repos» sont des définitions fondamentales, qui s'appliquent de manière générale et conditionnent les autres dispositions préventives de la directive. Elles échappent donc à la libre disposition des législateurs nationaux, qui, s'ils peuvent régler certains aspects du temps de travail, sont néanmoins tenus de respecter les postulats fondamentaux de l'acquis communautaire.

VI — Conclusion

85. Eu égard aux réflexions que je viens d'exposer, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Conseil d'État de la manière suivante:

«1) La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ne s'oppose pas à un régime d'équivalence qui, pour assurer la sécurité et la santé du travailleur au travail, tient compte de toutes les heures de présence du salarié sur son lieu de travail, mais pondère la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inactivité.

2) Les dispositions nationales de mise en œuvre de la directive doivent, en tout état de cause, respecter les concepts qui figurent à son article 2.»