

**Commentaire de la décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005**

Loi en faveur des petites et moyennes entreprises

Le 20 juillet 2005, plus de soixante députés ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises définitivement adoptée une semaine plus tôt par le Parlement.

Seul était contesté l'article 95 qui, en matière de durée du travail, élargit à certains personnels non cadres la notion de " forfait-jours ".

Cet article complète le III de l'article L. 212-15-3 du code du travail par un nouvel alinéa disposant que " *La convention ou l'accord [sur l'aménagement et la réduction du temps de travail] peut également préciser que les conventions de forfait en jours sont applicables, à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit, aux salariés non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ".

Cette rédaction est issue d'un amendement parlementaire à l'article 51 du projet de loi, présenté par M. Fourgous et adopté lors de sa séance du 7 juillet par l'Assemblée nationale (la CMP s'étant tenue le 11 juillet).

On sait que les personnels d'encadrement ne sont pas soumis aux règles générales d'organisation du temps de travail, en raison de leurs responsabilités ou de la nature de leur travail. Leur temps de travail obéit à des règles particulières définies à l'article L. 212-15-3 du code du travail.

Deux mécanismes conventionnels sont prévus :

- la convention individuelle de forfait en jours, ouverte aux cadres disposant d'une autonomie particulière dans l'organisation de leur emploi du temps ;
- la convention individuelle de forfait en heures, établie sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle.

Si les conventions de forfait concernent principalement les cadres qui ne sont ni " intégrés ", ni " dirigeants " (soit 700.000 personnes), elles intéressent également les salariés itinérants non-cadres dont l'organisation du temps de travail est régie par le III de l'article L. 212-15-3 du code du travail.

C'est la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi qui a autorisé l'application de la convention de forfait en heures aux salariés itinérants non-cadres, à partir du moment où ils remplissent l'une ou l'autre des deux conditions suivantes :

- impossibilité de prédéterminer la durée de leur temps de travail ;
- réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

Ainsi, les salariés itinérants non-cadres pouvaient se voir appliquer la convention de forfait en heures sur l'année, mais pas la convention de forfait en jours.

L'article 51 du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises proposait de franchir un pas supplémentaire en autorisant les salariés itinérants non-cadres à accéder au régime de forfait en jours.

Le texte définitivement adopté fait un second pas supplémentaire en visant les salariés non cadres et non itinérants.

Il présente deux différences avec celui figurant dans le projet de loi examiné par le Conseil d'Etat et délibéré en Conseil des ministres :

- Comme il vient d'être dit (amendement voté par les députés le 7 juillet), il s'applique non seulement aux salariés itinérants, mais également aux salariés non itinérants répondant par ailleurs aux conditions énoncées ;
- L'accord écrit du salarié est indispensable (amendement introduit au Sénat le 16 juin 2005).

L'article 95 (ex 51) ainsi amendé a suscité une polémique dont les médias se sont fait l'écho.

Le recours soulevait quatre griefs :

- La disposition critiquée porterait atteinte au droit à l'emploi proclamé par le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;
- Elle porterait aussi atteinte au onzième alinéa du Préambule aux termes duquel la Nation " *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...* " ;
- En modifiant " *l'équilibre des accords en cours, sur des dispositions relevant de l'ordre public en matière de santé et de sécurité au travail* ", elle violerait en outre la liberté contractuelle, protégée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- Enfin (si on comprenait bien la seconde branche du dernier moyen de la saisine), elle serait contraire à l'article 34 de la Constitution.

Aucun de ces griefs n'était fondé.

#### 1) Atteinte au droit à l'emploi

On ne voit pas en quoi la disposition critiquée porterait atteinte :

- au " *droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés* " (qui constitue non un droit subjectif directement justiciable, mais un intérêt collectif opposable au législateur, car protégé par le Préambule de 1946),

- ni même d'ailleurs à l'emploi des salariés concernés par la mesure critiquée.

Si le Conseil constitutionnel, statuant sur la " loi Aubry II " (n° 99-423 DC du 13 janvier 2000), a lié le droit à l'emploi et la réduction de la durée du travail, c'est non pour faire de la seconde une garantie constitutionnelle du premier, mais seulement pour prendre acte du fondement de l'appréciation à laquelle s'était livré le législateur, appréciation qui, en l'absence d'erreur manifeste, échappait au contrôle de constitutionnalité.

## 2) Atteinte au droit au repos

Sans doute le forfait-jours a-t-il pour conséquence de ne pas permettre le décompte d'heures supplémentaires.

Les exigences du Préambule relatives au repos et à la santé sont-elles pour autant méconnues ?

Comme il a été rappelé à propos de la loi Aubry I (n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 9) :

- Il découle de l'article 34 de la Constitution que relève du domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ;

- Il est à tout moment loisible au législateur, dans le domaine qui lui est ainsi assigné, d'apprécier l'opportunité de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ;

- Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

En l'espèce, eu égard aux précautions prises par le législateur, la possibilité nouvelle donnée aux partenaires sociaux d'instituer un forfait-jours pour certains personnels non cadres ne prive pas de garanties les exigences du onzième alinéa du Préambule.

Ces précautions sont les suivantes :

- La possibilité du forfait-jours est d'abord subordonnée à deux conditions de fond assez fortes quant à la définition des salariés concernés : temps de travail non pré-déterminable et " réelle autonomie ". Le respect de ces conditions légales fera certainement l'objet d'un contrôle juridictionnel attentif quant aux critères d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps et de prévisibilité du temps de travail (par exemple : Cass. soc., 26 mai 2004, Fédération des industries chimiques c/ Michelin).

- Elle n'écarte pas l'application aux salariés au forfait-jours de dispositions protectrices importantes du code du travail en matière de repos :

\* repos quotidien minimal de 11 heures (L. 220-1) ;

\* repos hebdomadaire minimal de 35 heures (L. 221-1) ;

\* limite annuelle de 218 jours de travail (L. 221-15-3) ;

- Le forfait-jours des non cadres est enfin soumis à deux conditions de procédure non négligeables :

+ accord écrit de l'intéressé (il est vrai, comme le soutenaient les requérants, qu'un tel accord pourrait, dans certaines circonstances, être obtenu sous la pression),

+ mais surtout, ce que sous-estimaient les requérants, conclusion d'une convention de branche ou d'un accord d'entreprise.

### 3) Atteinte à la liberté contractuelle

Le moyen manquait en fait dès lors que, comme il vient d'être dit, l'application effective du forfait-jours à des salariés non cadres impliquera la conclusion de nouveaux accords prévoyant expressément l'extension du forfait en jours à certains salariés non cadres.

Tant que ces accords ne seront pas intervenus, les stipulations des conventions en cours relatives à l'aménagement du temps de travail ne seront aucunement remises en cause.

### 4) Incompétence négative

Selon la saisine, en renvoyant à la convention ou à l'accord collectif la définition de garanties de la sécurité et de la protection de la santé des travailleurs, la disposition critiquée tomberait sous le coup de la jurisprudence selon laquelle les dérogations conventionnelles possibles aux dispositions législatives d'ordre public doivent être suffisamment encadrées par la loi.

Sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de 1946 (principe de participation) et des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui rangent dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte (par exemple : n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 8).

Le renvoi à la négociation collective du soin de fixer les modalités d'application d'un texte législatif doit être distingué du renvoi à la négociation collective du pouvoir de déroger à un texte législatif : les exigences de la jurisprudence, en termes d'encadrement législatif, ne sont évidemment pas les mêmes dans l'un ou l'autre cas (n° 2004-494 DC précitée, cons. 13).

En l'espèce, nous ne nous trouvons pas en face d'une habilitation donnée aux partenaires sociaux de déroger à des dispositions législatives d'ordre public, mais devant le simple renvoi à la négociation des modalités d'application de nouvelles dispositions législatives. Les requérants invoquaient donc inutilement la jurisprudence relative aux dérogations conventionnelles.