

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 34 - JANVIER 2012

Principe de protection de la santé publique - Droit social - Droit du travail

Le droit au repos et à la protection de la santé au travail devant la Cour de cassation

par Aurélie Duffy-Meunier Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Soc., 22 juin 2011, n° 11-40.022 ; Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, D. 2011. 1830, et les obs. ; RDT 2011. 474, Controverse B. Van Craeynest et P. Masson ; *ibid.* 481, étude M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours

Les décisions mentionnant l'alinéa 11 du Préambule de 1946 mettent en évidence l'importance croissante des exigences relatives au droit au repos et à la protection de la santé au travail. Elles révèlent néanmoins une mise en oeuvre prudente de ce droit constitutionnel par le juge judiciaire. En effet, la Cour de cassation a, d'une part, refusé de transmettre une question prioritaire sur son fondement à propos de la période d'astreinte. Elle a, d'autre part, contrôlé un accord collectif prévoyant des conventions de forfait-jours au regard de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et de normes européennes.

I. LE « PRÉ-CONTRÔLE » DE CONSTITUTIONNALITÉ DU RÉGIME DES ASTREINTES AU REGARD DE L'ALINÉA 11 DU PRÉAMBULE DE 1946

La décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 22 juin 2011 ⁽¹⁾ témoigne du contrôle de constitutionnalité effectué par les juridictions suprêmes lorsqu'elles considèrent qu'une question prioritaire de constitutionnalité est dénuée de caractère sérieux. En l'espèce, la Cour de cassation devait examiner l'article L. 3121-6 du code du travail issu de l'article 3 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003. Cette disposition relative aux périodes d'astreinte, qui prévoit qu'exception faite de la durée d'intervention la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien et des durées de repos hebdomadaire, était contestée au regard du droit à la santé, au repos et au loisir. Estimant que l'astreinte ne « constitue pas un temps de travail effectif et fait l'objet dans sa mise en place et ses modalités de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle », elle conclut à l'absence de violation de ce principe. La question étant dès lors dépourvue de caractère sérieux, la Cour de cassation juge qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel. La réponse de la Cour de cassation fait étrangement écho aux formulations qu'aurait pu utiliser le Conseil constitutionnel si la question lui avait été posée. En décidant de ne pas renvoyer la question, la juridiction suprême effectue un véritable « pré-contrôle » de constitutionnalité ne laissant pas au Conseil constitutionnel l'occasion de se prononcer à ce sujet.

II. LE DOUBLE CONTRÔLE D'UN ACCORD COLLECTIF RECOURANT À DES CONVENTIONS DE FORFAIT EN JOURS AU REGARD DE L'ALINÉA 11 DU PRÉAMBULE DE 1946 ET DE NORMES EUROPÉENNES

Les jours du système du forfait en jours sont comptés ! Dans la décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, le Conseil constitutionnel avait considéré que ce dispositif instauré par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 sur les 35h et modifié par les lois n° 2005-882 du 2 août 2005 et n° 2008-789 du 20 août 2008, ne privait pas de garanties légales les exigences constitutionnelles résultant du 11^e alinéa du Préambule de 1946 en raison de l'encadrement dont il faisait l'objet (2). Le dispositif du forfait-jours permet à un accord collectif de prévoir, pour certains cadres bénéficiant d'une autonomie dans l'organisation de leur travail et l'acceptant par convention individuelle, un décompte du temps de travail dans le cadre d'un forfait en jours travaillés à l'année au lieu d'un décompte horaire. En dépit de cette validation constitutionnelle, le Comité européen des Droits sociaux a constaté à plusieurs reprises que ce système violait la Charte sociale européenne (3). Le 25 novembre 2010, il a considéré dans ses conclusions les plus récentes à ce sujet que ce dispositif méconnaissait l'article 2§1 sur la durée raisonnable du travail notamment car la « *durée hebdomadaire de travail autorisée pour les cadres soumis au régime de forfait annuel en jours est excessive et les garanties juridiques offertes par le système de conventions collectives sont insuffisantes* » (4).

À l'occasion de l'examen d'une convention de forfait autorisée par l'accord de la branche métallurgie du 28 juillet 1998, la chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à examiner ce système dans un arrêt du 29 juin 2011 (5). La Cour de cassation a contrôlé l'accord collectif qui prévoyait le recours à des conventions de forfait en jours à condition que l'employeur établisse des documents de contrôle des journées et demi-journées de travail, des temps de repos et congés ainsi qu'un suivi régulier de l'organisation et de la charge de travail. Pour répondre au salarié qui soutenait que l'employeur n'avait pas respecté ces dispositions de l'accord collectif, la Cour de cassation a examiné la mise en oeuvre de ces mesures concrètes d'application des conventions de forfait en jours au regard de normes de références constitutionnelle, l'alinéa 11 du Préambule de 1946, et européennes (6). La Haute juridiction met l'accent sur l'importance du droit en cause rappelant « que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles » et qu'en vertu des articles des directives de l'UE précitées les États membres « ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ». La Cour de cassation utilise une formule ambiguë lorsqu'elle indique que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ». En effet, l'alinéa 11 du Préambule de 1946 est appréhendé par le juge constitutionnel comme un droit seulement lorsqu'il s'agit du droit au repos et à la protection de la santé au travail. En revanche, il parle d'exigence lorsque l'alinéa 11 fonde le droit à la protection sociale et lorsque le juge constitutionnel contrôle, par exemple, le droit aux prestations de l'assurance maladie (7). En ayant recours à la fois à la notion de droit et d'exigence, la Cour de cassation ne semble pas avoir pris en compte les subtilités de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point.

En l'espèce, la Cour de cassation, comme le rappelle son communiqué de presse, ne remet pas en cause la validité du système du forfait-jours puisqu'elle juge que le respect des stipulations de l'accord collectif encadrant le recours aux conventions de forfait en jours est « de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ». Elle adopte en ce sens une approche moins sévère que le Comité européen des Droits sociaux, mais considère cependant que l'employeur n'a, en pratique, pas respecté ces stipulations et qu'en ne privant pas d'effet la Convention de forfait-jours, la cour d'appel a violé les textes susvisés. Elle réalise ainsi un

double contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des garanties que comporte l'accord collectif en matière de protection de la sécurité et de la santé, d'une part, et de la mise en oeuvre concrète de ces garanties par l'employeur, d'autre part.

Sur le premier aspect, la Cour de cassation estime que le respect des stipulations de l'accord collectif « est de nature à assurer la protection de la *sécurité et de la santé* du salarié ». Cette formulation renvoie davantage aux principes généraux rappelés par les articles 17 de la directive de 1993 et 17 et 19 de la directive de 2003 qu'au « droit à la santé et au repos » du Préambule de 1946. Ces stipulations ont, sans doute, été examinées au regard des normes de références aussi bien constitutionnelle qu'européennes qui sont très proches (8), mais la Cour de cassation a préféré fonder son argumentation sur « la protection de la sécurité et de la santé », terminologie prévue par les normes européennes et non sur les normes constitutionnelles. La condamnation du régime du forfait-jours sur la base de la Charte sociale européenne mentionnée dans l'article 151 T. FUE par le Comité européen des Droits sociaux n'est peut-être pas étrangère à cette formulation. Elle révèle que la Cour veille sans doute davantage à la conventionnalité qu'à la constitutionnalité des forfaits-jours.

Sur le second aspect de son raisonnement, la Cour a examiné la mise en oeuvre concrète de l'accord collectif par rapport aux normes européennes et constitutionnelle. La Cour a bien indiqué que le non-respect par l'employeur des stipulations des accords collectifs protectrices du droit à la sécurité et à la santé méconnaissait les dispositions (sous-entendu constitutionnelles et européennes précitées) susvisées. En privant d'effet la convention de forfait en jours et en autorisant le salarié à prétendre au paiement d'heures supplémentaires, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Elle avait, en effet, jugé dans un arrêt n° 08-43.201 du 10 janvier 2010 qu'un tel défaut d'exécution des stipulations conventionnelles ouvrait seulement droit à des dommages et intérêts et ne privait pas de validité la convention. En définitive, sans remettre en cause le dispositif des forfait-jours, l'arrêt du 29 juin 2011 en encadre cependant la mise en oeuvre.

(1) Cass. soc., 22 juin 2011, n° 11-40.022.

(2) À ce propos, cf. L. Gay, « Droits-Créances », *JCl Libertés*, fasc. 1100, 2009, pp. 32-33.

(3) Comité européen des Droits sociaux, 16 novembre 2001, réclamation n° 9/2000, § n° 31 ; Comité européen des Droits sociaux, 12 octobre 2004, réclamation collective n° 16/2003, § n° 52 ; Comité européen des Droits sociaux, 7 décembre 2004, réclamation collective n° 22/2003.

(4) Comité européen des Droits sociaux, conclusions du 25 novembre 2010.

(5) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107. À ce propos, cf. J.-F. Akandji-Kombé, « Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », *JCP social*, n° 28, 12 juillet 2011, p. 1332 ; M. Morand, « Le forfait en jours sous conditions », *JCP social*, n° 28, 12 juillet 2011, p. 1333.

(6) L'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ; l'article L. 3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°

2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(7) Cons. const., déc. n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Rec. cons. const.*, p. 121, *D.* 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; Cons. const., déc. n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Rec. cons. const.*, p. 137 ; *cf.* L. Gay, *op. cit.*, p. 31.

(8) À ce propos, *cf.* L. Gay, *op. cit.*, pp. 30-33.