



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SGCI
★ ★ ★

Paris, le 1^{ER} juin 2005

PREMIER MINISTRE
COMITÉ
INTERMINISTÉRIEL
POUR LES QUESTIONS
DE COOPÉRATION
ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE
Secrétariat général
Point 7 directive temps
de travail

CONSEIL "EMPLOI, POLITIQUE SOCIALE, SANTE ET CONSOMMATEURS"

- Luxembourg, les 2 et 3 juin 2005 -

« EMPLOI ET POLITIQUE SOCIALE »
le 2 juin 2005

OBJET : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2003/88/EC concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

I – HISTORIQUE

La directive 2003/88/CE adoptée depuis novembre 1993 mais dont le champ d'application a été généralisé en 2000 à tous les secteurs d'activité (transports et internes des hôpitaux) entend protéger les travailleurs salariés (les travailleurs indépendants ne sont pas concernés) en fixant les prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière de temps de travail. Elle prévoit en particulier les règles applicables en matière de repos et de durée du travail et fixe la durée maximale hebdomadaire du travail à 48 heures.

La directive a également instauré une clause de dérogation générale dite clause « d'opt out » en vertu de laquelle la limite des 48 heures par semaine pouvait être dépassée en cas d'accord formel du salarié.

La Commission a présenté au Conseil en septembre 2004, une proposition de directive visant à réviser ce cadre réglementaire, par suite de la décision des partenaires sociaux, consultés sur cette question, de ne pas engager de négociations. Cette révision intervient sur le fondement de deux clauses de réexamen portant, l'une sur les périodes de référence pour le calcul de la durée maximale hebdomadaire du travail, l'autre sur la clause « d'opt out ».

Cette révision s'inscrit également dans le contexte de la jurisprudence de la CJCE qui a notamment considéré que le temps de garde effectué à l'hôpital constituait du temps de travail dans sa totalité, y compris les périodes d'inaction ne donnant pas lieu à intervention (Arrêt JAEGER du 9 août 2003)

En février 2004, le Parlement européen s'est prononcé pour la suppression la plus rapide possible de l'opt out (rapport CERCAS), exprimant ainsi le souhait de mettre un frein aux abus constatés dans le recours à cette clause par certains Etats membres, le Royaume-Uni particulièrement.

La proposition de révision de la Commission a reçu un accueil peu enthousiaste des partenaires sociaux français et européens : les organisations syndicales dénonçant un renforcement de la flexibilité au détriment de la protection des salariés et les employeurs y voyant au contraire de nouvelles contraintes pour les entreprises peu propices à améliorer leur compétitivité. Elle consiste principalement à prévoir :

- *de nouvelles définitions de la notion de temps de garde et de la période inactive du temps de garde*, destinées à atténuer l'impact de la jurisprudence de la CJCE;
- la faculté pour les Etats membres de porter par voie législative *la période de référence pour le calcul de la durée maximale hebdomadaire du travail de 4 à 12 mois*.
- l'attribution du *repos compensateur*, en cas de dérogation à la durée des repos quotidien et hebdomadaire, *dans un délai maximum de 72 H*
- *le maintien de la faculté de recourir à « l'opt out »* moyennant un renforcement de son encadrement : cette clause doit être prévue par convention collective ou accord conclu entre partenaires sociaux, l'accord direct entre l'employeur et le travailleur restant possible lorsqu'aucune convention collective n'est en vigueur ou qu'il n'existe pas de représentation du personnel habilitée ; le consentement par écrit du salarié ne peut intervenir au début de la relation de travail ou pendant la période d'essai, sa période de validité est limitée à un an, la durée maximale de « l'opt out » est fixée à 65 heures.

Enfin une clause de révision prévoit que la Commission fasse un rapport accompagné des propositions appropriées, visant notamment la suppression graduelle de l'opt out, dans les 5 ans de mise en œuvre par les Etats membres de la nouvelle directive.

Si l'on excepte la question de « l'opt out », l'on peut constater que les travaux conduits sous Présidence néerlandaise ont permis d'esquisser des compromis susceptibles de déboucher sur des solutions acceptables sur la plupart des autres points : Il en est ainsi de la *définition du temps de travail*, de la *notion de repos compensateur* (selon le compromis trouvé, ce repos doit être accordé dans les 72 heures ou dans un délai raisonnable fixé par la loi ou par un accord collectif, et s'agissant de la dérogation au repos quotidien, le délai d'octroi ne peut être supérieur à 7 jours, sauf si un accord collectif en décide autrement), de *la clarification des lieux de travail ainsi que de la période*

inactive du temps de garde. Un consensus s'est dégagé sur la faculté offerte aux Etats membres de forfaitiser cette période d'inactivité – calcul en pourcentage ou en moyenne -, à la satisfaction de la France car une telle possibilité permet de prendre en considération la question spécifique des équivalences.

Un accord unanime a pu être trouvé sur *l'annualisation de la durée maximale hebdomadaire du travail de 48 heures*, le Luxembourg, seul Etat à avoir une réserve sur ce point l'a levée au Conseil EPSSCO du 7 décembre 2004. La France quant à elle, a indiqué que son accord sur cette question était étroitement lié à la réalisation d'un accord satisfaisant sur l'opt out.

Cherchant à tirer profit de ces avancées, la Présidence néerlandaise a tenté d'obtenir, sans succès, du Conseil un accord partiel sur les modes d'assouplissement du temps de travail qui font l'objet d'un consensus, afin de consolider ces acquis pour ne pas avoir à travailler sous la pression ultérieure du Parlement européen.

Sur la question de l'opt out et malgré le compromis présenté par la Présidence néerlandaise, les divergences de vues entre Etats membres ont été confirmées au Conseil du 7 décembre :

- sur la question de la suppression à terme de l'opt out ;
- sur les modes de recours à l'opt out, négocié ou individuel ;
- sur la durée maximale du travail en cas d'opt out que la Présidence a proposé de fixer à 60 heures.

Un accord n'a pu être obtenu, en raison notamment de la fermeté du camp des partisans de la fixation d'un terme précis à la disparition de l'opt out (Fr, SE, Es, Be, Hu, El), Etats membres pour lesquels seule une solution globale devait être recherchée, en pleine connaissance de la position du Parlement européen dont l'avis en première lecture était attendu pour avril 2005.

Prenant acte de l'impossibilité de débloquer la situation au Conseil avant la première lecture du Parlement, la Présidence luxembourgeoise a décidé de porter l'instruction de ce dossier sur le terrain technique. Elle a ainsi opéré un recensement des pratiques nationales actuelles ou envisagées en matière d'utilisation de l'opt out.

Ces discussions ont confirmé que la suppression progressive de l'opt out ne pouvait rallier de majorité sans identifier des marges de flexibilité. En particulier, cette réflexion a conduit la Commission à esquisser une ouverture sur la question du temps inactif du temps de garde. Selon la Commission, les Etats membres pourraient avoir toute latitude pour donner une définition différente de cette notion selon qu'elle est abordée sous l'angle de la rémunération, du calcul du temps de repos, des limitations au travail de nuit ou du calcul de la limite des 48 hebdomadaires. La question reste ouverte de savoir sous quelle forme concrétiser ce principe car si la Commission préconise de l'inscrire dans un considérant, certains Etats membres préfèrent le voir figurer dans la directive elle-même, pour en garantir la sécurité juridique.

II – ETAT DU DOSSIER

1) Avis du Parlement européen en première lecture

Saisi en première lecture de la proposition de la Commission, **le Parlement européen** a adopté le 11 mai 2005 un texte sensiblement différent, reprenant les 25 amendements présentés par son rapporteur Alejandro Cercas. Les modifications concernent plus particulièrement deux points sensibles :

- L'amendement n° 20 entraîne la suppression dans les trois ans de la possibilité de l'opt out ;
- L'amendement n° 10 dispose que la période du temps de garde est entièrement considérée comme du temps de travail, avec toutefois des possibilités d'aménagement.

La Commission a déclaré qu'elle n'accepterait pas ces amendements. Par ailleurs, le Parlement confirme le principe de l'annualisation sur 12 mois.

Les prochaines échéances consistent en l'adoption, par le Conseil, suite à l'avis en 1^{ère} lecture du Parlement, d'une position commune, d'où les recherches de texte de compromis par la Commission et la Présidence.

2) Analyse du dossier au regard du droit interne français

2.1. L'annualisation de la période de référence pour la durée hebdomadaire maximale

La directive 2003/88 fixe à 4 mois la période de référence, pour calculer en moyenne la durée hebdomadaire maximale (48 heures). « Toutefois, les Etats membres ont la faculté, tout en respectant les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de permettre que, pour des raisons objectives ou techniques ou pour des raisons ayant trait à l'organisation du travail, les conventions collectives ou accords conclu entre partenaires sociaux fixent des périodes de référence ne dépassant en aucun cas douze mois » (article 19).

En clair, les partenaires sociaux peuvent fixer la période de référence qui leur convient, pourvu qu'elle ne dépasse pas un an.

Le droit français étant plus restrictif, ces dispositions ne nous posaient pas de difficultés : la durée maximale hebdomadaire est de 48 heures, sans calcul moyen possible. Elle est de 44 heures en moyenne sur une période de 12 semaines, limite portée à 46 heures par accord collectif.

La proposition de la Commission permet de fixer une période de référence pouvant aller jusqu'à douze mois, par voie législative ou réglementaire, ce qui entraîne des risques de régression sociale dans les Etats qui choisiraient cette solution. En effet, une annualisation offre une plus grande flexibilité au profit de l'employeur. Toutefois, cette annualisation permet une modulation dont la moyenne est le plafond de la durée du travail, mais elle n'est pas assortie d'un seuil maximal : la durée du travail peut aller jusqu'à 78 heures par semaine pendant les périodes d'activité saisonnière intensive. Cet aspect,

soulevé lors des groupes de questions sociales, n'a pas suscité de proposition de la Commission ou de la présidence.

Le Parlement n'a pas modifié véritablement ce point. Il a abandonné les positions initiales défendues par sa commission qui encadraient plus rigoureusement les possibilités de recours à l'annualisation.

Ce recours est ouvert tant par le voie conventionnelle que par les moyens législatifs ou réglementaires. L'article 19 issu de l'amendement parlementaire impose à l'employeur d'informer les travailleurs ou leurs représentants et de prendre les mesures nécessaires visant à prévenir tout risque en matière de santé et de sécurité « pouvant découler du rythme de travail proposé ou à remédier à ce risque ».

Signalons que le texte voté par le Parlement étend les possibilités d'annualisation à l'ensemble de l'article 16, vraisemblablement à la suite d'une erreur matérielle. Il ne faut faire référence qu'à l'article 16b/ (durée maximale de travail).

2.2. Le délai de prise du repos compensateur

L'article 17.2 permet de déroger aux durées de repos hebdomadaire et quotidien, « à condition qu'une période équivalente de repos compensateur soit accordée au travailleur ». Cette disposition ne causait pas de soucis à la France, puisque notre droit restreint les dérogations possibles – la dérogation au repos quotidien peut, au maximum, faire passer celui-ci de 11 heures à 9 heures. Le code du travail conditionne ces dérogations à l'attribution de « périodes au moins équivalentes de repos ».

Ce n'est pas un élément de débat national, la direction des relations du travail n'est pas saisie de contentieux à ce sujet. Selon toutes probabilités, la pratique diverge grandement suivant les secteurs professionnels. La question a été soulevée au niveau communautaire par la jurisprudence de la CJCE qui impose une prise immédiate de ces repos compensateurs. La proposition de la Commission fixait le délai à « **un délai raisonnable qui ne peut être supérieur à 72 heures** ». Durant les GQS, la majorité des Etats membres s'est exprimée en faveur d'une souplesse accrue ; ainsi, **une rédaction propose d'accorder le repos compensateur « dans les 72 heures (ou les 7 jours) ou dans un délai raisonnable à déterminer par voie législative ou administrative nationale ou par voie de conventions collectives ou d'accords sociaux »**. En clair, dans le silence des accords ou de la législation, un délai plancher sera fixé par la directive – il reste à choisir sa durée. C'est sans doute la solution la plus sage, qui évite d'introduire une rigidité dans un domaine secondaire (moins essentiel que l'annualisation ou l'opt-out).

Le Parlement a adopté une version différente : les périodes équivalentes de repos compensateur doivent être accordées « après les périodes de travail, conformément à la législation applicable, à la convention collective ou à tout autre accord conclu entre les partenaires sociaux ». L'absence de précision (« immédiatement », ou « dans la continuité », comme ce qui avait été proposé en commission) laisse un doute sur les possibilités de délai.

2.3. Nos temps d'équivalence : des difficultés potentielles, l'impact du jugement attendu dans l'affaire Dellas

La jurisprudence CJCE (arrêts Jaeger et Simap) a requalifié les périodes inactives de temps de gardes en temps de travail, entraînant des conséquences majeures dans l'organisation des services hospitaliers (cf. 2.5 sur l'opt out).

La France, avec la Belgique et la Hongrie, est particulièrement attentive à ce point, car c'est notre système d'équivalences qui est en jeu. Par ailleurs, la CJCE doit se prononcer sur la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat dans l'affaire Dellas ; la phase orale a eu lieu le 12 mai, et elle rendra son arrêt vraisemblablement au début de l'automne 2005.

La proposition de la Commission dispose que :

- temps de garde : période pendant laquelle le travailleur a l'obligation d'être disponible sur son lieu de travail afin d'intervenir, à la demande de l'employeur, pour exercer son activité ou ses fonctions.
- période inactive du temps de garde' : période pendant laquelle le travailleur est de garde au sens de l'article 1 bis, mais n'est pas appelé par son employeur à exercer son activité ou ses fonctions .
- La période inactive du temps de garde n'est pas considéré comme du temps de travail, à moins que la législation / accords collectifs nationaux n'en décident autrement.

Les discussions en GQS avaient permis de parvenir à une solution satisfaisante pour la France : « **le cas échéant, la période inactive du temps de garde peut être posée en termes moyen d'heures, après consultation des partenaires sociaux, et/ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre les partenaires sociaux** ». Cette forme de forfaitisation nous permettrait de conserver notre système d'équivalences.

Le Parlement européen adopte une logique inverse : « toute la période du temps de garde, y compris la période inactive, est considérée comme temps de travail ». Toutefois, sa rédaction permet un aménagement : **les accords collectifs ou la législation nationale peuvent « permettre de calculer les périodes inactives du temps de garde de façon spécifique afin de respecter la durée maximale moyenne hebdomadaire de travail »**.

Ainsi, le Parlement européen admet que la notion de temps d'inaction permet un décalage de la durée maximale, ainsi avec 3 heures de temps d'inaction, la durée maximale de travail hebdomadaire serait de 51 heures au lieu de 48.

La formule retenue pourrait également convenir, toutefois la rédaction proposée par la Commission serait préférable dans la mesure où elle précise la possibilité d'appliquer un calcul forfaitaire des temps d'inaction.

2.4. Le temps de travail des cadres

L'article 17.1 de la directive permet de déroger au décompte du temps de travail lorsque « la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou

peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit : a) de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ». Cette rédaction nous autorise à mettre en œuvre les conventions individuelles de forfaits en jours applicables à certaines catégories de cadres, et pour lesquels la loi du 31 mars 2005 a permis le rachat de jours, augmentant encore leur durée de travail.

La Commission n'a pas modifié ce point. En revanche, le Parlement a voulu restreindre les possibilités d'abus favorisées par cette rédaction somme toute assez vague : la dérogation n'est possible que « lorsqu'il s'agit / a) de directeurs généraux (ou toute personne occupant un poste comparable), de cadres dirigeants qui leur sont directement subordonnés et de personnes directement nommées par le conseil d'administration ». La majorité de nos cadres en forfaits jours n'entrent pas dans le cadre de cette nouvelle définition.

2.5. L'opt-out

L'opt-out, qui consiste à pouvoir déroger par accord individuel aux durées maximales du temps de travail, a été l'aspect le plus sensible des discussions. Au terme de la présidence néerlandaise, le Conseil était face à une opposition tranchée entre la suppression à terme de l'opt-out et une formule de révision plus souple. La proposition de la présidence néerlandaise était moins contraignante que celle présentée par la Commission. Cette dernière prévoit la nécessité d'un encadrement par l'accord collectif lorsque celui-ci est possible. Elle établit également des mesures facilitant le contrôle de la libre volonté du salarié :

- l'accord individuel écrit du salarié est toujours nécessaire ;
- l'accord donné lors de la signature du contrat individuel de travail ou pendant toute période d'essai serait nulle et non avenue ;
- Le travailleur ne devra subir aucun préjudice en cas de refus d'un tel accord.

La durée hebdomadaire est limitée à 65 heures par semaine, à moins qu'un accord collectif n'en décide autrement.

S'agissant des praticiens hospitaliers (qui ne connaissent pas de système d'équivalence), la révision de la directive ne remettra pas en cause la prise en compte de l'intégralité des gardes dans le temps de travail, assurée dans le cadre de la transposition de la directive d'origine dans le secteur hospitalier. La suppression souhaitée de l'opt out dans ce secteur pourra être réalisée dans la mesure où cette suppression est graduelle et s'accompagne d'une réorganisation des modes de travail dans les hôpitaux.

Le Parlement s'est montré plus offensif, puisqu'il a voté la suppression de l'opt-out au terme d'un délai de trois ans. Par ailleurs, l'opt-out ne devra intervenir qu'en cas d'évolution des carnets de commandes et l'accord du salarié ne sera valable que six mois. Cette position semble difficilement acceptable par les Etats membres dont la plupart éprouvent des pénuries de main-d'œuvre dans le secteur sanitaire.

2) Positions de nos partenaires

Sur la question de l'opt out qui est au cœur du débat, les Etats membres se répartissaient en 3 blocs :

- 9 Etats membres souhaitent **maintenir l'opt out dans les conditions de la directive actuelle** : Royaume-Uni, Allemagne, Autriche, Pologne, Slovaquie, Lettonie, Estonie, Slovénie, Malte.
- 7 Etats membres ont une position ouverte à l'égard de la proposition de la Commission dont ils estiment qu'elle peut constituer une bonne base de compromis : La République Tchèque, le Danemark, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, la Lituanie et les Pays-Bas.
- 9 Etats membres (Grèce, Suède, France, Belgique, Espagne, Chypre, Finlande, Portugal et Hongrie) **défendent la suppression de l'opt-out** selon un délai qui resterait à négocier.

3) Suite à la résolution législative du Parlement européen du 11 mai dernier, la Commission a adopté, le 31 mai 2005 une proposition modifiée dont les caractéristiques essentielles sont les suivantes :

- *la Commission reprend à son compte les amendements du Parlement européen* relatifs à la **conciliation vie familiale/vie professionnelle**, à l'**annualisation** de la période de référence pour la calcul de la durée maximale hebdomadaire du travail (priorité à la négociation collective, conditions de mise en œuvre imposées à l'employeur), à la validité pendant un an maximum, des accords d'opt out conclus entre employeurs et salariés avant l'entrée en vigueur de la directive révisée.

- *Elle intègre les formulations retenues dans la négociation au Conseil de la proposition initiale sur plusieurs points*, notamment sur :

- **Le repos compensateur** : celui-ci doit être accordé "dans un délai raisonnable à déterminer par la législation nationale ou la convention collective ou l'accord conclu entre les partenaires sociaux". Ce dispositif écarte la fixation d'un délai prédéfini comme dans la proposition initiale de la Commission (72 h) et évite toute ambiguïté de rédaction (cf l'amendement 16 et 18 de la résolution du Parlement européen).
- **la définition de la période inactive du temps de garde** qui peut être calculée "sur base d'une moyenne du nombre d'heures ou d'une proportion du temps de garde, en tenant compte de l'expérience dans le secteur concerné, par convention collective ou accord entre les partenaires sociaux". Par ailleurs, la Commission a introduit un alinéa, précisant que la période inactive du temps de garde ne peut être prise en compte pour le calcul des repos journalier et hebdomadaire.

L'ensemble de ce dispositif (définition de la période inactive du temps de garde, absence d'impact de ses modalités de calcul sur les périodes de repos) **est en phase avec la réalité du système français des équivalences.**

- *Elle propose un compromis sur la question de l'opt out qui repose sur 3 éléments :*
- **la suppression de l'opt out** dans les trois de la transposition de la directive;
- **la fixation à 55 h** du plafond pour la durée maximale hebdomadaire du travail pendant la période transitoire où l'opt out pourra s'appliquer;
- **la faculté de proroger** cette période transitoire ouverte aux Etats "**pour des raisons ayant trait aux modalités de leur marché du travail**"(article 22- 1 ter). C'est à la Commission qu'incombe la responsabilité de la décision dûment motivée sur la suite à donner à ces demandes y compris en produisant un rapport (article 24 bis) dans le délai prévu pour mettre fin à l'opt out.

III – POSITION FRANCAISE

La France maintient à ce stade une réserve parlementaire sur ce projet de directive.

Elle se félicite de la résolution législative adoptée à une large majorité par le Parlement européen.

Elle note avec une particulière satisfaction que le Parlement européen se prononce en faveur de l'abandon de toute possibilité de déroger (opt out) à la durée maximale hebdomadaire du travail dans un délai de trois ans.

Ceci rejoint la position défendue par la France au Conseil Emploi, Politique Sociale, Santé et Consommateurs.

Elle souligne par ailleurs que les autres modifications apportées par le Parlement européen au projet de la Commission renforcent, en substance, les garanties offertes aux salariés européens et répondent au souci du gouvernement français d'harmoniser les règles régissant les conditions de travail et en prenant en compte les exigences de santé et de sécurité au travail.

Il s'agit notamment des dispositions qui visent à mieux encadrer le recours à l'annualisation du temps de travail par le biais de l'accord collectif ou de la loi ou encore des amendements qui favorisent la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.

Dans la recherche d'une position commune, la France est néanmoins ouverte à toute solution qui sans remettre en cause le principe de la disparition de l'opt out aménagerait les conditions de sa disparition dans le temps (phasing out).