

**N° 301014**  
**Union Syndicale Solidaires**  
**Isère**

**1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 11 septembre 2009**  
**Lecture du 2 octobre 2009**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Luc DEREPA, rapporteur public**

Le législateur a dû récemment modifier les règles applicables à l'emploi des directeurs et moniteurs des colonies de vacances et centres de loisirs. Le droit applicable à ces personnels était défini jusqu'aux années récentes par des conventions collectives conclues selon le droit commun du code du travail. Mais la dernière convention conclue et étendue en 1998 comportait des stipulations fragiles au regard des évolutions du droit national et communautaire sur la question du temps de travail. Cette convention exigeait une présence continue des moniteurs auprès des enfants et adolescents, tout en prévoyant que le temps de travail effectif pris en compte pour le calcul de la rémunération était égal à deux heures par journée d'activité. La Cour de Cassation avait déjà jugé, par un arrêt du 25 mai 1994, n° 91-41355, inédit, que le mode de calcul ainsi prévu ne reposait que sur une présomption et que le salarié pouvait prétendre à la rémunération d'un nombre d'heures supérieur s'il justifiait les avoir réellement effectuées celles-ci. Surtout, le dispositif de la convention collective est apparu en décalage avec la définition de la durée du travail effectif donnée par la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 sur la réduction du temps de travail, à savoir « 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 ses occupations personnelles ».

Pour contourner la difficulté, le législateur a adopté, par la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006, un régime ad hoc s'inspirant de celui défini peu de temps auparavant pour d'autres catégories de salariés travaillant dans des conditions similaires : les assistantes maternelles, plus communément appelées nourrices et les assistants familiaux hébergeant des enfants relevant de l'aide sociale à l'enfance (loi n° 2005-706 du 27 juin 2005) et les éducateurs et aides familiaux employés par les associations gestionnaires de villages d'enfants (loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005). Le nouveau régime des directeurs et moniteurs de colonies et centres de vacances, aujourd'hui codifié aux articles L. 432-1 à L. 432-4 du code de l'action sociale et des familles, ne vise que les personnes qui participent « occasionnellement » à l'activité d'accueil collectif de mineurs, ce qui exclut donc les personnes dont c'est là l'activité permanente. Ce régime prévoit que ces personnes ne peuvent effectuer plus de 80 journées de travail par an dans cette activité. Les intéressés bénéficient d'un repos hebdomadaire minimum de 24 heures. La durée du travail est fixée par accord collectif étendu ou à défaut par décret. La loi prévoit qu'un certain nombre de dispositions du code du travail ne sont pas applicables à ces personnes ; les dispositions de droit commun auxquelles il est dérogé sont les suivantes :

- dispositions relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires de travail,
- dispositions relatives au repos quotidien et hebdomadaire,
- dispositions relatives au SMIC et à la rémunération mensuelle.

Par ces dispositions dérogatoires – qui démontrent en creux que les contrats liant les personnels de direction et d'animation aux centres où ils travaillent, dénommés par la loi « contrats d'engagement éducatif », sont bien des contrats de travail – le Parlement a voulu maintenir l'exigence de présence continue auprès des enfants et adolescents tout en limitant l'impact de cette situation sur la rémunération des intéressés.

Le premier ministre a pris le 28 juillet 2006 un décret (n° 2006-950) visant à assurer l'application de la loi. Ce décret a inséré plusieurs articles dans le code du travail qui était alors le réceptacle des dispositions relatives à cette activité. Il énumère les mentions que doit comporter le contrat d'engagement éducatif, et s'agissant des dispositions de fond applicables à ces salariés, il édicte trois règles :

- la durée cumulée des contrats conclus par une même personne ne peut excéder 80 jours par période de douze mois,
- la rémunération des personnes concernées ne peut être inférieure à 2,20 fois le SMIC horaire par jour de travail,
- les salariés bénéficient d'un repos hebdomadaire de 24 heures – sur ce dernier point, le décret ne fait que répéter ce qui figure dans la loi.

Ce décret est attaqué par le syndicat « Union syndicale solidaires Isère » par une requête introduite dans les délais. Le requérant, qui regroupe plusieurs syndicats représentant notamment des personnes de l'éducation nationale et du secteur social, justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour attaquer le décret litigieux.

La plupart des moyens soulevés doivent être écartés sans beaucoup d'hésitation.

La loi indique que « le nombre de journées travaillées ne peut excéder pour chaque personne un nombre annuel de quatre-vingts ». Le décret attaqué indique pour sa part que « la durée cumulée des contrats conclus par un même titulaire ne peut excéder quatre-vingts jours sur une période de douze mois consécutifs ». Ce faisant, on le voit, le décret a précisé le mode de calcul du plafond de quatre-vingts jours par an fixé par la loi : il précise que l'ensemble des contrats conclus par une même personne doit être pris en compte pour l'application de ce plafond, et que le chiffre de quatre-vingts jours doit être appliqué par période glissante de douze mois, et non, comme on aurait pu aussi l'envisager, par année civile ou sur une période de douze mois prédéterminée. Ce mode de computation n'est pas neutre car il fait p. ex. obstacle à ce qu'une même personne exerce une telle activité pendant quatre-vingts jours lors du second semestre d'une année et à nouveau quatre-vingts jours lors du premier semestre de l'année suivante, ce qu'un raisonnement en année civile aurait permis.

Il est soutenu que ce faisant, le décret aurait méconnu la loi mais ce moyen doit être écarté. En prévoyant que le plafond s'applique « pour chaque personne », la loi a nécessairement entendu prévoir que tous les contrats conclus par une même personne devaient être pris en compte. En définissant la période annuelle sur laquelle devait d'apprécier le respect du plafond de 80 jours travaillés, le décret s'est borné à apporter les précisions utiles à l'application de la loi, sans en méconnaître les termes ni la portée.

Il est soutenu ensuite que le plancher de rémunération prévu par le décret serait fixé à un niveau trop faible, et qu'il méconnaîtrait pour cette raison les stipulations tant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 7) que de la Charte sociale européenne (art. 4), par lesquelles les Etats parties à ces conventions ont reconnu le droit de toute personne à disposer d'un revenu décent. Ce moyen doit être écarté car les stipulations dont il s'agit, telles qu'elles sont rédigées, créent des obligations à l'égard des Etats parties mais non des droits dans le chef des particuliers ; ces stipulations sont donc dépourvues d'effet direct : voir à propos de l'art. 4 de la Charte sociale : 20 avril 1984, ministre délégué chargé du Budget c/Mlle V..., n° 37772, au Recueil ; à propos de l'art. 7 du Pacte international : 10 novembre 1999, Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services, n° 193836.

Reste un dernier moyen, beaucoup plus délicat. La loi, nous l'avons dit, prévoit que les dispositions du code du travail relatives au repos quotidien ne sont pas applicables aux titulaires d'un contrat d'engagement éducatif. Le décret, en conséquence, ne contient aucune disposition relative au repos quotidien. Il est soutenu que ces dispositions seraient contraires à l'art. 3 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 relative à l'aménagement du temps de travail, qui prévoit que « les Etats 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 ».

Il ne nous paraît guère faire de doute que les personnels dont il s'agit entrent dans le champ d'application de la directive. Ce champ d'application est défini par le par.3 de l'art. 1<sup>er</sup> de la directive par deux notions : les personnes visées, qui sont les « travailleurs », ce que nous interprétons comme toutes les personnes placées dans un lien de subordination ne leur permettant pas de déterminer elles-mêmes leur temps de travail ; et les secteurs d'activités concernés, qui sont ceux définis à l'art. 2 de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 sur la santé et la sécurité au travail. Cet article vise « tous les secteurs d'activités, privés ou publics (activités industrielles, agricoles, commerciales, administratives, de service, éducatives, culturelles, de loisirs, etc.) ». Il ajoute que la directive n'est pas applicable seulement « lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police, ou à certaines activités spécifiques dans les services de protection civile s'(y) opposent de manière contraignante ». Il résulte de ces définitions que la directive est applicable aux salariés de tous les secteurs d'activité, sauf les deux exceptions indiquées à l'art. 2 de la directive de 1989. Les directeurs et moniteurs de colonies et centres de vacances, qui comme l'ont notamment reconnu les arrêts précités de la Cour de cassation, sont des personnels salariés, sont donc dans le champ de cette directive. Et le fait que les directeurs et moniteurs relevant du régime litigieux n'exercent cette activité que de façon « occasionnelle » ne permettrait pas à notre avis de justifier qu'ils soient exclus du champ de la directive : celle-ci vise à encadrer les règles de durée maximale de travail et de repos en vue d'assurer la santé et la sécurité des salariés, et ces objectifs valent par nature

pour l'ensemble des salariés, qu'ils exercent une activité de façon permanente ou de façon occasionnelle.

L'absence totale de régime de repos quotidien pour ces personnels est clairement contraire aux dispositions de l'article 3 de la directive de 2003, qui obligent les Etats membres à prévoir l'existence d'un tel repos d'une durée de 11 heures. Toutefois l'art. 17 de la directive autorise certaines dérogations à cet art. 3, et il convient de vérifier si les personnels dont il s'agit ne relèvent pas de l'une de ces dérogations.

Le premier paragraphe de l'art. 17 permet de déroger à l'art. 3 « lorsque la durée du 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 ; / b) de main d'œuvre familiale ; / c) de travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses ». Les personnels visés par la loi et le décret litigieux ne nous paraissent pas relever de cette dérogation. Notons d'abord que la Cour de justice des communautés européennes a adopté dans sa jurisprudence une conception restrictive des exceptions de l'article 17 de la directive : la Cour juge qu'en vue d'assurer l'effet le plus large aux dispositions de la directive, dont l'objet est la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, il y a lieu de retenir de ces dérogations « une interprétation qui limite leur portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que ces dérogations permettent de protéger » (voir l'arrêt du 9 septembre 2003, Landeshauptstadt Kiel c/Jaeger, C-151/02). La liste indicative qui figure dans le premier paragraphe permet de comprendre l'objet de la dérogation qu'il prévoit : l'activité des cadres dirigeants est caractérisée par une très large autonomie qui fait que pour ces personnes, la succession des périodes de travail et de repos ne peut être déterminée à l'avance et est déterminée au jour le jour par leur propre organisation ; pour les membres d'une famille, l'alternance entre périodes de travail et de non-travail dépend de l'auto-organisation de la vie familiale, laquelle n'obéit pas à la même logique que l'organisation du travail par un employeur ; pour les ministres du culte, la raison de la dérogation réside dans le lien existant entre ces personnes et celles qui suscitent leur activité : le lien religieux oblige à répondre à toutes les demandes des membres de la communauté, sans qu'une planification soit possible à l'avance. La raison de cette première dérogation est donc claire : compte tenu de la nécessaire liberté d'organisation qu'impliquent ces activités, exiger dans ces situations la fixation d'un rythme précis d'alternance travail/repos constituerait une contrainte excessive.

Or les directeurs et moniteurs de colonies et centres de vacances ne sont pas dans une telle situation. Il s'agit de salariés qui sont placés dans une situation de subordination classique envers leur employeur. Surtout, leur activité peut faire l'objet de plannings et leurs périodes de travail peuvent être déterminées à l'avance. Et si dans certaines circonstances, par exemple en camp itinérant, ils sont chargés de la surveillance des mineurs 24 heures sur 24, cela ne fait pas obstacle à ce que les périodes de nuit fassent l'objet d'un tour de garde de façon à assurer le respect du repos quotidien. Nous ne pensons donc pas que ces personnels puissent relever de la dérogation figurant au par. 1<sup>er</sup> de l'art. 17.

Le par. 3 du même article définit toutefois d'autres dérogations, et l'une d'elles trouve ici à s'appliquer. Il s'agit de celle figurant au b) de ce paragraphe, qui permet de déroger à l'art. 3 de la directive « pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes ». L'activité de directeur et animateur de colonie et centre de vacances, si elle comporte une part importante d'animation, est également une activité de surveillance visant à assurer la sécurité des enfants. Nous pensons donc qu'elle peut relever de ce b). Mais les dérogations prévues au par. 3 de l'art. 17 sont, à la différence de celle visée au par. 1<sup>er</sup>, encadrées par une clause figurant au par. 2, selon laquelle elles ne sont possibles qu' « à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés ». Il faut donc, pour que le régime français de temps de travail des personnels en cause soit conforme à la directive, que l'absence de toute disposition garantissant un repos quotidien soit accompagnée de l'octroi de « périodes équivalentes de repos compensateur » ou d'une « protection appropriée ». La Cour de justice a donné une interprétation particulièrement stricte de ces derniers termes. Dans l'arrêt *Landeshauptstadt Kiel c/Jaeger* précité, elle a jugé que pour donner un effet utile de la directive, à savoir assurer la santé et la sécurité des travailleurs, le repos compensateur devait être organisé de telle sorte qu'il succède immédiatement au temps de travail qu'il compense et qui avait été substitué au repos de droit commun ; la cour a ajouté que le repos compensateur devait être la forme de compensation de droit commun, le recours alternatif aux « protections appropriées » ne pouvant être autorisé qu'en cas de circonstances tout à fait exceptionnelles.

Or en l'espèce, le régime de temps de travail litigieux ne comporte aucune de ces mesures de compensation. Il ne prévoit aucun repos se substituant au repos quotidien, et aucune autre forme de compensation de la suppression de ce repos n'est attribuée aux salariés concernés, qu'aucune circonstance exceptionnelle ne pourrait d'ailleurs justifier. Le ministre soutient en défense que la limitation de l'activité à 80 jours par an pour une même personne constituerait une telle protection, mais on ne peut sérieusement soutenir, surtout au vu de la jurisprudence restrictive de la CJCE mentionnée précédemment, que l'absence de repos quotidien pendant 80 jours de travail, et la seule existence d'un repos hebdomadaire, soit compensé au sens de l'art. 17 par. 2 par la limitation d'une telle période à 80 jours par an.

Nous pensons donc que le régime de temps de travail litigieux est contraire à la directive en ce qu'il ne prévoit ni repos quotidien de onze heures, ni une autre formule respectant les conditions de l'article 17 par. 2. Vous pourriez ceci dit, si nous ne vous avons pas convaincus, poser une question préjudicielle sur ce point à la CJCE.

La question la plus délicate est toutefois celle des conséquences que vous devez tirer de cette situation sur la légalité du décret attaqué.

A cet égard, trois solutions se présentent :

- une solution d'inopérance du moyen pour cause d'incompétence du pouvoir réglementaire,
- une solution d'annulation fondée sur l'inconventionnalité de la loi,

- et une solution de rejet du moyen pour cause d'inutilité de l'intervention du pouvoir réglementaire.

Examinons rapidement les avantages et inconvénients de chacune de ces solutions.

C'est la loi elle-même qui a exclu les personnels concernés du champ des dispositions du code du travail relatives au repos quotidien, sans leur substituer d'autres dispositions permettant d'assurer le respect de l'art. 3 de la directive. Or la création d'un régime de repos quotidien nous paraît relever sans conteste des principes fondamentaux du droit du travail, et donc ne pouvoir être décidée, dans son principe, que par la loi en vertu de l'art. 34 de la Constitution : voir en ce sens la décision du Conseil Constitutionnel 79-11 FNR du 23 mai 1979, jugeant que la création d'un jour férié relève du domaine législatif. Il en résulte que dans le silence de la loi, le décret attaqué ne pouvait, à lui seul, instaurer un régime de repos quotidien.

Vous avez déjà rencontré la situation dans laquelle il est reproché à un acte réglementaire de ne pas avoir comblé les lacunes de la loi au regard d'un engagement international ; et vous avez déjà jugé, à au moins deux reprises, que dans un tel cas, s'il appartient à l'administration de ne pas appliquer les dispositions inconvencionnelles de la loi, l'inconvencionnalité de celle-ci n'habilite pas le pouvoir réglementaire à édicter des dispositions qui se substitueraient aux dispositions législatives : 30 juillet 2003, Association « Avenir de la langue française », n° 245076, au Recueil ; 27 juillet 2007, même requérant, n° 281629, au Recueil. Si vous suivez cette logique, vous devrez juger qu'en l'espèce, le décret attaqué ne pouvait « réparer » l'inconvencionnalité de la loi en créant un régime de repos quotidien, et que par suite, le moyen tiré de ce qu'il méconnaît l'art. 3 de la directive est inopérant. Suivant un raisonnement assez proche, vous avez récemment, dans un cas où une loi s'avérait inconstitutionnelle pour ne pas avoir défini avec assez précision un régime de sanction administrative, écarté un moyen dirigé contre le décret d'application de cette loi et tiré de ce que ce décret aurait dû apporter les précisions nécessaires, au motif que de telles précisions relevant du domaine de la loi, le décret n'aurait pu compétemment les apporter : Section, 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, au Recueil. A la différence près tenant au fait que l'écran législatif joue dans le cas d'une inconstitutionnalité et pas dans le cas d'une inconvencionnalité, le motif de rejet tiré de l'incompétence du pouvoir réglementaire nous semble avoir la même force dans les deux cas.

Cette solution conduit donc à un rejet du moyen pour inopérance.

La deuxième solution peut se prévaloir d'un autre courant de jurisprudence, qui est celui sur lequel se fonde en l'espèce la requête, selon lequel, si le pouvoir réglementaire est tenu de prendre les décrets nécessaires à l'entrée en vigueur de la loi, il est en revanche tenu de s'abstenir de le faire lorsque la loi en question est contraire à une norme internationale : ex. 24 février 1999, Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique, n° 195354, p. 29. Ceci vous a conduits à annuler des dispositions réglementaires dans la mesure où, sans comporter elles-mêmes aucune disposition contraire au droit international, elles permettaient la mise en oeuvre de dispositions législatives inconvencionnelles :

- 7 juin 2006, Ass. AIDES et autres, n° 285576, au Recueil, annulant un décret en tant qu'il met en oeuvre à l'égard des mineurs la condition de résidence pour l'accès à l'aide médicale prévue par la loi,

- 6 avril 2007, Comité Harkis et Vérité, n° 282390, aux tables, annulant un décret en tant qu'il met en oeuvre une disposition législative excluant du bénéfice de certaines aides les anciens membres des formations supplétives qui n'ont pas opté pour la nationalité française

- 16 juin 2008, Association La Cimade, n° 300636, au Recueil, annulant un décret en tant qu'il met en oeuvre des dispositions législatives prévoyant des conditions d'hébergement des demandeurs d'asile insuffisantes au regard du droit communautaire.

L'autorité de chose jugée qui s'attache à ces annulations fait que l'administration est tenue, dans un tel cas, d'appliquer la loi et le décret en s'abstenant de mettre en oeuvre les dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles.

Au cas présent, suivre ce raisonnement ouvre plusieurs possibilités. Cela pourrait d'abord conduire à annuler le décret en tant qu'il permet la mise en oeuvre de la loi en tant que celle-ci ne prévoit aucun régime de repos quotidien. L'énoncé de cette solution nous semble indiquer à lui seul son peu d'intérêt. La raison est que dans les décisions que nous venons de citer, la loi *contenait des dispositions positives inconstitutionnelles*, et que l'effet de l'annulation était de neutraliser la mise en oeuvre de ces dispositions en permettant celle des autres. Un nouveau régime juridique naît de cette neutralisation. Dans la présente affaire, c'est *l'absence* de dispositions législatives prévoyant un repos quotidien qui est inconstitutionnelle ; or en censurant le décret en tant qu'il met en oeuvre ce vide, on ne fait pas naître un nouveau régime conforme à la directive. Censurer le fait que l'on met en oeuvre du vide ne crée pas quelque chose et ne permet pas de restaurer la légalité. L'effet d'une telle annulation serait nul, cela ne nous semble donc pas une solution envisageable.

Une autre option consisterait alors à considérer que puisque l'on ne peut pas neutraliser l'absence de repos quotidien par la censure du décret « en tant qu'il permet la mise en oeuvre de cette absence », la seule voie possible consiste à censurer le décret dans son ensemble, de sorte que le régime des directeurs et moniteurs défini par la loi soit intégralement neutralisé<sup>1</sup>. Une telle neutralisation aurait pour effet de replacer ces personnels dans le droit commun du code du travail. Mais ce n'est pas ce que demande le syndicat SUD Isère, dont les conclusions ne sont dirigées que contre 3 des 7 articles du décret. En annulant le décret dans son ensemble, vous statueriez ultra petita. Cette solution doit donc être écartée. Vous pourriez alors, dernière hypothèse d'annulation, annuler toutes les dispositions contestées devant vous, de façon à paralyser l'application de la loi dans la limite de ce qui vous est demandé. Mais cette solution ne permettrait pas de corriger l'inconstitutionnalité repérée, car elle se bornerait à supprimer certaines dispositions d'application de la loi, mais à laisser subsister les autres, de sorte que la loi inconstitutionnelle pourrait continuer à s'appliquer – sans repos quotidien obligatoire - dans la mesure permise par les dispositions subsistantes.

---

<sup>1</sup> En ce sens, à propos du décret d'application d'une disposition législative comportant une lacune inconstitutionnelle : S., 31 octobre 2008, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 293785, au Recueil.

Reste à examiner une troisième solution, qui consiste à tirer toutes les conséquences de l'inconventionnalité en constatant qu'elle a pour effet de replacer ces personnes dans le droit commun du repos quotidien.

Cette solution prend appui sur la lettre de la loi, qui a prévu expressément que les articles du code du travail relatifs au repos quotidien ne s'appliquaient pas aux personnels en question. On constate que ces dispositions, qui dérogent au dispositif de repos quotidien de droit commun sans en créer un nouveau, sont incompatibles avec la directive. Il est tentant de suivre ici la logique qui paraît être la votre en cas de déclaration d'illégalité des actes réglementaires : si vous jugez que la déclaration d'illégalité d'un acte *abrogeant* un acte antérieur n'a pas pour effet de rendre le premier à nouveau applicable (Assemblée, 18 janvier 1980, B..., n°14397 p. 29), vous semblez juger en revanche qu'une telle déclaration à propos d'un acte *dérogeant* à un autre a pour effet de remettre ce dernier en application : 4/1, 23 décembre 1987, commune de Trélissac, n° 74329, cité par R. Abraham dans ses conclusions sous S., 23 décembre 1990, commune de Boulazac, p. 57. Transposer ce raisonnement au cas où une loi est inconventionnelle parce qu'elle a dérogé à une autre ne nécessite pas un grand effort. Dans cette logique, l'inconventionnalité des dispositions qui dérogent au régime de repos quotidien de droit commun a juridiquement pour effet de rendre ces dispositions de droit commun applicables aux personnels concernés (art. L. 220-1 du code du travail, art. D. 220-1 à D. 220-8). En poursuivant ce raisonnement, on en conclut que le décret litigieux pouvait, le cas échéant, édicter des dispositions réglementaires d'application du régime de repos quotidien de droit commun, mais que rien ne l'y obligeait puisque dans son silence ce sont les dispositions réglementaires existantes qui s'appliquent. Cette solution entraîne donc le rejet du moyen.

Cette solution nous paraît, au bout du compte, la plus rigoureuse juridiquement. Le seul problème qu'elle pose est que les dispositions ici en cause ont vocation à gouverner les relations contractuelles entre les employeurs et les salariés de centres de vacances de loisirs. Il s'agit de salariés de droit privé. Ce sont donc les juridictions judiciaires qui auront le cas échéant à préciser, dans le cadre de litiges individuels, quel est le régime de repos quotidien applicable à ces personnes. Or il n'est pas totalement aisé de préjuger quelle position la juridiction judiciaire adoptera à cet égard. Après avoir écarté la loi nationale contraire à la directive, comme elle l'a fait plus récemment en écartant le régime national des heures d'équivalence au motif qu'il permettait un dépassement de la durée maximale hebdomadaire de 48 heures (voir 26 mars 2008, Bull. 2008, V, N° 72), refusera-t-elle de donner un effet direct à la directive non transposée, sur le fondement de la jurisprudence Marshall de la CJCE (26 février 1986), ce qui la conduirait à juger que ce texte ne peut être directement invoqué dans un litige opposant deux personnes privées, comme l'a fait un arrêt du 27 février 1996 de la chambre commerciale (Bull. 1996 IV N° 64, p. 50) ? Estimera-t-elle alors qu'elle a pour effet de remettre en vigueur le régime de droit commun de repos quotidien ? Ou jugera-t-elle au contraire que la mise à l'écart de la loi a pour effet de rendre l'art. 3 de la directive directement applicable à des situations individuelles ? La jurisprudence actuelle de la cour de cassation ne nous permet pas de dire de façon évidente qu'elle partagerait l'analyse selon laquelle l'inconventionnalité de la loi a pour effet de rendre applicable aux personnes concernées le régime de droit commun de repos quotidien. Mais il nous semble qu'il n'y aurait pas d'inconvénient dirimant à ce que, dans le cadre d'un serein dialogue des juges, vous puissiez affirmer votre point de vue sur cette question.

Nous pensons donc que l'inconventionnalité de la loi ne vous permet pas de déboucher sur un dispositif d'annulation ; si vous partagez notre analyse sur les conséquences juridiques de cette inconventionnalité, à savoir l'application de plein droit du régime de repos quotidien de droit commun, vous rejetterez le moyen dirigé contre le décret ; si en revanche vous estimez que l'inconventionnalité crée un vide juridique que le décret ne pouvait combler, vous devrez écarter le moyen comme inopérant.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.