

**CONGÉS PAYÉS ET MALADIE.** Dans sa décision du 15 novembre 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du Code du travail relatives à l'acquisition des congés payés pendant les périodes de suspension du contrat de travail en raison d'une maladie ou d'un accident. Cette décision invite à la réflexion quant aux limites du contrôle de conventionnalité tel qu'il s'est développé en France.

# La décision n° 2023-1079 QPC du 8 février 2024: le retour d'un nationalisme juridique ?

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat associé, CMS Francis Lefebvre

## LES QUESTIONS POSÉES LE 15 NOVEMBRE 2023 AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Par une décision en date du 15 novembre 2023, la Cour de cassation a renvoyé deux questions au Conseil constitutionnel :

• **Première question :** « Les articles L. 3141-3 et L. 3141-5, 5° du Code du travail portent-ils atteinte au droit à la santé et au repos garanti par le 11° alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en ce qu'ils ont pour effet de priver, à défaut d'accomplissement d'un travail effectif, le salarié en congé pour une maladie d'origine non professionnelle, de tout droit à l'acquisition de congés payés et le salarié en congé pour une maladie d'origine professionnelle, de tout droit à l'acquisition de congé au-delà d'une période d'un an ? »

La Cour de Cassation a, en effet, jugé cette question sérieuse, dans la mesure où, selon l'avocate générale, « les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et de votre chambre jugent que la finalité des congés annuels est le respect du droit au repos. Pour sa part, le congé maladie répond à une finalité différente, qui est de permettre aux salariés de recouvrer la santé. Dès lors, les dispositions qui privent le salarié en congé pour une maladie non professionnelle de la possibilité d'acquiescer un droit au

congé annuel, portent atteinte au droit au repos ».

Elle estimait donc que, dès lors que congés payés et congé maladie ont des finalités différentes, les périodes de congé maladie doivent ouvrir droit à un congé annuel.

• **Deuxième question :** « L'article L. 3141-5, 5° du Code du travail, porte-t-il atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme du citoyen de 1789 et l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958, en ce qu'il introduit, du point de vue de l'acquisition des droits à congés payés des salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison de la maladie, une distinction selon l'origine professionnelle ou non professionnelle de la maladie, qui est sans rapport direct avec l'objet de la loi qu'il établit ? »

Selon l'avocate générale, « le contrat de travail des salariés en congé maladie est suspendu, quelle que soit la cause de la maladie qui les affecte. À cet égard, ils se trouvent dans une situation identique. L'article L. 3141-5, 5° qui les traite différemment au regard de l'acquisition du droit au congé annuel, ne répond pas à un intérêt général identifié... et la différence de traitement dont les salariés font l'objet n'est pas en rapport direct avec les lois qui ont instauré les congés annuels ». Elle estimait donc que cette disposition méconnaît le principe d'égalité de traitement.

La Cour de cassation, en renvoyant ces deux questions, espérait également que le Conseil constitutionnel tirerait les conséquences de ses propres décisions en abrogeant les dispositions législatives contestées. Selon l'avocate générale, « les questions prioritaires de constitutionnalité vous offrent l'opportunité de porter ces mêmes dispositions devant le Conseil constitutionnel afin qu'il examine leur conformité au regard de la Constitution et les censure s'il l'estime nécessaire ».

On ne peut pas, enfin, exclure l'idée que la Cour de cassation ait voulu partager avec le Conseil constitutionnel le poids d'une censure du système français des congés payés qui fait peser sur l'économie une charge considérable.

## LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil constitutionnel, par une décision en date du 8 février 2024<sup>1</sup>, a rejeté ces deux questions prioritaires de constitutionnalité.

En ce qui concerne la première question, c'est-à-dire celle de l'acquisition d'un droit à congés payés en cas d'absence pour cause de maladie non professionnelle, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé les dispositions du 11° alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 relatives au droit au repos. Il en a déduit que « le

1. Cons. const., 8 févr. 2024, n° 2023-1079 QPC.

●●● principe d'un congé annuel payé est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés ».

Il a également repris son considérant traditionnel selon lequel il n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement.

Il a constaté « qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1946, qui est à l'origine des dispositions contestées, que le législateur a souhaité éviter que le salarié, victime d'un accident ou d'une maladie résultant de son activité professionnelle et entraînant la suspension de son contrat de travail, ne perde de surcroît tout droit à congés payés au cours de cette période ».

Il en a déduit qu'« au regard de cet objectif, il était loisible au législateur d'assimiler à des périodes de travail effectif les seules périodes d'absence du salarié pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, sans étendre le bénéfice d'une telle assimilation aux périodes d'absence pour cause de maladie non professionnelle. Il lui était également loisible de limiter cette mesure à une durée ininterrompue d'un an ».

Il a donc estimé qu'il n'y avait pas de violation du droit au repos.

En ce qui concerne la deuxième question, relative à l'égalité de traitement entre les salariés malades et les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il a jugé que « la maladie professionnelle et l'accident du travail, qui trouvent leur origine dans l'exécution même du contrat de travail, se distinguent des autres maladies ou accidents pouvant affecter le salarié ».

Il en a déduit « qu'ainsi, au regard de l'objet de la loi, le législateur a pu prévoir des règles différentes d'acquisition des droits à congés payés pour les salariés en arrêt maladie selon le motif de la suspension de leur contrat de travail ».

Il en a donc conclu que « la différence de traitement résultant des dispositions contestées, qui est fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi ».

Sur ce point, le Conseil constitutionnel n'est pas en contradiction directe avec les arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre qui a jugé que les salariés en congé de maladie ont droit aux cinq semaines de congés payés prévues par l'article L. 3141-3 du Code du travail et non aux quatre semaines prévues par l'article 7 de la directive de 2003<sup>2</sup>, pour deux raisons :

– d'une part, la Cour de cassation s'est prononcée non sur le fondement du principe d'égalité de traitement, comme le Conseil constitutionnel, mais sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code du travail qui interdit les discriminations fondées sur l'état de santé : selon la notice explicative de l'arrêt : « En décider autrement aurait conduit la Cour de cassation à créer une discrimination contraire à l'article L. 1132-1 du Code du travail qui prohibe notamment les discriminations en raison de l'état de santé, dès lors que les salariés absents pour cause d'une maladie non professionnelle auraient acquis des droits à congés payés d'une durée moindre que les salariés présents dans l'entreprise et exécutant un travail effectif. » ;

– d'autre part, la Cour de cassation s'est prononcée sur une discrimination entre un salarié absent pour une maladie non professionnelle et un salarié présent dans l'entreprise alors que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la différence de situation entre un salarié malade et un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Il reste que dans la mesure où le Conseil constitutionnel a estimé qu'un salarié absent pour maladie et un salarié absent pour accident du travail ou maladie professionnelle sont dans des situations différentes, sa décision paraît impliquer *a fortiori* qu'un salarié malade et un salarié en activité sont dans des situations différentes.

Le gouvernement pourrait tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel en limitant à quatre semaines, comme le prévoit le droit communautaire, l'acquisition de congés en période de maladie, ce qui fait varier du simple au double le coût de

ces mesures pour l'avenir : un milliard d'euros par an pour quatre semaines ; deux milliards d'euros par an pour cinq semaines.

## CETTE DÉCISION INSPIRE DEUX RÉFLEXIONS

### ► Les limites du contrôle de conventionalité du Conseil constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel se refuse à contrôler la conformité des lois aux traités et au droit communautaire, il s'efforce, en règle générale, d'adopter des solutions conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) et au droit communautaire.

Depuis l'affaire Zielinski, Pradal, Gonzales et autres du 28 octobre 1999<sup>3</sup> où une loi de validation, que le Conseil constitutionnel avait jugée conforme à la Constitution, a été déclarée contraire par la Cour européenne des droits de l'Homme à la convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel est obsédé par l'idée qu'une loi qu'il a reconnue conforme à la Constitution puisse être déclarée contraire à la Conv. EDH le lendemain de sa publication, comme ce fut le cas pour la loi relative au contrat nouvelle embauche (CNE)<sup>4</sup>.

Il s'efforce donc de donner une interprétation des principes constitutionnels applicables conforme au droit communautaire et au droit conventionnel.

En l'espèce, il lui suffisait de reprendre le raisonnement de la Cour de cassation pour déclarer les deux dispositions en cause :

– la première contraire au principe du droit au repos ;

– la seconde contraire au principe d'égalité.

C'est la solution inverse qu'il a retenue.

Et il convient de souligner que cette solution est très robuste sur le plan juridique :

– en ce qui concerne l'acquisition de droits à congés payés au cours d'une période de maladie, le Conseil s'est fondé sur les travaux préparatoires de

2. Dir. 2003/88/CE, 4 nov. 2003.

3. CEDH, 28 oct. 1999, n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, Zielinski et Pradal et Gonzales et a. c. France.

4. L. n° 2006-457, 21 avr. 2006, sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise.

la loi du 18 avril 1946 et a considéré qu'il était loisible au législateur d'assimiler à des périodes de travail effectif les seules périodes d'absence du salarié pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle: ce raisonnement n'est pas contestable;

– en ce qui concerne l'égalité de traitement, il s'est fondé sur la différence de situation, qui paraît évidente entre un salarié malade et un salarié victime d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.

On peut donc voir dans cette décision une volonté du Conseil d'affirmer son autonomie, comme gardien de la Constitution. Une volonté d'affirmer son autorité comme une cour suprême au sommet de notre ordre juridique.

On peut aussi y voir un refus de se plier aux diktats de la Cour de Justice de l'Union européenne, diktats particulièrement pesants en matière de congés payés.

De ce point de vue, cette décision s'inscrit dans un vaste mouvement d'opinion tendant à remettre en cause les décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'imposent à nous<sup>5</sup>.

### ■ L'impasse du contrôle de conventionnalité des juridictions ordinaires

Cette affaire illustre également l'impasse à laquelle conduit le contrôle de conventionnalité, tel qu'il s'est développé en France à partir de la décision IVG de 1975<sup>6</sup>.

Les deux dispositions du Code du travail relatives aux congés payés des

salariés qui étaient en cause, ont été déclarées à la fois:

– conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel;

– contraires au droit communautaire par la Cour de cassation.

Au premier titre, elles devraient s'appliquer.

Au deuxième titre, elles doivent être écartées dans tous les litiges.

Le moins que l'on puisse dire est que ce résultat est peu satisfaisant sur le plan de la sécurité juridique.

C'est la conséquence de la décision IVG de 1975 qui, avec le recul du temps, apparaît comme une erreur stratégique du Conseil constitutionnel.

En 1975, le Conseil Constitutionnel a été confronté, dans un contexte très difficile, à un moyen délicat contre la loi IVG tiré du droit à la vie, qui est garanti par la Conv. EDH et pas par la Constitution française.

Pour y échapper, il a posé le principe selon lequel il n'est pas compétent pour apprécier la conformité des lois aux traités et au droit communautaire.

Cette décision s'est traduite par un développement considérable du contrôle de conventionnalité, d'abord devant les tribunaux judiciaires à partir de l'arrêt Café Jacques Vabre de 1975<sup>7</sup>, puis devant la juridiction administrative à partir de l'arrêt Nicolo de 1989<sup>8</sup>.

Aujourd'hui, n'importe quelle juridiction française peut, dès le lendemain de la publication d'une loi, la paralyser si elle la juge non conforme à un traité international ou au droit communautaire: c'est ainsi que le conseil de prud'hommes de Longjumeau a paralysé, dès le lendemain de la publication de la loi, le CNE.

Cette situation n'était pas inéluctable, comme le montre l'exemple, passionnant, de la Cour constitutionnelle italienne.

L'Italie a révisé en 2001 sa Constitution pour affirmer, dans un nouvel article 117, la primauté du droit international et du droit communautaire sur les lois. Cet article est donc l'équivalent, dans la Constitution italienne, de l'article 55 de la Constitution.

Par deux décisions nos 348 et 349 de 2007, la Cour constitutionnelle italienne a jugé que la primauté du droit international résultant d'une disposition constitutionnelle, c'était à elle, et à elle seule, de contrôler la conformité des lois au droit international: les juridictions ordinaires sont donc incompétentes pour exercer ce contrôle, même si elles conservent leurs compétences en matière de droit communautaire, compte tenu des règles spécifiques du traité de Rome.

Non seulement la Cour constitutionnelle italienne a le monopole du contrôle de la conformité des lois au droit international, mais elle contrôle également que les normes internationales, et notamment la Conv. EDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui sont des normes « interposte », c'est-à-dire situées entre la loi et la Constitution, sont bien conformes à l'ordre constitutionnel italien.

En prenant l'exact contre-pied de la décision IVG, la Cour constitutionnelle italienne est parvenue à un résultat qui paraît beaucoup plus satisfaisant sur le plan de la sécurité juridique. ■

 Voir extrait de la décision, page suivante

5. J.-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires*, Gallimard, 2022.

6. *Cons. const.*, 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

7. *Cass. cb. mixte*, 24 mai 1975, n° 73-13.556.

8. *CE*, 20 oct. 1989, n° 108243.

**Semaine Sociale Lamy**

■ Éditeur: Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen ■ Représentant légal: Guillaume Deroubaix ■ Associé unique: Karnov HoldCo France ■ Directeur de la publication: Guillaume Deroubaix ■ Directrice des rédactions: Sylvie Duras ■ Directrice adjointe des rédactions et Responsable de rédaction: Rachel Brunet ■ Rédactrice en chef adjointe: Daniella Dellome ■ Rédactrice: Manon Szwarcberg ■ Secrétaire de rédaction: Carole Rebillat Lasinski ■ Dépôt légal: à parution ■ Prix au numéro: 23,34 € TTC ■ N°ISSN (version en ligne): 2115-8800 ■ N°ISSN (version imprimée): 0223-4637 ■ Périodicité: hebdomadaire ■ N°CPPAP: 0228 T 82710 ■ Crédit photos: Getty Images ■ Imprimeur: Dupliprint, 2 rue Descartes, 95330 Domont ■ Origine du papier: Allemagne ■ Taux de fibres recyclées: 0 % ■ Certification: PEFC ■ Eutrophisation: Ptot 0.012 kg/tonne ■ Pour contacter le service client:

© N°Cristal 09 69 39 58 58 courriel: contact@lamyliaisons.fr ■ Internet: www.liaisons-sociales.fr - www.lamyline.fr - www.lamy-liaisons.fr ■

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.



## EXTRAIT DE LA DÉCISION

LE CONSEIL – [...]

1. La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée. Dès lors, le Conseil constitutionnel est saisi de l'article L. 3141-3 du Code du travail et du 5° de l'article L. 3141-5 du même code dans leur rédaction résultant de la loi du 8 août 2016 mentionnée ci-dessus.

2. L'article L. 3141-3 du Code du travail, dans cette rédaction, prévoit :

« Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur. La durée totale du congé exigible ne peut excéder trente jours ouvrables ».

3. Le 5° de l'article L. 3141-5 du même code, dans la même rédaction, prévoit que sont considérées comme des périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé :

« Les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle ».

4. La requérante, rejointe par le syndicat intervenant, reproche à ces dispositions, d'une part, d'avoir pour effet de priver le salarié, en cas d'absence pour cause de maladie non professionnelle, de tout droit à l'acquisition de congé payé pendant la période de suspension de son contrat de travail et, d'autre part, de limiter à un an la période prise en compte pour le calcul des congés payés d'un salarié absent pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Il en résulterait, selon elle, une méconnaissance du droit à la santé et du droit au repos.

5. Ils soutiennent également que, en prévoyant que seuls les salariés absents pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle acquièrent des droits à congé payé, ces dispositions institueraient une différence de traitement injustifiée entre ces derniers et les salariés absents pour cause de maladie non professionnelle. Elles méconnaîtraient ainsi le principe d'égalité devant la loi.

6. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le 5° de l'article L. 3141-5 du Code du travail.

7. En premier lieu, aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Le principe d'un congé annuel payé est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés.

[...]

10. Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.

11. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1946 mentionnée ci-dessus, qui est à l'origine des dispositions contestées, que le législateur a souhaité éviter que le salarié, victime d'un accident ou d'une maladie résultant de son activité professionnelle et entraînant la suspension de son contrat de travail, ne perde de surcroît tout droit à congé payé au cours de cette période.

12. Au regard de cet objectif, il était loisible au législateur d'assimiler à des périodes de travail effectif les seules périodes d'absence du salarié pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, sans étendre le bénéfice d'une telle assimilation aux périodes d'absence pour cause de maladie non professionnelle. Il lui était également loisible de limiter cette mesure à une durée ininterrompue d'un an.

13. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du droit au repos doit être écarté.

14. En second lieu, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». 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.

15. La maladie professionnelle et l'accident du travail, qui trouvent leur origine dans l'exécution même du contrat de travail, se distinguent des autres maladies ou accidents pouvant affecter le salarié.

16. Ainsi, au regard de l'objet de la loi, le législateur a pu prévoir des règles différentes d'acquisition des droits à congé payé pour les salariés en arrêt maladie selon le motif de la suspension de leur contrat de travail.

17. Dès lors, la différence de traitement résultant des dispositions contestées, qui est fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi.

18. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté.

19. Par conséquent, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le droit à la protection de la santé, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Décide :

• Article 1<sup>er</sup>. – Le 5° de l'article L. 3141-5 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, est conforme à la Constitution [...]

► *Cons. const.*, 8 févr. 2024, n° 2023-1079 QPC