TOUT-EN-UN
DROIT

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

DROIT DU **TRAVAIL**

Jean-Philippe Tricoit

ellipses

TOUT-EN-UN
DROIT

DROIT DU **TRAVAIL**

Jean-Philippe Tricoit
Maître de conférences HDR à l'Université de Lille
Co-directeur de l'Institut des sciences du travail,
FSJPS, Université de Lille

ellipses

Retrouvez tous les livres de la collection et des extraits sur www.editions-ellipses.fr

ISBN 9782340-054066
©Ellipses Édition Marketing S.A., 2020
32, rue Bargue 75740 Paris cedex 15

DANGER
LE
PHOTOCOPILLAGE
TUE LE LIVRE

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).
Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Sommaire

Table des abréviations 5

Introduction 11

- **Fiche 1 Qu'est-ce que le droit du travail ?** 13

Chapitre 1 Les sources du droit du travail

- **Fiche 2 Les sources constitutionnelles du droit du travail** 25
- **Fiche 3 Les sources supranationales du droit du travail** 34
- **Fiche 4 Les sources étatiques** 45
- **Fiche 5 Les sources professionnelles** 54
- **Fiche 6 L'ordre public social** 63

Chapitre 2 Les acteurs du droit du travail

- **Fiche 7 L'entreprise** 76
- **Fiche 8 L'Administration du travail** 85
- **Fiche 9 Les organisations syndicales et patronales** 93
- **Fiche 10 Les autorités indépendantes et le droit du travail** 101
- **Fiche 11 Les organismes sociaux et fiscaux** 108

Chapitre 3 La relation individuelle de travail

- **Fiche 12 Les formes de la relation de travail** 118
- **Fiche 13 La qualification du contrat de travail** 130
- **Fiche 14 L'embauche** 141
- **Fiche 15 La conclusion du contrat de travail** 150
- **Fiche 16 Les clauses du contrat de travail** 160

Chapitre 4 L'employeur

- **Fiche 17 Le pouvoir de direction** 168
- **Fiche 18 Le pouvoir réglementaire** 175
- **Fiche 19 Le pouvoir disciplinaire** 186
- **Fiche 20 Le transfert d'entreprise** 197

Chapitre 5 Le salarié

- **Fiche 21 Les libertés fondamentales du salarié** 210
- **Fiche 22 La dignité du salarié : les harcèlements et les discriminations** 218
- **Fiche 23 La formation professionnelle du salarié** 227

- **Fiche 24 Les salariés protégés** ... 235
- **Fiche 25 Les salariés mobiles** ... 246

Chapitre 6 L'exécution de la relation de travail

- **Fiche 26 La durée du travail** ... 256
- **Fiche 27 La santé et la sécurité au travail** ... 265
- **Fiche 28 Les suspensions du contrat de travail** ... 275
- **Fiche 29 Le repos** ... 286
- **Fiche 30 La modification du contrat de travail** ... 293

Chapitre 7 La représentation des salariés

- **Fiche 31 La liberté syndicale** ... 304
- **Fiche 32 La représentativité des organisations syndicales** ... 312
- **Fiche 33 La représentation du personnel** ... 322
- **Fiche 34 L'action syndicale dans l'entreprise** ... 335
- **Fiche 35 La grève** ... 344

Chapitre 8 La négociation collective

- **Fiche 36 Les conventions et accords collectifs de travail** ... 354
- **Fiche 37 Les niveaux de la négociation collective** ... 366
- **Fiche 38 Les domaines de la négociation collective** ... 373
- **Fiche 39 Les négociateurs des conventions et accords collectifs de travail** ... 381
- **Fiche 40 L'application des conventions collectives et accords collectifs de travail** ... 388

Chapitre 9 Les contentieux du travail

- **Fiche 41 Les conseils de prud'hommes** ... 396
- **Fiche 42 Le contentieux de la négociation collective** ... 405
- **Fiche 43 La prescription en droit du travail** ... 417
- **Fiche 44 La preuve en droit du travail** ... 425
- **Fiche 45 Le règlement amiable des différends en droit du travail** ... 435

Chapitre 10 Les modes de rupture du contrat de travail

- **Fiche 46 Les licenciements** ... 446
- **Fiche 47 La démission** ... 458
- **Fiche 48 Les ruptures actées par le juge (Prise d'acte et résiliation judiciaire)** ... 465
- **Fiche 49 Les retraites** ... 475
- **Fiche 50 Les ruptures négociées du contrat de travail** ... 483

Index ... 493

Table des matières ... 499

Table des abréviations

A.-prop.	Avant-propos
AAI	Autorité Administrative Indépendante
Act.	Actualité(s)
add.	additionnel
Aff.	Affaire(s)
al.	alinéa(s)
AN	Assemblée nationale
Ann.	Annexe(s)
Arr.	Arrêté
Arr. intermin.	Arrêté interministériel
Arr. min.	Arrêté ministériel
Art. ou art.	Article(s)
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
avr.	avril
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. act. soc. et fam.	Code de l'action sociale et des familles
C. civ.	Code civil
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. 1re civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3e civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile

Cass. ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
ch.	Chambre
ch. soc.	Chambre sociale
Chap.	Chapitre
Charte UE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Chron.	Chronique
Cie	Compagnie
Circ.	Circulaire
CIT	Conférence Internationale du Travail
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
coll.	Collection
collab.	en collaboration avec
Comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
Conv.	Convention
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
coord.	Coordonné par
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
C. proc civ.	Code de procédure civile
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
Cts	Consorts
D.	Recueil Dalloz-Sirey
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées

déc.	décembre
Décis.	décision
Décr.	Décret
Délib.	Délibération
dir.	sous la direction de
Dir.	Directive (européenne)
Doctr.	Doctrine
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	édition(s)
env.	environ
esp.	espèce
et al.	et alii (et autres)
et s.	et suivant(e)(s)
etc.	et cetera (et le reste)
ex.	exemple(s)
Fasc.	fascicule
févr.	février
Gaz. pal.	Gazette du Palais
Gr. ch.	Grande chambre
Ibid.	Ibidem (au même endroit, ici même)
Id.	Idem (au même endroit, ici même)
in	in (inséré dans, à l'intérieur de)
IR	Informations rapides
JCl.	Juris-Classeur
janv.	janvier
JO	Journal officiel de la République française – édition Lois et Décrets
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
juill.	juillet
Jurispr.	Jurisprudence

L.	Loi ou Partie législative du code cité
L. const.	Loi constitutionnelle
L. org.	Loi organique
Législ.	Législation
nov.	novembre
obs.	observations
oct.	octobre
ONG	Organisation non-gouvernementale
Ord.	ordonnance
p.	page
Pan.	Panorama de jurisprudence
Part.	Partie
pp.	pages
Préf.	Préface
Prot.	Protocole
R.	Partie réglementaire du code cité
rapp.	rapport ou rapporteur
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de Justice des Communautés européennes
Rec. Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État ou Recueil Lebon
Recomm.	Recommandation
réf.	Référés
Rép. min.	Réponse ministérielle (à question écrite)
Req.	Requête
respect.	Respectivement
RDT	Revue de droit du travail
SA	Société anonyme
sect.	section
sept.	septembre
Somm. comm.	Sommaires commentés
spéc.	spécialement
SSR	sous-sections réunies
Sté	Société

Suppl.	Supplément
t.	tome
Tables *Rec. Lebon*	Tables du Recueil des décisions du Conseil d'État ou Recueil Lebon
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Th. dr.	Thèse en droit
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trad.	Traduction ou traducteur
trim.	Trimestre
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume
vs	versus (contre)

Introduction

Qu'est-ce que le droit du travail ?

L'essentiel

Les conceptions du travail oscillent entre souffrance et liberté. Cela étant, l'idée de ce qu'est le travail évolue sans cesse. Les avatars actuels du travail, parmi ceux qui interpellent le plus les juristes, sont le jeu et le sport. Les règles juridiques traduisent ces différentes représentations.

Le droit du travail comporte de nombreuses dates de naissance et refondations. Il n'est pas douteux que dès que l'homme a vécu en société, le travail en est devenu l'un des moteurs. Toutes les périodes, de l'Antiquité grecque à l'Ancien régime, se sont progressivement dotées d'un corps de règles destiné à le régir. Pour la forme contemporaine du droit du travail, elle serait le résultat d'une réaction aux mauvaises conditions de vie et de travail des milieux ouvriers.

Par ailleurs, le droit du travail, tel qu'il existe actuellement, reposerait également sur la recherche de la liberté d'exercer une activité professionnelle. En outre, le droit du travail serait fondé sur la défense des intérêts collectifs des travailleurs. Enfin, le caractère économique de la relation de travail est devenu prédominant et influence grandement le contenu des règles composant le droit du travail.

Sur l'objet du droit du travail, c'est-à-dire sa raison d'être, il a subi plusieurs mutations. D'abord protecteur des intérêts du salarié, parce qu'il en est la partie économiquement faible, le droit du travail en est progressivement venu à régir le poste de travail, d'où l'appellation de droit de l'emploi qui lui est attribuée pour montrer que les situations périphériques à la relation de travail proprement dite (ex. : chômage, insertion professionnelle, formation continue, inaptitude, etc.). Dans son dernier état atteint avec les Ordonnances Macron de 2017, le droit du travail a pour objet la réglementation et le bon fonctionnement du marché du travail lui-même, l'économie prenant le pas sur le juridique.

Enfin, quant à ses caractéristiques intimes, le droit du travail se tourne de plus en plus régulièrement vers d'autres techniques en donnant priorité à la négociation collective et aux acteurs publics comme la DIRECCTE, l'Inspection du travail ou le juge administratif pour la gestion du contentieux.

1. Interrogations. Pour répondre à la question « Qu'est-ce que le droit du travail ? », il convient de déterminer ce qu'est le travail, quand le droit y afférent est apparu, à quoi il sert et ce qui le caractérise.

I Le travail

2. Travail. Qu'est-ce que le travail ? La notion de travail est polysémique. D'un côté, la notion de travail renvoie à l'accouchement. D'un autre côté, l'étymologie offre la possibilité de cerner cette notion fuyante. Étymologiquement, le travail vient du latin *tripalium* qui est un instrument de torture. On peut trouver d'autres étymologies, notamment le labeur qui inspirera le *labor law* anglo-saxon et Hannah Arendt (à qui l'on doit la distinction entre l'*homo faber* et l'animal *laborans*). En ce sens, l'étymologie rejoignant la philosophie, le travail est aliénation. Comme tout un chacun le sait, cette aliénation est une thématique développée par Karl Marx. Dans un monde capitaliste, le travailleur vend sa force de travail et, dès lors, la finalité du travail échappe complètement au travailleur. Il s'instille ici l'idée que le travail crée une violence à l'égard du travailleur, ce qui explique peut-être le développement de la notion actuelle de risques psychosociaux et la reconnaissance que le stress au travail peut dégénérer en accident du travail (P. Morvan, « La mode des risques psychosociaux », *Dr. soc.* 2013, p. 965).

À l'inverse, un autre courant de pensée considère que le travail octroie la possibilité de se réaliser pleinement. Le travail est synonyme de liberté. Le travail serait une valeur primordiale de notre société contemporaine. Effectivement, pour obtenir des prestations de chômage, il convient d'avoir travaillé (*C. trav.*, art. L. 5421-1). De même, pour avoir accès aux prestations d'assurance maladie, il est nécessaire, notamment, d'avoir une activité professionnelle (*C. séc. soc.*, art. L. 160-1).

En résumé, notre société repose sur des bases socio-professionnelles. Dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, un certain nombre de mécanismes et de notions sont apparues et rendent comptent de cette approche. Il est question actuellement de « santé au travail », de « qualité de vie au travail », de bien-être en entreprise, les plus téméraires évoquent d'ailleurs le « bonheur au travail ».

3. Évolutions. L'essence du travail ne cesse de se transformer. On peut risquer deux évolutions dans l'essence du travail ces dernières années. Premièrement, le jeu peut devenir – s'il présente un intérêt économique ; s'il est susceptible de générer du profit – une activité professionnelle. Les illustrations sont nombreuses. En 2015, a été institué un contrat de travail spécifique aux sportifs professionnels. En 2016, le législateur a créé un contrat de travail spécialement dédié aux compétiteurs de jeux vidéo, aux e-sportifs. Deuxièmement, les innovations technologiques amènent à repenser le travail et les liens qui unissent l'être humain au travail. Dans peu de temps, l'être humain sera progressivement remplacé par les machines. Les robots et autres androïdes ou cyborgs – animés par des algorithmes et une intelligence artificielle – prendront la place des travailleurs dans leur emploi. De même, les applications sur smartphones et autres plate-forme collaborative modifient la perception de la relation de travail, qui unit l'employeur et le travailleur. Pour s'en rendre compte, il convient de revenir dans le passé et de s'interroger sur la naissance du droit du travail.

II La naissance du droit du travail

4. Historique. Quand le droit du travail est-il né ? On ne peut pas répondre avec certitude à cette question. Cependant, il n'est pas douteux que, dès l'émergence des sociétés humaines, le travail était central dans leur développement. Là où il y a une société, il y a du droit. Là où il y a une société, il y a du travail. Achevons le syllogisme : Là où il y a une société, il y a du droit du travail. Effectivement, pour ceux qui ont suivi les cours d'histoire du droit et autres histoires des institutions publiques ou privées, le Code d'Hammourabi est une référence fameuse. Parmi les règles fixées dans cette stèle de basalte noir, figurent des énoncés relatifs à la réglementation du travail. Il n'est pas question de retracer l'histoire juridique du travail. Cependant, les historiens s'accordent pour dire que l'histoire du droit du travail est une histoire de libération. L'Antiquité grecque opposait ainsi les citoyens et les esclaves, les premiers étant occupés à l'administration de la cité tandis que les seconds sont accaparés par l'exécution de leurs tâches et de leur labeur. La société romaine connaît aussi cette opposition entre homme libre et esclave. Il en est de même pour le Moyen Âge qui est plus subtil dans les conditions de la servitude. Par ailleurs, c'est durant le Moyen Âge que se créent les corporations qui perdureront jusqu'à la fin de l'Ancien régime. C'est à l'occasion de la Révolution française que tout bascule.

5. Thèses. Quant à la naissance du droit du travail, deux thèses s'opposent. La conception traditionnelle est relayée par Jacques Le Goff (Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, Paris : éd. Calligrammes, 1985, 624 p., Préf. Ph. Waquet ; rééd. aux Presses universitaires de Rennes en 2004) qui veut que le droit du travail soit né dans les manufactures et des aspirations à remédier aux malheurs de la condition ouvrière.

Au contraire, Gérard Aubin et Jacques Bouveresse défendent la thèse selon laquelle les racines de la législation travailliste ne résultent pas de la seule lutte des classes entre le Capital et le Travail au tournant de la moitié du XIXe siècle (Introduction historique au droit du travail, Paris : PUF, 1995, 318 p.). Le droit du travail français puiserait sa source plus loin dans l'histoire et notamment dans les principes de liberté et d'égalité de la Révolution française.

Au-delà, peut-être peut-on avancer que le droit du travail n'est pas né d'un seul bloc mais qu'il s'est constitué progressivement au fil des siècles. Quelles sont alors les grandes dates jalonnant la constitution du droit du travail en branche du droit à part entière ?

6. Piliers. Il n'est pas question de relater l'histoire contemporaine du droit du travail. Toutefois, plusieurs piliers fondent les relations du travail actuelles.

Le premier pilier est la recherche de la liberté avec la proclamation de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie avec le décret d'Allarde (2-17 mars 1791) qui supprime également les corporations et les privilèges des Métiers et Professions. Cette liberté ne demeure pas pleine et entière. Dès 1803 est institué le « livret ouvrier » qui constitue un moyen de contrôle policier et limite la libre circulation des classes laborieuses. Par ailleurs, à l'origine, c'est de la liberté individuelle dont il s'agit : le Code civil, alors seul texte applicable, ignore le travailleur et ne connaît la « relation de travail » que sous l'angle civiliste du contrat de louage de service (*C. civ.*, anc. Art. 1710). La notion même de « contrat de travail » intègre, après presque un siècle, la législation (L. du 18 juillet 1901). Le caractère collectif des normes professionnelles sera consacré plus tardivement, notamment avec une loi du 25 mars 1919 qui confère un statut légal aux conventions collectives de travail (Pour un exposé, P. Laroque, « Les conventions collectives de travail en France », Cahier du Chatefp n° 4, sept. 2000).

Le deuxième pilier sur lequel repose le droit du travail est la recherche de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Précédé par des lois confidentielles (1806 : Réglementation du travail dans les manufactures et les ateliers ; 1814 : Loi sur le repos dominical), Louis René Villermé rédige son rapport « Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie » en 1840. Ce rapport sera à l'origine de la loi sur le travail des enfants dans les manufactures en 1841. L'amélioration des conditions de travail est lente et progressive (1936 : congés payés annuels de 15 jours et semaine de travail de 40 heures ; 1982 : mise en place des CHSCT). Pour ce faire, le droit français du travail est doté d'institutions et d'un corps de règles spécifiques (1806 : création des conseils de prud'hommes ; 1892 : création de l'Inspection du travail ; 1910 : Création du Code du travail).

Le troisième pilier est la nécessité d'assurer les droits collectifs et une représentation des travailleurs pour la défense des intérêts de ces derniers. À la suite de la Révolution française, les corps intermédiaires étaient mal considérés, ce qui se manifeste avec la suppression des corporations en 1791 avec la Loi Le Chapelier qui proscrit également les grèves, l'interdiction des coalitions ouvrières en 1803 et leur pénalisation en 1810. Là encore, progressivement, les prohibitions tombent les unes après les autres (1864 : Loi Ollivier qui abolit le délit de coalition ; 1884 : Loi Waldeck-Rousseau reconnaissant la liberté syndicale ; 1945 : création des comités d'entreprise ; 1968 : Loi relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises).

Le quatrième pilier manifeste le caractère économique de la relation de travail qui nécessite une mise en rapport efficace entre l'offre et la demande d'emploi, ce qui est réalisé avec la création de l'Agence nationale pour l'emploi en 1967, qui est ultérieurement fusionnée avec les Assedic en 2008. Le monopole de placement de l'ANPE est abandonné sous l'impulsion du droit de l'Union européenne (CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90). En 1970, le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) remplace le salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) qui avait été instauré en 1950. La Loi travail du 8 août 2016 et les ordonnances Macron de 2017 achèveront de transformer l'objet du droit du travail et de le faire muter en un droit du marché du travail.

III L'objet du droit du travail

7. Objet du droit du travail. À quoi sert le droit du travail ? La question peut paraître étrange. Le droit du travail a pour objet d'organiser la relation de travail de sa naissance à sa fin. Cependant, cette question mérite d'être posée car il est impératif de comprendre les finalités du droit du travail. Par exemple, le droit civil organise les relations entre les particuliers à différents degrés : familiales, successorales, contractuelles, etc. Qu'en est-il alors du droit du travail ? L'objet du droit du travail a subi plusieurs mutations qui peuvent être réunies en trois grandes périodes.

8. Protection du salarié. La première période est celle de la protection. La vocation première du droit du travail est de garantir la protection de la personne du salarié. Cette protection se développe à plusieurs égards. Premièrement, le salarié est protégé en sa qualité d'individu. La relation de travail n'est pas un prétexte pour nier la dignité du salarié et pour lui retirer les droits et libertés les plus fondamentaux. Des dispositions interdisent certains comportements portant atteinte à la personne du salarié, notamment le harcèlement moral, le harcèlement sexuel ainsi que les discriminations. En outre, y compris au sein de l'entreprise, le salarié bénéficie de droits et de libertés fondamentaux empêchant toute intrusion injustifiée de la part de l'employeur (ex. :

liberté d'expression ; droit à la vie privée ; liberté religieuse ; etc.). Au-delà, on relèvera que la santé et la sécurité au travail font l'objet de nombreuses dispositions favorables au travailleur. C'est à ce titre que le salarié est protégé. Toutefois, le salarié peut être pris en qualité d'agent économique qui interagit sur le marché du travail où s'échangent des offres et des demandes d'emploi. Généralement, le salarié est considéré comme la partie économiquement faible au contrat de travail. Cela signifie qu'il subit la relation de travail. Du côté du salarié, la marge de négociation de la nature et/ou du contenu du contrat de travail est – sauf exceptions – relativement faible. Le plus souvent, l'employeur propose et le salarié dispose sans négocier (sauf peut-être le montant de la rémunération et certains avantages en nature).

9. Protection de l'emploi. Deuxièmement, le droit du travail aurait subi une transformation qui l'aurait amené à devenir progressivement ce que l'on appelle un « droit de l'emploi ». Qu'est-ce que ce droit de l'emploi n'est pas ? D'aucune manière ce droit constituerait un droit d'obtenir un emploi (ex. : discrimination à l'embauche ; obligation d'emploi des travailleurs handicapés). Qu'est-ce que ce droit de l'emploi est ? Ce droit serait, en quelque sorte, la réglementation de la relation de travail en adoptant une optique économique. Ce n'est plus le salarié qui est protégé mais le poste de travail occupé par ce salarié, c'est-à-dire l'emploi. Pour cela sont nés un certain nombre de mécanismes visant spécifiquement l'emploi (ex. : obligation de reclassement ; plan de sauvegarde de l'emploi ; etc.). D'ailleurs la cinquième partie du Code du travail est intégralement consacrée à l'emploi. Pôle emploi est un service public de l'emploi qui assure la mise en relation entre les offres et les demandes d'emploi. Dans le même genre de remarques, la plupart des lois adoptées ces dix dernières années sont relatives à l'emploi (ex. : L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi [Loi Rebsamen] ; L. n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ; L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; etc.). La seconde période est, par conséquent, celle de la protection de l'emploi. Cependant, le processus de transformation a repris et nous avons fait notre entrée dans une troisième période. Cette troisième période est celle de l'avènement de la protection du marché du travail.

10. Protection du fonctionnement du marché du travail. Cette troisième logique s'est affirmée en 2015 et également avec la loi du 8 août 2016 (Loi « Travail » ou Loi El Khomri, du nom de la ministre du Travail de l'époque qui a porté cette réforme ; actuellement, Muriel Pénicaud exerce les fonctions de ministre du Travail depuis le 17 mai 2017). Cette approche économique du droit du travail est parachevée par les cinq ordonnances Macron du 22 septembre 2017, outre l'ordonnance-balai (Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, JO n° 297, 21 déc. 2017), ratifiées par la loi du 29 mars 2018 (L. n° 2018-217 du 29 mars 2018, JO n° 76, 31 mars 2018). Selon le Professeur Marie-Laure Morin, « les ordonnances font du droit du travail un droit prioritairement au service de la compétitivité des entreprises censée favoriser l'emploi, c'est-à-dire un droit instrumental aux services de finalités économiques. Le droit du travail n'a, certes, jamais fait abstraction de la raison économique […]. Mais le changement de la finalité du droit du travail, dont procèdent les ordonnances, semble faire fi de cette inégalité essentielle du contrat de travail, ce qui a évidemment des conséquences sur les principes fondamentaux qui structurent ce droit » (M.-L. Morin, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective, Autour des Ordonnances du 22 septembre 2017 »). Cela se manifeste par des régressions dans les principes qui cimentent (cimentaient ?) le droit du travail, c'est-à-dire les caractéristiques du droit du travail.

IV Les caractéristiques du droit du travail

11. Caractéristiques du droit du travail. Qu'est-ce qui caractérise le droit du travail ? Et surtout, qu'est-ce qui permet de s'en rendre compte ? Quatre caractéristiques peuvent être recensées. Certaines sont traditionnelles ; d'autres sont plus récentes.

12. Ordre public. Concernant les caractéristiques traditionnelles, le droit du travail – encore actuellement, même si cela est largement en déclin – est marqué du sceau de l'ordre public. Cela signifie que la majorité des dispositions contenues dans le Code du travail sont encore, à ce jour, des règles d'ordre public, des règles auxquelles il n'est pas possible de déroger par convention contraire, qu'il s'agisse du contrat de travail ou de conventions collectives et d'accords collectifs de travail. Ce caractère impératif est encore présent à cause de la protection nécessaire des salariés. Cela étant, il est largement remis en cause depuis l'adoption des ordonnances Macron.

13. Caractère conventionnel. Au titre des nouvelles caractéristiques, le droit du travail a un caractère conventionnel de plus en plus prononcé. En d'autres termes, la volonté des derniers gouvernements, de gauche ou de droite, a été de miser sur la négociation collective et de conférer plus de prérogatives en ce sens aux partenaires sociaux au sein de l'entreprise. Actuellement, le Code du travail est organisé de telle façon que privilège est donné aux accords d'entreprise. Par ailleurs, des matières qui, traditionnellement, étaient d'ordre public, sont beaucoup plus ouvertes à la négociation collective (ex. : temps de travail ; rémunération ; etc.). Par ailleurs, le Code du travail contient, en son sein, des dispositions propres à remettre en cause les contrats de travail sans que le salarié n'ait son mot à dire. Selon l'article L. 2254-2 du Code du travail, « les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. »

14. Caractère civil. Dans la même optique, le droit du travail est marqué récemment par un regain d'intérêt pour les principes issus du Code civil. De plus en plus, le droit du travail suit l'influence grandissante du droit des obligations qu'il s'agisse du droit des contrats ou du droit de la responsabilité civile. Quelques exemples permettent de s'en convaincre.

Premièrement, par deux arrêts du 21 septembre 2017 (Union sportive carcassonnaise, n° 16-20.103 et n° 16-20.103), la chambre sociale de la Cour de cassation a modifié le régime juridique de la promesse d'embauche en s'inspirant du droit des obligations. Désormais, il convient de se référer à l'offre de contrat de travail ainsi qu'à la promesse unilatérale de contrat de travail : « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ».

Deuxièmement, les règles de la responsabilité civile connaissent un retour en grâce dans le contentieux de l'indemnisation du manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur (Cass. soc., 25 nov. 2015, Air France, n° 14-24.444).

15. Caractère de droit public. Enfin, le droit du travail coïncide régulièrement avec le droit public. Cela apparaît de diverses façons. La manière la plus traditionnelle tient à la nature ambivalente des conventions collectives, partagées entre le contrat et le règlement. En outre, ces dernières années, plusieurs blocs de compétence ont été attribués au juge administratif, notamment en ce qui concerne la contestation du plan de sauvegarde de l'emploi ou de la rupture conventionnelle collective.

Pour aller plus loin

1 Les autres champs du droit du travail

Le droit du travail ne se limite pas aux seules considérations intéressant les aspects internes de la relation de travail, ni au seul secteur privé.

Le droit du travail comporte aussi une dimension internationale conséquente. D'une part, la jurisprudence française n'hésite pas à se référer aux instances internationales et européennes que sont, notamment, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union européenne pour asseoir ses positions.

Le droit du travail vise également des problématiques s'adressant au secteur public. De ce point de vue, il n'est pas rare que le juge administratif rende des décisions relatives aux relations de travail.

Il n'est pas non plus marginal que le juge administratif s'inspire de solutions rendues par le juge judiciaire ou prononçant des décisions contredisant son homologue judiciaire ou simplement novatrices.

Au-delà, le juge administratif est un juge du droit du travail à part entière.

Tout ceci participe des métamorphoses affectant le droit du travail moderne.

2 Ouvrages

- G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, Droit du travail, 32e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2018, 1863 p.
- A. Coeuret, J.-Ph. Leutier, Droit du travail, Dalloz, Coll. Les mémentos Dalloz, 2019, 314 p.
- François Gaudu, Fl. Canut-Bergeron, Droit du travail, 6e éd., Dalloz, Coll. Cours, 2018, 602 p.
- E. Peskine, C. Wolmark, Droit du travail, 12e éd., Dalloz, Coll. HyperCours, 2019, 804 p.
- Fr. Petit, L'essentiel du Droit du contentieux du travail, Gualino, Coll. Les carrés, 2018, 143 p.
- J.-P. Le Crom, Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois, éd. de l'Atelier, 1998, 287 p.
- B. Teyssié, Droit du travail – Relations collectives, 11e éd., LexisNexis, 2018, 1264 p.

3 Numéros spéciaux de revue

- *Dr. soc.*, Dossier : La réforme du droit du travail – Ordonnances du 22 septembre 2017 (1re partie), n° 12, déc. 2017, pp. 996-1056
- *Dr. soc.*, Dossier : La réforme du droit du travail – Ordonnances du 22 septembre 2017 (2e partie), n° 1, janv. 2018, pp. 4-89
- *Dr. soc.*, Dossier : La légitimité de la norme en droit du travail, févr. 2018, pp. 112-162
- *Dr. soc.*, Dossier : Quels avenirs pour le droit du travail ?, mars 2018, pp. 216-292

- *Dr. soc.*, Dossier : Décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018, n° 9, sept. 2018, pp. 682-745
- *Dr. soc.*, Dossier : Loi de ratification, n° 6, juin 2018, pp. 492-524
- *Dr. soc.*, Dossier : Réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage, n° 12, déc. 2018, pp. 960-1052
- *Dr. soc.*, Dossier : Droit du travail – Le renouvellement des techniques, n° 6, juin 2019, pp. 468-523
- *Dr. soc.*, Dossier : Loi PACTE, *Dr. soc.* 2019, pp. 4-56

4 Articles

- G. Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD civ. 1974, p. 229
- G. Couturier, Les techniques civilistes et le droit du travail, D. 1975, p. 151
- P. Lokiec, Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi, *Dr. soc.* 2016, pp. 319-323
- A. Villéger, Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion, *Dr. soc.* 2019, pp. 344-352 (1re partie) pp. 426-431 (2e partie)

Exercice QCM

→ Répondre aux questions suivantes. Une seule bonne réponse est possible.

1 Que signifie tripalium ?

a. Tripalium signifie instrument de torture
b. Tripalium signifie instrument de travail
c. Tripalium signifie instrument de mesure

2 Quand la liberté du travail a-t-elle été proclamée ?

a. 1691
b. 1791
c. 1891
d. 1991

3 Quand la liberté syndicale a-t-elle été reconnue ?

a. 1864
b. 1874
c. 1884
d. 1894

4 Qu'est-ce que le droit de l'emploi ?

a. Le droit pour tout travailleur d'obtenir un emploi
b. Une autre appellation du droit de la protection sociale
c. Le droit pour tout travailleur d'obtenir un emploi
d. Une autre appellation du droit du travail

5 Quelles sont les caractéristiques traditionnelles du droit du travail ?

a. La caractéristique traditionnelle du droit du travail est de donner priorité à la négociation collective
b. La caractéristique traditionnelle du droit du travail est d'assurer la protection des intérêts de l'entreprise
c. La caractéristique traditionnelle du droit du travail est de comporter de nombreux renvois au droit des obligations
d. La caractéristique traditionnelle du droit du travail est d'être formée de règles d'ordre public

Correction

1. Réponse a. Tripalium est le terme latin désignant un instrument de torture.

2. Réponse b. C'est en 1791 que le décret d'Allarde (2-17 mars) proclame le principe fondamental de la liberté du travail afin de supprimer les obstacles corporatifs.

3. Réponse c. Abolissant la loi Le Chapelier, la loi du 21 mars 1884, dite Loi « Waldeck-Rousseau », proclame la liberté syndicale.

4. Réponse d. Le droit de l'emploi est une autre appellation du droit du travail en raison de la modification de son objet qui viserait à régir et à protéger le poste de travail occuper par le salarié.

5. Réponse d. Traditionnellement, le droit du travail assurant la protection du travailleur est composé de règles d'ordre public.

Chapitre

1

Les sources du droit du travail

Fiche 2

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 Ve 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. Blachèr, « 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 1er, 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. 1er), 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 1er, 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 Ve République : *JO* n° 171, 24 juil. 2008, p. 11890) et entrée en application le 1er 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 Séroul 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, 10e et 9e 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. Prérogatives. 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*, 1er 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

ou une race, ainsi que des mesures prises en faveur du droit au travail des personnes handicapées, de constater les inégalités éventuellement persistantes et d'en analyser les causes. La Commission nationale a qualité pour faire au ministre chargé du travail toute proposition pour promouvoir dans les faits et dans les textes ces principes d'égalité ;

– et de suivre annuellement l'évolution du taux d'activité des personnes de plus de cinquante ans afin de faire au ministre chargé du travail toute proposition de nature à favoriser leur maintien ou leur retour dans l'emploi.

2 Délégation au Gouvernement

19. Variété. Plus classiquement, le législateur peut déléguer sa compétence sur la base de l'article 38 de la Constitution et permettra au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance sous réserve de ratification. L'exemple le plus flagrant nous est connu avec les ordonnances Macron du 20 septembre 2017 (Ord. n° 2017-1385 à 2017-1389 : JO n° 223, 23 sept. 2017). Toutefois, la réforme du droit du travail par ordonnances n'est pas aussi rare que cela. Déjà en 1982, outre les quatre lois Auroux, ont également été adoptées plusieurs ordonnances dans le domaine des relations de travail (Ord. n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés : *JO*, 17 janv. 1982, p. 295 ; Ord. n° 82-131 du 5 février 1982 relative au travail temporaire : *JO*, 6 févr. 1982, p. 485 ; Ord. n° 82-271 du 26 mars 1982 relative au travail à temps partiel : *JO*, 28 mars 1982, p. 953). En vérité, les ordonnances ne sont pas un moyen exceptionnel comme mode de production des normes en droit du travail. C'est même le contraire tant le recensement en est compliqué, les ordonnances étant très nombreuses.

Sans être exhaustif, on peut proposer, en relevant les ordonnances les plus importantes, une typologie distinguant :

– les ordonnances dont le contenu réforme en profondeur le marché du travail et par lesquelles le gouvernement en place souhaite mettre au plus vite en vigueur ses projets économiques. L'urgence serait à la base de ces ordonnances. Tel fut le cas en 1982 (V. *supra*), mais aussi en 2005 avec la tentative d'introduction d'une nouvelle catégorie de contrat de travail dans le droit français, à savoir le Contrat « nouvelles embauches » (Ord. n° 2005-893 du 2 août 2005 : *JO* n° 179, 3 août 2005, p. 12689), en 2015 avec l'introduction du portage salarial en droit français (Ord. n° 2015-380 du 2 avril 2015 : *JO* n° 79, 3 avr. 2015, p. 6182), et, enfin, en 2017 avec les ordonnances Macron. Peut-être ce qui caractérise les ordonnances les plus récentes consiste-t-il en une conception purement économique de la démocratie : l'économie requiert d'agir dans l'urgence et de se passer de tout débat démocratique.

– les ordonnances dont le contenu emporte une transformation d'envergure du droit français. Tel est le cas pour les ordonnances qui sont élaborées afin de transposer en droit français les directives européennes (ex. : Ord. n° 2001-176 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 97/74/CE du Conseil du 15 décembre 1997 au comité d'entreprise européen et à la procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire ; Ord. n° 2001-175 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ; etc.), de refondre en totalité le Code du travail (Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 : *JO* n° 61, 13 mars 2007, p. 4740) ou de simplifier le droit du travail (ex. : Ord. n° 2014-699 du 26 juin 2014 : *JO* n° 147, 27 juin 2014, p. 10629).

Pour aller plus loin

1 Numéros spéciaux de revue

– Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 53, octobre 2016, Dossier spécial « La Constitution et la laïcité »

2 Articles

– O. Dutheillet de Lamothe, Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective, *SSL* n° 1868, 1er juil. 2019, pp. 10-15

Exercice QCM

→ Répondre aux questions suivantes. Une seule bonne réponse est possible.

1 Que signifie la « constitutionnalisation » du droit du travail ?

a. Cette expression veut dire que le Conseil constitutionnel participe à la rédaction des dispositions intégrées au sein du Code du travail

b. Cela signifie que les droits sociaux prévus par la Constitution sont garantis dans le cadre du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel

c. Cela signifie que les droits sociaux sont progressivement intégrés au sein du Code du travail

2 Quelle norme au sein du bloc de constitutionnalité comporte le plus de dispositions à caractère social ?

a. La Constitution de 1958 elle-même

b. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

c. Le Préambule de la Constitution de 1946

3 Quelles sont les juridictions habilitées à filtrer les questions prioritaires de constitutionnalité avant leur transmission au Conseil constitutionnel ?

a. Toutes les juridictions disposent de cette faculté

b. La Cour de cassation

c. La Cour de cassation et le Conseil d'État

4 Qui est compétent pour poser les « principes fondamentaux » « du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » ?

a. Le Parlement

b. Le Gouvernement

c. Le Conseil d'État

5 Qui est dorénavant associé à la production de la norme en droit du travail après consultation ?

a. Les partenaires sociaux

b. Les juridictions sociales

c. Le Conseil d'État

Correction

1. Réponse b.

2. Réponse c.

3. Réponse c.

4. Réponse a.

5. Réponse a.

Fiche

3 Les sources supranationales du droit du travail

L'essentiel

Les sources supranationales du droit du travail résultent d'un long travail d'élaboration réalisé soit sous l'égide d'une organisation internationale, soit par la négociation directe entre deux ou plusieurs états. Naissent de cette manière quantité de normes qui prennent souvent la forme de conventions internationales. Parmi les institutions qui ont une activité normative intense, on compte l'Organisation des Nations unies, l'Organisation internationale du travail et le Conseil de l'Europe. Chacune de ces organisations a produit des textes fameux. Sans être exhaustif, on doit à l'ONU la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux pactes internationaux qui en sont la traduction contraignante – le premier étant dédié aux droits civils et politiques, le second ayant trait aux droits économiques, sociaux et culturels – alors que l'OIT a généré nombre de conventions et de recommandations couvrant tous les domaines du droit social. Quant au Conseil de l'Europe, il a à son actif la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que la Charte sociale européenne.

L'Union européenne n'est pas en reste. Toutefois, dans la mesure où elle est issue d'un traité international très original qui crée un ordre juridique spécifique, il convient de la mettre en exergue. Là encore, l'Union européenne prévoit dans ses traités (TFUE et TUE), ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Socle européen des droits sociaux tous les fondements juridiques nécessaires à une garantie complète des droits sociaux fondamentaux.

Toutefois, la rédaction de déclarations de droits est une chose, leur reconnaître une efficacité en est une autre. Encore faut-il que la norme supranationale en cause ait une vraie valeur juridique et non pas une simple déclaration de principes. Tel est le cas pour la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui sont dépourvues de force contraignante.

En outre, il convient également que le texte soit invocable devant les juridictions et que, partant, lui soit conféré un effet direct. Le cas échéant, le juge ordinaire – et non pas le juge constitutionnel – peut entreprendre un contrôle de conventionnalité et considérer, aux termes de ce contrôle, que la norme interne est contraire à la norme internationale. Dans cette hypothèse, le juge peut écarter la norme interne contraire au profit de la norme internationale.

I Méthodes de production des sources supranationales du droit social

1. Diversité des méthodes. À la méthode conventionnelle s'oppose la méthode institutionnelle.

A Méthode conventionnelle

2. Activité normative des États. Dans le cadre de ses relations internationales, l'État en tant qu'entité souveraine, dispose de la faculté de négocier et conclure avec un ou plusieurs autres États des conventions internationales, c'est-à-dire en dehors de toutes organisations internationales. Il en existe de diverses sortes en fonction du nombre de parties à la convention : – les conventions bilatérales ; – les conventions multilatérales.

3. Conventions bilatérales. Ces conventions internationales sont d'abord des conventions bilatérales. Cela se fait régulièrement pour organiser les flux migratoires entre deux États. Cela existe également en matière de protection sociale lorsque sont conclues des conventions bilatérales de sécurité sociale. La conclusion de ces accords bilatéraux a pour finalité de coordonner les législations nationales de deux États pour garantir la prise en charge des frais de santé et la conservation des droits à protection sociale des personnes mobiles dans le cadre de leur activité professionnelle. Tel est le cas pour les salariés détachés ou les salariés expatriés. De cette façon, le principe de territorialité ou la nationalité de la personne ne peut pas limiter ses droits à prestations sociales.

4. Exemples. À titre d'illustrations, la France est liée par des conventions bilatérales aux pays suivants : – Algérie – Andorre – Argentine – Bénin – Bosnie-Herzégovine – Brésil – Cameroun – Canada – Cap-Vert – Chili – Congo – Corée du Sud – Côte d'Ivoire – États-Unis – Gabon – Guernesey – Inde – Israël – Japon – Jersey – Kosovo – Macédoine du Nord – Madagascar – Mali – Maroc – Mayotte – Mauritanie – Monaco – Monténégro – Niger – Nouvelle Calédonie – Philippines – Polynésie française – Québec – Saint-Marin – St-Pierre-et-Miquelon – Sénégal – Serbie – Togo – Tunisie – Turquie – Uruguay.

Des accords avec la Chine et la Serbie sont en attente d'entrée en vigueur.

5. Conventions multilatérales. Des conventions unissant plusieurs États sont aussi envisageables. Plus compliquées à finaliser, elles sont plus rares. Le plus souvent, ces conventions multilatérales portent sur un objet plus précis que les conventions bilatérales. En ce qui concerne le droit international privé applicable aux relations de travail, on peut citer :

- la Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (*JOCE* n° L 266, 9 oct. 1980, pp. 1-19) ;
- la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ;
- et la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

B Méthode institutionnelle

6. Présentation. La seconde méthode de production des normes supranationales est le fruit du travail des organisations internationales. En d'autres termes, la norme supranationale peut être élaborée directement par une institution internationale. On remarquera que la norme élaborée de cette façon n'est pas forcément applicable automatiquement aux États membres de ladite organisation. Généralement, chaque État membre conserve, dans le cadre de l'exercice de sa souveraineté, la faculté d'intégrer dans son ordre juridique la norme supranationale conformément aux règles de son droit constitutionnel. En France, ce sont les articles 52 et suivants de la Constitution de 1958 qui déterminent les conditions d'intégration des traités et accords internationaux dans l'ordre juridique français.

Pour revenir aux organisations internationales, celles-ci développent leurs champs de compétence sur des territoires plus ou moins étendus. À cet égard, les organisations sont assez nombreuses.

1 Méthodes au niveau mondial

7. ONU. L'organisation des Nations-Unies (ONU) est une organisation internationale fondée le 24 octobre 1945. Auparavant, avant la seconde guerre mondiale, son rôle était tenu par une autre structure : la Société des Nations (SDN). La Charte des Nations Unies organise le fonctionnement de l'ONU et ses missions, notamment le maintien de la paix et de la sécurité dans le monde ainsi que le développement de la coopération internationale en encourageant le respect des droits de l'homme. Actuellement, l'ONU regroupe 192 États sur les 195 existants. Elle siège à New York où se situent la plupart de ses organes c'est-à-dire l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et le Secrétariat des Nations-Unies. Le secrétaire des Nations-Unies est M. António Guterres. Enfin, la Cour Internationale de Justice constitue l'organe juridictionnel de l'ONU et siège à La Haye aux Pays-Bas.

8. Méthodes institutionnelles. L'ONU développe évidemment ses propres méthodes d'élaboration des normes supranationales qui prennent la forme notamment de conventions internationales soumises à la ratification des États membres.

9. DUDH. Parfois, le travail de rédaction des textes est confié à un comité *ad hoc*. Placé sous la présidence d'Eleanor Roosevelt, le comité de rédaction institué par l'ONU en 1946 a accouché de la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948. En son sein, la DUDH garantit des droits sociaux fondamentaux en ses articles 22 à 28. On citera notamment le droit au travail et le libre choix du travail exercé (art. 22), le droit au repos (art. 23) ainsi que le droit à un niveau de vie suffisant (art. 24).

10. Pactes internationaux. Fort de ce succès, l'ONU confie à une commission permanente, la Commission des Droits de l'Homme (remplacée par le Conseil des Droits de l'Homme en 2006), le soin de rédiger un texte complémentaire à la DUDH doté d'une force contraignante. En 1966, l'ONU, après deux ans de travaux, adopte le 16 décembre deux instruments internationaux qui sont la traduction juridique et contraignante de la DUDH :

- Le premier Pacte est consacré aux droits de première génération c'est-à-dire aux droits civils et politiques comme le droit à la vie (art. 6), le droit à la liberté et à la sécurité (art. 9), qui mentionne aussi l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 8) ;

– le second est le Pacte international relatif aux droits de seconde génération c'est-à-dire les droits économiques, sociaux et culturels. Sont garantis notamment le droit au travail (art. 6), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11), le droit de jouir d'un bon état de santé (art. 12) ou encore le droit à l'éducation (art. 13).

11. OIT. L'ONU est composée de plusieurs institutions spécialisées parmi lesquelles l'Organisation internationale du travail (OIT). Siégeant à Genève en Suisse, l'OIT se compose de 185 États membres. Les trois langues officielles de l'OIT sont l'anglais, le français et l'espagnol. En vertu de l'article 2 de la Constitution de l'OIT, les organes de l'OIT sont au nombre de trois : la Conférence internationale du travail (CIT), le Conseil d'administration (CA), le Bureau international du travail (BIT). Les deux premiers organes cités comportent une caractéristique originale par rapport aux autres institutions internationales et propre à l'OIT : le tripartisme. Cela signifie qu'ils sont composés de délégués gouvernementaux mais aussi de délégués des organisations de travailleurs et des délégués des organisations d'employeurs.

2 Méthodes au niveau européen

12. Conseil de l'Europe. Tout comme l'ONU, le Conseil de l'Europe est, lui aussi, une réaction aux horreurs commises pendant la Seconde Guerre mondiale. Institué officiellement en 1949, le Conseil de l'Europe a pour objectif de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes démocratiques mais également de « favoriser [le] progrès économique et social ».

Le Conseil de l'Europe est composé de 47 États membres. Quant à son fonctionnement, il est similaire à celui de l'ONU : les organes du Conseil de l'Europe sont le Comité des ministres, l'Assemblée consultative et le Secrétariat du Conseil de l'Europe.

13. Textes sociaux. Le Conseil de l'Europe est à l'origine de la très médiatique Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). À ce premier texte essentiel, est adjointe la Charte sociale européenne qui est le pendant social de la Convention EDH. D'autres textes conventionnels à caractère social sont le fruit du travail du Conseil de l'Europe : le Code européen de sécurité sociale, la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, l'Accord européen sur le placement au pair ou encore la Convention européenne de sécurité sociale.

14. Union européenne. L'Union européenne correspond à l'Europe des Marchands qui a pour but de créer un marché économique commun. L'existence des institutions de l'UE repose actuellement sur deux traités essentiels : – le Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) ; – le Traité sur l'UE (TUE). Sur la base de ces traités, qui composent le droit primaire ou originaire, sont adoptés des actes de droit dérivé (règlements et directives principalement). Par ailleurs, l'Union européenne s'est prise de passion pour la proclamation de droits sociaux.

En 1989, à l'initiative de l'Allemagne, est établie une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs par ce qui était encore à l'époque l'Europe des Douze.

En 2000, puis, après quelques tribulations, en 2007, une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui contient, s'agissant des droits sociaux et économiques, un Chapitre IV intitulé « Solidarité » (art. 27 à 38). Y figurent notamment le droit à des conditions de travail équitables (art. 31), l'interdiction du travail des enfants (art. 32) et le droit d'accès aux prestations sociales et aux services sociaux (art. 34). Le but n'est pas de créer des droits nouveaux mais de faire que les citoyens européens se sentent protéger dans leurs droits fondamentaux.

Enfin, en novembre 2017, un Socle européen des droits sociaux ayant pour objectif d'attribuer aux citoyens européens des droits nouveaux et plus efficaces, ce texte énonce vingt principes qui se répartissent en trois grands volets : – Égalité des chances et accès au marché du travail ; – Conditions de travail équitables – et Protection sociale et inclusion sociale.

II Force juridique des sources supranationales du droit social

15. Problèmes. La présentation des normes supranationales étant achevée, il convient de préciser quels problèmes se présentent. Ces derniers sont de deux sortes. D'une part, se pose la question de la valeur juridique des normes supranationales. D'autre part, se pose la question de leur invocabilité devant les juridictions ordinaires.

A Valeur juridique et conséquences

1 Droit commun

a. Déclarations de principes

16. DUDH. À propos de la DUDH, juridictions judiciaires et administratives aboutissent à la même conclusion : la DUDH est dépourvue de valeur juridique (Soc, 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *Bull civ.* V, n° 31, p. 23 ; CE, Ass, 23 nov. 1984, Commune de Bajamont, Req. n° 60.106 et suivant, Rec Lebon) car elle n'est pas un traité international en l'absence de ratification.

17. Charte. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est dépourvue de force contraignante. Elle « est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales » (CAA Nancy, 4e ch., 30 mai 2005, Req. n° 02NC01316, inédit).

18. Socle européen des droits sociaux. Enfin, on ne sait que penser du Socle européen des droits sociaux (*European pillar of social rights*) de 2017. Dans la mesure où les institutions européennes se sont engagées à en respecter le contenu, il est doté de la nature d'acte interinstitutionnel.

b. Conventions internationales

19. Élaboration des normes/OIT. Dans le cadre de son activité normative, l'OIT élabore deux catégories distinctes de normes dont les règles de confection sont identiques : les conventions OIT et les recommandations OIT. Cependant, leur portée respective est distincte. En effet, les conventions OIT ont vocation à devenir des normes contraignantes pour les États, à condition que ces derniers décident d'opérer leur ratification, tandis que les recommandations sont des normes qui n'ont pas d'effet obligatoire. Il s'agit en réalité des normes techniques qui préparent le terrain pour les modifications à venir.

20. Convention EDH. Bien que centrée sur les droits à caractère civil et politique (ex. : droit à la vie, interdiction de la torture, présomption d'innocence, etc.), la Convention EDH garantit deux droits sociaux fondamentaux : l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4) et la liberté syndicale (art. 11). De plus, la Cour EDH se montre particulièrement dynamique et

n'hésite pas à appliquer les dispositions générales de la Convention EDH (ex. : art. 6 § 1er : procès équitable ; art. 8 : droit au respect de la vie privée et familiale ; art. 9 liberté religieuse ; art. 10 : liberté d'expression ; art. 14 : principe de non-discrimination ; etc.) aux litiges du travail.

21. Charte sociale européenne. Adoptée à Turin le 18 octobre 1961 (d'où l'appellation de Charte de Turin), la Charte originelle a été augmentée de trois protocoles additionnels. En 1996, afin de redonner une cohérence d'ensemble, une nouvelle Charte est rédigée, d'où la dénomination de « Charte révisée ». Malgré son appellation, la Charte sociale européenne constitue une convention internationale à part entière.

Elle comporte cependant certaines particularités. D'une part, pour lui conférer une efficacité, elle fait l'objet de rapports périodiques où un organisme, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) analyse la conformité des législations des États parties à la Charte au contenu de ladite Charte. Un dispositif de « réclamations collectives » est à la disposition des organisations professionnelles et autres ONG. Cette procédure confie au Comité européen des droits sociaux (CEDS) la charge de statuer sur la conformité du droit et de la pratique des États au regard de la Charte sociale européenne.

2 Droit de l'Union européenne

22. Traités européens. Les traités européens ne constituent pas un simple accord international, mais donnent naissance à un « nouvel ordre juridique de droit international » (CJCE, 5 févr. 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62). Ce dernier s'intègre à l'ordre juridique de chacun des États membres et l'emporte sur l'ordre juridique des États membres sans distinction (CJCE, 15 juil. 1964, Costa c/ Enel, aff. 6/64). Cela vaut également pour les règles du droit dérivé qui font « *partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres* » (CJCE, 9 juin 1978, Simmenthal, aff. 106/77).

Par ailleurs, l'article 267 du TFUE prévoit un système de renvoi préjudiciel qui permet d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'interprétation des textes du droit de l'Union.

Pour terminer, le droit de l'Union européenne comporte des actes de droit dérivé que sont les règlements et les directives.

23. Conséquences. Lorsqu'un État prend l'engagement de respecter un instrument international, cela emporte deux conséquences majeures. Premièrement, l'État est tenu de mettre sa législation nationale et ses pratiques en conformité avec le contenu de l'accord international. Deuxièmement, l'État doit s'abstenir d'adopter des normes internes contraires à la norme internationale.

B Effet direct

1 Conditions de l'effet direct

24. Énoncé des conditions. Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'une norme internationale puisse être invoquée utilement devant les juridictions françaises ? Ces conditions sont au nombre de trois.

La première est la plus évidente ; le traité international doit être signé, ratifié, publié au journal officiel et appliqué réciproquement.

La seconde condition tient à l'intervention des États parties à la Convention. Ici, les États ont entendu créer des droits pour les personnes (usuellement, on dit que les États ont créé des droits dans le chef des particuliers). En ce qui concerne cette deuxième condition, tout dépendra de l'interprétation de telle clause du traité international, c'est-à-dire des tournures de phrases, etc. ; cette interprétation a lieu disposition par disposition.

La troisième condition tient à la disposition conventionnelle elle-même. Celle-ci doit être claire, précise et inconditionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne nécessite ni interprétation, ni texte d'application pour sa mise en œuvre.

Il existe évidemment des textes qui sont exemptés de ces conditions. Tel est le cas pour la Convention EDH qui a un effet direct pour l'ensemble de ses clauses.

2 Conséquences de l'effet direct

25. Illustrations. Prenons quelques exemples d'instruments internationaux et européens auxquels la jurisprudence française a reconnu un effet direct. Par exemple, par un arrêt rendu le 14 avril 2010 (Soc., 14 avr. 2010, Sté SDMO, n° 09-60.426 et 09-60.429, Publié) par la Cour de cassation puisque la chambre sociale a reconnu l'effet direct des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne respectivement relatifs à la liberté syndicale et au droit à la négociation collective.

Sans être exhaustif, ont également un effet direct :

- l'article 6 § 1er du PIDSEC qui garantit le droit qu'à toute personne de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté (Soc. 16 déc. 2008, n° 05-40.876, *Bull. civ.*, V, n° 251 ; Soc. 14 avr. 2010, n° 08-45.247, *Bull. civ.*, V, n° 96) ;
- les « principes » et les « exigences » de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement (Soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359, Publié) ;
- l'article 4 (Soc., 3 avr. 2019, n° 16-20.490, Publié) et l'article 11 de la Convention EDH.

26. Effet direct vertical. L'effet direct peut être invoqué dans un contentieux opposant un particulier et l'État car ce dernier ne respecte pas ses engagements internationaux. Par exemple, le règlement européen dispose de cet effet direct vertical.

27. Effet direct horizontal. L'effet direct peut aussi intéresser un contentieux opposant un particulier et à un autre particulier. La reconnaissance de l'effet direct horizontal est plus délicate à reconnaître dans la mesure où un particulier ne peut pas reprocher à un autre particulier le fait que l'État ne respecte pas ses engagements internationaux, d'autant plus que, généralement, la norme internationale crée des obligations à la charge de l'État. C'est pourquoi cette question est parfois âprement discutée devant les juridictions.

28. Illustrations. Dernièrement, dans un avis rendu le 17 juillet 2019 à propos des barèmes Macron (Avis n° 15012 du 17 juillet 2019), la Cour de cassation indique expressément que les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

Dans le même ordre d'esprit, les directives européennes n'ont pas d'effet direct horizontal : s'adressant aux États auxquels elles fixent des objectifs à atteindre, les directives ne peuvent être utilement invoquées dans des contentieux entre particuliers, notamment dans les litiges entre salarié et employeur (CE, Ass., 30 oct. 2009, Req. n° 298348, *Rec. Lebon*).

C Contrôle de conventionnalité

29. Juge. Qui exerce le contrôle de conventionnalité ? Cette mission ne peut pas être confiée au Conseil constitutionnel car celui-ci ne peut, en principe, effectuer que des contrôles de constitutionnalité *a priori* (Déc., 15 janv. 1975, IVG) et *a posteriori* au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité (Soc., 5 janv. 2012, n° 11-40.080, *Bull. civ.*, V, n° 1). Ce contrôle de conventionnalité relève des juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Normalement, le contrôle de conventionnalité est opéré à l'occasion d'un litige. Toutefois, la situation a évolué récemment. Depuis deux avis du 17 juillet 2019 (Cass., Avis, 17 juil. 2019, X. et Y. c/ Société Sanofi Pasteur, n° 15012, Demande d'avis n° R 19-70.010 [CPH de Louviers], FP-P+B+R+I ; Cass., Avis, 17 juil. 2019, M. A. c/ Société B.V.H., n° 15013, Demande d'avis n° R 19-70.011 [CPH de Toulouse], FP-P+B+R+I), le contrôle de conventionnalité est admis dans le cadre de la demande d'avis de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire. En ce sens, « *la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond*. »

30. Conséquences. À l'issue du contrôle de conventionnalité, en présence d'une contradiction avec le droit international, la norme interne est écartée au profit de la première. En l'absence de contradiction ou d'incompatibilité, la norme interne est maintenue et continue de s'appliquer.

31. Primauté. Les normes supranationales priment les normes internes françaises. La primauté des normes supranationales sur les normes internes françaises est affirmée expressément par l'article 55 de la Constitution de 1958. En vertu de cette disposition, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Par conséquent, la norme interne contraire à la norme internationale est écartée au profit de cette dernière. La primauté des sources supranationales influence le contenu du droit français de multiples manières. Simultanément, cette primauté écarte les dispositions les plus dangereuses du droit français et en comble les lacunes.

32. Évictions. Le contentieux relatif au CNE (« Contrat nouvelle embauche ») fut un modèle à ne pas suivre. Il démontre toute la méfiance que les praticiens doivent avoir envers l'introduction de nouveaux mécanismes qui, s'ils favorisent la fluidité du marché du travail, se montrent peu respectueux des droits sociaux fondamentaux. En 2005, par voie d'ordonnance (Ord. n° 2005-893 du 2 août 2005 : *JO* n° 179, 3 août 2005, p. 12689), une nouvelle catégorie de contrat de travail, dérogatoire au droit commun du contrat à durée indéterminée, fait son apparition. Parmi les règles spécifiques applicables à ce genre de contrat, il était prévu que, pendant une période de 2 ans – qualifiée de période de consolidation – l'employeur pouvait rompre le contrat de travail sans en indiquer le motif. Or, l'article 4 de la Convention n° 158 prévoit qu'un travailleur ne peut pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement. Le CNE n'étant pas conforme aux stipulations de la Convention OIT n° 158, la chambre sociale en évince les dispositions (Soc., 1er juil. 2008, n° 07-44.124, *Bull. civ., V,* n° 146).

33. Lacunes. En 2005 et 2012, la France a violé ses engagements tirés de l'article 4 de la Convention EDH dans la mesure où son arsenal législatif ne comporte pas d'*infra*ctions spéciales réprimant l'esclavage et la servitude (CEDH, 2e sect. 26 juil. 2005, Siliadin c/ France ; CEDH,

11 oct. 2012, C. N. et V. c/ France). Effectivement, si l'esclavage a été aboli en 1848 en France, la réduction à l'état d'esclave n'était réprimée par aucune disposition du Code pénal. Cette lacune a été comblée en 2013 (*C. pén.*, art. 224-1 A et suiv., issue de la L. n° 2013-711 du 5 août 2013).

34. Protocole add. n° 16. Sur le fondement du protocole additionnel n° 16 à la Convention EDH, depuis 2018, les hautes juridictions nationales (Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'État) disposent de la faculté de solliciter un avis auprès de la Cour EDH aux fins d'interprétation de la Convention EDH. La Cour de cassation l'a mise en œuvre pour la première fois à propos de la gestation pour autrui faite à l'étranger et transcription d'actes de naissance en France (Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° S1019053).

Pour aller plus loin

1 Ouvrages

- M. Del Sol, S. Hennion, J.-P. Lhernould, 3e éd., Droit social européen et international, PUF, Coll. Thémis, 2017, 574 p.
- O. de Schutter, E. Decaux (dir.), Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Commentaire article par article, Economica, 2019, 724 p., Préf. Ph. Texier
- B. Kahil-Wolff, Droit social européen, Schulthess, Coll. Dossiers de droit européen, 2017, 768 p.
- I. Omarjee, Droit européen de la protection sociale, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 360 p.
- J.-M. Servais, Les normes internationales du travail, LGDJ, Coll. Hors collection, 2004, 352 p.
- J.-M. Servais, Droit international du travail, Éléments de droit international économique, Coll. Droit international, 2015, 484 p.
- J.-M. Servais, V. Van Goethem, International Labour Organization (ILO), Kluwer Law International, 2016, 146 p.
- B. Teyssié, Droit européen du travail, LGDJ, 2019, 734 p.

2 Rapport

- Conseil d'État, Le droit social et la norme internationale, La documentation française, Coll. Droits et Débats, 2018, 192 p.

3 Articles

- L. He, Les droits sociaux fondamentaux et le droit de l'Union européenne, *RTD eur.* 2018, pp. 25-44

Exercice QCM

→ Répondre aux questions suivantes. Plusieurs bonnes réponses sont possibles.

6 Quelle organisation internationale est à l'origine de la Déclaration universelle des droits de l'homme ?

a. L'Organisation des nations unies
b. L'Organisation internationale du travail
c. Le Conseil de l'Europe

7 Parmi les propositions suivantes, quel est le texte qui ne constitue qu'une déclaration de principes ?

a. La Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs
b. La Charte sociale européenne
c. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

8 Quelles sont les conditions requises pour qu'une norme internationale ait un effet direct ?

a. Le traité international doit être signé, ratifié, publié au journal officiel et appliqué réciproquement. Par ce traité, les États ont entendu créer des droits pour les particuliers. Enfin, la disposition qui en est issue est claire, précise et inconditionnelle
b. Le traité international doit être signé, ratifié, publié au journal officiel et appliqué réciproquement. Par ce traité, les États ont entendu créer des droits pour les particuliers. Enfin, la disposition qui en est issue est générale, constante et fixe
c. Le traité international doit être signé, ratifié, publié au journal officiel et appliqué réciproquement. Par ce traité, les États ont entendu créer des droits à leur profit. Enfin, la disposition qui en est issue est claire, précise et inconditionnelle

9 Qu'est-ce que l'effet direct vertical ?

a. Cela signifie que le texte peut être invoqué uniquement devant les hautes juridictions nationales
b. Cela signifie que le texte international ne peut être invoqué par un particulier uniquement contre l'État qui ne respecte pas ses engagements internationaux
c. Cela signifie que le texte international ne peut être invoqué que par l'État contre un particulier

10 Qui exerce le contrôle de conventionnalité ?

a. Le Conseil d'État
b. La Cour de cassation
c. Le Conseil constitutionnel

Correction

1. Réponse a.

2. Réponse a.

3. Réponse a.

4. Réponse b.

5. Réponse a et b.

Les sources étatiques

L'essentiel

Les sources étatiques du droit du travail sont composées de normes, qui sont plus ou moins formalisées, et d'autorités qui infléchissent l'interprétation desdites normes.

Parmi ces normes, on peut mentionner le Code du travail qui regroupe l'ensemble des règles communes applicables à la relation de travail. Cependant, tout le droit du travail n'est pas enfermé dans le seul Code du travail. Des relations de travail présentant des particularités peuvent être réglementées par des législations spéciales ou par des codes dédiés à des objets spécifiques.

En outre, dans la mesure où le Code du travail est considéré comme d'une grande complexité et peu maniable, des instruments tels que le Code du travail numérique sont mis en place au profit des justiciables afin de le rendre plus compréhensible.

On vise également les circulaires et instructions ministérielles.

Ces deux normes posent la question des relations avec l'Administration. Sur ce point, on remarque que le législateur a tenté de les améliorer en modifiant et en précisant certaines règles et pratiques admises jusqu'alors.

En 2013, est ainsi inversé le principe selon lequel le silence gardé par l'administration valait refus. Désormais, est posé le principe selon lequel le silence gardé par l'Administration sur une demande vaut accord.

En 2018, le législateur a également modifié le régime juridique de la publication des circulaires afin de déterminer quelle en est la force juridique.

Au rang des autorités qui infléchissent les normes en droit du travail se trouvent la Jurisprudence et la Doctrine.

La jurisprudence sociale – développée tant par la chambre sociale de la Cour de cassation que par les juridictions subalternes – comprend des caractéristiques propres, notamment d'être très évolutive. Récemment, il est apparu que le dialogue des juges y était particulièrement dynamique en ce que les juridictions du travail en France n'hésitent plus à mettre en œuvre tous les mécanismes d'interprétation à leur disposition. À titre d'exemples, on peut citer :

- La demande d'avis dirigée vers la Cour de cassation ;
- la demande d'interprétation présentée au juge administratif ;
- le renvoi préjudiciel auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne ;
- et, dernièrement, la saisine pour interprétation de la Cour EDH.

I Normes

A Code du travail

1. Lois. Le droit du travail s'est constitué par petites touches (V. Chapitre I), les petites lois s'ajoutant aux grandes lois formant au fil du temps la législation industrielle, puis la législation ouvrière et, enfin, la législation du travail.

2. Code(s). Une première codification du droit du travail est intervenue en 1910. Il s'agissait d'une simple compilation des dispositions éparses traitant des réglementations spécifiques des conditions de travail. D'ailleurs, cette entreprise de codification n'était pas soutenue politiquement : elle est achevée péniblement en 1927. En vérité, il convient d'attendre l'année 1973, avec une loi du 2 janvier (L. n° 73-4, 2 janv. 1973 : *JO* 3 janv. 1973 ; D. n° 73-1048, 15 nov. 1973 : *JO* 21 nov. 1973), pour que le Code du travail soit refondu en une forme plus moderne. Sa forme actuelle résulte d'une recodification datant de 2008 (L. n° 2008-67 du 21 janvier 2008 : *JO* 22 janv. 2008). Depuis, le système de la codification à droit constant a été retenu pour éviter toute déstructuration du Code suite aux nombreuses réformes de ces dix dernières années.

En outre, en dépit de l'existence d'un Code du travail, toute la réglementation du travail ne se situe pas dans ce code. De nombreux secteurs d'activités bénéficient de règles propres contenues dans des codes particuliers (ex. : Code du sport ; Code des transports ; Code rural ; etc.)

Sur la structure actuelle du Code, on relèvera qu'elle se développe en deux parties, la première étant la partie législative et la seconde la partie réglementaire. La première comporte des articles commençant tous par la lettre « L », ce qui signifie « législatif ». En revanche, dans la partie réglementaire, on rencontre des articles avec la lettre « R » (Décrets en Conseil d'État) et « D » (décret simple). Comme dit précédemment, le numéro de l'article résulte de la codification à droit constant et permet de retrouver sa place dans le Code.

3. Code du travail numérique. Certaines ordonnances du 22 septembre 2017 recèlent quelques surprises. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail institue un étrange Code du travail numérique. Aux termes de l'article 1er de cette ordonnance, le dispositif intitulé « Code du travail numérique » est mis en place au plus tard le 1er janvier 2020. Celui-ci permet, en réponse à une demande d'un employeur ou d'un salarié sur sa situation juridique, l'accès aux dispositions législatives et réglementaires ainsi qu'aux stipulations conventionnelles qui lui sont applicables. L'accès à ce dispositif se fait, de manière gratuite, au moyen du service public de la diffusion du droit par l'internet. Par ailleurs, l'employeur ou le salarié qui se prévaut des informations obtenues au moyen du « Code du travail numérique » est, en cas de litige, présumé de bonne foi.

4. Critiques. Il est assez étrange de créer un dispositif qui a vocation à promouvoir l'accès au droit du travail et aux dispositions légales et conventionnelles par la voie numérique, alors même que Legifrance existe déjà. En réalité, selon le Rapport annuel 2017 de la Commission supérieure de codification, « le projet de "Code du travail numérique" échappe pour sa part à la logique de la codification. Il s'agit en réalité d'un portail interactif fournissant un service aux usagers. Son appellation est impropre. La Commission s'autorise à rappeler qu'il serait souhaitable de réserver en principe l'appellation de « code » aux entreprises juridiques qui en remplissent les critères de définition. »

Une collection d'ouvrages juridiques
TOUT-EN-UN

APPRENDRE : des fiches de cours pédagogiques et exhaustives

APPROFONDIR : des éléments pour aller plus loin sur un point spécifique du sujet

APPLIQUER : des exercices d'application corrigés

RÉVISER : des fiches sur les notions essentielles à connaître

- **Fiche 1.** Qu'est-ce que le droit du travail ?

Chapitre 1. Les sources du droit du travail
- **Fiche 2.** Les sources constitutionnelles du droit du travail
- **Fiche 3.** Les sources supranationales du droit du travail
- **Fiche 4.** Les sources étatiques
- **Fiche 5.** Les sources professionnelles
- **Fiche 6.** L'ordre public social

Chapitre 2. Les acteurs du droit du travail
- **Fiche 7.** L'entreprise
- **Fiche 8.** L'Administration du travail
- **Fiche 9.** Les organisations syndicales et patronales
- **Fiche 10.** Les autorités indépendantes et le droit dutravail
- **Fiche 11.** Les organismes sociaux et fiscaux

Chapitre 3. La relation individuelle de travail
- **Fiche 12.** Les formes de la relation de travail
- **Fiche 13.** La qualification du contrat de travail
- **Fiche 14.** L'embauche
- **Fiche 15.** La conclusion ducontrat de travail
- **Fiche 16.** Les clauses du contrat de travail

Chapitre 4. L'employeur
- **Fiche 17.** Le pouvoir de direction
- **Fiche 18.** Le pouvoir réglementaire
- **Fiche 19.** Le pouvoir disciplinaire
- **Fiche 20.** Le transfert d'entreprise

Chapitre 5. Le salarié
- **Fiche 21.** Les libertés fondamentales du salarié
- **Fiche 22.** La dignité du salarié : les harcèlements et les discriminations
- **Fiche 23.** La formation professionnelle du salarié
- **Fiche 24.** Les salariés protégés
- **Fiche 25.** Les salariés mobiles

Chapitre 6. L'exécution de la relation de travail
- **Fiche 26.** La durée du travail
- **Fiche 27.** La santé et la sécurité au travail
- **Fiche 28.** Les suspensions du contrat de travail
- **Fiche 29.** Le repos
- **Fiche 30.** La modification du contrat de travail

Chapitre 7. La représentation des salariés
- **Fiche 31.** La liberté syndicale
- **Fiche 32.** La représentativité des organisations syndicales
- **Fiche 33.** La représentation dupersonnel
- **Fiche 34.** L'action syndicale dans l'entreprise
- **Fiche 35.** La grève

Chapitre 8. La négociation collective
- **Fiche 36.** Les conventions et accords collectifs de travail
- **Fiche 37.** Les niveaux de la négociation collective
- **Fiche 38.** Les domaines de la négociation collective
- **Fiche 39.** Les négociateurs des conventions et accords collectifs de travail
- **Fiche 40.** L'application des conventions collectives et accords collectifs de travail

Chapitre 9. Les contentieux du travail
- **Fiche 41.** Les conseils de prud'hommes
- **Fiche 42.** Le contentieux de la négociation collective
- **Fiche 43.** La prescription en droit du travail
- **Fiche 44.** La preuve en droit du travail
- **Fiche 45.** Le règlement amiable des différends en droit du travail

Chapitre 10. Les modes de rupture du contrat de travail
- **Fiche 46.** Les licenciements
- **Fiche 47.** La démission
- **Fiche 48.** Les ruptures actées par le juge (Prise d'acte et résiliation judiciaire)
- **Fiche 49.** Les retraites
- **Fiche 50.** Les ruptures négociées du contrat de travail

Jean-Philippe Tricoit est maître de conférences à l'Université de Lille.

www.editions-ellipses.fr

9 782340 036543