



Commentaire

Décision n° 2020-885 QPC du 26 février 2021

Mme Nadine F.

(Bénéfice de la retraite progressive pour les salariés en forfait jours)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 novembre 2020 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (arrêt n° 1433 du 26 novembre 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par Mme Nadine F. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, et de l'article L. 3123-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Dans sa décision n° 2020-885 QPC du 26 février 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots « *qui exerce une activité à temps partiel au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail ou* » figurant au premier alinéa de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de la loi du 30 décembre 2017 précitée.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – La convention de forfait en jours

* La convention de forfait peut être définie comme « *l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale couvrant l'ensemble forfaitisé d'heures – ou de jours – de travail à effectuer, y compris les heures supplémentaires* »¹. Elle permet donc de soustraire le salarié à l'application du droit commun de la législation sur le temps de travail.

Le droit du travail admet la conclusion de conventions de forfait soit en heures soit en jours. Les premières peuvent être conclues sur une base hebdomadaire, mensuelle

¹ Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 34^{ème} éd., Dalloz, 2021, p. 1049.

ou annuelle, tandis que les secondes ont nécessairement une base annuelle. Cette forfaitisation de la durée du travail doit être acceptée par le salarié et faire l'objet d'une convention individuelle de forfait établie par écrit².

* Subordonnée à sa mise en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche³, la convention de forfait en jours permet de rémunérer certains salariés sur la base d'un nombre de jours travaillés annuellement, sans décompte en heures du temps de travail.

Ce type de convention a été créé par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite « *Aubry II* »). Ce dispositif devait, à l'époque, permettre aux cadres de bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail dans le cadre du passage aux 35 heures⁴. Les modifications législatives ultérieures⁵ se sont détournées de cet objectif initial pour embrasser celui, plus général, d'une flexibilisation de l'organisation du travail dans l'entreprise. Le dispositif de convention de forfait en jours a, ainsi, été élargi à d'autres catégories de salariés disposant d'une certaine liberté pour organiser leur temps de travail.

Peuvent aujourd'hui en bénéficier :

- « *les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* » ;
- « *les salariés 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* »⁶.

À la différence du salarié ayant conclu une convention de forfait en heures, celui ayant conclu une convention de forfait en jours n'est pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire du temps de travail (35 heures), à la durée quotidienne maximale de travail effectif (10 heures) et aux durées hebdomadaires maximales de travail (48 heures)⁷. Par exemple, il ne peut pas obtenir le paiement d'heures supplémentaires s'il a travaillé plus de 35 heures au cours d'une semaine.

² Articles L. 3121-53 à L. 3121-55 du code du travail.

³ Article L. 3121-63 du code du travail.

⁴ En effet, les cadres ne sont pas, en cette seule qualité, exclus de la législation du temps de travail. Seuls les cadres dirigeants sont concernés par une telle exclusion de principe.

⁵ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ; loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁶ Article L. 3121-58 du code du travail.

⁷ Article L. 3121-62 du code du travail.

Seules lui sont applicables les règles relatives au temps minimal de repos quotidien (11 heures consécutives) et hebdomadaire (24 heures consécutives, hors repos quotidien)⁸.

* En application de l'article L. 3121-64 du code du travail, l'accord collectif prévoyant la mise en place dans l'entreprise des forfaits en jours sur l'année doit obligatoirement comporter certaines stipulations, en particulier la période annuelle de référence du forfait (l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs) et le nombre de jours compris dans ce forfait, dans la limite de 218 jours par an.

Cet accord collectif doit aussi, notamment, déterminer les modalités selon lesquelles l'employeur assure « *l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié* » et les modalités selon lesquelles « *l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise* »⁹. À défaut de stipulations conventionnelles sur ces deux points, l'employeur doit établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires et organiser une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, « *qui doit être raisonnable* », l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération¹⁰.

Le plafond de 218 jours travaillés, aujourd'hui prévu à l'article L. 3121-64, a été déterminé, dans la loi du 19 janvier 2000 précitée, par rapport à la moyenne du temps de travail des cadres, qui était alors estimée à 230 jours par an¹¹. Le plafond retenu devait donc permettre aux cadres de bénéficier « *d'une réduction du temps de travail qui soit à la fois réaliste et sensible* »¹².

⁸ Articles L. 3131-1 et L. 3132-2 du code du travail, applicables en vertu du dernier alinéa de l'article L. 3121-64 du code du travail.

⁹ Article L. 3121-64 du code du travail.

¹⁰ Article L. 3121-65 du code du travail.

¹¹ Rapport n° 1826 (Assemblée nationale – XI^{ème} législature) fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail par M. Gaëtan Gorce, déposé le 1^{er} octobre 1999, p. 169. À l'époque, ce plafond avait été fixé à 217 jours (dans l'ancien article L. 212-15-3 du code du travail). Il a été porté à 218 jours du fait de la création de la « *journée de solidarité* » (loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées).

¹² Rapport de M. Gaëtan Gorce précité.

Le salarié peut toutefois dépasser ce plafond, avec l'accord de son employeur, en renonçant à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. Il doit alors respecter un second plafond, prévu par l'accord collectif ou, à défaut, fixé à 235 jours par la loi¹³.

* La convention individuelle de forfait en jours conclue entre le salarié et son employeur détermine le nombre de jours de travail auxquels est tenu ce salarié durant l'année de référence.

Ce nombre peut soit être égal au plafond fixé dans l'accord collectif (218 jours si cet accord a retenu le plafond légal ; moins dans le cas contraire), soit être inférieur à ce plafond. Dans ce second cas, il est d'usage de parler de « *forfait jours réduit* ».

La question de savoir si les salariés ayant conclu un tel forfait jours réduit doivent être considérés comme des salariés à temps partiel, suivant la définition qu'en retient l'article L. 3123-1 du code du travail (objet de la QPC), s'est posée à plusieurs reprises¹⁴.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à propos de divers contentieux (notamment, comme on le verra plus loin, celui portant sur le bénéfice de la retraite progressive : voir I.A.2.).

Par exemple, dans un arrêt du 20 septembre 2005, elle a jugé qu'une convention de forfait jours réduit ne faisait pas obstacle au bénéfice de l'allocation parentale d'éducation à temps partiel, dès lors que les dispositions régissant cette allocation « *sont d'application générale aux salariés exerçant une profession à temps partiel* »¹⁵.

En sens inverse, dans un arrêt du 1^{er} décembre 2011, elle a jugé qu'une telle convention n'ouvrait pas droit à l'abattement d'assiette des cotisations sociales assises sur les rémunérations des salariés à temps partiel¹⁶. Saisie d'une QPC à ce propos, elle a souligné que le nombre de 218 jours de travail dans l'année constitue « *non pas la durée de travail à temps plein mais le nombre maximum de jours pouvant être travaillés dans l'année* » et jugé que l'exclusion de cet abattement ne contrevient pas au principe d'égalité, « *les salariés ayant conclu une convention de*

¹³ Articles L. 3121-59 et L. 3121-66 du code du travail.

¹⁴ Cf. Timothée Cicerchia et Vincent Roche, « Les forfaits jours réduits », *La Semaine juridique – éd. Sociale* n° 16, 21 avril 2015, 1142.

¹⁵ Civ. 2^{ème}, 20 septembre 2005, n° 04-30.354.

¹⁶ Civ. 2^{ème}, 1^{er} décembre 2011, n° 10-19.710. Cette jurisprudence a été réaffirmée, notamment, dans un arrêt du 12 juillet 2018, n° 17-22.511.

forfait en jours, dont la durée de travail ne peut être connue à l'avance, ne se trouvant pas dans la même situation que ceux qui sont employés à temps partiel »¹⁷.

La chambre sociale de la Cour de cassation a statué dans le même sens dans un arrêt du 27 mars 2019, selon lequel « *les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218 jours, ne peuvent être considérés comme salariés à temps partiel* »¹⁸. Elle a donc approuvé la cour d'appel qui avait jugé que le salarié en cause ne pouvait prétendre à la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein (qu'il réclamait au motif que son contrat ne répondait pas, selon lui, à certains critères du travail à temps partiel fixés par le code du travail).

La doctrine estime cohérente cette jurisprudence refusant d'appliquer les dispositions relatives au travail à temps partiel aux salariés ayant conclu un forfait jours réduit. Selon un auteur, « *le forfait jours est exclusif de l'encadrement horaire imposé lorsqu'il s'agit d'un salarié à temps partiel. Forfait en jours et temps partiel sont incompatibles. Autrement dit, les règles applicables aux salariés à temps partiel ne sont pas transposables aux salariés ayant conclu une convention individuelle de forfait inférieure au forfait légal de 218 jours. [...] Ainsi, rien ne dit que le forfait 218 jours équivaut à 1 607 heures* »¹⁹ (c'est-à-dire à la durée légale annuelle du temps de travail). Un autre auteur souligne que « *le régime du travail à temps partiel entend offrir au salarié un fort degré de prévisibilité dans l'organisation de son temps de travail, notamment afin de lui permettre de travailler pour un autre employeur ou d'articuler au mieux sa vie professionnelle et sa vie personnelle* » et en conclut que le « *salarié en forfait-jours ne saurait donc faire valoir que son contrat ne comportait pas les mentions obligatoires inhérentes au travail à temps partiel et se prévaloir de la présomption de travail à temps complet* »²⁰.

2. – La retraite progressive

* La retraite progressive a été créée par la loi n° 88-16 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale. Destinée à « *offrir au travailleur âgé la plus grande liberté possible quant au choix de l'âge auquel il pourrait user de son droit au repos* »²¹, ce dispositif lui permet de bénéficier d'une fraction de sa pension de vieillesse tout en exerçant

¹⁷ Civ. 2^{ème}, 11 juillet 2013, n° 13-40.025.

¹⁸ Soc., 27 mars 2019, n° 16-23.800.

¹⁹ Michel Morand, « Encore du nouveau sur les forfaits en jours », *Semaine Sociale Lamy*, 7 octobre 2019, n° 1877.

²⁰ Jean-Eudes Maes-Audebert, « L'impossible mariage du forfait-jours et du temps partiel », *La Semaine juridique – éd. Sociale* n° 17-18, 30 avril 2019, 1131.

²¹ Rapport n° 1163 (Assemblée nationale – VIII^{ème} législature) de M. Étienne Pinte, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 17 décembre 1987.

une activité réduite. La retraite progressive était alors réservée aux travailleurs ayant atteint l'âge légal de départ à la retraite, qu'il s'agissait ainsi d'encourager à prolonger leur activité.

Plusieurs réformes ont ensuite rendu ce dispositif plus attractif. En particulier, depuis la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, les trimestres cotisés pendant la retraite progressive sont pris en compte pour le calcul de la pension au moment de sa liquidation définitive. En outre, la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites a abaissé l'âge d'accès à la retraite progressive : il correspond désormais à l'âge légal de départ à la retraite minoré de deux années. Il s'agit donc de permettre un retrait de la vie active non plus seulement graduel, mais aussi, le cas échéant, anticipé.

Au terme de cette évolution, l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale (objet de la QPC) fixe actuellement trois conditions pour que le travailleur puisse bénéficier de la retraite progressive :

- avoir atteint l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite, minoré de deux ans, c'est-à-dire en principe avoir au moins 60 ans ;
- justifier d'une durée déterminée d'assurance dans des régimes d'assurance vieillesse²² ;
- être soit un salarié exerçant « *une activité à temps partiel au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail* », soit un travailleur indépendant justifiant d'une diminution de ses revenus professionnels²³.

Des dispositions réglementaires précisent que le salarié doit continuer à exercer une activité professionnelle à temps partiel d'une durée comprise entre 40 % et 80 % de la durée légale ou conventionnelle du travail²⁴. C'est au salarié qu'il revient de justifier de cette durée de travail²⁵. La fraction de pension qui lui est versée est égale à la différence entre le temps complet et la quotité de travail à temps partiel qu'il continue d'effectuer²⁶. Ainsi, un salarié ayant conservé une activité à temps partiel

²² Fixée à 150 trimestres par l'article R. 351-39 du code de la sécurité sociale.

²³ Le travailleur indépendant est celui exerçant une activité qui relève de l'article L. 631-1 du code de la sécurité sociale. Si cette possibilité pour les travailleurs indépendants de bénéficier de la retraite progressive n'est mentionnée à l'article L. 351-15 que depuis la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, elle existe depuis l'origine : la loi du 5 janvier 1988 précitée l'avait prévue à l'article L. 634-3-1 du même code, applicable aux bénéficiaires de prestations des régimes d'assurance vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales (devenu, depuis, le régime social des indépendants) et qui renvoie à l'article L. 351-15.

²⁴ Article R. 351-41 du code de la sécurité sociale.

²⁵ À la fin de chaque période d'un an après la date de début de la retraite progressive, le travailleur « *doit justifier de sa durée de travail à temps partiel* ». Si le contrat de travail expire moins d'un an après cette date, le travailleur « *doit justifier à nouveau de sa situation à la date d'expiration du contrat* » (article R. 351-42 du code de la sécurité sociale).

²⁶ *Ibidem*. La retraite progressive est supprimée si le salarié reprend une activité à temps complet ou s'il fait valoir ses droits à une retraite complète.

équivalant à 70 % de la durée légale du travail percevra un complément de retraite d'un montant de 30 % de sa pension.

Pour les travailleurs indépendants, les règles sont similaires, mais le caractère réduit de l'activité est apprécié en fonction, non du temps de travail, mais du niveau des revenus professionnels, qui doivent avoir diminué de 20 % à 60 % par rapport à la moyenne des cinq dernières années²⁷.

* Depuis deux arrêts du 3 novembre 2016 de sa deuxième chambre civile, la Cour de cassation juge que les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours, même réduit, ne peuvent pas bénéficier de la retraite progressive, faute d'avoir la qualité de salariés à temps partiel :

« Vu les articles L. 351-15 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, applicable au litige, et L. 3123-1 du code du travail ; / Attendu, selon le premier de ces textes, que l'assuré qui exerce une activité à temps partiel au sens du second peut demander la liquidation de sa pension de retraite et le service d'une fraction de celle-ci aux conditions qu'il précise ; que, selon le second, est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure à la durée légale, à la durée fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou à la durée applicable dans l'entreprise ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que le bénéfice de la retraite progressive est subordonné à la justification de l'exercice d'une activité dont la durée, exprimée en heures, est inférieure à la durée normale du travail »²⁸.

Elle a donc cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accordé le bénéfice de la retraite progressive à une salariée ayant conclu une convention de forfait en jours, en application de laquelle elle avait travaillé 133 jours dans l'année. La cour d'appel avait notamment jugé *« que le dispositif de retraite progressive a été introduit bien avant celui relatif aux conventions de forfait jours, issu des lois relatives à la réduction négociée du temps de travail, dites "Aubry" I et II qui n'ont eu ni pour but ni pour effet de le remettre en cause »* et que *« l'intéressée effectuait un travail à temps partiel non seulement au sens général du terme mais également au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail »²⁹.*

La seule solution pour les intéressés consiste donc à conclure un avenant à leur contrat de travail remplaçant leur forfait en jours par l'exercice d'une activité à temps

²⁷ Article D. 634-16 du code de la sécurité sociale.

²⁸ Civ. 2^{ème}, 3 novembre 2016, n° 15-26.275 et n° 15-26.276.

²⁹ Arrêt du 3 novembre 2016, n° 15-26.275, précité.

partiel. Un tel avenant suppose néanmoins l'accord de leur employeur.

* Il convient de signaler que, dans le projet de loi instituant un système universel de retraite, déposé le 24 janvier 2020 à l'Assemblée nationale (n° 2623 rectifié), le Gouvernement propose d'étendre le dispositif de retraite progressive aux salariés ayant conclu une convention de forfait jours réduit.

L'article 25 de ce projet de loi prévoit cette extension à la fois dans le futur système universel de retraite³⁰, mais aussi dès le 1^{er} janvier 2022 dans le cadre des régimes actuels de retraite³¹. Ainsi, après le mot « *travail* » figurant au premier alinéa de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, seraient insérés les mots « *ou à temps réduit par rapport à la durée maximale légale ou conventionnelle exprimée en jours* »³². La durée du travail « *à temps réduit* » ouvrant droit à la retraite progressive serait précisée par voie réglementaire (comme l'est aujourd'hui la durée retenue pour le travail à temps partiel)³³.

Selon l'étude d'impact de ce projet de loi, les salariés dont le temps de travail fait l'objet d'un forfait annuel en jours « *ne comprennent pas, lorsque le nombre de jours qu'ils doivent accomplir est inférieur au nombre de jours fixé par leur accord collectif, que la retraite progressive leur soit refusée et contestent cette exclusion* ». Par la modification proposée, « *il est ainsi mis fin à cette dichotomie entre les salariés dont la durée de travail est fixée en heures et ceux dont la durée de travail est fixée par un forfait en jours* ».

Ce projet de loi a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 mars 2020, mais son examen par le Sénat a ensuite été suspendu en raison notamment de la crise sanitaire.

B. – Origine de la QPC et question posée

Mme Nadine F. est une salariée ayant conclu avec son employeur une convention de forfait en jours, qui fixait la durée annuelle de son travail à 171 jours. Le 24 mai 2018, elle avait sollicité le bénéfice de la retraite progressive auprès de sa caisse de retraite, la Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Aquitaine. À la suite du refus que lui avait opposé la caisse, l'intéressée avait formé un recours devant le tribunal de grande instance et avait soulevé, à cette occasion, une QPC portant sur la

³⁰ Nouvel article L. 193-2 de la sécurité sociale, introduit par le paragraphe I de l'article 25 du projet de loi.

³¹ Cette date d'entrée en vigueur est fixée au paragraphe III de l'article 63 du projet de loi.

³² 1° du paragraphe III de l'article 25 du projet de loi.

³³ 2° du même paragraphe III, modifiant le cinquième alinéa de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, afin d'y insérer, après les mots « *temps partiel* », les mots « *ou à temps réduit* ».

conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 351-15 du code de la sécurité sociale et L. 3123-1 du code du travail.

Par jugement du 27 août 2020, le tribunal judiciaire avait transmis cette question à la Cour de cassation qui, par son arrêt du 26 novembre 2020 précité, l'avait renvoyée au Conseil constitutionnel au motif que « *les dispositions critiquées ayant pour effet d'exclure du bénéfice de la retraite progressive les assurés ayant conclu une convention individuelle de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L. 3121-64 du code du travail, la question posée revêt un caractère sérieux au regard des exigences du principe d'égalité devant la loi* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

La requérante reprochait à ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation (par ses deux arrêts précités du 3 novembre 2016), de priver du bénéfice de la retraite progressive les salariés soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année prévoyant un nombre de jours travaillés inférieur à celui autorisé par la loi ou par un accord collectif de branche ou d'entreprise. Il en résultait selon elle une différence de traitement, contraire au principe d'égalité devant la loi, entre ces salariés et ceux qui exercent une activité à temps partiel et peuvent, à ce titre, accéder à la retraite progressive. En outre, ces dispositions créaient, selon la requérante, une discrimination indirecte au détriment des femmes, contraire au troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (selon lequel la loi « *garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ») et au second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 (aux termes duquel la loi « *favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* »).

Au regard des griefs ainsi soulevés, qui ne contestaient pas la définition générale du travail à temps partiel prévue à l'article L. 3123-1 du code du travail, mais seulement les conditions d'accès des salariés à la retraite progressive, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur les mots « *qui exerce une activité à temps partiel au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail ou* » figurant au premier alinéa de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale (paragr. 4).

A. – La jurisprudence constitutionnelle sur le principe d'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la loi « *doit être la même pour tous,*

soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». De manière constante, le Conseil constitutionnel juge que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »³⁴.

* Ainsi, des différences de situation ou un motif d'intérêt général peuvent justifier un traitement différencié institué par la loi, à condition cependant que celui-ci soit en lien avec l'objet de cette loi. Cette seconde condition permet, en particulier, d'éviter que des situations objectivement différentes soient le prétexte à des différences de traitement incohérentes avec l'objet même des dispositions examinées par le Conseil constitutionnel.

Par exemple, dans la récente décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020, nul ne contestait le fait que les syndicats représentatifs ne sont pas dans la même situation que les syndicats non représentatifs. Mais cette différence de situation ne pouvait pas justifier de réserver aux premiers la possibilité d'assister un fonctionnaire faisant l'objet d'une procédure de rupture conventionnelle. En effet, « *le caractère représentatif ou non d'un syndicat ne détermine pas la capacité du conseiller qu'il a désigné à assurer l'assistance du fonctionnaire [...]. Dès lors, la différence de traitement est sans rapport avec l'objet de la loi* » (lequel était d'« *accorder une garantie au fonctionnaire durant la procédure de rupture conventionnelle* »)³⁵.

De même, dans la décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a poursuivi des buts d'intérêt général – « *assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche* » – en adoptant un barème encadrant la fixation de l'indemnité accordée au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, le législateur « *devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; [...] si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; [...] par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi* »³⁶. Dès lors que l'objet de la disposition législative était de déterminer le montant de l'indemnisation du préjudice causé au salarié par

³⁴ Par exemple : décision n° 2020-842 QPC du 28 mai 2020, *M. Rémi V. (Conditions de déduction de la contribution aux charges du mariage)*, paragr. 4.

³⁵ Décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020, *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autre (Assistance d'un fonctionnaire durant une rupture conventionnelle)*, paragr. 6 à 8.

³⁶ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 148 à 153.

son licenciement, cette détermination ne pouvait varier en fonction de la taille de l'entreprise, quand bien même ce critère aurait pu rendre compte de capacités financières différentes des entreprises débitrices de telles indemnités.

Dans la décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016, c'est au regard de l'objet de deux lois que le Conseil a procédé à ce contrôle de l'adéquation de la différence de traitement : « *la différence de traitement entre les salariés licenciés pour faute lourde selon qu'ils travaillent ou non pour un employeur affilié à une caisse de congés est sans rapport tant avec l'objet de la législation relative aux caisses de congés qu'avec l'objet de la législation relative à la privation de l'indemnité compensatrice de congé payé* »³⁷.

* Cette facette du contrôle du respect du principe d'égalité devant la loi trouve particulièrement à s'illustrer lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de dispositions instituant certaines prestations (allocations, pensions, rentes *etc.*) au bénéfice d'une catégorie de personnes. En effet, s'il est alors souvent aisé de relever l'existence d'une différence de situation entre la catégorie bénéficiaire et d'autres personnes, la recherche du lien entre l'avantage octroyé et l'objet de la loi peut être plus ardue.

Par exemple, le Conseil constitutionnel a été saisi à plusieurs reprises de dispositifs réservant le bénéfice de pensions à des personnes de nationalité française. Ainsi, dans sa première décision rendue sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, il a estimé qu'une différence selon la nationalité ne pouvait se justifier au regard de l'objet de la loi examinée, qui était de garantir, par l'octroi d'une pension civile ou militaire de retraite, à toutes les personnes qui avaient servi la France, « *des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'État* »³⁸. De la même façon, à propos des pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant, il a censuré « *une différence de traitement fondée sur la nationalité entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant selon qu'ils sont ressortissants algériens ou ressortissants des autres pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France* », dans la mesure où cette « *différence est injustifiée au regard de l'objet de la loi qui vise à rétablir l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants qu'ils soient français ou étrangers* »³⁹.

³⁷ Décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016, *M. Michel O. (Absence d'indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié)*, cons. 9.

³⁸ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *consorts L. (Cristallisation des pensions)*, cons. 9.

³⁹ *Ibid.*, cons. 10.

Dans sa décision n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a également censuré des dispositions qui avaient pour objet d'attribuer, en témoignage de la reconnaissance de la République française, la carte du combattant aux membres des forces supplétives françaises ayant servi pendant la guerre d'Algérie ou les combats en Tunisie et au Maroc, dans la mesure où l'attribution de cette carte dépendait d'un double critère de nationalité et de résidence. L'objet de la loi instituant cette carte étant la reconnaissance de la Nation, laquelle s'adressait à tous ceux qui avaient fait partie de forces que la République française a souhaité tout particulièrement distinguer, le Conseil a considéré que *« le législateur ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi et pour cette attribution, une différence de traitement selon la nationalité ou le domicile entre les membres de forces supplétives »*⁴⁰.

De même, dans la décision n° 2011-181 QPC du 13 octobre 2011, à propos de dispositions excluant la prise en compte, pour le calcul des droits à la retraite des agents de la fonction publique, de l'ancienneté acquise au titre du service national lorsque celui-ci a été accompli en tant qu'objecteur de conscience, le Conseil a jugé que le législateur *« a institué, au regard de l'objet de la loi, une différence de traitement injustifiée »*⁴¹.

Plus récemment, par sa décision n° 2020-856 QPC du 18 septembre 2020, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions qui conditionnaient le versement d'allocations aux descendants de mineurs, licenciés pour avoir participé aux grèves de 1948 et 1952, à la formation par le mineur ou son conjoint survivant, avant le 1^{er} juin 2017, d'une demande de prestations de chauffage et de logement. Après avoir constaté, d'une part, que *« ces dispositions opèrent, pour le bénéfice de cette allocation, une différence de traitement entre les personnes admises à venir en représentation du mineur ou de son conjoint survivant selon que ces derniers ont pu solliciter ou non, de leur vivant, le bénéfice des prestations de chauffage et de logement »* et, d'autre part, qu'*« une autre différence de traitement est instaurée pour le bénéfice de l'allocation spécifique réservée aux enfants des mineurs, selon que ces mineurs ou leurs conjoints survivants ont sollicité ou non pour eux-mêmes le bénéfice des prestations de chauffage et de logement »*, le Conseil a jugé que *« ces différences de traitement sont sans rapport avec l'objet de la loi, qui visait à réparer certains préjudices subis par les mineurs licenciés pour faits de grève en 1948 et 1952 et par*

⁴⁰ Décision n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A. (Carte du combattant)*, cons. 4.

⁴¹ Décision n° 2011-181 QPC du 13 octobre 2011, *M. Antoine C. (Objection de conscience et calcul de l'ancienneté dans la fonction publique)*, cons. 5.

leur famille »⁴².

Dans un autre domaine, par sa décision n° 2018-747 QPC du 23 novembre 2018, le Conseil a censuré une disposition exonérant d'impôt sur le revenu les rentes viagères réparatrices d'un préjudice corporel ayant entraîné une incapacité permanente totale, au motif que la loi exigeait que ces rentes soient versées en exécution d'une décision de justice, ce qui excluait les rentes résultant d'une transaction conclue avec l'auteur du préjudice : « *Les dispositions contestées instituent donc une différence de traitement entre les victimes d'un même préjudice corporel. Cette différence de traitement est sans rapport avec l'objet de la loi, qui est de faire bénéficier d'un régime fiscal favorable les personnes percevant une rente viagère en réparation du préjudice né d'une incapacité permanente totale* »⁴³.

Dans d'autres décisions, c'est l'existence d'une différence de situation (éventuellement susceptible de justifier la différence de traitement contestée) qui est appréciée au regard de l'objet de la loi. Ainsi, dans sa décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, à propos de dispositions instaurant une exonération de cotisations sociales au profit de marins-pêcheurs victimes d'une catastrophe naturelle, le Conseil a jugé que constituait une rupture d'égalité le fait de distinguer, pour l'éligibilité à cette exonération, selon que ces marins-pêcheurs étaient ou non « *à jour de leur paiement de rôle d'équipage* » : « *au regard de l'objet de la loi, qui est de favoriser le rétablissement rapide des capacités de production après un cyclone, les marins-pêcheurs embarqués, qu'ils aient ou non acquitté leur rôle d'équipage, sont dans la même situation* »⁴⁴.

De même, pour censurer une rupture d'égalité tenant à ce que la rémunération des heures supplémentaires accomplies par un salarié varie selon que l'entreprise a ou non fixé sa durée collective de travail à 35 heures, le Conseil a considéré que « *les salariés des deux catégories d'entreprises [...] se trouvent dans une situation identique au regard de l'objet de ces règles* »⁴⁵.

B. – L'application à l'espèce

⁴² Décision n° 2020-856 QPC du 18 septembre 2020, *Mme Suzanne A. et autres, (Allocations pour les enfants de mineurs licenciés pour faits de grève en 1948 et 1952)*, paragr. 8 à 10.

⁴³ Décision n° 2018-747 QPC du 23 novembre 2018, *M. Kamel H. (Assujettissement à l'impôt sur le revenu des rentes viagères servies en réparation d'un préjudice corporel)*, paragr. 7. Voir, dans le même sens, la réserve d'interprétation formulée dans la décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013, *M. Alain G. (Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite)*, cons. 6.

⁴⁴ Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 45 à 48.

⁴⁵ Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 68.

Dans la décision commentée, après avoir rappelé les termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et le contrôle qu'il exerce en matière d'égalité devant la loi (paragr. 5), le Conseil constitutionnel a relevé que le dispositif de retraite progressive prévu à l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale avait pour objet de permettre à certains travailleurs de percevoir une partie de leur pension de vieillesse tout en continuant à exercer leur activité. Il a exposé les conditions requises pour pouvoir en bénéficier : le travailleur doit avoir atteint l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite, minoré de deux années ; il doit justifier d'une certaine durée d'assurance vieillesse ; il doit avoir la qualité soit de travailleur indépendant justifiant d'une diminution de ses revenus professionnels soit, en vertu des dispositions contestées, de salarié exerçant une activité à temps partiel au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail, c'est-à-dire une activité dont la durée, quantifiée en heures, est inférieure à la durée légale du travail, à celle fixée conventionnellement pour la branche ou pour l'entreprise ou à celle applicable dans l'entreprise (paragr. 6).

Le Conseil a ensuite constaté qu'il résulte de cet article L. 3123-1 et des dispositions contestées de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, telles qu'interprétées par la jurisprudence constante de la Cour de cassation (dans ses deux arrêts du 3 novembre 2016 précités), que les salariés ayant conclu avec leur employeur une convention individuelle de forfait en jours sur l'année sont exclus du bénéfice de la retraite progressive, même lorsque cette convention prévoit un nombre de jours travaillés inférieur au plafond légal de 218 jours figurant au 3^o du paragraphe I de l'article L. 3121-64 du code du travail ou inférieur, le cas échéant, au plafond fixé, à un niveau moindre, par l'accord collectif prévoyant la conclusion de telles conventions. Les dispositions contestées établissaient donc, au regard de l'accès à la retraite progressive, une différence de traitement entre ces salariés et les salariés à temps partiel mentionnés à l'article L. 3123-1 du code du travail (paragr. 7).

Si le Conseil constitutionnel a souligné que les « *salariés dont la durée du travail est quantifiée en heures et ceux qui exercent une activité mesurée en jours sur l'année sont dans des situations différentes au regard de la définition et de l'organisation de leur temps de travail* » (paragr. 8), il a jugé que la différence de traitement contestée en l'espèce n'était pas en adéquation avec l'objet de la loi régissant la retraite progressive.

En effet, en instaurant ce dispositif, le législateur a « *entendu permettre aux travailleurs exerçant une activité réduite de bénéficier d'une fraction de leur pension de retraite en vue d'organiser la cessation graduelle de leur activité* » (paragr. 9). Or, « *les salariés ayant conclu avec leur employeur une convention de forfait en jours sur l'année fixant un nombre de jours travaillés inférieur au plafond légal ou*

conventionnel exercent, par rapport à cette durée maximale, une activité réduite » (même paragr.).

Certes, le plafond en jours fixé par la loi (218 jours) ou par l'accord collectif prévoyant la mise en place de conventions de forfait en jours ne constitue pas la durée du travail « de principe », assimilable à du temps plein, à laquelle dérogeraient les conventions de forfait jours réduit : il s'agit seulement d'une limite à ne pas dépasser. Toutefois, cette limite constitue bien une durée de référence en fonction de laquelle rien ne s'oppose à considérer que, en deçà d'un certain seuil exprimé en jours, le salarié exerce une activité réduite.

Si, dans ses observations devant le Conseil constitutionnel, le Premier ministre faisait valoir que le temps de travail de tels salariés ne peut être connu « à l'avance », il n'en va ainsi que pour le décompte en heures, effectivement inexistant pour les salariés en forfait jours. En revanche, le nombre de jours que prévoit de travailler le salarié est connu à l'avance, puisque fixé dans sa convention de forfait. Quant à son temps de travail effectif, décompté en journées et en demi-journées, il fait l'objet d'un contrôle de l'employeur dans les conditions décrites plus haut⁴⁶. En outre, le fait que la retraite progressive soit ouverte, depuis l'origine, aux travailleurs indépendants confirme que ce dispositif n'est pas nécessairement subordonné à un décompte en heures de la durée du travail : en effet, pour ces travailleurs, la réduction d'activité se mesure à la diminution de leurs revenus.

Dès lors, le Conseil constitutionnel a conclu qu'en privant les salariés en forfait jours réduit « *de toute possibilité d'accès à la retraite progressive, quel que soit le nombre de jours travaillés dans l'année, les dispositions contestées instituent une différence de traitement qui est sans rapport avec l'objet de la loi* » (paragr. 10). Elles méconnaissent donc le principe d'égalité devant la loi (paragr. 11).

Quant aux effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil a rappelé qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement et qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée. Il a constaté que l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait pour effet de priver les salariés à temps partiel du bénéfice de la retraite progressive. Il a, dès lors, considéré qu'il y avait lieu de reporter au 1^{er} janvier 2022 la date de cette abrogation et a précisé que les mesures prises avant cette date en application

⁴⁶ Voir *supra* I.A.1.

des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité (paragr. 13).

Comme à chaque fois que le Conseil constitutionnel demeure silencieux sur ce point⁴⁷, ce report de la date d'abrogation ne fait pas obstacle à ce que puisse, le cas échéant, être engagée la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles.

⁴⁷ Conformément à la formulation de principe, rappelée au paragraphe 12, selon laquelle les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent au Conseil constitutionnel « *le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières* ».