

## // le dossier juridique

# Le contrôle et la preuve du temps de travail

## Obligations de l'employeur, rôle des RP, de l'inspection du travail...

L'employeur est tenu de contrôler la durée du travail des salariés. Les modalités relatives au décompte diffèrent selon que ces derniers sont soumis aux horaires collectifs, à des horaires individualisés ou encore à un forfait en heures ou en jours.

Les représentants du personnel (membres du comité social et économique et délégués syndicaux) peuvent intervenir dans le cadre de leurs compétences propres.

De leur côté, les inspecteurs et contrôleurs du travail assurent le respect de la réglementation sur la durée du travail.

### 1 Obligations de l'employeur

#### OBLIGATION D'INFORMATION

##### ► Affichage

L'**employeur affiche** les heures auxquelles **commence et finit le travail**, ainsi que les heures et la durée des **repos**. Si la durée du travail est organisée dans un cadre autre que le cadre hebdomadaire, l'affichage comprend la répartition de la durée du travail dans le cadre de cette organisation (*C. trav., art. L. 3171-1*).

Lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent **pas** selon le **même horaire collectif**, l'employeur établit les documents nécessaires au **décompte** de la durée du travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour **chacun des salariés** concernés. Le comité social et économique peut consulter ces documents (*C. trav., art. L. 3171-2*).

À défaut de dispositions conventionnelles, le **délai de prévenance** des salariés en cas de **changement** de durée ou d'horaires de travail est fixé à **sept jours** (*C. trav., art. L. 3121-47*).

##### ► Bulletin de paie

Doit être annexé au bulletin de paie :

- **pour les salariés ne travaillant pas selon le même horaire collectif de travail affiché**, un document comportant (*C. trav., art. D. 3171-12*) :

- le cumul des heures supplémentaires accomplies depuis le début de l'année ;

- le nombre d'heures de repos compensateur de remplacement acquis ;
- le nombre d'heures de repos compensateur effectivement pris dans le mois ;
- le nombre de jours de repos effectivement pris au cours du mois, dès lors qu'un dispositif de réduction du temps de travail par attribution de journées ou de demi-journées de repos s'applique dans l'entreprise ou l'établissement dans les conditions fixées par les articles L. 3121-44 et D. 3121-44 du Code du travail.

- **pour les entreprises et établissements ayant mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine** : le total des heures accomplies depuis le début de la période de référence est mentionné à la fin de celle-ci ou lors du départ du salarié en cours de période (*C. trav., art. D. 3171-13*).

#### MODALITÉS DU CONTRÔLE

##### ► Règles générales

Si l'employeur a l'**obligation de contrôler** la durée du travail, **aucune forme** ne lui est **imposée** pour réaliser le **décompte** des heures de travail effectuées. Peu importent les moyens (registre, fiche, badge) et le responsable du décompte : hiérarchie, salarié spécifiquement chargé du contrôle des temps de travail ou salarié lui-même.

##### Système autodéclaratif

Selon l'Administration, le système autodéclaratif peut être particulièrement **adapté** à la situation des **salariés itinérants ou dont la durée du travail ne peut être prédéterminée**. En tout état de cause et quels que

À CLASSER SOUS

TEMPS DE TRAVAIL

04 / 20

soient les moyens retenus, l'**employeur** demeure **seul responsable** du système mis en place pour le contrôle des horaires de travail (*Circ. DRT, n° 2000-03, 3 mars 2000, NOR: MESC0010103C, fiche 24*).

#### **Enregistrement automatique**

Si le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique (pointeuse, badge), celui-ci doit être **fiable et infalsifiable** (*C. trav., art. L. 3171-4*). Ainsi, il ne doit pas permettre les correctifs a posteriori des enregistrements réalisés, ni contenir de système d'écrêtage, de forfaitisation ou de suppression des heures. L'employeur est libre de placer où il le souhaite les appareils de pointage : le juge ne peut pas lui imposer de les déplacer sans porter atteinte à son pouvoir de direction.

Toutefois, en cas d'éloignement des badgeuses des vestiaires ou d'une salle de repos, l'employeur est tenu de considérer comme temps de travail effectif les déplacements des salariés du vestiaire à la badgeuse et de la badgeuse à la salle de repos lorsque ceux-ci restent alors à la disposition de l'employeur (*Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142 P*).

#### **Système de géolocalisation**

La Cour de cassation a jugé que l'**utilisation** d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est **licite que s'il n'existe aucun autre moyen de contrôle**. Il importe peu que les autres moyens de contrôle soient moins efficaces que la géolocalisation (*CE, 15 décembre 2017, n° 403.776; Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631 P*).

## **AMÉNAGEMENT EXCEPTIONNEL DES DÉLAIS DE CONSULTATION DU CSE PENDANT LA CRISE SANITAIRE LIÉE AU COVID-19**

Dans le cadre des mesures exceptionnelles prises par le gouvernement face à la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19, l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 (*JO 23 avril*), modifiée par l'ordonnance n° 2020-507 du 2 mai 2020 (*JO 3 mai*), et complétée par deux décrets du 2 mai 2020 (*D. n° 2020-508 et D. n° 2020-509, JO 3 mai*) réduit temporairement certains délais de consultation du comité social et économique (CSE).

#### **Délais visés**

Sont concernés les délais relatifs à la consultation du CSE sur les décisions de l'employeur ayant pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de Covid-19. Ces délais dérogent ainsi aux dispositions légales et réglementaires ainsi qu'aux stipulations conventionnelles normalement applicables. En effet, selon l'article L. 2312-8 du Code du travail, le CSE est consulté sur les mesures concernant les conditions d'emploi et de travail ainsi que sur tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité que l'employeur envisage, préalablement à leur mise en œuvre. Il s'agit de favoriser la reprise rapide de l'activité économique dans des conditions protectrices pour les salariés.

Ces dispositions exceptionnelles s'appliquent aux délais qui commencent à courir entre le 3 mai et le 23 août 2020. Néanmoins, pour les délais qui ont commencé à courir avant le 3 mai 2020, et qui ne sont pas encore échus, l'employeur a la possibilité d'interrompre la procédure en cours, et d'engager une nouvelle procédure de consultation en appliquant les délais dérogatoires (sauf concernant la communication de l'ordre du jour).

Ne sont pas concernées par ces délais réduits, les consultations :

- récurrentes du CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sur la situation économique et financière de l'entreprise et sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ;
- relatives au licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours ;
- relatives à un accord de performance collective.

#### **Communication de l'ordre du jour et consultation du CSE**

Le délai de communication de l'ordre du jour aux membres du CSE passe de trois à deux jours avant la réunion. Pour le CSE central, il passe de huit à trois jours.

Le délai à l'issue duquel le CSE est réputé avoir été consulté (et avoir rendu un avis négatif) est fixé à :

- huit jours (au lieu d'un mois), en l'absence d'intervention d'un expert ;
- onze jours (au lieu de deux mois) en cas d'intervention d'un expert.

Concernant le CSE central, ce délai passe à :

- huit jours (au lieu d'un mois), en l'absence d'intervention d'un expert ;
- douze jours (au lieu de deux mois) en cas d'intervention d'un expert ;
- douze jours (au lieu de trois mois) en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre d'une consultation se déroulant à la fois au niveau du CSE central et d'un ou plusieurs comités d'établissement. Ces derniers transmettent leur avis au CSE central au plus tard un jour (au lieu de sept jours) avant la date à laquelle celui-ci est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif.

#### **Modalités d'expertise**

De nouveaux délais d'expertise sont également fixés à titre exceptionnel. Ainsi l'expert peut solliciter auprès de l'employeur, au plus tard dans les 24 heures (au lieu de trois jours) de sa désignation, toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur est tenu de répondre à cette demande dans les 24 heures (au lieu de cinq jours).

L'expert doit notifier à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise dans un délai de 48 heures (au lieu de dix jours) à compter de sa désignation. Ce délai passe à 24 heures à compter de la réponse apportée par l'employeur si une demande lui a été adressée.

Le délai de saisine du président du tribunal judiciaire en matière d'expertise est réduit à 48 heures au lieu de dix jours.

L'expert doit remettre son rapport au plus tard 24 heures (au lieu de quinze jours) avant l'expiration des délais de consultation.

En outre, son utilisation n'est pas justifiée si le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (*Cass. soc.*, 3 novembre 2011, n° 10-18.036 P; *Cass. soc.*, 17 décembre 2014, n° 13-23.645).

Avant l'intervention du règlement européen dit « règlement général sur la protection des données personnelles » (RGPD) du 27 avril 2016, entré en vigueur le 25 mai 2018 (*Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, JOUE n° L 119, 4 mai 2016*), le dispositif de géolocalisation devait faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil).

Depuis, le **RGPD** remplace ce mécanisme de déclarations et d'autorisations préalables à la mise en place des traitements de données auprès de la Cnil par une **obligation générale de conformité** au RGPD.

La personne en charge du traitement doit veiller à la conformité du traitement des données personnelles au RGPD en mettant en place des **mesures de protection appropriées**.

Les salariés doivent être informés individuellement et préalablement à la mise en œuvre du traitement des données collectées et de la finalité poursuivie. Le comité social et économique, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, doit être informé et consulté sur les moyens et les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés (*C. trav.*, art. L. 2312-38).

### Système biométrique

La biométrie regroupe l'ensemble des techniques informatiques permettant d'identifier un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales (empreintes digitales, iris, voix, visage ou même la démarche).

Un système de contrôle des horaires utilisant l'empreinte digitale a été jugé illicite par le Tribunal de grande instance de Paris (aujourd'hui tribunal judiciaire). Le système litigieux concernait des bagagistes chargés de prestations d'accueil et d'accompagnement dans les gares ferroviaires. Au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail et de la directive n° 95/46 du 24 octobre 1995, il a été jugé ni pertinent ni justifié au regard de l'objectif recherché, à savoir l'amélioration de l'établissement des bulletins de paie (*TGI Paris, 19 avril 2005, 1<sup>re</sup> ch., n° 05/00382, CE d'Effia services et a. c./Sté Effia services*).

De son côté, la **Cnil exclut** le recours aux **dispositifs biométriques** à des fins de **contrôle des horaires** ou du **temps de travail** (*Cnil, délib. n° 2016-187, 30 juin 2016; délib. n° 2016-186, 30 juin 2016*). En effet, selon la Cnil l'utilisation de tout dispositif biométrique à des fins de gestion des horaires des salariés est exclue, **à moins de « démontrer qu'il existe des circonstances exceptionnelles fondées sur un impératif spécifique de sécurité »** (*Cnil, délib. n° 2018-009, 6 septembre 2018*).

Les **données biométriques** sont considérées comme « particulières » ou « sensibles » au sens de l'article 9 du **RGPD**, et sont soumises à un **contrôle strict**. Dans le cadre de la mise en place de dispositifs biométriques, les entreprises sont tenues de se conformer au règlement type « biométrie sur les lieux de travail » adopté par la Cnil le 10 janvier 2019 (*Délib. n° 2019-001, 10 janvier 2019*).

Ce dernier porte uniquement sur le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail.

### ■ Horaires collectifs

Lorsque tous les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe travaillent selon le même horaire collectif, un horaire établi selon l'heure légale indique les heures auxquelles commence et finit chaque période de travail. Aucun salarié ne peut être occupé en dehors de cet horaire, sous réserve des dispositions relatives au contingent annuel d'heures supplémentaires et aux heures de dérogation permanente prévues par un décret pris en application de l'article L. 3121-67 du Code du travail (*C. trav.*, art. D. 3171-1).

L'**horaire collectif** est **daté et signé** par l'employeur ou, sous sa responsabilité, par la personne à laquelle il a délégué ses pouvoirs à cet effet. Il est **affiché** en caractères lisibles et apposé de façon apparente dans chacun des lieux de travail auxquels il s'applique. Lorsque les salariés sont employés à l'extérieur, cet horaire est affiché dans l'établissement auquel ils sont attachés (*C. trav.*, art. D. 3171-2).

Toute **modification** de cet horaire donne lieu, avant son application, à une **rectification** affichée dans les mêmes conditions (*C. trav.*, art. D. 3171-3).

Un double de l'horaire et des rectifications qui y sont apportées sont préalablement adressés à l'inspecteur du travail (*C. trav.*, art. D. 3171-4).

### ■ Horaires individualisés

La durée du travail de chaque salarié non soumis à l'horaire collectif est décomptée selon les modalités suivantes (*C. trav.*, art. D. 3171-8):

– **quotidiennement**, par enregistrement, selon tout moyen, des heures de début et de fin de chaque période de travail (ainsi que du détail des pauses) ou par le relevé du nombre d'heures de travail effectuées. La seule indication de l'amplitude journalière du travail, sans mention des périodes effectives de coupures et de pauses, est considérée comme insuffisante et ne correspond pas aux prescriptions légales (*Cass. crim.*, 25 janvier 2000, n° 98-85.266 P);

– **chaque semaine**, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail effectuées par chaque salarié.

Sont notamment concernés les salariés en horaire variable, à temps partiel et plus largement tous les salariés non soumis à un horaire collectif.

Les **documents** de comptabilisation des heures de travail de chaque salarié sont **conservés** à la disposition de l'inspecteur du travail pendant un an (*C. trav.*, art. D. 3171-16).

Toutefois il peut être ordonné à un employeur de remettre au juge les documents de comptabilisation des heures de travail pendant une période correspondant au délai de la prescription de l'action en paiement des salaires, soit trois ans (*Cass. soc.*, 13 février 2002, n° 00-40.836; *Cass. soc.*, 2 juin 2004, n° 02-46.811 P).

Le salarié a un droit d'accès aux informations nominatives le concernant (*C. trav.*, art. D. 3171-14).

### ■ Salarié travaillant en équipe

En cas d'organisation du travail par relais, par roulement ou par équipes successives, la **composition nominative** de chaque **équipe**, y compris les salariés temporaires, est indiquée soit par un **tableau** affiché dans les mêmes conditions que l'horaire, soit par un **registre** tenu constamment à jour et mis à disposition de l'inspecteur du travail et des membres du comité social et économique (*C. trav.*, art. D. 3171-7).

## ▣ Modalités particulières d'organisation du temps de travail

Les formes d'organisation du temps de travail sur une **période supérieure** à la **semaine**, dans le cadre des accords prévus à l'article L. 3121-44 du Code du travail ou d'une décision unilatérale de l'employeur encadrée par l'article D. 3121-27 du Code du travail, imposent qu'un **affichage spécifique** soit mis en place, à défaut de précisions conventionnelles contraires.

Doivent être indiqués (*C. trav., art. D. 3171-5*):

- le nombre de semaines de la période de référence fixée par l'accord ou le décret;
- pour chaque semaine incluse dans cette période de référence, l'horaire de travail et la répartition de la durée du travail.

L'affichage des changements de durée ou d'horaire de travail est réalisé en respectant le délai de sept jours prévu par l'article L. 3121-47 du Code du travail, ou le délai prévu par l'accord collectif de travail (*C. trav., art. L. 3121-44*). L'employeur tient à la disposition de l'inspection du travail pendant un an les documents permettant de comptabiliser les heures de travail de chaque salarié pendant une durée équivalente à la période de référence sur laquelle est aménagé le temps de travail (*C. trav., art. D. 3171-16*).

## ▣ Salarié au forfait

### Forfait en heures

Pour le salarié au forfait en heures sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle :

- la **convention** ou l'**accord** collectif mettant en place ce forfait peut définir des **modalités de contrôle** de la durée du travail;
- à **défaut**, ce sont les **règles** spécifiques aux **horaires individualisés** qui s'appliquent (*C. trav., art. D. 3171-8 et art. D. 3171-9*). La durée du travail de chaque salarié est alors décomptée quotidiennement (enregistrement des heures de début et de fin de travail et détails des pauses ou relevé du nombre d'heures de travail effectuées) et hebdomadairement (récapitulation du nombre d'heures de travail effectuées).

### Forfait en jours

L'employeur est tenu de **vérifier régulièrement** que la **charge de travail** du salarié soumis au forfait en jours est **raisonnable** et permet une bonne répartition dans le temps de son travail (*C. trav., art. L. 3121-60*). Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié sont définies par l'**accord** collectif mettant en place le forfait jours (*C. trav., art. L. 3121-64*).

À **défaut** de stipulations dans l'accord, l'employeur doit établir un **document de contrôle** faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées.

Sous sa responsabilité, ce document peut être renseigné par le salarié (*C. trav., art. L. 3121-65*).

Enfin, la durée du travail est décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié (*C. trav., art. D. 3171-10*).

**À NOTER** L'employeur tient à la disposition de l'inspecteur du travail pendant trois ans les documents permettant de comptabiliser le nombre de jours travaillés par les salariés concernés par des conventions de forfait, en heures ou en jours (*C. trav., art. D. 3171-16*).

## 2 Rôle des représentants du personnel

### COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

#### ▣ Compétence générale

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le comité social et économique (CSE) dispose, dans le cadre de ses attributions consultatives, d'une compétence générale en matière de durée du travail.

Il est **informé et consulté** sur :

- les **mesures de nature à affecter** la **durée** du travail (*C. trav., art. L. 2312-8*);
- la **durée** et l'**aménagement** du **temps** de travail dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi (*C. trav., art. L. 2312-26*). La périodicité de ces consultations peut être fixée par accord collectif. Ce n'est qu'à défaut d'accord que la périodicité est fixée à un an (*C. trav., art. L. 2312-22*).

**À NOTER** Le défaut de consultation du CSE sur les décisions de l'employeur en matière d'aménagement du temps de travail ou de durée du travail n'a pas pour effet de rendre inopposable aux salariés les dispositions d'un accord de modulation du temps de travail (*Cass. soc., 18 septembre 2019, n° 17-31.274 P*).

La loi Rebsamen du 17 août 2015 (*L. n° 2015-994, JO 18 août*) a supprimé la consultation systématique du comité préalablement à la signature d'un accord collectif (*C. trav., art. L. 2312-14*).

#### ▣ Compétences spécifiques

Le comité social et économique dispose de compétences spécifiques s'ajoutant à cette compétence générale. Il est notamment consulté :

- à **défaut d'accord** d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche, au moins une fois par an sur les **modalités d'utilisation** du **contingent annuel d'heures supplémentaires** et de son éventuel dépassement (*C. trav., art. L. 3121-40*). En outre, en cas d'accord collectif, le comité social et économique est informé sur les heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent annuel applicable dans l'entreprise, et est consulté sur celles effectuées au-delà du contingent (*C. trav., art. L. 3121-33*);
- en cas de **dépassement** des **durées maximales** quotidiennes ou hebdomadaire du travail. La demande de dépassement accompagnée des justifications utiles et de l'avis du comité social et économique est adressée par l'employeur à l'inspecteur du travail (*C. trav., art. D. 3121-5; C. trav., art. R. 3121-10*);
- en matière d'**astreinte**. À défaut d'accord collectif, le mode d'organisation des astreintes et leur compensation sont fixés par l'employeur, après avis du comité social et économique et après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail (*C. trav., art. L. 3121-12*);
- s'agissant de la **contrepartie** prévue lorsque le **temps de déplacement** pour se rendre sur le lieu de travail **excède le temps normal** de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail. À défaut d'accord collectif, l'employeur détermine ces contreparties après consultation du comité social et économique (*C. trav., art. L. 3121-8*);
- en cas de **recours** à une **modalité spécifique d'aménagement** du **temps** de travail (équipes successives, relais ou roulement, travail continu, etc.) (*C. trav., art. L. 2312-26*);

- préalablement à la **récupération d'heures de travail**, faute de quoi le délit d'entrave est constitué (*Cass. crim.*, 21 nov. 1978, n° 77-92.617 P; *C. trav.*, art. L. 3121-50; *C. trav.*, art. R. 3121-34);
- à **défaut d'accord** collectif étendu ou d'entreprise, en cas de demande de **dérogation au repos dominical** en cas d'organisation du **travail en continu** pour des raisons économiques (*C. trav.*, art. L. 3132-14; *C. trav.*, art. R. 3132-13);
- à **défaut d'accord** collectif, en cas de recours à des **équipes de suppléance** (*C. trav.*, art. L. 3132-18; *C. trav.*, art. R. 3132-13);
- à **défaut d'accord** collectif, chaque année sur le recours aux conventions de **forfait**, ainsi que sur les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi (*C. trav.*, art. L. 2312-26). La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la non-consultation du comité social et économique n'a pas pour effet la nullité de la convention individuelle de forfait en jours (*Cass. soc.*, 22 juin 2016, n° 14-15.171 P);
- à **défaut d'accord** collectif, sur les modalités d'accomplissement de la **journée de solidarité** définies par l'employeur (*C. trav.*, art. L. 3133-12).

#### ▣ Droit de veto

Le comité social et économique dispose d'un droit de veto dans deux domaines :

- dans les **entreprises dépourvues de délégués syndicaux**, l'employeur consulte le comité social et économique sur le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par un **repos compensateur équivalent**. Cette mesure ne peut prendre effet que si le comité social et économique ne s'y oppose pas (*C. trav.*, art. L. 3121-37);
- en cas de **mise en place d'horaires individualisés**, le comité social et économique doit émettre un avis conforme. Il dispose donc d'un droit de veto (*C. trav.*, art. L. 3121-48). Dès lors, constitue le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique le refus de l'employeur de consulter ce dernier sur l'instauration, pour les salariés, d'horaires de travail individualisés (*Cass. crim.*, 16 septembre 2003, n° 02-86.661 P).

#### DELEGUÉS SYNDICAUX

La place désormais prépondérante et autonome donnée à l'accord d'entreprise depuis la loi du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088*) en matière de durée et d'aménagement du travail fait des délégués syndicaux les partenaires privilégiés de l'employeur.

Indépendamment de ce constat, les délégués syndicaux sont **informés et consultés** en matière de :

- **dérogation au repos dominical** : l'autorisation de faire travailler une équipe de suppléance en fin de semaine, par dérogation à la règle générale du repos hebdomadaire, est, à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement, donnée par l'inspecteur du travail sur avis, notamment, du délégué syndical (*C. trav.*, art. L. 3132-18; *C. trav.*, art. R. 3132-13). De même, l'autorisation de faire travailler les salariés en continu dans l'industrie est, à défaut de convention ou d'accord collectif étendu ou d'entreprise, accordée par l'inspecteur du travail après consultation des délégués syndicaux (*C. trav.*, art. L. 3132-14);

- **dépassement de la durée maximale journalière** de travail de dix heures en cas de recours aux équipes de **suppléance** (*C. trav.*, art. R. 3132-15);

- **dérogation à la durée maximale quotidienne** de huit heures en cas de **travail de nuit** (*C. trav.*, art. R. 3122-2).

Les organisations syndicales de salariés peuvent aussi :

- agir s'il apparaît que l'organisation des horaires de travail est susceptible de porter atteinte à la santé et à la sécurité des salariés;

- relever les éventuelles infractions à la législation en matière de durée du travail et informer l'inspecteur du travail, voire le procureur de la République en cas d'infraction pénalement sanctionnée.

Selon la Cour de cassation, est recevable l'action syndicale en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession visant à faire constater l'existence d'une irrégularité dans la mise en œuvre de l'accord collectif mettant en place un forfait en heures sur la semaine (*Cass. soc.*, 14 déc. 2016, n° 15-20.812 P). En l'espèce, l'employeur n'a pas fait signer aux salariés une convention individuelle afin de formaliser l'application du forfait.

## 3 Intervention de l'inspection du travail

### RESPECT DE LA RÉGLEMENTATION

Inspecteur et contrôleur du travail sont compétents pour assurer le respect de la réglementation du travail, qu'elle soit d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle (*C. trav.*, art. L. 8112-1).

### CONSTAT DES INFRACTIONS

Les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent constater toute infraction pénalement sanctionnée à la législation du travail (*C. trav.*, art. L. 8113-7).

Pour opérer les contrôles, ils :

- **disposent des moyens généraux** à leur disposition : **droit d'accès** à l'entreprise, **droit de visite**, droit de communication des documents obligatoires par l'employeur, etc. ;

- **peuvent se faire communiquer les décomptes individuels** de la durée du travail pour les salariés qui ne sont pas assujettis à un horaire collectif (*C. trav.*, art. L. 3171-3).

Constitue un **délit d'obstacle** aux fonctions de l'inspecteur du travail, le fait pour l'employeur :

- de ne pas lui présenter les documents obligatoires malgré des demandes réitérées (*Cass. crim.*, 8 novembre 2005, n° 05-81.269 P);

- de refuser d'afficher les horaires de travail applicables dans l'entreprise, et ce malgré des rappels réitérés de l'inspecteur du travail (*Cass. crim.*, 14 avril 2015, n° 14-83.267 P);

- de communiquer des renseignements qui se révèlent inexacts, marquant ainsi son intention d'éluder la surveillance de l'agent de contrôle (*Cass. crim.*, 28 septembre 1993, n° 92-86.528 P; *Cass. crim.*, 30 mars 1999, n° 98-80.598).

Enfin, l'agent de contrôle de l'inspection du travail peut s'appuyer sur les informations qui lui sont transmises par les représentants du personnel.

En cas de **constatation d'infractions** pénalement sanctionnées, il dresse un **procès-verbal** qui fait foi jusqu'à preuve du contraire. Ce procès-verbal est transmis au procureur de la République, après avoir informé la personne visée au procès-verbal des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues. Un exemplaire est également envoyé au représentant de l'État dans le département (*C. trav., art. L. 8113-7*).

## AMENDES ADMINISTRATIVES

### ▣ Principe

Le Direccte peut sanctionner par une **amende administrative certains manquements** de l'employeur, ou adresser à ce dernier un **avertissement**, sur rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail et sous réserve de l'absence de poursuites pénales. Il s'agit du manquement (*C. trav., art. L. 8115-1*):

- aux dispositions relatives aux **durées maximales** du travail fixées aux articles L. 3121-18 à L. 3121-25 et aux mesures réglementaires prises pour leur application ;
- aux dispositions relatives aux **repos** fixées aux articles L. 3131-1 à L. 3131-3 et L. 3132-2 et aux mesures réglementaires prises pour leur application ;
- à l'article L. 3171-2 relatif à l'établissement d'un **décompte** de la durée de travail et aux dispositions réglementaires prises pour son application ;

**À NOTER** La loi Travail du 8 août 2016 (*L. n° 2016-1088*) a étendu au secteur des transports la possibilité pour les agents de contrôle de l'inspection du travail de prononcer une amende administrative en matière de temps de travail (*L. n° 2016-1088, art. 113*). Ainsi, l'employeur encourt l'amende administrative en cas de manquement aux dispositions :

- réglementaires ou conventionnelles relatives à la durée maximale de travail, de conduite, aux repos et au décompte du temps de travail applicables notamment aux entreprises de **transport routier** ;
- relatives aux durées de conduite et de repos des conducteurs fixées par le règlement européen n° 561/2006 du 15 mars 2006 sur le transport routier (*C. transp., art. L. 1325-1*).

### ▣ Articulation entre sanction pénale et sanction administrative

Lorsque l'agent de contrôle constate des infractions pour lesquelles une amende administrative est prévue, il peut, s'il n'a pas dressé un procès-verbal à l'attention du procureur de la République, adresser un rapport à l'autorité administrative compétente (*C. trav., art. L. 8113-7*).

C'est donc l'**agent de contrôle** qui **choisit** la voie de l'**amende administrative** ou du **procès-verbal**, mais c'est le  **Direccte** qui **prononce** l'amende.

La voie de l'amende administrative est fermée si des poursuites pénales sur les mêmes infractions sont déjà engagées (*C. trav., art. L. 8115-1*).

### ▣ Montant

La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 5 septembre 2018 (*L. n° 2018-771, JO 6 septembre*) a porté le **montant maximal** de l'amende, initialement fixé à 2 000 euros, à **4 000 euros**. Elle peut être appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs concernés par le manquement.

Le plafond de l'amende est **majoré de 50 %** en cas de **nouveau manquement** constaté dans un **délai d'un an** à compter du jour de la notification d'un **avertissement** concernant un précédent manquement de même nature. Il est porté au **double** en cas de **nouveau manquement** constaté dans un délai de **deux ans** à compter du jour de la notification de l'**amende** concernant un précédent manquement (*C. trav., art. L. 8115-3*).

Pour déterminer si elle prononce un avertissement ou une amende et le cas échéant pour fixer le montant de l'amende, l'autorité administrative prend en compte les circonstances et la gravité du manquement, le comportement de son auteur, notamment sa bonne foi, ainsi que ses ressources et ses charges (*C. trav., art. L. 8115-4*).

### ▣ Procédure

Avant toute décision, l'**autorité administrative informe par écrit** la personne mise en cause de la **sanction envisagée** en portant à sa connaissance le manquement retenu à son encontre (*C. trav., art. L. 8115-5*). Elle l'invite à **présenter ses observations** dans un délai d'un mois. Ce délai peut être prorogé d'un mois à la demande de l'intéressé, si les circonstances ou la complexité de la situation le justifient (*C. trav., art. R. 8115-10*).

À l'**issue** de ce **délai**, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'**amende** et émettre le titre de perception correspondant. Elle doit informer de cette décision le comité social et économique (*C. trav., art. L. 8115-5*).

Le délai de prescription de l'action de l'autorité administrative pour la sanction du manquement par une amende administrative est de deux années révolues à compter du jour où le manquement a été commis (*C. trav., art. L. 8115-5*).

La personne à l'encontre de laquelle un avertissement ou une amende est prononcée peut **contester** la décision de l'administration devant le **tribunal administratif**, à l'exclusion de tout recours hiérarchique (*C. trav., art. L. 8115-6*).

## TRANSACTIONS PÉNALES

Le Direccte peut, dans certains cas, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite d'une infraction constituant une contravention ou un délit (*C. trav., art. L. 8114-4*).

### ▣ Champ de la transaction

En matière de temps de travail, une transaction pénale est possible en cas d'infraction prévue au livre Ier de la troisième partie du Code du travail, concernant la durée du travail, les repos et les congés, à l'exception des dispositions mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 8115-1 du Code du travail qui sont passibles d'une amende administrative : manquements aux durées maximales de travail, aux repos, à l'établissement d'un décompte de la durée (*C. trav., art. L. 8114-4*).

De manière générale, sont exclus de la procédure de transaction les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus.

### ▣ Procédure

La proposition de transaction est déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur ainsi que de ses ressources et de ses charges (*C. trav., art. L. 8114-5*). Elle doit

préciser à l'entreprise le **montant** de l'amende transactionnelle ainsi que, le cas échéant, les **obligations** qui lui sont imposées pour faire cesser l'infraction, éviter son renouvellement ou se mettre en conformité avec les obligations auxquelles elle est soumise.

Elle fixe également les **délais** impartis pour le **paiement** et, s'il y a lieu, l'**exécution** des obligations. Une copie du procès-verbal de constatation de l'infraction est jointe à la proposition de transaction (*C. trav., art. L. 8114-5*). Lorsqu'elle est **acceptée**, la proposition de transaction est soumise à l'**homologation** du procureur de la République. L'homologation est interruptive de la prescription de l'action publique. Cette dernière est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans les délais impartis l'intégralité des obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction (*C. trav., art. L. 8114-6*). Lorsque la transaction est homologuée, l'autorité administrative en informe le comité social et économique (*C. trav., art. L. 8114-7*).

## TRAVAIL DISSIMULÉ

Un contrôle de la durée du travail peut révéler du travail dissimulé.

La mention, sur le bulletin de paie, d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué constitue, si cette mention ne résulte pas de l'application d'une convention ou d'un accord d'aménagement du temps de travail, une **dissimulation d'emploi salarié** passible de sanctions pénales (*C. trav., art. L. 8221-5*). Pour que la dissimulation d'emploi soit caractérisée, l'employeur doit faire mention de manière intentionnelle d'un nombre d'heures inférieur au nombre réel d'heures effectuées (*Cass. soc., 29 octobre 2003, n° 01-44.940 P; Cass. soc., 8 juillet 2010, n° 08-44.898; Cass. soc., 3 avril 2013, n° 12-10.092*). Si tel est le cas, il ne peut se prévaloir d'un dispositif de quantification préalable du temps de travail prévu par des dispositions conventionnelles, la dissimulation d'emploi salarié est caractérisée (*Cass. soc., 5 juin 2019, n° 17-23.228 P: s'agissant de l'application de la quantification du temps de travail prévue par la convention collective nationale de la distribution directe*).

En revanche, le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite (*Cass. soc., 16 juin 2015, n° 14-16.953 P*).

Outre le contrôleur et l'inspecteur du travail, **peuvent rechercher les infractions** à l'interdiction du travail dissimulé et donc les dépassements d'horaires non déclarés (*C. trav., art. L. 8271-1-2*):

- les officiers et agents de police judiciaire;
- les agents de la Direction générale des finances publiques et de la Direction générale des douanes;
- les agents agréés à cet effet et assermentés des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole;
- les officiers et agents de contrôle assermentés des affaires maritimes;
- les fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile commissionnés à cet effet et assermentés;
- les fonctionnaires ou agents de l'État chargés du contrôle des transports terrestres,
- les agents de Pôle emploi, chargés de la prévention des fraudes, agréés et assermentés à cet effet.

Ces agents constatent les infractions par **procès-verbaux** qui sont directement transmis au Parquet et font foi jusqu'à preuve contraire (*C. trav., art. L. 8271-8*).

Ces agents disposent des **possibilités d'investigations** liées à leur fonction propre. Ils sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, toute personne rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature (*C. trav., art. L. 8271-6-1*).

## 4 Contrôle du juge

### CONTRÔLE QUALITATIF

Le droit de la durée du travail est devenu d'une complexité majeure. Les mécanismes législatifs particulièrement sophistiqués et la place croissante laissée à la négociation collective ne peuvent que déboucher sur un contentieux relativement volumineux.

Ce dernier porte notamment sur la **validité** des **accords collectifs** ayant mis en place le **travail intermittent**, les conséquences du **lissage des rémunérations** sur les méthodes de retenues des absences, le respect des règles de forme ayant présidé lors de la négociation collective, les conditions d'approbation des accords d'entreprise, etc.

### CONTRÔLE QUANTITATIF

#### ■ Détermination de la durée réelle de travail

##### Régime de la preuve

La preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties. Selon l'article L. 3171-4 du Code du travail, « en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'**employeur fournit** au juge les **éléments** de nature à **justifier** les **horaires** effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces **éléments** et de ceux fournis par le **salarié** à l'appui de sa demande, le juge forme sa **conviction** après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

**À NOTER** La règle selon laquelle nul ne peut se forger de preuve à soi-même n'est pas applicable aux actions en paiement d'heures de travail (*Cass. soc., 18 septembre 2013, n° 12-10.025*).

Dans un arrêt du 18 mars 2020, la Cour de cassation précise ce régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié (*Cass. soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919 P*). Ainsi, « il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ».

##### Rôle du salarié

##### Présentation d'éléments suffisants précis

Jusqu'à présent, la Cour de cassation considérait qu'il appartenait au salarié « d'étayer la demande relative à la qualification du temps de travail par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres

éléments» (Cass. soc., 15 février 2012, n° 10-20.607; Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-27.646; Cass. soc., 27 juin 2012, n° 11-18.010 P). À défaut, sa demande était rejetée (Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-45.441 P).

Dans son arrêt du 18 mars 2020 précité, la Cour de cassation « abandonne la notion d'étalement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de **présentation** par le **salarié d'éléments à l'appui de sa demande** » (Cour de cassation, note explicative à l'arrêt du 18 mars 2020).

La Haute Juridiction semble ainsi vouloir clarifier le rôle du salarié en la matière : il n'a pas à apporter d'éléments de preuve mais seulement des **éléments factuels**, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un **minimum de précision** (Cour de cassation, note explicative à l'arrêt du 18 mars 2020).

Elle réaffirme ainsi que la charge de la preuve ne peut reposer sur le seul salarié (Cass. soc., 4 septembre 2019, n° 18-11.038; Cass. soc., 4 septembre 2019, n° 18-10.541).

### Exemples

Ont été considérés comme suffisamment précis les éléments suivants, présentés par le salarié :

- des fiches de temps établies à la demande de l'employeur (Cass. soc., 19 janvier 1999, n° 96-45.628 P);
  - une description précise des tâches accomplies en dehors de l'horaire légal (Cass. soc., 7 février 2001, n° 98-45.570);
  - des fiches de pointage (Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 P);
  - des décomptes d'heures écrits au crayon (Cass. soc., 24 novembre 2010, n° 09-40.928 P);
  - un document dactylographié non circonstancié (Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-45.242 P);
  - des courriers et des billets de train, constituant des éléments auxquels l'employeur pouvait répondre (Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-23.320);
  - des lettres adressées à l'employeur contenant un décompte des heures que le salarié prétendait avoir réalisées et auxquelles l'employeur pouvait répondre (Cass. soc., 5 octobre 2011, n° 10-17.198);
  - un récapitulatif du temps journalier (Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-14.156 P);
  - des fiches mensuelles récapitulant les horaires effectués (Cass. soc., 6 décembre 2011, n° 10-19.794);
  - des énonciations du compte rendu de l'entretien préalable (Cass. soc., 17 novembre 2011, n° 10-14.420);
  - un relevé des heures supplémentaires suffisamment précis (Cass. soc., 30 mai 2012, n° 10-28.154);
  - un décompte précis des heures que le salarié prétendait avoir réalisées (Cass. soc., 30 mai 2012, n° 11-10.247; Cass. soc., 24 mai 2018, n° 17-14.490);
  - le décompte établi à partir d'agendas avec les seules heures de début et de fin de journée d'une salariée autonome (Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-17.748 P);
  - des fiches de saisie informatique enregistrées sur l'intranet de l'employeur contenant le décompte journalier des heures travaillées (Cass. soc., 24 janvier 2018, n° 16-23.743);
  - des tableaux produits par le salarié (Cass. soc., 22 mars 2012, n° 11-14.466), peu importe qu'ils soient établis durant la procédure prud'homale ou a posteriori (Cass. soc., 12 avril 2012, n° 10-28.090; Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-24.858; Cass. soc., 15 janvier 2020, n° 18-15.254).
- Par ailleurs, l'absence de signature par le salarié d'un registre d'heures supplémentaires ne peut suffire à écarter la demande du salarié (Cass. soc., 14 septembre 2005, n° 03-40.574).

En revanche, des tableaux fondés sur une estimation moyenne du temps de travail hebdomadaire ne sont pas de nature à permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments (Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 14-12.596).

Le salarié ne peut pas fournir d'éléments relatifs à une période déterminée pour demander le paiement d'heures effectuées au cours d'une autre période, sans apporter d'éléments relatifs à cette dernière période (Cass. soc., 12 mai 2010, n° 09-40.933; Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-26.207).

**À NOTER** Le salarié peut éventuellement solliciter le paiement de dommages et intérêts venant s'ajouter aux rappels de salaire pour heures supplémentaires, s'il démontre l'existence d'un préjudice (Cass. soc., 29 juin 2017, n° 16-11.280).

### Rôle de l'employeur

L'employeur doit fournir au juge les **éléments** de nature à **justifier des horaires effectivement réalisés** par le salarié (C. trav., art. L. 3171-4, Cass. soc., 6 nov. 2019, n° 18-12.814; Cass. soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919 P).

En effet, l'employeur est tenu de contrôler les heures de travail réalisées et d'élaborer les documents de contrôle nécessaires.

Rappelons que lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, pour chacun des salariés concernés (C. trav., art. L. 3171-2).

De même, il tient à la disposition de l'inspection du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié (C. trav., art. L. 3171-3).

La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs affirmé que les employeurs sont dans l'obligation de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur (CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18).

### Appréciation par le juge

Le juge **se prononce** au vu des éléments fournis par chaque partie, **après** avoir, en tant que de **besoin**, ordonné toute **mesure d'instruction** utile (C. trav., art. L. 3171-4; Cass. soc., 18 mai 2004, n° 01-45.622).

Ces dispositions excluent la possibilité de réparer la perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires (Cass. soc., 15 octobre 2002, n° 00-40.728 P; Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-42.841).

Le juge doit **examiner tous** les **éléments versés** aux débats par les parties, aucun d'entre eux ne prévaut sur les autres. Il ne peut se déterminer au regard des seuls éléments fournis par le salarié (Cass. soc., 22 octobre 1997, n° 95-41.325).

Néanmoins, lorsque l'employeur n'est pas en mesure de fournir les éléments légalement imposés en matière de contrôle de la durée du travail, sa carence peut conduire à faire droit à la demande du salarié (Cass. soc., 24 mars 2004, n° 01-43 875 P), même si celui-ci ne peut rapporter la preuve formelle des faits justifiant ses prétentions (Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2000, n° 97-44.475).

Tel est le cas lorsque le salarié produit un décompte détaillé et circonstancié de ses heures de travail et un procès-verbal de l'inspecteur du travail constatant des dépassements d'horaires dans le service considéré, tandis que l'employeur ne fournissait aucun élément sur les horaires effectivement réalisés par le salarié (Cass. soc., 6 avril 2005, n° 03-42.082).

Le juge est **tenu par la demande initiale**. Saisi d'une demande en paiement d'heures supplémentaires, il ne peut y substituer une condamnation à des dommages-intérêts (*Cass. soc.*, 23 février 2005, n° 02-42.552 P). S'il retient l'existence d'heures supplémentaires, il doit en fixer le quantum, au vu tant des éléments fournis par les parties que de ceux obtenus grâce à la mesure d'instruction qu'il a ordonnée (*Cass. soc.*, 8 juin 2010, n° 08-42.825). Il n'est pas pour autant tenu de préciser le détail du calcul appliqué, ni le nombre exact d'heures supplémentaires retenues (*Cass. soc.*, 4 décembre 2013, n° 11-28.314 P; *Cass. soc.*, 4 décembre 2013, n° 12-22.344 P).

### ▣ Respect des plafonds

Le **régime de preuve partagée** relatif à l'existence et au nombre d'heures effectuées par le salarié **ne s'applique pas** lorsqu'il s'agit pour l'**employeur** de prouver le respect des différents **plafonds et seuils quantitatifs** en matière de temps de travail, que ceux-ci résultent de dispositions de droit interne ou du droit de l'Union européenne. La Cour de cassation précise tout d'abord que la preuve du respect des durées

maximales de travail et des temps de repos obligatoires incombe exclusivement à l'employeur, pour ensuite étendre ce régime probatoire aux seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne (*Cass. soc.*, 20 févr. 2013, n° 11-21.599 P et n° 11-28.811 P; *Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-13.267 P; *Cass. soc.*, 16 oct. 2019, n° 18-12.908).

### ▣ Fixation des contreparties

Un certain nombre de dispositions légales prévoient des contreparties à certaines sujétions liées au temps de travail.

Il en est ainsi des astreintes, du temps d'habillage ou de déshabillage, du temps de déplacement inhabituel, du repos en contrepartie du travail de nuit.

Si ces contreparties ne sont pas mises en place par l'employeur, il risque d'être contraint de le faire par le juge saisi. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, s'agissant du défaut de contreparties au temps d'habillage (*Cass. soc.*, 16 janvier 2008, n° 06-42.983 P) et au temps de déplacement professionnel (*Cass. soc.*, 14 novembre 2012, n° 11-18.571 P).