

Commentaire de la décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008

Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

Le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a été présenté en conseil des ministres le 18 juin 2008. Il a été adopté, après déclaration d'urgence, le 8 juillet par l'Assemblée nationale et le 22 par le Sénat. Après la convocation d'une commission mixte paritaire, il a été adopté définitivement par les deux assemblées le 23 juillet.

Le 25 juillet 2008, le Conseil constitutionnel a été saisi de cette loi par plus de soixante députés et soixante sénateurs. Les saisines, rédigées dans les mêmes termes, dénonçaient la conformité à la Constitution des articles 3 et 18 de la loi.

Par sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, le Conseil a rejeté les griefs dirigés contre l'article 3. Il a accueilli le grief dirigé contre l'article 18 de la loi et a prononcé une censure partielle de cet article. Enfin, soulevant d'office la constitutionnalité du IV de l'article 18, relatif aux dispositions transitoires, il en a censuré la première phrase.

I – L'article 3

Les requérants contestaient la conformité à la Constitution des paragraphes VII à IX de l'article 3, issus d'amendements parlementaires.

Le paragraphe VII intègre dans les effectifs d'une entreprise les salariés mis à sa disposition par une entreprise extérieure lorsqu'ils y sont présents et y travaillent depuis au moins un an.

Les paragraphes VIII et IX confèrent à ces salariés la qualité d'électeurs et d'éligibles aux élections des délégués du personnel et des représentants au comité d'entreprise sous conditions. Ils devront avoir une ancienneté dans l'entreprise de douze mois au moins pour être électeurs et de vingt-quatre mois pour pouvoir être élus délégués du personnel. Ils ne

pourront plus être élus, en revanche, au comité d'entreprise. Ils choisiront d'exercer leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise où ils travaillent ou bien dans l'entreprise avec laquelle ils ont signé leur contrat de travail.

Ces dispositions visent à prendre en compte le développement de la sous-traitance dans le décompte des effectifs des entreprises. Les stratégies d'externalisation se sont fortement développées ces dernières années et le législateur a estimé que cette tendance rendait inappropriée la représentation classique fondée sur l'employeur au sens juridique. Le décompte des effectifs a de fait des conséquences non négligeables sur la politique de l'entreprise puisque des seuils divers entraînent des conditions de fonctionnement différentes.

Pour prendre en compte cette situation, la Cour de cassation a développé une jurisprudence fondée sur l'article L. 1111-2 du code du travail, dont le 2° dispose que : « *Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents* ». La Cour a longtemps interprété cette disposition comme impliquant l'existence d'un lien de subordination juridique entre le salarié mis à disposition et l'entreprise d'accueil. Cette interprétation a été abandonnée par un arrêt du 28 mars 2000¹. Puis, par un arrêt du 27 novembre 2001, la Cour a exigé que les salariés participent au « *processus de travail* » de l'entreprise². Cette formule a été à son tour abandonnée le 26 mai 2004 en raison de son contenu trop imprécis ; lui a été substituée la notion de « *participation aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise* »³. Cette dernière interprétation semble inclure l'ensemble des agents des entreprises sous-traitantes.

Il a été reproché à cette approche d'être trop large ou trop complexe et de multiplier les cas de double décompte : c'est ce qui a conduit le législateur à intervenir, jusqu'à présent sans résultat.

¹ Cass. Soc. n° 98-604440 du 28 mars 2000.

² Cass. Soc. n° 00-60252 du 27 novembre 2001.

³ Cass. Soc. n° 03-60125 du 26 mai 2004.

Dans un premier temps, une réforme a été introduite par voie d'amendement dans la loi pour l'égalité des chances. Mais il s'agissait d'un cavalier, censuré à ce titre (décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006).

Dans un second temps, le Conseil a eu à connaître d'une disposition insérée dans la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié. La disposition en cause excluait du décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil les salariés qui interviennent en exécution d'un contrat de sous-traitance. Le Conseil a censuré cette disposition par la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 en faisant valoir que le législateur « *ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail* » (cons. 30) et que le corps électoral devait comprendre « *tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail* » (cons. 29).

C'est pour fonder sur des critères objectifs la définition de la communauté de travail que le législateur est de nouveau intervenu.

Les députés et les sénateurs requérants dénonçaient les restrictions apportées par le législateur à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition. Ils lui reprochaient, d'abord, d'avoir écarté des salariés qui sont intégrés de façon permanente et étroite à la communauté de travail que constitue l'entreprise et d'avoir ainsi méconnu l'alinéa 8 du Préambule de 1946 aux termes duquel : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Ils lui reprochaient également de traiter différemment des salariés travaillant dans une même entreprise selon qu'ils sont ou ne sont pas liés à elle par un contrat de travail et, par suite, d'avoir violé le principe d'égalité.

S'agissant de la méconnaissance du principe de participation, il est vrai que le Conseil avait jugé, par sa décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, que le législateur avait méconnu le huitième alinéa du Préambule de 1946 en limitant le corps électoral aux seuls salariés qui étaient liés à l'entreprise par un contrat de travail. Mais tel n'était pas le cas en l'occurrence.

Le législateur a entendu définir par des critères clairs et objectifs la notion d'intégration à la « communauté de travail » afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises ayant recours

à la sous-traitance. La loi a fixé à douze mois la durée de présence effective et continue dans l'entreprise pour être électeur et à vingt-quatre mois celle qui permet d'être éligible : pour juger de ces conditions le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Les durées retenues par le législateur n'apparaissent pas entachées d'une erreur manifeste d'appréciation.

Si le législateur a précisé que les salariés mis à disposition choisissent d'exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise où ils travaillent et écarté leur éligibilité au comité d'entreprise de cette dernière, c'est afin d'éviter ou de restreindre des situations de double vote et de prévenir le risque de diffusion d'informations stratégiques.

Le législateur n'a donc pas méconnu les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946.

Le grief tiré de la violation du principe d'égalité a également été rejeté. Les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure ne sont pas dans la même situation que les salariés de l'entreprise utilisatrice ; ils n'ont pas juridiquement le même employeur (cf. par analogie n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 107 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, cons. 61). Ce point a déjà été jugé par la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (cons. 30) qui reconnaît au législateur le pouvoir, « *notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise* ».

Les requérants ajoutaient il est vrai que les dispositions nouvelles ne permettront en aucune façon d'apporter une sécurité juridique aux entreprises concernées et les inciteront au contraire à procéder à « *des rotations régulières des salariés mis à disposition* ». Mais l'éventualité d'un détournement de procédure ou d'un abus dans l'application de la loi ne saurait faire regarder la loi comme contraire à la Constitution. Si cela se produisait, il appartiendrait aux juridictions compétentes de paralyser et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques.

L'article 3 a été jugé conforme à la Constitution.

II – L'article 18

a) Le I et le II de l'article 18 : la compensation en repos des heures supplémentaires

L'article 18 de la loi constitue une des dispositions principales du volet consacré à la réforme du « temps de travail ». Cet article ne modifie pas l'article L. 3121-10 du code du travail qui fixe à 35 heures la durée hebdomadaire du travail. Il ne modifie pas davantage l'article L. 3121-22 du code du travail qui prévoit une majoration de salaire de 25% pour les 8 premières heures supplémentaires, puis 50% pour les heures accomplies au-delà de cette limite (ces taux pouvant toutefois être ramenés à 10% par un accord collectif). En revanche, il modifie en profondeur l'encadrement du recours aux heures supplémentaire et le régime du « repos compensateur » désormais appelé « compensation en repos ».

La loi apporte trois modifications importantes :

- Premièrement, la réécriture de l'article L. 3121-11 du code du travail et la suppression de son l'article L. 3121-19 ont pour conséquence que l'inspecteur du travail, d'une part, ne sera plus informé du recours aux heures supplémentaires dans le cadre du contingent annuel d'heures supplémentaires et, d'autre part, ne sera plus appelé à autoriser les heures supplémentaires accomplies au-delà de ce contingent.
- Deuxièmement, l'article 18 écarte l'application du principe de faveur en matière de négociation du contingent des heures supplémentaires et de leur compensation en repos.

La disposition soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne constituait pas une nouvelle dérogation au principe de faveur, comme le Conseil a eu à en connaître le 13 janvier 2003⁴ ou le 29 avril 2004⁵. Dans ces deux décisions, le Conseil a jugé que ce principe n'avait pas valeur constitutionnelle mais qu'il constituait un principe fondamental du droit du travail ayant, de ce fait, valeur législative et auquel le législateur pouvait déroger à la condition, notamment, que ces dérogations fussent formulées de façon précise.

⁴ *Décision n° 2002-465 du 13 janvier 2003 - Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (cons 2 et 3).*

⁵ *Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 - loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (cons 9).*

Toutefois, le principe de faveur, qui est une règle de conflit de normes, ne joue que dans un système de hiérarchie des normes descendante : Loi - accord de branche - accord d'entreprise. Or, avec le nouvel article L. 3121-11, il n'est plus question de hiérarchie des normes entre accords : la loi désigne l'accord d'entreprise comme le niveau où, en principe, les accords relatifs aux heures supplémentaires devront être négociés et conclus. Les accords de branche demeurent possibles mais ils ne produiront d'effets que subsidiairement, en l'absence d'accord d'entreprise. Enfin, tout aussi subsidiairement, en l'absence d'accord d'entreprise ou d'accord de branche, le régime sera fixé par décret.

- Troisièmement, enfin, la loi renvoyait à la négociation collective le soin de fixer « *la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel* ».

Le renvoi à la négociation collective était important : le II de l'article 18 abrogeait notamment les 7 articles qui constituaient, dans le code du travail, le paragraphe consacré au « Repos compensateur » (art. L. 3121-25 à L. 3121-32 du code du travail).

Cet article ne conservait donc dans la loi qu'une seule disposition : le principe d'une contrepartie en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel. En revanche, il renvoyait à la négociation les conditions et les modalités selon lesquelles le repos doit être pris et, surtout, la durée du repos. L'abrogation des articles L. 3121-26 et L. 3121-27 retirait de la loi les dispositions prévoyant, premièrement, que, dans les entreprises de plus de 20 salariés, le seuil de déclenchement du repos compensateur est la 41^{ème} heure et son taux est de 50 %, soit 30 minutes par heure supplémentaire à l'intérieur du contingent conventionnel ou réglementaire, deuxièmement, qu'au-delà du contingent annuel, le repos est de 100 %, soit une heure et, troisièmement, que, dans les entreprises de moins de 20 salariés, les heures au-delà du contingent annuel ouvrent droit à un repos compensateur d'une durée de 50 % de chaque heure supplémentaire.

Les deux premiers points n'étaient pas contestés en eux-mêmes par les requérants et ne posaient d'ailleurs pas de difficulté constitutionnelle. En revanche, le troisième point (le renvoi à la négociation le soin de fixer la compensation en repos des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel), posait la question de savoir si le législateur avait

exercé sa propre compétence ou excessivement renvoyé à la négociation collective et, à défaut, au décret.

La saisine des requérants, fondée à titre principal sur l'article 34 de la Constitution, dénonçait une incompétence du législateur. Ce moyen se divisait lui-même en deux branches :

- d'une part, selon les requérants, la législation relative au repos compensateur relevait « des principes fondamentaux du droit du travail » au sens de l'article 34 ;

- d'autre part, l'existence du repos compensateur constituait une garantie de la mise en œuvre du 11^{ème} alinéa du Préambule de 1946 en vertu duquel la Nation garantit à tous « *la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* » de sorte que seul le législateur pouvait fixer le régime applicable. Selon les requérants, ce renvoi à la négociation n'était pas accompagné des garanties légales permettant d'assurer la protection de la santé. Dans cette argumentation, le moyen d'incompétence négative était « teinté » d'inconstitutionnalité matérielle : la saisine laissait entendre que la compensation de toute heure supplémentaire par un temps de repos serait un droit garanti par le 11^{ème} alinéa du Préambule de 1946 de sorte que la suppression du repos compensateur porterait, en elle-même, atteinte à ce principe.

Seul le grief d'incompétence négative a retenu le Conseil : la question était pour lui de savoir si, dès lors qu'il avait maintenu cette obligation d'une contrepartie en repos des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent, le législateur avait pleinement exercé sa compétence en renvoyant la totalité du régime de cette compensation à la négociation collective et subsidiairement au décret.

La jurisprudence du Conseil est bien établie sur le fait que législateur peut renvoyer à la négociation le soin de mettre en œuvre ou de préciser les règles fixées par lui ; le Conseil a, en outre, déjà admis expressément que le législateur pouvait, en fixant une règle relevant des principes fondamentaux du droit du travail, définir les conditions dans lesquelles on pouvait y déroger par la négociation (n° 2004-494 DC du 29 avril 2004).

Toutefois, le Conseil constitutionnel a toujours exigé des précisions qui ne figuraient pas en l'espèce à l'article 18. Il en allait notamment ainsi, dans la décision précitée du 29 avril 2004, pour les neuf dérogations « *définies de façon précises* » par le législateur. Dans la logique

directe de cette décision, l'article 18 aurait par exemple dû fixer des critères d'activité autorisant les dérogations (par exemple en fonction de la pénibilité). Faute de ces précisions, le Conseil a jugé que l'article 18 n'est pas conforme aux exigences fixées par le Conseil.

Le Conseil a donc estimé contraire à la Constitution la suppression de l'encadrement actuel de la durée du repos compensateur des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel. Il a donc censuré la référence à « la durée » de cette contrepartie qui figurait dans la liste des matières ayant vocation à être réglées par la négociation collective et, subsidiairement, par le décret. Par voie de conséquence, le Conseil a également censuré les mots qui, dans le IV de l'article 18, conféraient un caractère provisoire à la fixation dans la loi de la durée de cette contrepartie.

Cela ne signifie pas que la fixation de la durée du repos doive nécessairement figurer dans la loi : le législateur aurait pu la supprimer en substituant des critères encadrant la délégation aux accords collectifs. Mais, en l'absence d'un tel encadrement (« *en l'absence de toute autre garantie légale* »), la décision maintient la durée actuelle en tant qu'elle constitue la dernière des garanties légales figurant encore dans la loi et que le législateur envisageait de déléguer à la négociation collective.

b) Le IV de l'article 18 : l'application aux conventions antérieures

La première phrase du IV de l'article 18 de la loi déférée disposait que : « *Les clauses des conventions et accords conclus sur le fondement des articles L. 3121.11 à L. 3121.13 et L. 3121.17 du code du travail (...) dans leur rédaction antérieure à la présente loi restent en vigueur au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009* ».

L'objectif poursuivi par le législateur, en écartant le principe de faveur en matière d'heures supplémentaires (*cf. supra*), était de favoriser les négociations au niveau des entreprises. Pour atteindre cet objectif, le législateur avait choisi d'annuler ces accords anciens et d'engager un nouveau cycle de négociation dans toutes les entreprises et à défaut dans toutes les branches.

La suppression de clauses contractuelles constituait une atteinte majeure aux conventions en cours. D'après les travaux parlementaires, près de 200 branches, couvrant près de 7 millions de salariés, ont en effet signé des accords sur le contingent annuel d'heures supplémentaires avant la loi du 4 mai 2004. Elles n'étaient pas tenues de les modifier avant l'intervention de la loi déférée. En outre, sur le fondement de la loi du 4 mai 2004, des accords sur le contingent d'heures supplémentaires ont été conclus dans 60 branches couvrant 5 millions de personnes.

Enfin, il ressortait des travaux parlementaires que la moyenne des heures supplémentaires accomplies était très nettement inférieure aux contingents fixés, de sorte se posait la question de savoir si l'intérêt de la renégociation dans certaines branches, pouvait constituer un motif suffisant pour remettre en cause la totalité des conventions. Néanmoins, tous ces accords sans distinction, étaient destinés à « tomber » moins de 18 mois après l'entrée en vigueur de la loi.

Au regard de l'atteinte portée aux conventions en cours, le Conseil a, d'office, examiné la constitutionnalité de cette disposition.

Pendant longtemps, le Conseil a dénié toute valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle (n° 94-348 DC du 3 août 1994). Néanmoins, entre 1998 et 2000, le Conseil a progressivement reconnu que le législateur doit justifier d'un motif d'intérêt général suffisant pour porter atteinte aux contrats légalement conclus sous peine de méconnaître les exigences découlant des articles 4 (liberté) et 16 (garantie des droits) de la Déclaration de 1789, ainsi que, dans le domaine particulier de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, celles découlant du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003).

Ainsi, lors de l'examen de la deuxième loi portant réduction du temps de travail (n° 99-423 DC du 13 janvier 2000), le Conseil a jugé que la loi remettait en cause sans « *motif d'intérêt général suffisant* » les accords qui venaient d'être conclus à l'invitation du législateur sous l'empire de la première loi. Il a annulé cette remise en cause des effets des accords antérieurs, prévue « *au plus tard pendant une durée d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi* ».

En l'espèce, le motif invoqué dans les travaux parlementaires est celui du basculement du niveau de la négociation sociale. L'article 18 assure le passage à un régime d'accord d'entreprise, l'accord de branche n'intervenant qu'à titre subsidiaire, et le décret à titre subsidiaire par rapport aux accords. Comme le souligne Alain Gournac, rapporteur au Sénat : il s'agit, par le IV, d'« *inciter les entreprises à renégocier les accords* ».

Il appartenait au Conseil d'examiner si le motif d'intérêt général invoqué était suffisant pour justifier la suppression des clauses antérieures.

Le Conseil a estimé que l'atteinte était excessive au regard de l'objectif recherché.

Premièrement, il a pris en compte l'ampleur de l'atteinte portée aux conventions en cours, telle que rappelée précédemment.

Deuxièmement, la loi nouvelle n'introduisait pas des dispositions substantielles d'ordre public susceptibles de devoir s'imposer aux partenaires sociaux. Il était donc paradoxal qu'une réforme ne portant que sur des dispositions de droit procédural applicable aux conventions conduise à supprimer les dispositions matérielles de ces conventions tout en laissant les partenaires sociaux libres, en définitive, de reprendre les stipulations antérieures dans les nouvelles conventions conclues.

Troisièmement, les conditions de cette remise en cause des conventions antérieures étaient brutales. Le délai fixé était particulièrement court et la suppression d'une seule clause des conventions qui avaient pu être conclues sur la base de concessions réciproques pouvait avoir pour effet de déséquilibrer ces conventions.

Le Conseil a donc estimé que l'atteinte portée aux conventions en cours n'était pas fondée sur un motif d'intérêt général suffisant et il a censuré la première phrase du IV de l'article 18.

Le Conseil a, en outre, relevé que cette censure de la première phrase du IV de l'article 18 redonnait une application immédiate au I de ce même article. Par lui-même, l'article L. 3121-11 du code du travail habilite les accords d'entreprise à préciser les conditions de recours aux heures supplémentaires. Dès lors, les clauses des accords de branche qui prohiberaient la conclusion d'accords d'entreprise en matière d'heures supplémentaires ne peuvent plus y faire obstacle.