

Chapitre

1

Les sources du droit du travail

Les sources constitutionnelles du droit du travail

L'essentiel

De prime abord, la Constitution, en tant que norme appliquée, semble bien loin du droit du travail.

Cependant, la Constitution française du 4 octobre 1958, dénommée aussi Constitution de la V^e République, recèle en son sein de nombreuses dispositions en vue de protéger les droits sociaux constitutionnels. On peut citer :

- la Constitution elle-même ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- le Préambule de la Constitution de 1946 ;
- et la Charte de l'environnement de 2004.

Grâce au mouvement de constitutionnalisation du droit du travail et aux contrôles de constitutionnalité qu'il met en œuvre, le Conseil constitutionnel a prononcé des décisions revenant sur des mécanismes traditionnels du droit du travail, notamment en ce qui concerne :

- le régime d'indemnisation des AT/MP en cas de faute inexcusable ;
- ou les conséquences de la faute lourde.

Par ailleurs, l'étude du droit constitutionnel français montre que le Parlement, bien qu'il ait pour compétence de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, délègue ses prérogatives normatives aux partenaires sociaux ainsi qu'au Gouvernement au travers de la pratique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

1. Constitution. La vocation première de la Constitution est d'organiser le fonctionnement des pouvoirs publics et de déterminer les relations entre ces derniers. Cependant, le droit constitutionnel français garantit la protection des libertés fondamentales parmi lesquelles figurent de nombreuses dispositions sociales.

I Constitutionnalisation des droits sociaux

2. Bloc de constitutionnalité. Au sein du bloc de constitutionnalité figurent la Constitution elle-même, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que la Charte de l'environnement de 2004. De ces différentes composantes résultent des principes qui ont force contraignante et participent de la constitutionnalisation du droit du travail. Cette expression « signifie que le juge consolide un fonds commun de principes et de règles juridiques qui s'imposent au législateur, aux travailleurs, aux employeurs et dont l'insertion dans la Constitution a vocation à assurer de leur efficacité normative » (Ph. Blachère, « Constitution et droit du travail : Cinq ans de QPC », LPA 11 sept. 2015, p. 4). En d'autres termes, ce phénomène emporte garantie des droits sociaux constitutionnels grâce à un certain nombre de procédés.

A Garantie des droits sociaux constitutionnels

3. Normes sociales constitutionnelles. Force est de constater que – contrairement à une idée reçue –, les normes sociales sont en nombre important au sein de la Constitution. Aux termes de son article 1^{er}, la Constitution énonce que la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Toutefois, la très grande majorité des normes sociales constitutionnelles sont placées au sein d'une partie du bloc de constitutionnalité que compose le Préambule de la Constitution de 1946 auquel est conférée une valeur constitutionnelle (Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juil. 1971).

4. Préambule de la Constitution de 1946. À cet égard, Jean Rivero et Georges Vedel ont mis en exergue l'existence d'un « statut du travailleur » prévu par les alinéas 5, 6, 7 et 8 du Préambule qui proclament respectivement :

« 5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

De même, l'alinéa 11 prévoit qu'« elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

5. **DDHC.** La DDHC de 1789 prévoit le principe d'égalité (art. 1^{er}), le principe de non-discrimination en raison des opinions (art. 10) et, surtout, le principe de la liberté d'entreprendre (art. 4).

6. **Charte de l'environnement de 2004.** Le domaine du droit de l'environnement et de sa protection paraît éloigné des préoccupations du droit du travail. Cependant, des ponts peuvent être jetés entre ces disciplines. La préoccupation de l'article 1^{er}, qui indique que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » rejoint le droit à la santé promu par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. En outre, l'article 8 de la Charte de l'environnement de 2004 énonce que les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

B Procédés de constitutionnalisation

7. **Conseil constitutionnel.** En vertu des articles 61 et suivants de la Constitution, le Conseil constitutionnel connaît des dispositions législatives dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, c'est-à-dire avant promulgation de la loi. Ce faisant, le juge constitutionnel a pu établir la balance entre les différents droits et libertés ainsi que fixer leur contenu. Par exemple, la Loi « Avenir professionnel » (L. n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, JO n° 205, 6 sept. 2018) a fait l'objet d'un contrôle dans ce cadre de la part du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a censuré plusieurs articles pour des raisons de procédure, et plus précisément en raison de la présence de « cavaliers législatifs », c'est-à-dire des dispositions qui n'avaient aucun rapport avec la thématique de la loi. Ont ainsi été censurées les dispositions relatives aux travailleurs de plateformes collaboratives (Uber, Deliveroo) et les mesures « destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants ».

8. **QPC.** Créée en 2008 (L. const. n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République : JO n° 171, 24 juil. 2008, p. 11890) et entrée en application le 1^{er} mars 2010, la question prioritaire de constitutionnalité (ou QPC ; Const., art. 61-1 et 62) consiste, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, à soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. La QPC est un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c'est-à-dire qui a lieu après promulgation et entrée en vigueur de la loi. Elle a pour effet, une fois déclarée inconstitutionnelle, d'abroger la disposition législative, à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.

Quel que soit le procédé, les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

9. **Chambre sociale.** La chambre sociale de la Cour de cassation s'en est emparée et est un gardien filtrant très strictement les QPC qui lui sont soumises. Sur les affaires ainsi analysées par la haute juridiction sociale, peu d'entre elles parviennent à franchir le barrage. On peut raisonnablement soutenir que la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière constitue un véritable droit de la recevabilité de la QPC.

10. Illustrations. Cependant, les QPC qui ont passé le filtre de la Cour de cassation sont notamment :

- le régime d'indemnisation des ATMP en cas de faute inexcusable (Déc. n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, « Époux L. »);
- le régime d'indemnisation de la rupture du contrat de travail des journalistes (Déc. n° 2012-243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012);
- le harcèlement sexuel (Déc. n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012, « M. Gérard D. »; V. Chap. 22);
- la condition d'ancienneté nécessaire pour bénéficier des dispositions relatives à la sanction de la nullité d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Déc. n° 2012-232 QPC, 13 avr. 2012);
- les conditions de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (Déc. n° 2011-216 QPC, 3 févr. 2012);
- l'interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle (Déc. n° 2011-157 QPC, 5 août 2011);
- le dispositif de la journée de solidarité (Déc. n° 2011-148/154 QPC, 22 juil. 2011);
- les modalités de calcul des effectifs de l'entreprise (Déc. n° 2011-122 QPC, 29 avr. 2011);
- le travail de nuit (Déc., n° 2014-373 QPC, 4 avr. 2014);
- le régime du portage salarial (Déc., n° 2014-388 QPC, 11 avr. 2014);
- les accords de préservation de l'emploi (Déc., n° 2017-665 QPC, 20 oct. 2017);
- les conséquences de la faute lourde (Déc., n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, « Michel O »).

11. Application judiciaire. De manière très originale, la chambre sociale de la Cour de cassation applique également dans sa jurisprudence certains principes constitutionnels. En reconnaissant un effet horizontal aux principes constitutionnels dans le contentieux travailliste, elle participe également au mouvement de constitutionnalisation du droit du travail. Quelques exemples, parmi les plus connus et les plus récents, peuvent être donnés. Selon un arrêt du 7 juin 1995 (Soc., 7 juin 1995, SA Transports Sérout c/ Beillevaire et al., D. 1996, *Jurispr.*, p. 75), « une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu ». Est également défendue la liberté du travail (Soc., 19 nov. 1996, Martinez c/ Auto Service 34, *Dr. soc.* 1997, p. 95, obs. G. Couturier; Soc., 18 Déc. 1997, Société Doutaves N. Bernard c/ Heuby, *Dr. soc.* 1998, p. 194, obs. J. Savatier).

Plus proches de nous, deux arrêts du 21 septembre 2017 (Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.460, FS-P+B) tranchent la question de la justiciabilité du droit à l'emploi. Dans sa note explicative, la chambre sociale de la Cour de cassation indique expressément que « le droit à l'emploi, qui résulte de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas une liberté fondamentale, mais un droit-créance qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnels, tels que la liberté d'entreprendre qui fonde, pour l'employeur, le droit de recruter librement ou de licencier un salarié. La définition de cet équilibre entre deux droits de nature constitutionnelle relève du législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel. En revanche, un justiciable ne peut pas se prévaloir directement dans le cadre d'un litige d'une violation du droit à l'emploi, sauf à vider de leur substance les autres droits constitutionnels avec lesquels ce droit doit être concilié ». Dès lors, le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée (Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.270, FS-P+B+R+I).

II Production de la norme en droit du travail

12. Transformations. Ces dernières années, des évolutions notables sont apparues en ce qui concerne les méthodes de production de la norme sociale ainsi que pour les champs de compétence respectifs entre les différents producteurs de la norme en droit du travail.

A Champs de compétences

13. Lois et décrets. Les articles 34 et 37 de la Constitution méritent attention puisque de ces deux dispositions résultent les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire. Sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, il entre dans la compétence du législateur de déterminer les « principes fondamentaux » « du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » et, corrélativement, selon l'article 37 de la Constitution, il appartient au pouvoir réglementaire de régler les détails par le biais de décrets d'application.

14. Blocage. C'est là parfois un moyen de blocage institutionnel. Par exemple, le législateur avait posé en 2006 (L. n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances: *JO* n° 79, 2 avr. 2006, p. 4950) le principe du CV anonyme afin de lutter contre les discriminations à l'embauche. Néanmoins, aucun gouvernement n'a eu le courage d'édicter le décret d'application nécessaire à sa mise en œuvre. Le Conseil d'État avait d'ailleurs ordonné que le décret soit édicté (CE, 10^e et 9^e SSR, 9 juil. 2014, Req. n° 345253, inédit) avant que, finalement, le dispositif soit rendu facultatif (C. trav. art. L. 1221-7, modifié par L. n° 2015-994 du 17 août 2015, art. 48).

Pour autant, quelques dispositions législatives pour lesquelles il était prévu un complément réglementaire n'en ont pas eu besoin pour être appliquées.

B Délégations

15. Compétence législative. *A priori*, on pourrait penser que cette compétence est exclusive et que seul le législateur peut l'exercer. Cette approche est erronée. Deux hypothèses sont relativement courantes.

1 Implication des partenaires sociaux

16. Prerogatives. Le législateur peut aussi laisser les partenaires sociaux régler les détails. Ainsi, dans une décision du 12 juillet 2018 (Soc., 12 juil. 2018, *CGT-FO et al. c/ syndicat Prism'emploi professionnels du recrutement et de l'intérim et al.*, n° 16-26.844), la chambre sociale de la Cour de cassation énonce qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* ».

17. Association. Par ailleurs, depuis 2007 (L. n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social: *JO*, 1^{er} févr. 2007), il est prévu que les partenaires sociaux soient associés à la production de la norme. Selon l'article L. 1 du Code du travail: « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale* ».

et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation.

Ce dispositif de consultation n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence.»

18. Commission nationale de la négociation collective. Instituée aux articles L. 2271-1 et suivants du Code du travail, une Commission nationale de la négociation collective intervient dans le travail de confection de la norme négociée. Les attributions et la composition de cette commission sont régies par les articles R. 2272-1 à R. 2272-14 du Code du travail. Les règles relatives à la composition et au fonctionnement des sous-commissions figurent aux articles R. 2272-15 et suivants du Code du travail.

Aux termes de l'article L. 2271-1 du Code du travail, la Commission nationale de la négociation collective, au titre de ses missions, est chargée :

- de proposer au ministre chargé du travail toutes mesures de nature à faciliter le développement de la négociation collective, en particulier en vue d'harmoniser les définitions conventionnelles des branches ;
- d'émettre un avis sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret relatifs aux règles générales portant sur les relations individuelles et collectives du travail, notamment celles concernant la négociation collective ;
- de donner un avis motivé au ministre chargé du travail sur l'extension et l'élargissement des conventions et accords collectifs ainsi que sur l'abrogation des arrêtés d'extension ou d'élargissement ;
- de donner, à la demande d'au moins la moitié des membres de la commission d'interprétation compétente préalablement saisie, un avis sur l'interprétation de clauses d'une convention ou d'un accord collectif ;
- de donner, après avoir pris connaissance du rapport annuel établi par un groupe d'experts désigné à cet effet, un avis motivé au ministre chargé du travail sur la fixation du salaire minimum de croissance dans les cas prévus par les articles L. 3231-6 et L. 3231-10 ;
- de suivre l'évolution des salaires effectifs et des rémunérations minimales déterminées par les conventions et accords collectifs ainsi que l'évolution des rémunérations dans les entreprises publiques ;
- d'examiner le bilan annuel de la négociation collective ;
- de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe « à travail égal salaire égal », du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et du principe d'égalité de traitement entre les salariés sans considération d'appartenance ou de non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation