

Discipline : Droit social – Master 2 Recherche

Mémoire présenté et soutenu par

Rachide BITSOU MALET

LA LOI ET LE DROIT DU TRAVAIL

Sous la direction de :

Monsieur DUMONT François

Professeur à l'Université de Lille

L'université n'entend donner aucune approbation, ni aucune improbation aux opinions émises dans ce mémoire qui doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens, avant toute chose, à remercier le Professeur Nicolas Balat, sans qui je n'aurais pas pu intégrer ce Master.

Je remercie ensuite le Professeur François Dumont pour ses conseils et pour la patience dont il a fait preuve à mon égard dans la direction de ce mémoire.

Mes remerciements s'adressent également à mes parents et mes proches pour leur soutien indéfectible depuis ma première année de droit.

Je remercie enfin chacun de mes camarades de la promotion Droit social.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

§ :	Paragraphe
act. :	Actualité
aff. :	Affaire
AJDA :	L'Actualité juridique : Droit administratif
al. :	Alinéa
art. :	Article
Cass. :	Cour de cassation
Cah. soc. :	Les Cahiers sociaux
CE :	Conseil d'État
CEDH :	Cour européenne des Droits de l'Homme
CEDS :	Comité européen des droits sociaux
CESDH :	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CIJ :	Cour internationale de justice
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne
C. civ. :	Code civil
C. trav. :	Code du travail
coll. :	Collection
concl. :	Conclusion
consid. :	Considérant
Const. :	Constitution
Cons. const. :	Conseil constitutionnel

D. :	Recueil Dalloz
DC :	Décision constitutionnelle
déc. :	Décision
DDHC :	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Dir. :	Sous la direction
Dr. soc. :	Droit social
éd. :	Édition
Et <i>al.</i> :	<i>Et alii</i> (et autres)
etc. :	<i>Et cætera</i>
Fasc. :	Fascicule
FNR :	Fin de non-recevoir (décision du Conseil constitutionnel)
FO :	Force ouvrière
<i>Ibid.</i> :	<i>Ibidem</i>
JCI :	Juris-Classeur
JCP G :	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique), édition générale
JCP S :	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique), édition sociale
JO :	Journal officiel
Gaz. Pal. :	La gazette du Palais
L. :	Délégalisation (décision du Conseil constitutionnel)
L.G.D.J. :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA :	Les petites affiches
n° :	Numéro
Nouv. Cah. Cons. const. :	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
obs. :	Observation

OIT. :	Organisation internationale du travail
<i>op. cit.</i> :	<i>Opus citatum</i>
p. :	Page(s)
Préc. :	Précité
PUF :	Presses universitaires de France
QPC :	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec. :	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. :	Lebon Recueil des arrêts du Conseil d'État
RDP :	Revue de droit public
RDT :	Revue de droit du travail
RFDA :	Revue française de droit administratif
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE :	Revue trimestrielle de droit européen
RJS :	Revue de jurisprudence sociale
s. :	Suivant(s)
SDN :	Société des Nations
Soc. :	Chambre sociale
SSL :	Semaine Sociale Lamy
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Th. :	Thèse
TUE :	Traité sur l'Union européenne
V., v. :	Voir

SOMMAIRE

Introduction.....	7
<u>Partie I : Une pression faible sur la loi dans la détermination du droit du travail</u>	17
Chapitre I : L'influence affaiblie des normes constitutionnelles.....	18
Chapitre II : L'influence affaiblie des normes supranationales.....	37
<u>Partie II : Une renonciation forte de la loi à la détermination du droit du travail</u>	55
Chapitre I : La renonciation au profit du pouvoir exécutif.....	57
Chapitre II : La renonciation en faveur des partenaires sociaux.....	75
Conclusion générale.....	91
Bibliographie.....	93
Table des matières.....	112

INTRODUCTION

« Il faut que le droit entre dans la loi »
Victor Hugo, Quatrevingt-treize, 1876¹

Le droit du travail est, ces dernières années, plus que jamais au cœur de l'actualité. Il subit actuellement de profondes mutations. Les réformes ne cessent de s'enchaîner à un rythme effréné. En réalité, plus que de simples réformes, il s'agit d'une refondation complète du droit du travail². L'objectif de la refondation de ce droit est clairement affiché et assumé par l'actuel Gouvernement³, mais aussi par le précédent⁴. Il consiste à « écrire de nouvelles pages »⁵ de l'histoire du droit du travail, « en conciliant fidélité au passé et adaptation aux enjeux de notre temps »⁶. Cette refondation n'étant pourtant pas encore achevée, un groupe d'universitaires, constitué en décembre 2015, propose une nouvelle refondation du droit du travail⁷, avec des orientations différentes. Ces bouleversements du droit du travail affectent aussi bien les règles qui le constituent que les sources qui le créent. La source la plus impactée est la loi. Il est, à cet égard, intéressant d'étudier la relation qui existe entre la loi et le droit du travail.

Le lien entre droit du travail et loi n'est qu'un aspect de celui plus général entre Droit et loi. L'existence du second justifie celle du premier. Aussi convient-il de déterminer dans un

¹ HUGO (V.), *Quatrevingt-treize*, Paris : Eugène Hugues, 1876.

² Une refondation a plus d'ampleur qu'une simple réforme. Il s'agit d'une « espèce de réforme législative caractérisée par le remaniement tant au fond qu'en la forme de l'ensemble des dispositions d'une matière et, en général, par la reconsidération de ses éléments fondamentaux » (CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris : PUF, 2018, p. 877).

³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁴ « Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs doit permettre une refondation de notre modèle social » (Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels).

⁵ Exposé des motifs, *op. cit.*

⁶ Rapport au Président de la République, *op. cit.*

⁷ DOCKÈS (E.) (dir.), *Proposition de code du travail*, Paris : Dalloz, 2017, 400 p., Hors collection Dalloz, ISBN : 978-2-247-17285-6.

premier temps le lien entre la loi et le Droit, avant celui qui existe entre la loi et le droit du travail.

Le terme « droit » vient du latin *directum* qui signifie ce qui est juste⁸. Cette conception est encore aujourd'hui celle de certains moralistes, religieux et philosophes⁹. Pour les juristes, il recouvre deux réalités. Dans une première acception, le droit est envisagé sous un angle global¹⁰, sans considération individuelle. Il lui est adjoint l'adjectif « objectif » et s'écrit avec un « D » majuscule : le Droit objectif. Il est défini comme l'« ensemble des règles de conduite spécialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »¹¹. Il est opposé aux « droits subjectifs ». Ces derniers sont des prérogatives reconnues aux individus par le Droit objectif et sanctionnées par lui. C'est notamment le cas du droit de propriété, du droit de grève. Le Droit objectif englobe donc les droits subjectifs. Dès lors, il n'y a pas de lien direct entre la loi et ces prérogatives individuelles. Un tel lien ne saurait exister qu'entre la loi et le Droit objectif. Il transparaît dans la définition même de ces termes.

Le mot « loi » tire son origine du latin *lex*. Il recouvre de nombreuses réalités. Il n'est pas propre à la matière juridique. Il est utilisé en physique où il est compris comme une « proposition générale énonçant des rapports nécessaires et constants entre des phénomènes physiques »¹². Il peut aussi désigner, dans une religion, « ce que prescrit l'autorité divine »¹³. En droit, dans la Rome républicaine, la *lex* est considérée comme « une disposition générale et abstraite émanant d'une autorité compétente pour la poser »¹⁴. Se dégage, dès cette époque, une conception organique et formelle de la loi. Au lendemain de la Révolution française, la définition de la loi a donné lieu à une controverse. Émerge à cette époque une théorie qui identifie la loi à la règle de droit. Cette émergence est, selon Carré de Malberg¹⁵, favorisée par l'instauration en Europe des monarchies constitutionnelles. Celles-ci se caractérisent par une limitation constitutionnelle du pouvoir des rois. La limitation conduit à « discerner les objets pour lesquels une loi, c'est-à-dire un vote parlementaire, [est] nécessaire » et « ceux qui, ne rentrant pas dans la législation, [peuvent] être réglés par de simples ordonnances du chef de l'État, sans intervention des chambres ». Une autre raison de cette émergence se trouve dans la

⁸ JEUGE-MAYNART (I.) (dir.), *Le petit Larousse illustré 2019*, Paris : Larousse, 2018, p. 399.

⁹ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 19.

¹⁰ JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 1.

¹¹ CORNU (G.) (dir.), *op. cit.*, p. 376.

¹² JEUGE-MAYNART (I.) (dir.), *op. cit.*, p. 681.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ROBAYE (R.), *Le droit romain*, 5^e éd., Louvain-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2016, p. 40.

¹⁵ CARRÉ DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris : Economica, 1984, pp. 7-8.

doctrine de Montesquieu. Pour ce dernier, le but du pouvoir législatif est de mettre les citoyens à l'abri du danger qu'ils courent si l'autorité appelée à leur appliquer les lois a le pouvoir de les faire ou de les changer. Ce but incite à rechercher le domaine matériel de la loi. Il en résulte que le pouvoir législatif comprend tout ce qui touche au droit régissant les citoyens et exclut tout ce qui laisse intact leur droit individuel. Ainsi, la loi est considérée comme une règle de droit. Carré de Malberg se montre assez critique à l'égard de cette théorie. Il la rejette en affirmant qu'elle ne correspond pas au sens que donne à la loi l'article 1^{er} de la Constitution de 1875. Selon lui, ce texte donne à entendre que la loi est l'acte voté par la Chambre des députés et le Sénat lorsqu'ils exercent le pouvoir législatif¹⁶. À la conception matérielle de la loi, il oppose une conception organique et formelle. Aujourd'hui, ces deux conceptions existent encore et permettent de définir la loi. Dans son sens matériel, la loi, est, selon le Vocabulaire juridique Gérard Cornu, synonyme de règle de droit¹⁷. Il s'agit de toute règle de droit édictée, d'origine parlementaire ou non¹⁸. Dans son sens dit organique et formel, la loi s'entend comme le texte voté par le Parlement selon la procédure législative et promulguée par le Président de la République. Ces deux conceptions ne s'excluent pas en réalité : la première ne chasse pas la seconde et inversement. Loi au sens large et loi au sens strict sont le tout et la partie. Le sens organique de la loi permet simplement de la distinguer d'autres textes contenant des règles de droit comme les traités, la Constitution, les règlements, etc. Par conséquent, la loi, *stricto sensu*, est non seulement le texte voté par le Parlement mais aussi une règle de droit. Il y a ici encore une véritable assimilation de la loi, texte voté par le Parlement, au Droit, qui rend complexe la distinction entre ces deux termes. Pour établir une distinction entre les deux, il convient d'envisager la loi comme un contenant et le Droit comme le contenu. La loi est plus exactement un texte écrit voté par le Parlement qui contient des règles de droit. C'est le sens retenu dans le cadre de cette étude. Mais encore faut-il distinguer les différentes lois parlementaires. D'une part, il y a les lois ordinaires et les lois organiques. Les deux sont votées par le Parlement. Cependant, les lois organiques ont pour principal objet de compléter et de préciser la Constitution, et sont votées selon une procédure parlementaire particulière. Pour ces raisons, elles ne feront pas l'objet de cette étude qui se limitera aux lois ordinaires.

Il ressort du sens organique de la loi une relation entre la loi et le Droit : la loi contient les règles de droit qui forment le Droit objectif. De cette relation résulte celle entre la loi et le

¹⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷ CORNU (G.) (dir.), *op. cit.*, p. 626.

¹⁸ GUINCHARD (S.) (dir.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, 26^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 653.

droit du travail. Le droit du travail n'est qu'une partie du Droit objectif. Celui-ci se démembrer en plusieurs branches en raison de sa finalité. Les règles de droit ont pour but de régler les rapports qui existent entre les membres d'une société plus ou moins organisée. Les rapports sociaux sont la condition d'existence du Droit. C'est ce qui fait dire au professeur Philippe Jestaz que « Robinson dans son île n'a aucun besoin de droit » et que « pour l'homme seul, la notion de droit n'a aucun sens »¹⁹. Si le droit existe, c'est parce qu'il y a une société²⁰. Les Romains l'exprimaient par le célèbre adage latin : *ubi societas, ibi jus*, qui signifie là où il y a société, il y a droit. L'être humain ne pouvant se suffire à lui-même, le besoin des autres l'oblige à entrer en relation avec autrui²¹. Or, les relations humaines peuvent être conflictuelles s'il n'existe aucune règle de conduite. Une société sans règle de conduite, ressemblerait à ce que Rousseau nomme « état de nature ». Ce dernier affirme que les êtres humains ne peuvent vivre dans cet état et doivent « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »²². D'autres systèmes normatifs, comme la religion, la morale, peuvent réguler les relations sociales²³. Mais ils ne présentent pas la même efficacité que les règles de droit²⁴. C'est pourquoi, seul le Droit permet efficacement de réguler les relations sociales.

Il existe plusieurs types de relations sociales qui ont chacune une particularité. Cette particularité conduit à un éclatement du Droit en plusieurs branches, parmi elles le droit du travail. Le travail est une activité qui crée des liens sociaux dans la mesure où chaque personne dépend du travail d'autrui²⁵. Avant la Révolution française, *le travail*²⁶ se développe notamment au sein des corporations. La corporation regroupe un maître – le chef d'entreprise – des compagnons et des apprentis. *La relation de travail* est double. Elle lie d'abord le maître et l'apprenti. Le maître initie l'apprenti à la pratique du métier et le prend chez lui, contre une certaine somme. Ensuite, il y a une *relation de travail* entre le maître et l'ouvrier. Cette fois, le maître verse une somme d'argent à l'ouvrier qui *travaille* pour lui. Après la suppression des

¹⁹ JESTAZ (Ph.), *op. cit.*, p. 2.

²⁰ Jean-Louis Bergel affirme ainsi que « le droit est le produit de la vie sociale », in : *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 20.

²¹ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, 6^e éd., Paris : PUF, 2016, p. 7.

²² ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, présentation par BERNARDI (B.), Paris : Flammarion, 2012, p. 52.

²³ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris : PUF, 2018, pp. 13-14.

²⁴ La règle de droit présente des caractères qui lui permettent de s'imposer à tous les membres de la société mais aussi d'être respectée. Elle est générale, abstraite et sanctionnée par la Puissance publique.

²⁵ SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 7.

²⁶ Le travail comme activité humaine ayant pour finalité la production des biens et services propres à satisfaire les besoins matériels et symboliques des hommes n'existe pas encore à cette période (V. SUPIOT (A.), préc. ; MÉDA (D.), *Le travail*, Paris : PUF, 2018, p. 3).

corporations, en 1791, deux formes de relations, liées au travail, émergent. Il s'agit d'une part de la relation du travail subordonné et, d'autre part, de la relation de travail dans laquelle le travailleur est indépendant. En 1804, les deux sont régies par le droit civil qui donne à chacune un fondement contractuel. Pour ce qui est de la relation du travail subordonné, elle se forme par le contrat de louage de service. Quelques années après, le travail subordonné connaît, avec la Révolution industrielle, un essor important. Par la même occasion, le travail au sens moderne du terme apparaît. Cette relation met en lien le patron et l'ouvrier. L'ouvrier travaille pour le compte du patron qui, en contrepartie, lui verse un salaire. Il existe ainsi une véritable dépendance, aussi bien économique que juridique, du salarié à l'égard du patron. Le droit civil, qui envisage toute relation contractuelle comme égale car fondée sur la liberté contractuelle, apparaît inadapté pour réguler efficacement la relation du travail subordonné. Pour prendre en compte la particularité d'une telle relation, reposant sur un déséquilibre contractuel entre les parties, un droit nouveau devient nécessaire. C'est ce qui justifie l'existence même du droit du travail. À son apparition, ce nouveau droit, dénommé « législation industrielle », « législation ouvrière », intéresse le droit du travail, *stricto sensu*, et le droit de la protection sociale. Aujourd'hui, les deux branches font partie de ce qui est appelé droit social. Il ne sera pas question d'étudier la relation entre la loi et le droit social. L'étude se limitera à la relation entre le droit du travail et la loi.

Le droit du travail est du Droit, objectivement parlant. Par conséquent, il est, lui aussi, un ensemble de règles juridiques. Il régit la relation du travail subordonné dans sa dimension individuelle²⁷ – entre l'employeur et le salarié – et collective – entre l'employeur ou un groupe d'employeurs et un groupe de salariés. C'est en sens que l'expression « droit du travail » est employée dans cette étude. La loi, contenant la règle de droit, peut aussi contenir les règles du droit du travail. La relation entre la loi et le droit du travail se caractérise par le fait que la loi produit le droit du travail. Elle en est une source²⁸. Cette relation remonte au XIX^e siècle. Avant cette période, à l'époque des corporations, la loi comme texte voté par le Parlement n'existe pas encore. La *relation de travail* est régie par les règlements des corporations. Les métiers, par l'intermédiaire des jurés, élaborent eux-mêmes les règles qui leur sont applicables²⁹, notamment les durées de l'apprentissage et du compagnonnage, le nombre d'apprentis dans chaque atelier. Une législation imposée régleme également les corporations. Néanmoins, il ne s'agit que

²⁷ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, p. 7.

²⁸ LYON-CAEN (G.), « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.*, 2001, p. 1031 : est source du Droit les actes dont la fonction est d'élaborer les règles du Droit.

²⁹ AUBIN (G.), BOUVERESSE (J.), *Introduction historique au droit du travail*, Paris : PUF, 1995, p. 23.

d'une législation de police. Le support utilisé est l'édit³⁰ ou les lettres patentes³¹. La Révolution française marque la naissance de la souveraineté du peuple. Pour Rousseau, « le Peuple soumis aux lois en doit être l'auteur »³². Il affirme que c'est la loi qui doit être la forme par laquelle le Peuple statue. Il définit ainsi la loi comme un acte de la volonté générale³³. Mais, souligne-t-il, le peuple ne peut élaborer la loi qu'à travers un représentant : le législateur. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 consacre la théorie de la loi, expression de la volonté générale³⁴, prônée par Rousseau et défendue par Carré de Malberg dans son ouvrage éponyme³⁵. Ainsi, la loi a une totale souveraineté dans la production du Droit. Son domaine n'est point limité. Toutefois, au début du XIX^e siècle, la loi ignore presque les rapports du travail subordonné. Le Code napoléonien leur consacre uniquement trois articles³⁶. Ils sont abandonnés à la volonté des parties. La limite à la liberté prévue à l'article 1780 est insignifiante³⁷. Cet abandon est pour le moins paradoxal dans la mesure où le Code civil de 1804 n'est clairement pas tourné vers la liberté. Le délaissement se justifie sans doute par le fait qu'au moment de la rédaction de ce Code, le travail subordonné n'est pas prédominant en France. Il y a plus de travailleurs indépendants. C'est tout à fait conforme à l'esprit révolutionnaire. Le décret d'Allarde, qui a supprimé les corporations, prévoit à son article 7 qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »³⁸. Le modèle social recherché est celui de petits travailleurs s'installant à leur compte. La loi Chaptal du 22 germinal an XI s'intéresse également à la relation de travail³⁹. C'est une loi de police qui institue le livret ouvrier. Pour l'essentiel, la liberté domine. D'ailleurs, devant l'Assemblée constituante, Le Chapelier, a, lors des débats sur ce qui deviendra le décret des 14-17 juin 1791⁴⁰, déclaré que les salaires doivent être fixés de gré à gré, par « convention libre » des deux parties. Suite aux excès⁴¹ d'une régulation trop libérale,

³⁰ Notamment l'édit de février 1776 dit « édit de Turgot ».

³¹ Les lettres patentes du 2 janvier 1749 qui interdisent aux travailleurs de quitter leur emploi sans un « congé exprès et par écrit » délivré par le patron à peine d'amende (AUBIN (G.), BOUVERESSE (J.), *op. cit.*, p. 31).

³² ROUSSEAU (J.-J.), *op. cit.*, p. 74.

³³ *Ibid.*, p. 73.

³⁴ DDHC, art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale ».

³⁵ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*.

³⁶ C. civ., art. 1779 à 1781.

³⁷ C. civ., art. 1780, al. 1 : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ».

³⁸ Loi des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, suppression de toutes les maîtrises et jurandes et établissement de patentes (décret d'Allarde), in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 25-26, ISBN : 2-7082-3393-9.

³⁹ Loi du 12 avril 1803.

⁴⁰ Décret des 14-17 juin 1791 relatif aux assemblées de citoyens d'un même état ou profession (Loi Le Chapelier), in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 27, ISBN : 2-7082-3393-9

⁴¹ Durée excessive du travail le jour et même la nuit ; conditions d'hygiène et de sécurité déplorable ; absence d'instructions des enfants ; montant extrêmement faible des salaires, etc.

les pouvoirs publics décident d'intervenir afin de réglementer la relation de travail. Le premier texte significatif pris est la loi de 1841 réglementant la durée du travail des enfants⁴². La relation entre la loi et le droit du travail débute à cette date. La loi détermine seule les règles du droit du travail. Elle est au sommet de la hiérarchie des normes sociales, et des normes tout court. Elle ne connaît aucune limite dans son domaine. Elle fixe les règles de principe du droit du travail et celles relatives à sa mise en œuvre. Son champ est très large. À titre d'illustration, l'article 2, *in fine*, de la loi précitée dispose : « l'âge des enfants sera constaté par un certificat délivré sur papier non timbré et sans frais, par l'officier de l'état civil ». Elle va donc jusque dans les détails. Cependant, cette totale liberté du législateur conduit à certains abus. Le Parlement légifère « à tout va et dans tous les domaines », ce qui paralyse l'exercice de la fonction législative⁴³. Sous la III^e République, le Parlement confie ainsi à l'Exécutif des tâches normatives et les plus essentielles par le mécanisme des décrets-lois. En 1938, un décret-loi du 12 novembre a été pris pour unifier les modalités de mise en place des délégués ouvriers créés par les employeurs⁴⁴. Malgré tout, le caractère illimité du domaine de la loi ne disparaît pas, puisque c'est elle qui autorise⁴⁵. Outre les décrets-lois, il y a également les règlements d'administration publique. Ce sont des modalités de règlements complémentaires de la loi pris sur l'invitation de celle-ci⁴⁶. Certains règlements d'administration publique viennent fixer les conditions d'application de la loi. L'article 7 de la loi du 19 mai 1874⁴⁷ renvoie à des règlements d'administration publique le soin de déterminer « les conditions spéciales du travail des enfants de douze à seize ans dans les galeries souterraines ». D'autres permettent d'étendre la protection des travailleurs. L'article 7 de la loi de 1841 prévoit que des règlements d'administration publique peuvent « élever le minimum de l'âge [auquel des enfants peuvent être employés à certains travaux] et réduire la durée du travail [équivalente] ». Là encore, la loi autorise elle-même l'Exécutif à concevoir le droit du travail, dans une moindre mesure. Dès lors, cela ne porte pas atteinte à la souveraineté de la loi dans la détermination des règles du droit du travail.

Au XX^e siècle, le droit du travail connaît des bouleversements importants qui touchent également la loi. Le premier bouleversement vient de la loi du 25 mars 1919⁴⁸. Elle consacre

⁴² Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers, *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 27, ISBN : 2-7082-3393-9.

⁴³ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et al., *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 848.

⁴⁴ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Paris : Economica, 2011, p. 119.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 851.

⁴⁶ GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, 16^e éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 556.

⁴⁷ Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie, *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 57-59, ISBN : 2-7082-3393-9.

⁴⁸ Loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives.

les conventions collectives en leur reconnaissant un effet normatif. Au cours de la même année, est signé à Versailles le traité instituant l'Organisation internationale du travail (OIT), institution spécialisée de la Société des Nations (SDN). Elle élabore une législation internationale du travail prenant principalement la forme de conventions internationales. De nombreuses conventions internationales sont adoptées en 1919. C'est le cas de la convention n°4 sur le travail de nuit des femmes. Elle est ratifiée par la France le 14 mai 1925. Ensuite, en mai-juin 1936, la France connaît de nombreuses grèves. Elles sont à l'origine d'« un développement sans précédents des conventions collectives et du syndicalisme »⁴⁹. Elles aboutissent, le 24 juin 1936, à la signature d'un accord interprofessionnel dit l'accord de Matignon. C'est de cet accord que dérive la loi du 24 juin 1936⁵⁰. Par ce mode de confection de la loi, une place importante est faite au dialogue social. Cette loi autorise, par ailleurs, les partenaires sociaux à faire figurer dans les conventions collectives « des dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur » dès lors qu'elles sont plus favorables⁵¹. La loi fait de la convention collective une source du droit du travail, mais encore une fois, dans une moindre mesure. Parallèlement à ces nouvelles sources, se développent également des normes du travail contenues dans des textes constitutionnels, notamment dans la Constitution de 1946. Mais elles ne remettent pas en question la souveraineté de la loi. Le législateur n'est pas tenu de s'y conformer. La Constitution de 1946 réaffirme même cette souveraineté en interdisant implicitement les décrets-lois⁵². En 1948, il y a une tentative d'atteinte au caractère illimité de la loi. La loi du 17 août 1948 délégalise une liste de matières considérées comme réglementaires par nature. Mais la loi conserve encore une fois sa souveraineté puisque, en l'absence de répartition constitutionnelle des compétences normatives, c'est à elle qu'il incombe d'opérer cette répartition⁵³. La décennie 1950 marque un tournant décisif dans la perte de souveraineté de la loi. La Constitution du 4 octobre 1958 réorganise les institutions de la République et revient sur les pouvoirs du législateur dans l'édiction des règles de droit. Elle subordonne la loi aux dispositions qu'elle contient mais également aux normes supranationales. À la même époque, il y a un mouvement de régionalisation des systèmes juridiques des pays européens.

⁴⁹ DIDRY (C.), « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 129.

⁵⁰ Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV *bis* du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « De la convention collective », in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 140-141.

⁵¹ Art. 31 *vc*.

⁵² Const. du 27 octobre 1946, art. 13 : « L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

⁵³ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et *al.*, *op. cit.*, p. 852.

Vont être instituées, au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, des institutions européennes aptes à produire des règles de droit. Les règles édictées concernent également le droit du travail.

Finalement, la loi est à la fois concurrencée et supplantée dans l'édition des règles relatives à la relation de travail. Le législateur, quand il élabore les règles du droit du travail, doit veiller à ce que la loi ne porte pas atteinte aux normes auxquelles elle est subordonnée. Les normes supra-légales exercent sur la loi une forte pression. Les lois qui violent les dispositions prévues par ces textes sont purement et simplement écartées. Elles ne peuvent recevoir application. Parfois, la loi non conforme est même directement abrogée, sans intervention du législateur. Pour désigner ce phénomène, les auteurs parlent de « déclin »⁵⁴ de la loi. Celle-ci a perdu de son autorité. Il y a ainsi un abaissement du législateur dans l'édition des règles du droit du travail. Parallèlement, il y a un recours croissant à d'autres sources, cette fois nationales, pour édicter les règles du droit du travail. Il s'agit principalement des ordonnances de l'article 38 de la Constitution et des sources professionnelles. Le recours aux premières est, au début de la V^e République, relativement rare. Mais depuis le début de ce siècle, il devient fréquent de légiférer par ordonnances, y compris en droit du travail. Pour les secondes, leur rôle dans la production du droit du travail n'a cessé de croître après la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives⁵⁵. La refondation actuelle du droit du travail est orientée en ce sens.

L'hypothèse de recherche avancée est qu'il y a un déplacement de la cause première de l'abaissement de la loi des sources écrites supra-légales vers les sources écrites internes. Les sources supra-légales continuent d'exercer une influence sur la loi. Mais elles ne sont plus la première cause de l'abaissement de la loi dans la création des règles intéressant les relations de travail. Désormais, l'abaissement a, en premier lieu, pour cause le rôle accru de certaines sources internes que sont les ordonnances et les conventions collectives. Contrairement à l'hypothèse où l'abaissement vient des sources supérieures à la loi, cette dernière, dans ce second cas, ne subit pas l'abaissement. Elle l'autorise et l'organise. Il n'y a donc pas de perte de souveraineté.

Ce mouvement trouve sa justification dans le fait que la pression qu'exercent sur la loi, les normes auxquelles elle est subordonnée, s'est affaiblie (**Partie I**). Ce relâchement permet

⁵⁴ MATHIEU (B.), *La loi*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 73 ; ALBERTINI (P.), *La crise de la loi : Déclin ou mutation ?*, Paris : LexisNexis, 2015, 365 p., ISBN : 978-2-7110-2216-8.

⁵⁵ Loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, op. cit., pp. 192-198.

au législateur français de gagner quelques parcelles de souveraineté. Il a de plus en plus les mains libres pour édicter les règles du droit du travail. Pourtant, le constat fait est que le législateur n'élabore plus vraiment ces règles. Un tel constat contraste avec la prolifération des textes législatifs en droit du travail. Il ne faut cependant pas s'arrêter sur ce détail. La loi, le contenant, étant distincte de la règle juridique, le contenu, il convient plutôt d'aller au-delà du contenant pour s'assurer que la loi produit bien les règles régissant la relation de travail. Cette prolifération n'est donc que l'arbre qui cache la forêt. Ainsi, pour le dire avec le Professeur Bernard Teyslié, « le Parlement parvient à donner l'illusion (...) de légiférer de plus en plus alors même qu'il renonce de plus en plus à forger lui-même la loi »⁵⁶. La loi utilise la part de souveraineté dont elle bénéficie pour déléguer la conception des règles du droit du travail à d'autres sources. Cette délégation est aujourd'hui très accrue (**Partie II**).

Partie I : Une pression faible sur la loi dans la détermination du droit du travail

Partie II : Une renonciation forte de la loi à la détermination du droit du travail

⁵⁶ TEYSSIÉ (B.), « La loi en droit du travail », in : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, p. 162.

PARTIE I

Une pression faible sur la loi dans la détermination du droit du travail

Le droit du travail est « l'ensemble des règles applicables aux relations du travail subordonné »⁵⁷. Les « forces créatrices »⁵⁸ du droit du travail sont nombreuses. La loi subit la concurrence d'autres sources formelles. Les sources du droit du travail sont organisées selon le système de la hiérarchie des normes, théorisé par Kelsen⁵⁹. Il en découle un « principe hiérarchique suivant lequel aucun texte ne peut aller à l'encontre d'un autre qui lui est supérieur »⁶⁰. La loi était jadis placée au sommet de cette hiérarchie. Mais avec la Constitution de 1958, la loi a perdu cette place. Elle est désormais subordonnée à d'autres normes. Il s'agit principalement de la Constitution et des traités internationaux⁶¹.

La Constitution et les traités internationaux engendrent eux aussi des normes régissant les relations de travail. Les normes supérieures ne pouvant tout prévoir⁶², nombreuses des règles du droit du travail sont prévues par la loi. Conformément au principe de la hiérarchie des normes, la loi, quand elle crée les règles du travail, doit être conforme à ces deux textes. Sa validité en dépend. La loi perd ainsi de sa souveraineté. Elle n'exprime la volonté générale que dans le respect des normes qui lui sont supérieures. Le législateur se trouve sous pression dans l'exercice de son pouvoir législatif. Il doit veiller à ce que les dispositions que contient la loi, ne violent pas celles de la Constitution et des traités internationaux ratifiés par la France. À défaut, la loi sera écartée, voire abrogée. Toutefois, loin de disparaître, cette pression s'affaiblit de plus en plus en droit du travail. L'affaiblissement diffère selon que la norme supérieure à la loi est interne (**Chapitre I**) ou internationale (**Chapitre II**).

⁵⁷ CORNU (G.) (dir.), *op. cit.*, p. 626., p. 376.

⁵⁸ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, 431 p.

⁵⁹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 1999, 367 p., ISBN : 2-275-01776-3.

⁶⁰ MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, 18^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 53.

⁶¹ La loi ordinaire, texte voté par le Parlement, est également subordonnée aux lois organiques.

⁶² PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

Chapitre I : L'influence affaiblie des normes constitutionnelles

Le droit du travail, de même que l'ensemble des branches du Droit, fait l'objet d'un important mouvement de constitutionnalisation⁶³. La Constitution est devenue une source importante en droit du travail. Dans l'ordre juridique français, la Constitution se situe au sommet de la hiérarchie des normes⁶⁴. Elle conditionne de ce fait la validité de la loi. Elle encadre le pouvoir législatif. Cet encadrement est double : d'une part, elle fixe le champ matériel de la compétence normative du législateur⁶⁵ ; d'autre part, elle prévoit des libertés et droits relatifs au travail que le pouvoir législatif ne doit transgresser. La volonté générale qu'exprime la loi, l'est dans le respect de la Constitution. L'affaiblissement de l'influence de la Constitution sur la loi se rencontre aussi bien dans le premier cas (**Section I**) que dans le second (**Section II**).

Section I : Un encadrement relâché du domaine de la loi

La loi est un texte écrit voté par le Parlement. Elle édicte les règles de droit, y compris celles du droit du travail. Sa définition n'exclut pas le critère matériel. Il permet de déterminer son domaine. Avant 1958, le domaine de la loi s'étend à toute règle de droit. Voulant rompre avec la suprématie traditionnelle de la loi, les constituants ont, en 1958, décidé d'en encadrer le domaine. Ils distinguent ce qui relève de la loi de ce qui relève du règlement. Plus d'un demi-siècle après, la compétence législative semble ne plus être restreinte. Deux raisons l'expliquent. La première est que le Conseil constitutionnel a une conception extensible du domaine de la loi (**I**). La seconde est que les champs de la délimitation ne sont pas clairement bornés (**II**).

⁶³ DUTHELLET DE LAMOTHE (O.), « La constitutionnalisation du droit du travail », SSL 2016, n°1724 ; BAUDUIN (B.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, Th. droit Paris 1, 2017.

⁶⁴ MALINVAUD (Ph.), *op. cit.*, p. 55.

⁶⁵ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et *al.*, préc., p. 841.

I- Une limitation au champ extensible

Évoquer le domaine de la loi, c'est avant tout penser aux dispositions de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. C'est le principal fondement de la compétence du Parlement en matière législative. Les constituants ont souhaité limiter le domaine de la loi car celle-ci est considérée comme une règle primaire ou de premier rang qui ne peut aller trop en profondeur dans la réglementation d'une matière⁶⁶. L'encadrement du domaine de la loi est double. L'article 34 prévoit des matières pour lesquelles la loi fixe les « règles ». Il s'agit notamment du droit civil ou plus précisément de « la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités »⁶⁷, du droit pénal⁶⁸. Il prévoit également des matières pour lesquelles la loi n'édicte que des principes fondamentaux. Parmi elles figurent le droit du travail et le droit syndical, selon les termes de la Constitution⁶⁹. Dans l'esprit des constituants, la différence entre ces deux formes d'encadrement est que dans le premier cas, le Parlement édicte les règles juridiques en allant en profondeur⁷⁰, alors que dans le second, il ne prévoit que les normes essentielles⁷¹. Tout ce qui n'est pas du domaine de la loi, relève du pouvoir réglementaire. Tel est le cas des modalités d'application des dispositions légales.

Le champ matériel de la loi, en droit du travail, doit être apprécié uniquement au regard des principes fondamentaux. Ils circonscrivent la compétence du législateur. Il n'existe aucune liste des principes fondamentaux du droit du travail. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est d'un grand secours. Elle a dégagé un certain nombre de principes fondamentaux qui concernent aussi bien les relations individuelles que collectives du travail⁷². En matière individuelle, relèvent des principes fondamentaux du droit du travail notamment le droit au repos dominical⁷³ ; le principe selon lequel « la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature relève des contrats librement passés entre employeurs et salariés »⁷⁴. En matière collective, est considéré comme principe fondamental,

⁶⁶ *Ibid.*, p. 844.

⁶⁷ Const., art. 34, al. 1^{er}, 2^e tiret.

⁶⁸ Const., art. 34, al. 1^{er}, 3^e tiret.

⁶⁹ Const., art. 34, al. 3, 6^e tiret.

⁷⁰ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et *al.*, *op. cit.*, p. 844.

⁷¹ FORMERY (S.-L.), *La Constitution commentée article par article*, Vanves : Hachette, 2019, p. 85.

⁷² BERNAUD (V.), PRÉTOT (X.), « Droit constitutionnel social », JCI Protection sociale Traité, Fasc. 201-10, mise à jour : 2014.

⁷³ Cons. const., déc. n°2009-588 DC, 06 août 2009, consid. 3, JO 2009, p. 13319 ; Dr. soc. 2009, p. 1081, note V. Bernaud.

⁷⁴ Cons. const., déc. n°63-5 FNR, 11 juin 1963, consid. 1, JO 1963, p. 5306 ; D. 1964, p. 109, note L. Hamon.

le principe selon lequel les conventions et accords collectifs de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements⁷⁵.

Toutes les fois qu'une règle touche aux principes fondamentaux du droit du travail, elle relève de la compétence du législateur. L'impression qui se dégage est que le domaine de la loi est strictement limité. En réalité, la limitation n'est pas si rigide. L'interprétation extensible qu'a le Conseil constitutionnel du domaine de la loi en assouplit l'encadrement. Il ne limite pas le pouvoir de légiférer à des principes fondamentaux au sens strict. Tout d'abord, sont également du domaine de la loi certaines règles qui ne se rapportent pas exclusivement au droit du travail⁷⁶. Dans sa décision du 11 avril 2014, le Conseil constitutionnel déclare qu'« aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales »⁷⁷. Ces principes entrent bien dans le domaine de la loi. Néanmoins, ils ne visent pas exclusivement le droit du travail. Le Conseil ajoute que « ressort[ent] en particulier aux principes fondamentaux de ces obligations civiles et commerciales les dispositions qui mettent en cause les conditions essentielles de l'exercice d'une profession ou d'une activité économique ». Ainsi fait-il entrer dans le champ matériel de la loi les conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique du portage salarial. De même, dans une décision moins récente, les juges de la rue de Montpensier ont considéré que fait partie des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales l'association des employeurs et des salariés à une procédure engagée par les pouvoirs publics en matière d'emploi obligeant les employeurs à respecter les dispositions d'une convention qu'ils n'ont pas signée⁷⁸. Par ailleurs, l'article 34 prévoit parmi les matières dans lesquelles la loi fixe les « règles », la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats. Dans sa décision n°2007-561 DC du 17 janvier 2008, le Conseil constitutionnel a précisé que les conseils de prud'hommes, en raison du caractère paritaire de leur composition et de la nature de leurs attributions, constituent un ordre de juridiction au sens des dispositions précitées⁷⁹. La loi en droit du travail peut donc fixer, non plus uniquement les « principes fondamentaux », mais aussi les « règles ». Elle perd son caractère « superficiel ». C'est ce qui explique le niveau de détails de certaines dispositions relatives aux conseils de prud'hommes. Tel est le cas de

⁷⁵ Cons. const., déc. n°76-46 L, 12 juillet 1967, consid. 6, JO 1967 ; Cons. const., déc. n°89-257 DC, 25 juillet 1989, JO 1989, p. 9503 ; AJDA 1989, p. 796, note F. Benoit-Rohmer ; Dr. soc. 1989, p. 701, note X. Prétot.

⁷⁶ BERNAUD (V.), PRÉTOT (X.), « Droit constitutionnel social », préc.

⁷⁷ Cons. const., déc. n°2014-388 QPC, 11 avril 2014, JO 2014, p. 6692.

⁷⁸ Cons. const., déc. n°66-39 L du 8 juillet 1966, JO 1966.

⁷⁹ Cons. const., déc. n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, consid. 15, JO 2008, p. 1131.

l'article L1441-1⁸⁰ du Code du travail. Il dispose : « Les conseillers prud'hommes sont nommés conjointement par le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre chargé du travail tous les quatre ans par conseil de prud'hommes, collège et section, sur proposition des organisations syndicales et professionnelles ». L'article ajoute : « selon les modalités fixées au présent chapitre » ; lequel chapitre ne fait pas partie de la partie réglementaire du Code du travail⁸¹.

Ensuite, la compétence du législateur est aussi déterminée par d'autres dispositions de la Constitution. Le Préambule de l'actuelle Constitution française reconnaît, dans son article 1^{er}, les droits définis par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et ceux du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ces deux textes – qui font partie du bloc de constitutionnalité – proclament des droits et libertés dont la mise en œuvre requiert l'intervention de la loi. Certains droits intéressent directement ou indirectement le droit du travail. C'est en ce sens que la jurisprudence du Conseil constitutionnel fonde également la compétence de la loi, dans la production du droit du travail, sur ces deux textes. Deux exemples peuvent être évoqués. Le premier est relatif au droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Il est prévu au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et fait partie des « principes politiques, économiques et sociaux » « particulièrement nécessaires à notre temps ». Les juges du Palais-Royal ont déclaré que « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que : "Tout travailler participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »⁸². Il résulte de cette décision une assimilation des principes fondamentaux du droit du travail à des conditions de mise en œuvre. Un principe fondamental peut donc être une règle de mise en œuvre d'un principe à valeur constitutionnelle. Il peut consister à fixer les modalités selon lesquelles la représentation

⁸⁰ Cette disposition a été codifiée par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007. Il ne s'agit donc pas d'une loi certes, mais les ordonnances, au sens de l'article 38 de la Constitution, sont prises dans le domaine de la loi.

⁸¹ Malgré le degré de précision, la loi, bien évidemment, ne règle pas tout. Aussi, l'article L1441-3 du même code précise qu' « un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent chapitre ».

⁸² Cons. const., déc. n°94-348 DC, 03 août 1994, consid. 10, JO 1994, p. 11482.

des travailleurs est assurée dans l'entreprise⁸³. Il en est ainsi de l'article assez précis du Code du travail qui fixe l'ancienneté et l'âge requis pour être désigné délégué syndical⁸⁴. Le second exemple concerne le cinquième alinéa du même texte constitutionnel qui prévoit que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». En 1998, le Conseil constitutionnel a rangé dans la compétence du législateur, qu'il tient en vertu de l'article 34, l'édiction « des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés »⁸⁵. En l'espèce, le Conseil a validé la fixation de la durée légale de travail effectif, par la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail⁸⁶, à trente-cinq heures.

L'interprétation extensible qu'ont les membres du Conseil constitutionnel du domaine de la loi a pour conséquence l'élargissement de ce domaine. Elle porte atteinte à la délimitation recherchée en 1958. Cette extension profite au législateur qui est de moins en moins contraint dans l'édiction des normes relatives au travail subordonné. Cette tendance vers un regain de souveraineté du législateur s'accroît avec le brouillage des champs de la limitation du domaine de la loi.

II- Une limitation aux champs flous

L'encadrement du domaine de la loi conduit à distinguer une double limitation. La première s'opère au sein même de la loi. Elle consiste à établir une distinction entre les lois ordinaires, distinction fondée sur les matières sur lesquelles elles interviennent. Il y a d'un côté les lois qui, dans certaines matières, prévoient des « règles », et de l'autre, celles qui doivent se contenter de prévoir des « principes fondamentaux » dans certaines matières. De cette première

⁸³ Cons. const., déc. n°2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC, 13 juillet 2018, consid. 8, JO 2018, n°0161.

⁸⁴ C. trav., art. L2143-1 : « Le délégué syndical doit être âgé de dix-huit ans révolus, travailler dans l'entreprise depuis un an au moins et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques ».

⁸⁵ Cons. const., déc., n°98-401 DC, 10 juin 1998 consid. 26, JO 1998, p. 9033 ; Cons. const., déc. n°2018-776 DC, 21 décembre 2018, consid. 16, JO 2018, n°0297 : « Aux termes du 5^e al. du Préambule de la Const. de 1946 : " Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi...". L'art. 34 de la Constitution dispose : "la loi détermine les principes fondamentaux...du droit du travail". Dès lors, il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre ».

⁸⁶ Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry), JO 1998, p. 9029.

limitation dépend une seconde, plus générale, qui consiste à distinguer le domaine de la loi de celui du règlement. Cette dépendance est le fait même des dispositions de l'article 37 de la Constitution de 1958. Il est prévu que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Il en résulte que pour déterminer la compétence de l'Exécutif, il est nécessaire de préciser au préalable le domaine de la loi. Pour ce faire, il faut que les termes « règles » et « principes fondamentaux » soient précisément définis. Dans les matières dans lesquelles la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, la compétence du pouvoir réglementaire doit *a priori* être large, la loi étant limitée à l'essentiel. Ce second cas est favorable au développement des règlements autonomes. En revanche, dans le premier cas, le pouvoir législatif ayant un champ plus large – par comparaison au second – il est difficile pour les règlements de l'article 37 de se faire une place.

Le Conseil constitutionnel est intervenu afin de préciser ce qu'il faut entendre par principes fondamentaux pour dégager le domaine du règlement. Dans une décision du 22 novembre 1959, il a distingué le respect des principes fondamentaux de leur mise en œuvre⁸⁷. Ainsi, pour le dire avec Léo Hamon, le Conseil distingue entre « mise en cause d'un principe fondamental » et « mise en œuvre de ce principe »⁸⁸. Lorsqu'une disposition met en cause un principe fondamental, elle relève du législateur. Si elle met uniquement en œuvre ce principe, alors, elle entre dans le champ du pouvoir réglementaire. Cette distinction est encore aujourd'hui celle à laquelle recourent les Sages⁸⁹. Le Conseil est ensuite intervenu en 1959 pour préciser le terme « règles » pour la même raison⁹⁰. En l'espèce, le Premier ministre avait saisi le 13 novembre 1959 le Conseil constitutionnel, selon la procédure prévue à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution d'une demande tendant à déclarer le caractère réglementaire des dispositions de l'article 2, alinéa 3, de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne. Le Conseil a, dans un premier temps, rappelé que la fixation des règles concernant la création de catégories d'établissements publics est réservée à la loi par l'article 34 de la Constitution. Dans un deuxième temps, il a ajouté que la règle prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du Conseil d'administration de la RATP⁹¹ est du domaine de la loi. Dans un troisième temps, le Conseil a

⁸⁷ HAMON (L.), « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », D. 1960, chron., p. 255

⁸⁸ HAMON (L.), *ibid.*

⁸⁹ V. Cons. const., déc. n°2008-214 L, 04 décembre 2008, JO 2008, p. 18675, sur la nature juridique de la dénomination « Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations » figurant aux articles L5221-10, L. 5222-2, L. 5223-1, L. 5223-2, L. 5223-3, L. 5223-4, L. 5223-5, L. 5223-6, L. 8253-1 et L. 8253-6 du code du travail.

⁹⁰ Cons. const., déc. n°58-1 L, 27 novembre 1959, JO 1960, p. 442.

⁹¹ Régie autonome des Transports parisiens.

considéré que « le nombre total des membres de ce Conseil et celui des représentants des collectivités locales qui en font partie n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, un élément déterminant ». Sa fixation n'est donc pas du domaine de la loi. Il faut comprendre par-là que même dans les matières dans lesquelles la loi fixe les règles, le pouvoir réglementaire peut se déployer pour fixer les détails. Cette solution a pour conséquence une confusion des termes « règles » et « principes fondamentaux ». La confusion profite au législateur qui peut, là où il ne devait fixer que les éléments déterminants, aller plus loin, comme dans les cas où il prévoit les « règles »⁹². Ainsi, d'apparence favorable au pouvoir exécutif, la décision de 1959 produira des effets inverses⁹³. Le Conseil constitutionnel n'est pas revenu sur sa jurisprudence. Il n'a de ce fait jamais vraiment ratifié la distinction entre « règles » et « principes fondamentaux »⁹⁴.

Ce brouillage de périmètre au niveau de la loi crée finalement un brouillage au niveau de la séparation domaine de la loi-domaine du règlement. Certaines lois relatives aux relations de travail contiennent des dispositions qui ressortent au pouvoir réglementaire. Tel est le cas de l'alinéa 1 de l'article L6363-1 du Code du travail⁹⁵ qui, en citant les agents qui exercent, concurremment avec les agents de contrôle de l'inspection du travail, le pouvoir de rechercher et de constater par procès-verbal certaines infractions, précise qu'il peut s'agir des « inspecteurs de la formation professionnelle et les agents de la fonction publique de l'État de catégorie A placés sous l'autorité du ministre chargé de la formation professionnelle ». Or, le Conseil constitutionnel a, en 1993, considéré que « la détermination des autorités et départements ministériels dont dépendent les fonctionnaires chargés des fonctions d'inspecteur du travail a trait à la répartition d'attributions de l'État relevant, pour leur exercice, de la compétence du pouvoir exécutif »⁹⁶. Les dispositions déferées devant le Conseil contenaient les mots « placés sous l'autorité du ministre de l'agriculture » en parlant des inspecteurs du travail. La loi est devenue une « loi à tout faire »⁹⁷, ce que condamne un auteur en ces termes : « Le législateur déborde ces limites... pour s'égarer chroniquement tant dans le bavardage que dans le pointillisme »⁹⁸.

⁹² FORMERY (S.-L.), *op. cit.*, p. 80.

⁹³ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et al., *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 863.

⁹⁴ VILLIERS (M.) (De), DIVELLEC (A.) (Le), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 287.

⁹⁵ Cet article est issu de l'article 113 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁹⁶ Cons. const., déc. n°93-174 L, 06 avril 1993, JO 1993, p. 6105.

⁹⁷ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 10^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 65.

⁹⁸ DEUMIER (P.), « Qu'est-ce qu'une loi ? – Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », RTD civ. 2005, p. 654.

L'attitude du Gouvernement et la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont pour effet de favoriser ce brouillage. S'agissant du Gouvernement, la Constitution lui reconnaît deux mécanismes afin de défendre son domaine. Il s'agit d'abord de l'article 41 de la Constitution. Il en ressort qu'il peut, au cours de la procédure parlementaire, soulever l'irrecevabilité des dispositions qui ne sont pas du domaine de la loi. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, l'un ou l'autre peut saisir le Conseil constitutionnel qui rendra une décision de fin de non-recevoir. Ensuite, si la disposition ayant un objet réglementaire est malgré tout prise en la forme législative, le Gouvernement peut toujours procéder *a posteriori* à son déclassement ou délégalisation par décret suivant la procédure établie à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Il faut au préalable que le Conseil constitutionnel ait déclaré le caractère réglementaire de ces dispositions. Ces deux dispositions ne sont en rien contraignantes. Elles reconnaissent à l'Exécutif une simple faculté. Autrement dit, il peut s'abstenir d'engager l'une ou l'autre de ces actions. Il conforte ainsi l'élargissement du domaine législatif. En pratique, les cas dans lesquels ces procédures ont été engagées sont rares. Une recherche sur le site Légifrance dans les décisions du Conseil constitutionnel, avec pour critères de recherche « Fin de non-recevoir » et « Principes fondamentaux du droit du travail », ne présente que trois résultats⁹⁹. La dernière décision en la matière date du 23 mai 1979¹⁰⁰. Et dans ces trois décisions, la saisine n'a pas été initiée par le Premier ministre. C'est le Président du Sénat qui en a été à l'origine. Pour ce qui est de la procédure de délégalisation, la recherche, avec cette fois pour critères « Délégalisation » et « Code du travail »¹⁰¹, donne seize résultats. Sur les seize décisions, trois ne concernent pas le droit du travail. La dernière date du 4 décembre 2008¹⁰². Ni l'article 41 ni l'article 37, alinéa 2 ne permettent donc de mettre un terme aux empiètements législatifs. Par ailleurs, au-delà de ce consentement tacite, le Gouvernement est parfois même à l'origine de la réduction de son domaine au profit de la loi. En vertu de l'article 39 de la Constitution, les membres du Parlement partagent l'initiative des lois avec le Premier ministre. Ce dernier est à l'origine de projets de loi. De plus en plus, les lois votées sont issues de projets de loi. Cette tendance est favorisée par le fait majoritaire. À titre d'illustration, la loi Travail, qui modifie considérablement le droit du travail, est à l'origine

⁹⁹ Cons. const., déc. n°79-11 FNR, 23 mai 1979 (Domaine législatif) ; Cons. const., déc. n°64-6 FNR, 22 mai 1964 (Domaine réglementaire) ; Cons. const., déc. n°63-5 FNR, 11 juin 1963, *op. cit.*, (Domaine réglementaire). Date de la recherche : 11/06/2019.

¹⁰⁰ Cons. const., déc. n°79-11 FNR, 23 mai 1979, préc.

¹⁰¹ Une première recherche a été faite avec comme critères « Délégalisation » et « Principes fondamentaux du droit du travail ». Elle n'a fait apparaître que huit décisions dont la dernière date du 13 juin 1991 (Cons. const., déc. n°91-166 L, 13 juin 1991, JO 1991, p. 7957). Date de la recherche : 11/06/2019.

¹⁰² Cons. const., déc. n°2008-214 L, 04 décembre 2008, préc.

un projet de loi. Il en est de même de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. En élaborant les projets de lois, le pouvoir exécutif se soucie moins de la protection de son propre domaine. Il n'est pas rare, comme le témoigne l'article L6363-1 suscitée, qu'il y inclut des dispositions ayant un objet réglementaire. Aucun problème ne se pose *a priori*, puisque le Gouvernement peut toujours recourir à l'article 37, alinéa 2. Cependant, au regard de la faible utilisation de ce texte, l'attitude du Gouvernement contribue à porter atteinte à la séparation entre les domaines de la loi et du règlement.

La position du Conseil constitutionnel sur les incursions du législateur dans le domaine du règlement renforce également cette tendance. Dans la décision Blocage des prix et revenus, il a refusé de sanctionner les dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi au motif que les articles 34 et 37, alinéa 1^{er} de la Constitution n'ont pas entendu frapper de telles dispositions d'inconstitutionnalité¹⁰³. L'interprétation faite par les membres du Conseil est exacte. En effet, les constituants ont prévu d'autres moyens qui permettent au Gouvernement de défendre son domaine. De plus, leur caractère facultatif n'est pas de nature à conduire le Conseil à sanctionner sévèrement ces transgressions. Cette jurisprudence verrouille la procédure de l'article 61 de la Constitution (contrôle de constitutionnalité *a priori*). Elle a, aujourd'hui, pour effet pervers d'encourager l'initiateur de la loi à moins prêter attention au caractère des dispositions qu'il édicte, puisque la sanction est inexistante. En outre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative a favorisé les débordements législatifs. La sévérité qui la caractérise incite le législateur à préciser et à détailler les dispositions légales relatives au droit du travail notamment. Il va ainsi jusqu'à empiéter sur le domaine réglementaire. Le cumul de ces deux jurisprudences fait naître une situation dans laquelle « le législateur qui n'exerce pas ses compétences dans leur complétude risque la sanction du Conseil, alors que celui qui en excède largement le champ n'encourt pas la censure »¹⁰⁴.

Le Gouvernement et le Conseil constitutionnel sont conscients des dérives de l'affaiblissement de l'encadrement du domaine de la loi. Ils ont ainsi chacun manifesté leur volonté d'y remédier. Le Conseil constitutionnel, dans une décision - qui ne concerne pas directement le droit du travail – en date du 21 avril 2005, rendue dans le cadre du contrôle de

¹⁰³ Cons. const., déc. n°82-143 DC, 30 juillet 1982, Blocage des prix et des revenus., D. 1984. IR 50, obs. L. Hamon ; V. pour une confirmation : Cons. const., déc. n°83-167 DC, 19 janvier 1984, Contrôle des établissements de crédit, etc.

¹⁰⁴ MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel censure les lois trop « verbeuses ». À propos de Cons. const., 21 avr. 2005 sur la loi « Avenir de l'école » », JCP G 2005, act., p. 250.

constitutionnalité *a priori*, accepte de déclarer réglementaires les dispositions qui lui ont été déferées¹⁰⁵. Il facilite ainsi le déclassement. Le Premier ministre n'est plus obligé de saisir le Conseil avant de procéder par décret à la délégalisation. Dans sa décision du 14 avril de la même année, il a assoupli sa position sur l'incompétence négative¹⁰⁶. La première solution s'avère moins efficace que la seconde. Elle suppose toujours une action de l'Exécutif. Bien sûr, la jurisprudence du Conseil d'État¹⁰⁷ l'obligera à le faire, néanmoins, les décrets peuvent intervenir tardivement. Ce n'est donc pas suffisant. Elle n'interdit pas non plus la présence des dispositions réglementaires dans la loi. Cette solution limite juste la portée de la jurisprudence de 1982. Le Gouvernement, quant à lui, a, en 2015, manifesté sa volonté de réécrire le Code du travail. Pour ce faire, le Premier ministre a chargé Monsieur Robert Badinter de dégager un certain nombre de principes du droit du travail¹⁰⁸ devant guider la commission refondation dans son travail de distinction du domaine de la loi et de celui de la convention collective. Le rapport a été remis au Premier ministre le 25 janvier 2016 et comportait 61 *principes essentiels du droit du travail*¹⁰⁹. Ce travail, louable, n'est pas suffisant pour rationaliser l'encadrement du domaine législatif ; ce n'était d'ailleurs pas son but. Il était simplement demandé de dégager, non pas les principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, mais ceux qui sont « les plus importants [aux] yeux [du comité dirigé par Robert Badinter] »¹¹⁰.

Au regard de ce qui précède, force est de constater que l'atteinte portée par l'encadrement du domaine de la loi sur la souveraineté de celle-ci dans l'élaboration des règles du droit du travail est faible. Le législateur dispose d'une certaine marge de manœuvre pour les édicter. Les raisons conduisant à ce résultat ne sont pas seulement propres à la loi en droit du travail, mais concernent de manière globale la loi dans sa relation avec le Droit. Toutefois, c'est au prix d'une dégradation de sa qualité que la loi recouvre une partie de sa souveraineté dans l'élaboration du droit du travail. Elle devient complexe et inintelligible et perd de sa noblesse. La pression des normes constitutionnelles s'apprécie également au regard du contrôle de constitutionnalité des lois. Mais là encore, elle s'affaiblit.

¹⁰⁵ Cons. const., n°2005-512 DC, 21 avril 2005 JO 24 avril 2005, p. 7173.

¹⁰⁶ Cons. const., n°2005-513 DC, 14 avril 2005, JO 2005, p. 6974 ; LPA 6 mai 2005, n°90, p. 5, note J.-E. Schoettl.

¹⁰⁷ CE, Section, 3 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire ; RFDA 2000, p. 59, concl. F. Lamy. Il s'est déclaré compétent pour apprécier le refus du pouvoir réglementaire de recourir à la procédure de déclassement de l'article 37, al. 2.

¹⁰⁸ PÉCAUT-RIVOLIER (L.), « Naissance des principes essentiels du droit du travail », RDT 2016, p. 79 ; DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Les principes essentiels du droit du travail : une étape utile dans le processus de refondation du Code du travail », RJS 6/16, chron., pp. 427-430.

¹⁰⁹ Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, Rapport au Premier ministre, 25 janvier 2016.

¹¹⁰ PÉCAUT-RIVOLIER (L.), préc.

Section II : Un contrôle relâché des droits fondamentaux de deuxième génération

La Constitution du 4 octobre 1958 assujettit la loi en instituant un contrôle de constitutionnalité à son article 61. Cet article dispose que les lois, avant leur promulgation, peuvent être déférées au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Dans le cadre de ce contrôle, le juge de la loi s'assure entre autres du respect, par le législateur, des droits et libertés fondamentaux. La révision constitutionnelle de 2008 a étendu cette mission aux lois déjà promulguées avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹¹¹. En droit du travail, les droits et libertés fondamentaux sont essentiellement prévus par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 et par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui contient les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps.

Les lois reconnues comme méconnaissant les droits et libertés fondamentaux peuvent être abrogées. L'abrogation entraîne la disparition de la loi du paysage juridique français. La pression sur le législateur est ainsi très forte. Elle a, en 1958, fait naître le spectre du « Gouvernement des juges », rappelant les anciennes pratiques prérévolutionnaires des juridictions. Pour dissiper toute crainte et faire accepter ses décisions¹¹², le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur une certaine liberté. Cette reconnaissance est générale, en ce sens qu'elle intéresse toutes les branches du droit. Mais, en droit du travail, elle est plus marquée (II) à cause de l'appréciation minimaliste qu'a le Conseil constitutionnel des droits économiques et sociaux (I).

¹¹¹ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

¹¹² MAZEAUD (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence donnée en 2005 à Erevan [en ligne], Disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf.

I- Une appréciation minimaliste des droits fondamentaux de deuxième génération

Le Conseil constitutionnel n'apprécie pas de manière égale les droits et libertés fondamentaux prévus par les textes auxquels renvoie le premier alinéa du Préambule de la Constitution actuelle.

S'agissant des droits fondamentaux garantis par la Déclaration de 1789, ils sont qualifiés par la doctrine de droits de « première génération ». Les rédacteurs de ce texte avaient un esprit libéral. Par conséquent, les droits fondamentaux qu'il contient sont imprimés de cet esprit. Ces droits sont d'inspiration libérale et fondés sur l'économie de marché et la propriété privée¹¹³. Ils gravitent autour de quatre domaines : la liberté, l'égalité, les principes du droit pénal et ceux relatifs à l'organisation de l'État. Le Conseil constitutionnel interprète de manière extensive les termes du texte de 1789. Il exploite au mieux le potentiel de chaque disposition¹¹⁴. Il a considérablement étendu leur catalogue. Par exemple, pour ce qui est de la liberté, il est prévu à l'article 4 de la DDHC qu'elle « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Les juges ont déclaré que la liberté ne saurait « être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »¹¹⁵. Ils font de la liberté d'entreprendre, alors qu'elle n'est pas expressément visée, une partie du principe de la liberté. La liberté d'entreprendre est d'une grande importance en droit du travail. Ils ont également déduit de l'article 4 la liberté contractuelle et le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues¹¹⁶.

S'agissant des droits découlant des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, prévus par le Préambule de la Constitution de 1946, ils sont dits de « seconde génération ». Ces droits sont d'esprit social¹¹⁷. Ils sont nombreux. Parmi ceux qui concernent le droit du travail, il y a le droit d'obtenir un emploi (§ 5), le droit syndical (§ 6), le droit de grève (§ 7), le droit de tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail (§ 8).

¹¹³ LYON-CAEN (G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », D., 1989, chron., p. 289.

¹¹⁴ PRETOT (X.), JAN (P.), « Bloc de constitutionnalité », JCI Administratif, Fasc. 1418, mise à jour : 2019.

¹¹⁵ Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, JO 1982, p. 299 ; Cons. const., n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012 : Rec. Cons. const. 2012, p. 636.

¹¹⁶ Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, JO 1998, p. 9033.

¹¹⁷ LYON-CAEN (G.), *op. cit.*

Le Conseil constitutionnel a une interprétation minimaliste des droits fondamentaux de deuxième génération. Il limite leur portée effective. En 1993, il a, dans un premier temps, posé « que, si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur, participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de mise en œuvre »¹¹⁸. Dans un second temps, il a considéré « que si cette disposition implique que la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs ». Dans une autre affaire, des députés ont saisi le Conseil et fait valoir que l'élaboration de la loi déferée n'ayant pas été précédée d'une concertation des partenaires sociaux, le « droit constitutionnel de participation déduit du Préambule de la Constitution de 1946 » a été méconnu. Les membres du Conseil ont rejeté ce grief. Ils ont considéré « que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi invoquée par les requérants, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux »¹¹⁹.

Certains droits ont été qualifiés « d'exigences constitutionnelles »¹²⁰. C'est le cas du droit pour chacun d'obtenir un emploi, énoncé au cinquième alinéa, dans une décision du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale¹²¹. Une telle qualification est de nature à atténuer la portée de ces droits. Il est vrai qu'il leur reconnaît une valeur constitutionnelle. Néanmoins, celle-ci est faible. En effet, la qualification d'exigence constitutionnelle conduit à les « considé[rer] comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat »¹²². Ils peuvent donc être restreints. De plus, si pour les droits de

¹¹⁸ Cons. const., déc. n°93-328 DC, 16 décembre 1993, Rec. Cons. const., p. 547, note X. Prétot ; RJS, 3/94, n°269.

¹¹⁹ Cons. const., déc. n°98-401 DC, 10 juin 1998, *op. cit.*

¹²⁰ RADÉ (Ch.), « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaidoyer pour un changement de modèle », Dr. soc., 2018, p. 726.

¹²¹ Cons. const., n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, consid. 46, JO 2002, p. 1053.

¹²² MAZEAUD (P.), *op. cit.*

première génération, les membres du Conseil n'hésitent pas à les étendre, en ce qui concerne les principes politiques, économiques et sociaux, ils refusent d'en étendre le contenu. Ils s'en tiennent à la liste énoncée au Préambule.

Cette interprétation minimaliste trouve sans doute son origine dans l'orientation libérale de la jurisprudence constitutionnelle¹²³. Le Conseil a moins d'égards pour les droits d'esprit social. L'interprétation minimaliste a une incidence sur le degré du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil est plus vigilant quand un droit d'inspiration libérale est mis en cause par une loi. Il l'est moins par contre quand celle-ci porte atteinte à un des droits d'esprit social. Le contrôle de constitutionnalité est plus relâché. Dès lors, les membres du Conseil ont tendance à souvent conclure à l'innocuité des dispositions légales qui leur sont déférées.

En 2008, l'instauration de la QPC a suscité de nouvelles craintes sur le déclin de l'autorité de la loi. La QPC étend, en effet, le champ du contrôle de constitutionnalité. Si, dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution de 1958, le contrôle est limité aux lois qui n'ont pas encore été promulguées, le contrôle *a posteriori* de l'article 61-1, étend le contrôle aux lois qui ont déjà reçu application. Il est alors possible pour le Conseil de contrôler de nombreuses lois, y compris celles promulguées avant 1958 qui échappent au contrôle *a priori*. Dès 2012, deux ans seulement après l'entrée de la QPC, Monsieur Olivier Dutheillet de Lamothe écrivait : « Il me semble [...] que si le développement du contrôle de constitutionnalité, et notamment de la QPC, a pu faire craindre une fragilisation de la norme sociale, c'est en réalité à une sécurisation de cette norme que l'on assiste »¹²⁴. Neuf ans plus tard, cette affirmation prémonitoire se confirme. La QPC n'a pas « changé le visage du droit constitutionnel du travail »¹²⁵. Le nombre de censures prononcées est relativement bas. Même certains auteurs qui défendent la thèse selon laquelle le contrôle de constitutionnalité en matière sociale n'est pas relâché, le reconnaissent¹²⁶. L'échec de la QPC, en matière du droit du travail, s'explique entre autres¹²⁷ par le fait que le Conseil, même dans le cadre du contrôle *a posteriori*, a également une interprétation minimaliste des principes politiques, économiques et sociaux.

¹²³ PRÉTOT (X.), « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in : *Les sources du droit du travail*, Paris : PUF, 1998, p. 162.

¹²⁴ DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Sécurisation ou fragilisation de la norme sociale ? », *SSL* 2012, n° 1561.

¹²⁵ BERNAUD (V.), « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Dr. soc.*, 2014, p. 317.

¹²⁶ GAHDOUN (P.-Y.), « Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop « relâché » ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 734.

¹²⁷ Cet échec est aussi dû au fait que c'est aux justiciables qu'il appartient de soulever la QPC. Ce n'est pas un moyen d'ordre public. De plus, par son filtre, la chambre sociale de la Cour de cassation peut bloquer la

Finalement, l'interprétation minimaliste des droits de deuxième génération sécurise l'autorité de la loi. Cette appréciation renforce la liberté laissée par le Conseil constitutionnel au législateur pour mettre en œuvre ses politiques législatives.

II- Une liberté prononcée du pouvoir législatif

Remettre en cause une tradition, vieille de plus d'un siècle, fondée sur la suprématie de la loi suscite forcément des craintes, des oppositions notamment de la part de ceux qui détiennent le pouvoir de légiférer. Le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la loi, a dû garantir au Parlement le respect de sa compétence malgré la soumission de son œuvre à un contrôle. Il respecte la compétence du législateur dans les deux formes du contrôle de constitutionnalité.

En ce qui concerne le contrôle *a priori*, les membres du Conseil constitutionnel ont, dans la décision du 15 janvier 1975 dite IVG, reconnu que l'article 61 de la Constitution ne leur confère pas un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement, mais leur donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à leur examen¹²⁸. Autrement dit, le législateur est libre de définir un objectif et les règles de droit appropriées pour l'atteindre. Par conséquent, il n'appartient pas au Conseil de rechercher, quand il se prononce sur la conformité de la loi à la Constitution, si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies¹²⁹.

En ce qui concerne le contrôle *a posteriori*, il a aussi soulevé des craintes¹³⁰. Aussi, le Conseil constitutionnel s'est empressé dès la décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 sur

transmission des QPC. Il en a été ainsi dans un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 janvier 2016 à propos du reclassement du salarié inapte (Cass. soc., QPC, 13 janvier 2016, n°15-20822, RJS 2016, n°162. Sur les raisons de l'échec de l'attractivité de la QPC, V. BLACHÈRE (Ph.), « Constitution et droit du travail : cinq ans de QPC », LPA 2015, n°181, p. 4.

¹²⁸ Cons. const., déc. n°74-54, 15 janvier 1975 (Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse), JO 1975, p. 671.

¹²⁹ Cons. const., déc. n°2001-444 DC, 9 mai 2001, consid. 3, JO 2001, p. 7806 ; Const. const., déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, JO 2001, p. 10828 : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur. Il est à tout moment loisible à celui-ci, dans le domaine de sa compétence, de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. L'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle ».

¹³⁰ DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Sécurisation ou fragilisation de la norme sociale ? », *op. cit.*

la garde à vue, d'étendre à la QPC la jurisprudence IVG. Il a déclaré qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Dès lors, il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité qu'il a constatée¹³¹.

Dans ces deux cas, le législateur dispose donc d'une certaine part de liberté, malgré l'existence du contrôle de constitutionnalité, pour édicter les règles de droit conformément au but qu'il s'est assigné. Le contrôle du Conseil est restreint. Il opère un contrôle de proportionnalité. Il s'assure « que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées » à ce but. De ce fait, le législateur peut édicter des règles qui remettent en cause certains droits fondamentaux, sans encourir de sanction dès lors qu'il n'y a pas de disproportion manifeste. Cette liberté concerne toutes les branches du Droit. Cependant, pour ce qui est de l'édition du droit du travail, elle est plus prononcée à cause de l'interprétation minimaliste des droits fondamentaux énoncés dans le Préambule de la Constitution de 1946. Deux situations permettent de s'en rendre compte.

La première est celle dans laquelle le législateur profite, d'une part, de la compétence que lui reconnaît le Conseil en vertu des dispositions de l'article 34 pour mettre en œuvre les principes énoncés dans le Préambule de 1946 et, d'autre part, de la liberté évoquée ci-dessus pour justifier la violation de certains droits fondamentaux. L'exemple le plus parlant est celui du droit pour chacun d'obtenir un emploi, prévu au cinquième du Préambule de 1946. Ces dernières années, quasiment toutes les lois concernant le droit du travail ont eu pour but de mettre en œuvre ce droit. Cette tendance a pour cause la montée du chômage en France depuis les années 1980. L'objectif recherché par les pouvoirs publics est la baisse du chômage. En mettant en œuvre ce droit, le législateur élabore des règles qui portent atteinte à d'autres droits, surtout à ceux de deuxième génération, y compris parfois au final au droit d'obtenir un emploi. Ce dernier droit, n'étant pas un droit-créance à proprement parler, ne peut être garanti que par des politiques de l'emploi¹³². Ces politiques peuvent contradictoirement aboutir à priver le plus grand nombre d'intéressés de ce droit. Le droit du travail français est aujourd'hui considéré comme trop protecteur du salarié. Cela entraîne des rigidités qui n'encouragent pas les entreprises à recruter, dans la mesure où ils auront du mal après à se séparer des salariés. C'est là, pour une partie de la doctrine, l'une des causes du chômage. Les politiques de l'emploi

¹³¹ Cons. const., déc. n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, consid. 30, JO 2010, p. 14198.

¹³² DUTHEILLER DE LAMOTHE (O.), « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », Cah. Cons. const., n°45, octobre 2014.

menées, ces dernières années, par les gouvernements successifs visent à réduire les rigidités du droit du travail en facilitant notamment la rupture du contrat de travail. Le contrôle du Conseil constitutionnel est très relâché. L'affaire du contrat première embauche (CPE) en témoigne. En l'espèce, des membres du Parlement avaient déféré au Conseil les dispositions de l'article 8 de la loi pour l'égalité des chances¹³³. Ces dispositions prévoyaient la possibilité pour les entreprises ayant un effectif supérieur à vingt salariés de conclure un CPE pour tout recrutement d'un jeune âgé de vingt-six ans. La particularité de ce contrat était que, durant les deux premières années suivant sa conclusion, les salariés ne pouvaient pas bénéficier de certaines garanties légales relatives au licenciement, notamment la procédure du licenciement. La rupture était facilitée comme à l'occasion d'une période d'essai. Pour les requérants, ces dispositions méconnaissaient le droit pour chacun d'obtenir un emploi. Il faut comprendre par-là que la politique de l'emploi aboutissait à priver ces jeunes du droit à l'emploi. Dans une décision n°2006-535 DC prise en date du 30 mars 2006, le Conseil a rendu une solution qui illustre parfaitement le caractère relâché de son contrôle¹³⁴. En premier lieu, il a rappelé les deux principes qui fondent la liberté du législateur dans la mise en œuvre du droit du cinquième alinéa. Il a déclaré, en effet, « qu'il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et, le cas échéant, en s'efforçant de remédier à la précarité de l'emploi ». Il a poursuivi en ajoutant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Par conséquent, il ne lui appartient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint pas d'autres voies. En second lieu, il a procédé au contrôle de l'erreur manifeste. Il s'est contenté de constater « que compte tenu de la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés, le législateur a entendu créer un nouveau contrat de travail ayant pour objet de faciliter leur insertion professionnelle ; qu'ainsi, par sa finalité, l'article 8 tend à mettre en œuvre, au bénéfice des intéressés, l'exigence résultant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». De ce fait, il a considéré que « les modalités retenues par la loi déférée [n'étaient] pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie »,

¹³³ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

¹³⁴ Cons. const., déc. n°2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2006, p. 4964.

validant ainsi la loi. Certains auteurs reprochent ainsi au Conseil de rester en retrait sur les grands débats qui animent le droit du travail ces dernières années¹³⁵.

La seconde situation est celle dans laquelle une loi met en conflit les deux grandes catégories des droits fondamentaux, à savoir : les droits et libertés proclamés par la DDHC et ceux énoncés dans le Préambule. Ces droits peuvent facilement entrer en conflit, tant leur finalité respective n'est pas la même : les uns d'inspiration libérale, les autres d'esprit social. Dans cette hypothèse, le législateur a également « une marge d'appréciation assez large sur l'étendue des conciliations à opérer entre les droits et principes en balance, sur les motifs qui le poussent à trancher ainsi que sur les meilleurs moyens d'y parvenir »¹³⁶. Le Conseil constitutionnel exerce alors une mission de conciliation. C'est là qu'il sort parfois de sa neutralité traditionnelle et prend parti. L'interprétation minimaliste qu'a le Conseil des droits de deuxième génération, le conduit, surtout ces dernières années, à pencher la balance du côté des droits de première génération. Cette tendance est en faveur de la loi. En effet, s'il est vrai que les lois actuelles visent à mettre en œuvre les politiques de l'emploi, cela passe par des moyens économiques. L'objectif premier est de rendre compétitives les entreprises françaises. La liberté d'entreprendre, droit de première génération, est ainsi préférée par le Conseil, lorsqu'elle entre en conflit avec des droits de deuxième génération, car cette liberté favorise les politiques orientées vers la compétitivité des entreprises. L'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud explique également l'atténuation du contrôle de constitutionnalité à l'égard des droits de deuxième génération par le « réalisme »¹³⁷. Selon lui, le niveau des prestations servies par l'État – prestations issues des droits-créances du Préambule – est conditionné par la situation économique. Le Conseil constitutionnel tient compte de ce réalisme quand il concilie les droits d'inspiration libérale et ceux d'esprit social. Le professeur Gérard Lyon-Caen avait lui aussi soulevé ce réalisme en écrivant en 1989 que « les droits de l'homme sont absolus, imprescriptibles, intemporels. Les droits économiques et sociaux ne sont que nécessaires à notre temps, ils relèvent de la catégorie du contingent, de la conjoncture historique »¹³⁸. Ils peuvent donc, selon la conjoncture, ne plus être particulièrement nécessaires. Le rapport remis au Président de la République sur l'une des ordonnances du 22 septembre 2017, fait référence aux « enjeux de notre temps »¹³⁹. Ces enjeux sont d'abord d'ordre

¹³⁵ RADÉ (Ch.), « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaidoyer pour un changement de modèle », *op. cit.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ MAZEAUD (P.), *op. cit.*

¹³⁸ LYON-CAEN (G.), *op. cit.*

¹³⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, *op. cit.*

économique. Notre temps est moins celui des principes politiques, économiques et sociaux, mais plus celui de ces « enjeux ».

Au regard de ce qui précède, il sied de noter qu'il est vrai qu'il existe encore une pression de la norme fondamentale sur la loi dans l'édiction du droit du travail, à la fois par l'encadrement du domaine de celle-ci par celle-là, et par sa soumission au contrôle de constitutionnalité. Des mécanismes constitutionnels sont prévus pour combattre les débordements législatifs. Toutefois, ces mécanismes s'avèrent inefficaces. La loi n'est plus véritablement limitée dans son domaine. De même, le contrôle de constitutionnalité s'est considérablement affaibli, au point où un auteur se demande s'il faut encore y croire ou pas¹⁴⁰. Cet affaiblissement est surtout lié aux orientations politiques et économiques du législateur qui coïncident avec l'orientation libérale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce relâchement permet à la loi de s'exprimer quasiment sans limite, quand bien même elle violerait les normes constitutionnelles.

La norme constitutionnelle n'est pas la seule qui exerce une contrainte sur la loi. Le législateur doit également respecter les règles intéressant le travail subordonné, qui sont élaborées au niveau supranational.

¹⁴⁰ RADÉ (Ch.), « Y croire, ou pas ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 677.

Chapitre II : L'influence affaiblie des normes supranationales

Le phénomène de mondialisation et de régionalisation du Droit n'a pas manqué de toucher le droit du travail. Dès le début du XX^e siècle, est créée une institution internationale apte à créer des normes intéressant les relations de travail. Au cours de la seconde moitié de ce siècle, s'est développé un droit du travail régional au niveau européen. Le droit du travail français est exposé à ce double mouvement. La loi, source créatrice suprême du droit du travail jusqu'à la seconde moitié du siècle, a également été touchée par ce phénomène. Elle perd sa suprématie et est exposée « à des influences normatives extérieures »¹⁴¹. Elle exprime, depuis, la volonté générale dans le respect des normes supranationales¹⁴². Cependant, le législateur gagne des parcelles de souveraineté vis-à-vis de ces normes. Il parvient à s'échapper de leur influence et avoir les mains libres pour édicter les règles du droit du travail. L'influence des normes supranationales présente des failles. Celles-ci se rencontrent lors de leur application (**Section I**) et dans leur système de répression (**section II**).

Section I : Une faiblesse dans l'application

L'impact des normes supranationales en droit interne se révèle lors de leur application en droit français. À cette occasion, elles jouissent d'une primauté sur les textes nationaux¹⁴³, y compris sur la loi. Le législateur doit respecter cette primauté. Mais il arrive souvent, dans l'élaboration de la norme, qu'il n'y prête pas attention. Le juge ordinaire est depuis l'arrêt Jacques Vabre¹⁴⁴, le gardien de la conventionnalité des lois. Il écarte les dispositions légales contraires. Mais avant de confronter la loi à une norme supranationale, il contrôle d'abord son effet direct. Ce contrôle peut aboutir à la sécurisation d'une loi même contraire à la norme internationale (**I**). Par ailleurs, la reconnaissance de l'effet direct n'aboutit toujours pas à une

¹⁴¹ HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et al., *Droit social européen et international*, 3^e éd., Paris : PUF, 2017, p. 5.

¹⁴² MATHIEU (B.), *La loi, op. cit.*, p. 41.

¹⁴³ Constitution, art. 55.

¹⁴⁴ Cass. mixte, 24 mai 1975, n°73-13556, dit arrêt Jacques Vabre.

remise en cause de la loi. La confrontation des deux normes peut aussi avoir pour aboutir à la sécurisation de la loi (II).

I- La sécurisation de la loi lors du contrôle de l'effet direct

L'effet direct d'une norme supranationale n'est reconnu par le juge que si la disposition en cause permet de régler effectivement un litige¹⁴⁵. C'est en ce sens qu'a statué la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) dans un arrêt du 5 février 1963 dit Van Gend en Loos. Il ressort de cet arrêt que sont d'effet direct les dispositions d'un texte supranational qui engendrent des droits individuels dont un justiciable peut directement se prévaloir devant les juridictions nationales¹⁴⁶. Cet arrêt concerne le droit communautaire du travail (aujourd'hui droit de l'Union européenne). Toutefois, cette définition de l'effet direct concerne aussi le droit du Conseil de l'Europe et celui de l'OIT¹⁴⁷. Les juges ordinaires, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, recherchent l'effet direct de toutes les normes supranationales, sauf pour celles qui en sont systématiquement dotées. C'est le cas des règlements européens¹⁴⁸. Les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), étant dédiées aux droits fondamentaux, jouissent d'une certaine « présomption d'effet direct »¹⁴⁹. Pour dégager l'effet direct d'une disposition, le juge français recherche deux critères. Le premier est un critère subjectif. La norme juridique doit avoir pour destinataires les particuliers. Elle doit créer des droits individuels pour eux. Le second est un critère objectif. La norme supranationale doit être autosuffisante dans son application, c'est-à-dire pouvoir s'appliquer sans le concours d'une norme interne. Les juridictions françaises ont reconnu à de nombreuses dispositions internationales un effet direct¹⁵⁰.

¹⁴⁵ HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et *al.*, *op. cit.*, p.19.

¹⁴⁶ CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3

¹⁴⁷ V. Cass. soc., 29 mars 2006, n°04-46499 pour les conventions OIT.

¹⁴⁸ TFUE, art. 288, al. 2 : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ». Il faut noter que les règlements en droit du travail sont rares. La finalité des règlements est de réaliser l'uniformisation des systèmes juridiques des pays membres de l'Union européenne. En raison de la sensibilité des États sur les questions sociales, la voie idéale est l'harmonisation. Il y a donc plus de directives que de règlements. Il y a quelques règlements importants en droit du travail. C'est le cas règlement du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union européenne, complété par le règlement du 16 avril 2014.

¹⁴⁹ HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et *al.*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁰ Ex : art. 2, § 2, art. 11 de la convention n°158 sur le licenciement ; l'art. 45 TFUE fondant la libre circulation des travailleurs, l'art. 157 TFUE sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes ; l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; l'art. 5 de la Charte sociale européenne, etc.

L'effet direct est la condition *sine qua non* pour invoquer devant le juge de la conventionnalité une disposition internationale afin de paralyser une norme interne. Si un texte international n'est pas d'effet direct, il ne peut être invoqué contre la loi ordinaire en particulier. Or, cette loi peut contenir des dispositions contraires à la norme internationale. Le contrôle de l'effet direct peut donc aboutir à la sécurisation d'une loi violant les règles contenues dans un texte supérieur.

Cet effet pervers se rencontre tout d'abord lors de la recherche de l'effet direct de la Charte sociale européenne. La dénomination « charte » peut faire croire que ce texte n'a aucune force juridique¹⁵¹. Bien au contraire, il s'agit d'un véritable traité international qui s'impose aux États qui l'ont ratifié, dont la France. Elle fait partie des instruments sociaux du Conseil de l'Europe et est le pendant *social* de la CESDH. Les droits sociaux fondamentaux qu'elle prévoit sont d'une richesse telle que la Charte présente des potentialités impressionnantes, et son application pourrait sérieusement perturber le droit français¹⁵². Mais la force juridique de la Charte est constamment remise en cause par certains auteurs¹⁵³. Et cela se confirme aussi en jurisprudence. Les juridictions françaises, en particulier le Conseil d'État, refusaient constamment de reconnaître aux dispositions de la Charte un effet direct à l'égard des nationaux¹⁵⁴. Cela ne signifie pour autant pas que toutes les dispositions de la Charte ne peuvent prétendre à cet effet. En effet, contrairement à ce qu'ont affirmé certains auteurs¹⁵⁵, dans une récente décision, la chambre sociale de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a reconnu à l'article 5 de la Charte relatif à la liberté syndicale un effet direct¹⁵⁶. Néanmoins, la reconnaissance de cet effet reste rare. Or, il n'est pas rare qu'une disposition légale française soit contraire à la Charte sociale européenne.

Une affaire permet de l'illustrer. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁵⁷, par ses dispositions réglementant le forfait

¹⁵¹ AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Réflexion sur l'effet direct de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011, p. 233.

¹⁵² BOGARD (D.), « Le sauvetage du forfait-jours : tour de force ou...tour de passe-passe ? », Gaz. pal. 2011, n°244, p. 11.

¹⁵³ GARDIN (A.), LHERNOULD (J.-Ph.), « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », RJS 5/19, p. 353. Selon ces auteurs, la Charte sociale européenne n'est qu'un « traité international de portée programmatique ».

¹⁵⁴ CE, 20 avril 1984, Valton et Crépeaux, Lebon 148 ; CE, 28 janvier 1994, Fédération des services CFDT, RJS 4/1994, n°480. V. sur cette question AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Réflexion sur l'effet direct de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », préc.

¹⁵⁵ GARDIN (A.), LHERNOULD (J.-Ph.), préc.

¹⁵⁶ Cass. soc., 12 avril 2018, n°17-60197, JurisData n°2018-005795.

¹⁵⁷ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO 2008, p. 13064.

en jours, prévoyait un dispositif qui pouvait conduire les travailleurs à travailler jusqu'à soixante-dix-huit heures par semaine. Dans sa décision du 23 juin 2010, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a fait droit à une réclamation portée par la CGT¹⁵⁸ et déclaré que les dispositions françaises n'étaient pas conformes à l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne¹⁵⁹. Cet article dispose qu' « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties contractantes s'engagent : 1. à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire [...] ». Le CEDS a refusé de considérer comme raisonnable la durée de soixante-dix-huit heures. Cette décision a suscité des craintes en droit français car les travailleurs concernés par le dispositif de forfait en jours représentaient un grand nombre. Toutefois, dans un arrêt du 29 juin 2011 sur le forfait en jours, la chambre sociale de la Cour de cassation a « sauvé » ce dispositif en affirmant que « toute convention en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires »¹⁶⁰. La Cour de cassation a atténué la portée de la Charte sociale européenne en ne s'y référant que de manière indirecte¹⁶¹. Elle a visé l'article 151 du TFUE qui mentionne la Charte sociale européenne. Cette technique lui a permis de ne pas directement appliquer, en l'espèce, l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne et partant, de sauver le forfait en jours.

Deux autres affaires, non encore closes, peuvent être évoquées. La première est celle qui intéresse la barémisation des indemnités du licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'article L1235-3, introduit dans le Code du travail par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017¹⁶², modifié par la loi de ratification du 29 mars 2018¹⁶³, prévoit qu'en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le juge peut, en cas de refus de la réintégration du salarié dans l'entreprise, octroyer à celui-ci une indemnité dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux. Plusieurs conseils de prud'hommes ont été saisis afin qu'ils se prononcent sur la conventionnalité ou non de ces dispositions à l'article 24 de la Charte sociale européenne. Bien avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, le CEDS avait déclaré contraire à l'article 24 de la Charte un barème des indemnités de licenciement en

¹⁵⁸ Confédération générale du travail

¹⁵⁹ AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), *op. cit.*

¹⁶⁰ Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71107.

¹⁶¹ BOGARD (D.), *op. cit.* ; FAVENNEC-HÉRY, « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587.

¹⁶² Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

¹⁶³ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Finlande¹⁶⁴. Le barème dit Macron pourrait, en application de cette solution, être déclaré inconstitutionnel. Toutefois, l'inconstitutionnalité ne peut être prononcée que si l'article 24 est d'effet direct. Le conseil de prud'hommes du Mans, dans un jugement en date du 26 septembre 2018, a considéré que l'article 24 de la Charte sociale n'a pas d'effet direct horizontal¹⁶⁵, c'est-à-dire, qu'il ne peut être invoqué dans les litiges entre particuliers. La raison en est que cet article, dans la deuxième partie de la Charte, est ainsi rédigé : « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître [...] ». Il ne s'adresse qu'aux parties, autrement dit aux États. Avec une justification différente, le professeur Grégoire Loiseau considère que l'article 24 de la Charte est dépourvu d'effet direct horizontal¹⁶⁶. Selon lui, il fait partie des « principes-balises » de la Charte qui nécessitent des règles particulières pour leur donner un contenu. En revanche, d'autres jugements des conseils de prud'hommes ont reconnu à cet article un effet direct et prononcé l'inconstitutionnalité du « barème Macron »¹⁶⁷. Sans entrer dans ce débat, ces solutions montrent à quel point l'effet direct d'une norme supranationale est un enjeu important. Il peut, lorsqu'il n'est pas reconnu, sauvegarder la loi. La décision, à venir, de la Cour de cassation dans cette affaire est très attendue.

La seconde affaire concerne l'aménagement de la durée du travail sur une période de référence pouvant atteindre trois ans. Les articles L3121-41 et L3221-44 du Code du travail, issus de la loi du 8 août 2016, permettent un tel aménagement. Le CEDS a, dans une décision rendue le 18 octobre 2018 et publiée le 15 mars 2019, considéré qu'une période de référence, supérieure à un an et pouvant atteindre trois ans pour le calcul de la durée moyenne du travail, n'est pas raisonnable¹⁶⁸. Elle est, de ce fait, contraire aux dispositions de l'article 4, § 2 de la Charte sociale européenne qui garantissent le droit à une rémunération équitable. La décision étant récente, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la question. La question de son effet direct se posera. Madame Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian pense que l'applicabilité directe de l'article 4, § 2 est discutable¹⁶⁹. Selon elle, dans sa première partie¹⁷⁰,

¹⁶⁴ CEDS, 8 septembre 2016, n°16/2015, Finnish Society of social Rights c. Finland.

¹⁶⁵ Cons. prud'h. Le Mans, 26 septembre 2018, n°17/00538.

¹⁶⁶ GRÉGOIRE (L.), « Conventionalité du barème : le débat est ouvert », JCP S 2018, p. 1367.

¹⁶⁷ V. *infra*.

¹⁶⁸ CEDS, 18 octobre 2018, n°154/2017, CGT c/ France.

¹⁶⁹ ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », JCP S 2019, p. 1139.

¹⁷⁰ Charte sociale européenne, art. 4 (première partie) : « Tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant ».

cet article manque de précision. Dans sa deuxième partie¹⁷¹, en revanche, il est précis, mais son caractère auto-suffisant demeure douteux. Si la Cour de cassation vient à écarter l'effet direct de l'article 4, § 2, malgré leur non-conformité, les dispositions de la loi Travail seront maintenues, comme dans l'affaire du forfait-jours.

Ensuite, le contrôle de l'effet direct des directives mal transposées ou non transposées présente aussi des failles qui permettent au législateur d'avoir les mains libres dans l'édiction des règles relatives au travail subordonné. Prises dans un but d'harmonisation, les directives sont les instruments privilégiés du droit du travail de l'Union européenne. Elles n'ont en principe aucun effet direct, car elles doivent faire l'objet d'une transposition par des mesures nationales. Cependant, en cas de manquement par un pays à cette obligation, la CJCE a, dans l'affaire Van Duyn, jugé qu'il est important de reconnaître un éventuel effet direct aux dispositions des directives qui seraient à la fois créatrices de droits, suffisamment précises et inconditionnelles¹⁷². Dans un arrêt Marshall du 26 février 1986, la Cour de justice précise sa jurisprudence Van Duyn, en cantonnant l'effet direct à sa dimension verticale (la disposition supranationale ne peut être invoquée que dans un litige entre un particulier et une autorité publique)¹⁷³. Ce cantonnement ne permet de ce fait pas à un salarié d'invoquer dans le litige qui l'oppose à son employeur, personne de droit privé, et inversement, les dispositions d'une directive européenne, que celles-ci soient créatrices de droits, suffisamment précises et inconditionnelles. L'effet pervers est qu'une disposition légale, contraire à ces dispositions, peut échapper à l'inconventionnalité dans un litige entre particuliers. C'est ce qui est arrivé dans une décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 15 janvier 2014¹⁷⁴. En l'espèce, les dispositions nationales en cause sont celles de l'article L1111-3 du Code du travail. Il résulte de l'article L2142-1-1 du Code du travail que le seuil de désignation du représentant de la section syndicale dans une entreprise est de cinquante salariés. Pour calculer l'effectif de l'entreprise, l'article L1111-3 exclut notamment les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi ou d'accompagnement dans l'emploi, les titulaires d'un contrat de professionnalisation. La Cour de cassation a renvoyé à la CJUE deux questions préjudicielles. La première était celle de savoir si le droit fondamental relatif à l'information et à la

¹⁷¹ *Ibid.*, art. 4, § 2 (deuxième partie) : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties s'engagent [...] à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers ».

¹⁷² CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. p. 1337 ; RTDE 1976, p. 141, obs. G. Lyon-Caen.

¹⁷³ CJCE, 26 février 1986, Marshall, aff. 152/84, Rec. p. 723.

¹⁷⁴ CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT, AJDA 2014, p. 336, chron. M. Aubert, E. Boussy et H. Cassagnabère, D. 2014, p. 705, note S. de La Rosa.

consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions de la directive CE n°2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, pouvait être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de cette directive. La seconde consistait à savoir si dans l'affirmative, ces mêmes dispositions devaient être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant les travailleurs titulaires de contrats aidés du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel. La Cour de justice, examinant l'invocabilité de la directive CE n°2002/14, a retenu que « même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers »¹⁷⁵. Dans la même décision, les magistrats du plateau de Kirchberg ont néanmoins reconnu, en examinant l'invocabilité de réparation, que l'exclusion des contrats aidés du calcul des effectifs conduit à vider de sa substance le droit à la représentation collective. Ainsi, les dispositions de l'article L1111-3 du Code du travail ne sont pas conformes à la directive CE n°2002/14 dans le cadre de la détermination des seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel. Cinq ans après cet arrêt, l'article L1111-3 du Code du travail est resté inchangé. La chambre sociale de la Cour de cassation en a d'ailleurs tiré la conséquence suivante : « l'application de l'article L1111-3 du Code du travail, quoique incompatible avec le droit de l'Union, ne [peut] être écartée par le juge judiciaire dans un litige entre particuliers »¹⁷⁶. Même si pour certains auteurs, l'avenir de ces dispositions est loin d'être assuré¹⁷⁷, il n'empêche que pour l'heure, elles sont maintenues.

Enfin, l'effet direct d'une disposition supranationale peut être « à géométrie variable »¹⁷⁸, c'est-à-dire qu'une même disposition peut être invocable dans telle hypothèse et ne pas l'être dans telle autre. C'est ce qui ressort de la jurisprudence Ikea¹⁷⁹. En l'espèce, un salarié a prétendu que l'article L3132-12 du Code du travail, qui prévoit une dérogation au repos dominical pour certains établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, serait contraire aux articles 6 et 7 de la

¹⁷⁵ *Ibid.*, § 36.

¹⁷⁶ Cass. soc., 9 juillet 2014, JCP S 2014, 1429, note Y. Pagnerre ; RJS 10/14, n°700.

¹⁷⁷ TEYSSIÉ (B.), *Droit du travail : relations collectives*, 11^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 247.

¹⁷⁸ MOULY (J.), « Convention OIT n°106 et dérogations permanentes au repos dominical : une invocabilité à géométrie variable », *Dr. soc.*, 2019, p. 69.

¹⁷⁹ Cass. soc., 14 novembre 2018, n°17-18259, arrêt dit Ikea.

convention n°106 de l'Organisation internationale du travail concernant le repos hebdomadaire dans les commerces et les bureaux. L'article 7, § 4, de la convention n°106 dispose : « Toute mesure portant sur l'application des dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article [qui prévoient que les dérogations au repos hebdomadaire doivent coïncider, autant que possible, avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région] devra être prise en consultation avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés, s'il en existe ». Or, Le Gouvernement français a lui-même avoué que l'introduction de l'article L3132-12 dans le Code du travail et l'extension des dérogations aux commerces d'ameublement qu'elle a permise, s'étaient réalisées sans consultation des organisations de salariés et d'employeurs intéressées¹⁸⁰. Le rapport du comité chargé d'examiner la réclamation déposée par la CGT-FO sur l'application par la France de la convention n°106 insiste également sur ce point¹⁸¹. L'avocat général a ainsi conclu à l'inconventionnalité de l'article L3132-12 du Code du travail sur le fondement de l'article 7, § 4. Il est vrai que l'inconventionnalité de ces dispositions est flagrante. Mais, pour qu'elles soient écartées, il faut que l'article 7, § 4 soit invocable. Dans l'arrêt Ikea, les Hauts magistrats ont déclaré que les dispositions de ce texte « ne créent d'obligations de consultation des partenaires sociaux, dès lors que les dérogations au travail dominical critiquées résultent de la loi, qu'à la charge de l'État, de sorte que le moyen tiré de ce que la procédure ayant conduit à l'adoption de la loi n'est pas conforme à ces dispositions ne peut être accueilli ». Pour le professeur Jean Mouly, la chambre sociale ne dénie pas, par cette décision, un effet direct, même horizontal, mais elle le neutralise lorsque la dérogation au principe du repos dominical résulte de la loi¹⁸². Autrement dit, si la dérogation avait résulté d'un règlement, le paragraphe 4 de l'article 7 aurait été invocable. L'effet direct est neutralisé dans la mesure où en droit interne, le vote de la loi fait l'objet d'une procédure particulière prévue par la Constitution. Cette procédure ne rend pas obligatoire la consultation préalable des partenaires sociaux. Le Conseil constitutionnel a décidé que « ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [...], ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant les dispositions touchants aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux »¹⁸³. Et en droit français, la Constitution est considérée comme la norme fondamentale. C'est la raison

¹⁸⁰ MOULY (J.), « Convention OIT n°106 et dérogations permanentes au repos dominical : une invocabilité à géométrie variable », *op. cit.*

¹⁸¹ 326^e session, 10-24 mars 2016, 8^e rapport complémentaire.

¹⁸² MOULY (J.), *ibid.*

¹⁸³ Cons. const., n°98-401 DC, 10 juin 1998, préc.

pour laquelle, la chambre sociale a donc neutralisé l'effet direct. Quoiqu'il en soit, cette neutralisation a permis de sauvegarder la loi dont l'élaboration n'a pas été conforme à l'article 7, § 4.

Au regard de ce qui précède, il apparaît donc clair que le contrôle de l'effet direct des normes supranationales peut aboutir à la sécurisation d'une loi pourtant contraire aux normes supranationales, ce qui permet au législateur d'avoir les mains libres dans l'élaboration du droit du travail. Mais il arrive bien sûr que les juridictions ordinaires reconnaissent à plusieurs textes un effet direct. Dans ce dernier cas, elles peuvent confronter la loi à la norme internationale. Cette confrontation peut déboucher sur une sécurisation de la loi.

II- La sécurisation de la loi lors de la confrontation

Dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité, le juge ordinaire se prononce sur la conformité ou non notamment de la loi à un texte supranational. Pour paraphraser le professeur Gérard Lyon-Caen, dans la mesure où avant de dire si la loi est ou non conforme à un texte international, le juge interprète ce dernier ; il opère une appréciation sur son sens et sa portée¹⁸⁴. Cet examen est d'autant plus nécessaire que certaines dispositions internationales contiennent des termes imprécis. C'est principalement le cas pour ce qui concerne les conventions internationales de l'OIT et de la Charte sociale européenne.

L'imprécision des termes employés dans les textes internationaux est souvent recherchée. Elle permet de susciter les adhésions. Les États concernés par les normes internationales ont des niveaux de développement économique différents. Le niveau de protection des travailleurs n'est également pas le même. De plus, même au sein d'un groupe de pays économiquement développés, les États n'ont pas les mêmes modèles économiques. C'est une différence qui a des conséquences sur l'importance qu'accorde chaque pays aux droits sociaux fondamentaux. Ainsi par exemple, le Royaume-Uni a refusé de se soumettre à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, amoindrissant ainsi sa portée. Il a certes accepté de se soumettre à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

¹⁸⁴ LYON-CAEN (G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *op. cit.*

mais a obtenu un statut dérogatoire dans le cadre du protocole n°7. C'est aussi la raison pour laquelle, en droit du travail de l'Union, l'instrument privilégié est la directive. Elle vise à harmoniser les législations nationales et non à les unifier. Et les directives fixent les objectifs que les États doivent atteindre, en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir. Dans le cadre de l'OIT, l'objectif étant de réaliser, sur la base de la justice sociale, « une paix universelle et durable »¹⁸⁵, il faut que le plus grand nombre d'États adhère à l'organisation. Le choix qui a été fait est celui d'un « principe de légèreté »¹⁸⁶ dans la rédaction des normes OIT. Dès lors, les normes supranationales ne peuvent pas atteindre le même degré de précision que celui des normes internes¹⁸⁷.

Comme exemples de termes imprécis, peuvent être cités : le « droit à des conditions de travail équitables »¹⁸⁸, le « délai raisonnable »¹⁸⁹. Si le juge est appelé à confronter des dispositions contenant ces termes, il devra se prononcer sur leur sens afin de savoir si le contenu de la loi y est ou non conforme. Le danger de l'interprétation est que les termes imprécis peuvent être interprétés dans un sens qui peut sécuriser la loi ou la condamner. Telle juridiction peut considérer que la loi n'est pas conforme en retenant telle signification des termes employés. Telle autre juridiction peut avoir une autre appréhension du mot et retenir la solution inverse. Pour certaines normes supranationales, comme le droit de l'Union européenne, des juridictions supranationales ont été créées afin d'uniformiser l'interprétation. Si faille il y a, elle concerne les normes pour lesquelles il n'existe pas de système comparable.

Il s'agit, en premier lieu des conventions de l'Organisation internationale du travail. L'article 37, § 1^{er} de la Constitution de l'OIT dispose que « toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les Membres, en vertu de ladite Constitution, seront soumises à l'appréciation de la Cour internationale de Justice ». Il en résulte que la Cour internationale de justice est l'unique juge de l'interprétation des normes internationales du travail. Par conséquent, les juridictions nationales devraient renvoyer toutes questions à la CIJ en cas de difficultés sur l'interprétation d'une disposition. Ce système de renvoi préjudiciel permettrait d'avoir une uniformisation de l'interprétation. Seulement, un tel système n'existe pas. Le juge français n'a nullement

¹⁸⁵ Constitution de l'OIT, Préambule, al. 1 : « Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ».

¹⁸⁶ TEYSSIÉ (B.), « Organisation internationale du travail », JCI Travail Traité, Fasc. 91-10, octobre 2013.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Charte sociale européenne, art. 2.

¹⁸⁹ Convention n°158 de l'OIT sur le licenciement, art. 8, § 3 : « Un travailleur pourra être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de recourir contre le licenciement s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable ».

l'obligation de saisir la CIJ. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 28 juillet 2000¹⁹⁰. De même, s'agissant de la Charte sociale européenne, il n'existe pas de juridiction supranationale pouvant imposer son interprétation aux États. Les décisions du CEDS n'ont pas de force obligatoire pour eux, et donc non plus, pour les juridictions nationales. L'interprétation des conventions de l'OIT et de la Charte sociale européenne est entre les mains du juge français. Elle peut être favorable ou non à la loi. L'exemple le plus parlant actuellement est celui du « barème Macron ». Dans tous les jugements qui ont été rendus par les conseils de prud'hommes¹⁹¹, se pose la question de savoir si l'article L1235-3 du Code du travail, qui prévoit un barème pour le calcul des indemnités de licenciement, est conforme à l'article 10 de la convention n°158. Ce dernier prévoit au bénéfice du travailleur licencié pour un motif injustifié une « indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ». Est aussi interrogée la conformité du barème à l'article 24 de la Charte sociale européenne dont les dispositions sont assez proches de celles de l'article 10 de la convention n°158¹⁹². Selon le sens retenu de ce qu'il faut entendre par « indemnité adéquate » ou par « réparation appropriée », le dispositif de l'article L1235-3 sera inConventionnel ou conventionnel. Ainsi, pour le professeur Grégoire Loiseau, ces termes signifient que « l'indemnité doit être adaptée à son but, qui est d'assurer l'effectivité du droit à la protection du salarié en cas de licenciement injustifié »¹⁹³. Ils n'impliquent pas une réparation intégrale. En ce sens, le barème est plutôt conventionnel. Le conseil de prud'hommes du Mans a retenu la même solution¹⁹⁴. Le Conseil d'État, bien que statuant en référé, est également allé dans le même sens¹⁹⁵. En revanche, pour le professeur Jean Mouly, ces expressions signifient qu'il faut assurer une réparation intégrale du préjudice subi, ce que ne permet pas le barème¹⁹⁶. Bien avant ces affaires, le CEDS s'est, en 2016, prononcé sur la conformité à l'article 24 d'un barème des indemnités de licenciement injustifié applicable en Finlande. Il a considéré que les dispositions de l'article 24 impliquent une réparation intégrale des pertes et du préjudice subi¹⁹⁷. La plupart

¹⁹⁰ CE, 28 juillet 2000, n°178834, Lebon : « [...] comme il est dit à l'article 34, paragraphe 1 du statut, "Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour" ».

¹⁹¹ Cons. prud'h. Mans, préc. ; Cons. prud'h. Troyes, 13 décembre 2018, n°18/00036 ; Cons. prud'h. Amiens, 19 décembre 2018, n°18/00040 ; Cons. prud'h. Lyon, 21 décembre 2018, n°18/01238 ; Cons. prud'h. Lyon, 7 janvier 2019, n°15/01398 ; Cons. prud'h. Agen, 5 février 2019, n°18/00049.

¹⁹² Charte sociale européenne, art. 24, § b : « [...] le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

¹⁹³ LOISEAU (G.), préc.

¹⁹⁴ Cons. prud'h. Le Mans, préc.

¹⁹⁵ CE, juge des référés, 07 décembre 2017, n°415243.

¹⁹⁶ MOULY (J.), « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 122.

¹⁹⁷ CEDS, 8 septembre 2016, *op. cit.*

des conseils de prud'hommes se sont prononcés en ce sens. La généralité des termes laisse place à toutes les interprétations possibles. Pour l'instant et au regard du nombre de décisions allant dans ce sens, la voie est plutôt celle de l'inconventionnalité. Si la Cour de cassation se prononce dans le même sens que le conseil de prud'hommes du Mans, le barème sera validé ; alors qu'il est possible qu'il soit non conforme. L'appréciation des juges est donc capitale. Le Conseil d'État n'a, à ce jour, pas encore déclaré non conforme une disposition légale au regard des conventions de l'OIT. Même dans l'affaire du contrat nouvelles embauches (CNE), il a déclaré l'article 2 de l'ordonnance instituant le CNE conventionnel¹⁹⁸. Ainsi, l'interprétation des termes imprécis de certains textes supranationaux peut permettre au législateur de gagner en liberté dans l'élaboration de la norme du travail. La répression en cas de violation des normes supranationales pose d'autres limites à son pouvoir. Mais là encore, le législateur parvient à gagner quelques parcelles de souveraineté.

¹⁹⁸ CE, 19 oct. 2005 : Juris-Data n° 2005-069074.

Section II : Une faiblesse dans la répression

La sanction est l'une des caractéristiques d'une règle de droit. Elle assure à celle-ci son respect par ceux à qui elle s'adresse. Le respect des normes supranationales par le législateur français dépend fortement de l'efficacité du système de répression des institutions qui les édictent. Toute faiblesse de ce système tend à conférer au législateur plus de liberté dans l'élaboration des règles du droit travail. Tous les textes supranationaux ne jouissent pas d'un système répressif perfectionné. Le système répressif dédié à certains textes est très efficace, de sorte qu'il est difficile d'y trouver une quelconque faiblesse (I). D'autres textes, en revanche, n'ont pas de système répressif très efficace. C'est dans cette seconde hypothèse qu'une faiblesse peut être relevée (II).

I- Une faiblesse écartée

Les mécanismes mis en place pour assurer le respect de certains textes sont d'une assez grande efficacité. Celle-ci ne permet pas de déceler une faiblesse pouvant profiter au législateur français. Les textes qui bénéficient de tels mécanismes sont ceux du droit de l'Union européenne d'une part, et, d'autre part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH).

L'efficacité du système répressif mis en place pour ces deux textes tient, dans un premier temps, à l'existence de juridictions supranationales, dont la mission est d'assurer le respect de ces instruments. S'agissant tout d'abord de la Convention européenne, une juridiction autonome a été instituée pour contrôler les violations des droits fondamentaux qu'elle garantit. Elle peut être saisie par tout justiciable ayant épuisé les voies de recours internes. S'agissant ensuite du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est compétente pour sanctionner la violation par les États membres du droit de l'Union européenne. L'existence de ces deux juridictions permet d'assurer efficacement la protection des droits garantis par ces textes.

Dans un second temps, cette efficacité résulte de la palette de sanctions dont disposent ces juridictions. Tout d'abord, la CEDH peut condamner l'État qui a violé les droits garantis

par la Convention, à verser des dommages et intérêts au justiciable lésé. La condamnation de la France, obligera les autorités publiques, législateur y compris, à modifier les dispositions légales – si c’est une loi qui est en cause – transgressant le traité. Afin de lutter contre les États récalcitrants, le dispositif a été renforcé. Le protocole d’amendement n°14 du 13 mai 2004, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, a introduit une procédure de recours en manquement. Ce dernier permet au Comité des ministres, après une mise en demeure, de saisir la Cour en cas d’inexécution d’un de ses arrêts par un État. La contrainte qu’exerce ce mécanisme sur le législateur est très forte. Ensuite, pour ce qui concerne la Cour de justice, il existe plusieurs types de recours à l’occasion desquels elle peut sanctionner un État qui n’a pas respecté les obligations qu’il tient des textes du droit de l’Union. Le premier recours est celui prévu aux articles 258 à 260 du TFUE. Il s’agit du recours en manquement. Il peut être engagé par la Commission¹⁹⁹ ou un État membre²⁰⁰. Il se fait en deux temps. Il y a une phase précontentieuse au cours de laquelle la Commission européenne adresse à l’État mis en cause une lettre de mise en demeure. En cas d’échec de cette première phase, la Commission a la faculté de saisir ou non la Cour de justice afin qu’elle constate judiciairement le manquement étatique. Dans la grande majorité des cas, la phase précontentieuse suffit, car très efficace²⁰¹. La mauvaise transposition ou l’absence de transposition d’une directive peut également être sanctionnée par la voie du recours en manquement. Pour faire cesser le manquement, la CJUE peut imposer à un État récalcitrant le paiement d’une somme forfaitaire ou d’une astreinte²⁰². Toujours en cas de non-respect de l’obligation de transposition des directives, la CJCE a décidé que les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables²⁰³. Dans le célèbre arrêt *Stoeckel*²⁰⁴, la Cour de justice a considéré non conforme à l’article 5 de la directive européenne de 1976 sur l’égalité de traitement entre les hommes et les femmes, l’ancien article L213-1 du Code du travail français qui interdisait le travail de nuit des femmes. Mais, la France a mis du temps pour mettre sa législation en conformité avec le droit communautaire. Ainsi, la Commission a demandé à la Cour de condamner la France à une astreinte de 943 800 francs (soit 142 425 euros), assortie d’un sursis. La condamnation a été confirmée par un arrêt du CJCE rendu en date du 8 juin

¹⁹⁹ TFUE, art. 258.

²⁰⁰ TFUE, art. 259.

²⁰¹ HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et al, *op. cit.*, p. 60.

²⁰² TFUE, art. 260.

²⁰³ CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, RJS 1/92, n°91 ; JCP E 1992, I, 123, ann. ; JCP G 1992, II, 21 783, note A. Barav.

²⁰⁴ CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89, *Stoeckel*.

2000²⁰⁵. Finalement, la France a modifié sa législation en dénonçant la convention OIT sur le travail de nuit des femmes et en abrogeant les dispositions du Code du travail contraires.

Si au regard de ce qui précède, la répression en cas de violation de la CESDH et des textes du droit de l'Union européenne exclut toute faiblesse pouvant profiter au législateur, il en va autrement de la répression d'autres normes supranationales.

II- Une faiblesse réelle

Les normes internationales produites par l'Organisation internationale du travail et celles issues de la Charte sociale européenne ne bénéficient pas d'un système de répression efficace. Cette absence d'efficacité peut profiter au législateur, qui peut ne pas être inquiété.

Dans un premier temps, les organes de contrôle de ces textes ne sont pas de véritables juridictions. S'agissant de l'Organisation internationale du travail, les normes qu'elle produit sont contrôlées par des comités, qui n'ont pas de valeur juridictionnelle. Il s'agit notamment, dans le cadre du contrôle des rapports déposés par les États, de la Commission d'experts et de la Commission d'application des conventions et recommandations encore appelée Comité tripartite. C'est également le cas de la Commission d'enquête formée par le Conseil d'administration de l'OIT dans le cadre de la procédure de plaintes. Pour ce qui est de la Charte sociale européenne, le mécanisme de contrôle est principalement assuré par le Comité européen des droits sociaux.

Dans un second temps, la faiblesse du mécanisme de contrôle vient du fait que les décisions prises par ces organes de contrôle n'ont pas de véritable force contraignante. Les décisions du CEDS sont dépourvues de sanction. En 2003, après avoir constaté la violation des dispositions de la Charte sociale européenne par la Suède, le CEDS a déclaré qu'« il revient aux instances législatives, réglementaires ou judiciaires internes d'intervenir pour [...] faire annuler [...], interdire l'application des dispositions incompatibles avec la Charte²⁰⁶ ». Il semble reconnaître à ses décisions une force obligatoire, qu'elles n'ont en réalité pas. Pour que le pays qui a violé les dispositions de la Charte sociale européenne soit incité à rendre conforme

²⁰⁵ V. MINÉ (M.), BOUDINEAU (Ch.), NOUVEL (A.) (Le), *Le droit social international et européen en pratique*, Paris : Eyrolles, 2013, p. 100.

²⁰⁶ CEDS, 15 mai 2003, n°12/2002, Confédération des entreprises suédoises c/ Suède.

sa législation, il faut que le Comité des ministres prenne, sur la base du rapport du CEDS, une recommandation. Mais là encore, cette recommandation n'a aucune force contraignante. Les organes d'intervention ne peuvent donc pas imposer leurs décisions aux États concernés²⁰⁷. De plus, dans l'affaire du forfait en jours, malgré la constatation par le CEDS de la violation par la loi française des dispositions de la Charte sociale européenne, le Comité des ministres a juste pris note du rapport. Aucune recommandation n'a suivi. Une auteure²⁰⁸ a ainsi pu douter de l'intervention du Comité des ministres suite à la décision du CEDS relative à l'aménagement du temps de travail sur une période de référence de trois ans²⁰⁹. Pour ce qui est de l'Organisation internationale du travail, les rapports établis par ses différentes commissions n'ont pas non plus une force contraignante. Lorsque ces commissions constatent une violation, leurs décisions ne s'imposent ni au législateur ni au juge français. La sanction au sein de l'OIT est plutôt d'ordre moral ou psychologique²¹⁰. En effet, elle se caractérise surtout par la publication du rapport constatant le non-respect. Un État qui ne souhaite pas que le rapport constatant ses violations soit affiché se sentira contraint de modifier sa législation. Si cet État est peu soucieux de son image, il ne modifiera pas pour autant sa législation. S'agissant de la France, elle est plutôt soucieuse de l'image qu'elle renvoie. Ainsi, la contrainte psychologique suffit souvent. Seulement, un État peut très bien dénoncer une convention. C'est ce qu'a fait la France avec la convention n°89 de l'OIT sur l'interdiction du travail de nuit. Dénoncer une convention permet au législateur français d'échapper à la contrainte de l'OIT. C'est ce que recommandait en 2006 le professeur Patrick Morvan à propos de la convention n°158 suite à l'affaire du CNE²¹¹. Ratifiée par la France en 1989, pour une application en 1990, le Gouvernement aurait pu dénoncer cette convention en 2010. Ne l'ayant pas fait, en 2015, l'ancien président du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), Pierre Gattaz, avait relancé l'idée²¹². Après l'usage fait par les juges du fond de la convention n°158 pour paralyser le barème Macron, la question de sa dénonciation pourrait être remise à l'ordre du jour, d'autant plus que l'État français peut dénoncer cette convention en 2020.

²⁰⁷ AKANDJI-KOMBÉ (J-F) « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Dr. soc.*, 2000, p. 888.

²⁰⁸ ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », *op. cit.*

²⁰⁹ CEDS, 18 octobre 2018, n°154/2017, *op. cit.*

²¹⁰ HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et al, *op. cit.*, 16.

²¹¹ MORVAN (P.), « Une période de consolidation de deux ans n'est pas conforme aux exigences de la convention OIT n°158 », *JCP S* 2007, p. 1565 : « Une dernière issue reste ouverte au Gouvernement qui désirerait surmonter la réticence des juges aux évolutions législatives nécessaires : dénoncer la convention OIT n°158 ».

²¹² MOULY (J.), « Faut-il dénoncer la convention OIT n°158 sur le licenciement ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 1.

Conclusion Partie I

Au regard de ce qui précède, il sied de noter que l'influence des normes supra-légales sur la loi est bien réelle. La loi reste subordonnée à ces normes, et en vertu du principe hiérarchique des textes, elle doit être conforme à ces textes, c'est-à-dire ne pas en violer le contenu. Si la loi exprime la volonté générale, elle ne le fait que dans le respect des normes supra-légales. L'existence d'une telle subordination n'est pas discutable. En revanche, sa vigueur l'est.

La pression de la Constitution sur la loi, lorsque celle-ci édicte les règles relatives à la relation du travail subordonné, n'est pas si forte que ce qu'elle aurait pu être en principe. Les deux plans sur lesquels s'exerce cette pression connaissent un relâchement. L'absence de clarté de la distinction entre les termes « règles » et « principes fondamentaux », mentionnés à l'article 34 de la Constitution d'une part, et, d'autre part, la conception extensible du domaine de la loi en droit du travail réduisent la contrainte des règles constitutionnelles sur le législateur. De plus, le contrôle du Conseil constitutionnel sur la conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle ne renforce pas cette pression, bien au contraire. L'interprétation minimaliste qu'a le Conseil des droits de première génération, associée aux politiques législatives tournées vers des objectifs plus économiques que sociaux, a pour conséquence de donner au législateur plus de liberté pour édicter les règles du droit du travail. La subordination de la loi aux normes supranationales présente également une faiblesse qui profite aux représentants de la Nation. L'effet direct desdites normes, qui en soi est une cause du déclin de la souveraineté de la loi, peut être aussi l'un des facteurs garantissant une part de souveraineté au législateur. L'interprétation de la norme internationale dans le cadre du contrôle de conventionnalité peut être un élément de consolidation de la loi. En ce qui concerne la répression, elle reste un moyen de forte pression, mais uniquement pour certaines normes. Pour d'autres, elle ne l'est pas. Finalement, le législateur a quand même une certaine part de souveraineté qu'il gagne malgré sa subordination. Il ne s'agit bien sûr pas de la part de souveraineté normalement réservée à tout État souverain, mais de celle qui se dégage en raison de la faiblesse des normes se trouvant au sommet de la hiérarchie.

Cependant, malgré cette souveraineté regagnée, le législateur n'investit pas pleinement sa fonction de créateur de la norme sociale. Sans toute forme de pression de normes supérieures,

la loi se met parfois en retrait dans l'élaboration des règles. Elle préfère déléguer sa compétence.
La renonciation de la loi est aujourd'hui très prononcée.

PARTIE II :

Une renonciation forte de la loi à la détermination du droit du travail

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, « tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants », à la formation de la loi. C'est donc au peuple de légiférer. Les règles du droit du travail doivent être édictées par lui à travers la loi. Le premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1958 renvoie expressément aux « Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par » la DDHC. Et l'article 24 de la même Constitution vient préciser que « le Parlement vote la loi ». Le peuple français dicte donc les règles régissant la relation de travail, contenues dans la loi, par l'intermédiaire du Parlement qui le représente.

Il découle, en premier lieu, de ces textes, une séparation des pouvoirs entre l'Exécutif et le Législatif. Le premier ne peut en principe pas voter les lois. Il a néanmoins un rôle dans l'édition des règles juridiques. Les articles 34 et 37 de la Constitution permettent de dégager la part qui revient à l'Exécutif dans l'élaboration du droit. La séparation entre ce qui est de la loi et ce qui est du règlement interdit à l'Exécutif d'intervenir dans le domaine de la loi, même si cette frontière est aujourd'hui perméable. Toutefois, la Constitution lui permet d'intervenir dans le domaine de la loi. Cette immixtion est prévue à l'article 39 qui reconnaît au Premier ministre l'initiative des lois. Elle lui permet ainsi d'élaborer les règles applicables aux relations de travail. Le texte rédigé n'est néanmoins qu'un projet de loi. Il revient au Parlement de le consacrer en loi. À cette occasion, le Parlement peut le réécrire, insérer de nouvelles règles, de sorte qu'il n'abandonne pas le pouvoir de légiférer. Il en va autrement pour la procédure introduite à l'article 38 de la Constitution. Rare au début de la V^e République, le recours aux ordonnances s'est intensifié ces derniers temps. Cela traduit la volonté du Parlement d'abandonner l'édition des règles du droit du travail à l'Exécutif (**Chapitre I**).

En second lieu, il en ressort que le pouvoir législatif appartient au peuple entier, et non pas à une fraction. Pour paraphraser Rousseau, tout le peuple doit statuer sur tout le peuple²¹³. C'est le fondement même de la démocratie politique. Le Parlement prévoit dans la loi toutes les

²¹³ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, op. cit., p. 72.

règles juridiques régissant les relations du travail qui relèvent du domaine de la loi. Toutefois, la relation de travail est assez particulière. Elle évolue principalement au sein d'une entreprise. Dès lors, il convient également de prendre en compte la situation de l'entreprise dans l'élaboration des règles du droit du travail. Pour ce faire, il faut que le rédacteur de la règle de droit ait un minimum de connaissance du milieu de l'entreprise. Les Représentants du peuple ne remplissent pas toujours cette condition. À côté de la démocratie politique, s'est ainsi développée la démocratie dite sociale²¹⁴. La démocratie sociale signifie qu'il faut reconnaître à une partie du peuple, les partenaires sociaux, le pouvoir de légiférer en matière sociale. De plus en plus, la loi fait appel à la négociation collective pour édicter les normes sociales (**Chapitre II**).

²¹⁴ VERKINDT (P.-Y.), « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », Dr. soc., 2010, p. 519.

Chapitre I : La renonciation au profit du pouvoir exécutif

L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de prendre, par ordonnances, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Il subordonne cette possibilité à l'autorisation préalable du Parlement. Cette procédure ressemble à la pratique des décrets-lois qui existait avant la Constitution de 1958. Par ces textes, le pouvoir exécutif pouvait modifier les lois existantes avec l'autorisation des chambres²¹⁵. Les ordonnances diffèrent néanmoins des décrets-lois par le fait que dans le cadre des seconds, c'est la loi qui décidait de toutes les mesures pouvant être prises par l'Exécutif. Avec les ordonnances, le pouvoir législatif n'autorise le Gouvernement à ne prendre que les mesures qui sont normalement du domaine de la loi. C'est pour cette raison que certains auteurs pensent que « les ordonnances, sous la V^e République, sont un moyen volontaire de méconnaître la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement »²¹⁶. Contrairement, à ce que soutient Simon-Louis Formery, président de chambre à la Cour administrative d'appel de Paris²¹⁷, la délimitation du domaine de la loi n'a pas réduit l'utilité du recours aux ordonnances. Si au début de la V^e République, le recours aux ordonnances était rare²¹⁸, depuis la fin du siècle dernier et le début de ce siècle, cette technique, exceptionnelle en principe²¹⁹, est devenue un mode ordinaire d'édiction du droit du travail en particulier, et de toutes les autres branches du droit, en général²²⁰. Mais avec cette technique, la renonciation du Parlement à la production du droit du travail est très forte. Cela est dû au fait que l'habilitation donnée au Gouvernement, l'est avec une grande légèreté. Il n'y a pas de rigueur (**Section I**). Cette absence de rigueur concerne également l'étape suivante, celle de la ratification (**Section II**).

²¹⁵ FORMERY (S.-L.), *La Constitution commentée article par article*, op. cit., p. 88.

²¹⁶ VERPEAUX (M.), « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », Cah. Cons. const., n°19, janvier 2006.

²¹⁷ FORMERY (S.-L.), *ibid.*

²¹⁸ FELDMAN (G.), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », RDP, n°6, p. 1565.

²¹⁹ GAUDEMET (Y.), « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », in : *La confection de la loi*, Paris : PUF, 2005, p. 157.

²²⁰ *Ibid.*, p. 158 : « La V^e République fait un large usage des ordonnances pour couvrir pratiquement l'ensemble des matières de l'art. 34 de la Constitution ».

Section I : Une absence de rigueur dans l'habilitation

Il résulte des dispositions de l'article 38 de la Constitution, que c'est le Gouvernement qui demande l'autorisation. Le texte n'indique pas la procédure par laquelle il fait la demande. Généralement, le Gouvernement dépose un projet de loi dans lequel il sollicite l'habilitation²²¹. La formule souvent employée est la suivante : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, et dans un délai de x mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi »²²². L'article 38 est également très silencieux sur la manière dont l'autorisation doit être donnée. L'habilitation du Parlement n'est pas très encadrée. Ce dernier n'est pas très rigoureux lorsqu'il donne son autorisation. L'absence de rigueur résulte, d'une part, du fait que le domaine du droit du travail, sur lequel peut porter l'habilitation, est très large (I). D'autre part, elle a pour corollaire le caractère limité de l'intervention du législateur sur le projet de loi d'habilitation (II).

I- Une habilitation sur un domaine large

Il ne fait aucun doute que la loi d'habilitation autorise le Gouvernement à prendre des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi. C'est donc sur le domaine de la loi que le Gouvernement intervient. S'agissant du droit du travail, l'article 34 limite le domaine de la loi à la fixation des principes fondamentaux²²³. Le Gouvernement ne sera habilité à prendre par ordonnances des mesures relatives au droit du travail que pour déterminer les principes fondamentaux. C'est tout à fait logique, car il n'a pas besoin d'autorisation pour prendre les mesures qui sont normalement du domaine réglementaire. Par conséquent, l'habilitation ne peut porter que sur les principes fondamentaux du droit du travail. Et elle porte sur tous les principes fondamentaux. Il faut comprendre par-là que le Gouvernement peut fixer les principes fondamentaux du droit du travail dans toutes les branches de ce droit.

²²¹ Cons. const., déc. n°2006-534 DC, 16 mars 2006, JO 2006, p. 4443. Il a été jugé que la demande peut se faire par un amendement gouvernemental.

²²² Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

²²³ V. *supra* Section I, Chapitre I, Partie I.

Le domaine du droit du travail, objet du projet de la loi d'habilitation, n'est pas limité. Le pouvoir législatif peut habiliter l'Exécutif à prendre des ordonnances dans le droit de la santé et de la sécurité des travailleurs, dans le droit de la durée du travail, dans le droit de la négociation collective. La loi du 12 juillet 1965 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures uniquement sur la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises²²⁴. Le Gouvernement peut recevoir des habilitations sur des domaines très importants. Les ordonnances prises sur le fondement de certaines lois d'habilitation peuvent prévoir des règles d'une importance capitale. En 2005, le Gouvernement Villepin a été habilité²²⁵ à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi, dont certaines visaient à mettre entre parenthèses certains principes essentiels du droit du travail²²⁶. C'était le cas du CNE, institué par l'ordonnance du 2 août 2005. Il s'agit là d'une mesure capitale qui privait de protection pendant une longue période des salariés. Avec les ordonnances, de telles mesures, ayant une portée significative, sont élaborées par le Gouvernement et non par le Parlement.

Le silence de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait pas obstacle à ce que le Parlement autorise le pouvoir exécutif à prendre des mesures qui intéressent tout le droit du travail. Il en est ainsi avec la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social²²⁷. L'article 57 de ce texte, qui n'est pas uniquement une loi d'habilitation, habilite le Gouvernement à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du Code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification. Dans une telle hypothèse, le Parlement se dessaisit entièrement au profit du pouvoir exécutif qui peut toucher à toutes les branches du droit. Néanmoins, même si le dessaisissement est total, il n'y a pas ici véritablement de recul du législateur dans la création du droit du travail. En effet, l'Exécutif ne légifère qu'à droit constant. Il ne prend aucune mesure qui intéresse le fond. Sa tâche consiste simplement à réorganiser le Code du travail qui avait perdu en cohérence et en clarté. Il a repris en substance toutes les dispositions

²²⁴ Ordonnance n°67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, JO 1965, p. 06041.

²²⁵ Loi n°2005-846 du 26 juillet 2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, JO 2004, p. 20857.

²²⁶ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 45.

²²⁷ Loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO 2006, p. 20210.

en vigueur sans toucher au fond du droit existant. Les seules modifications à apporter sont formelles. Il a introduit une nouvelle numérotation et une nouvelle structure pour le rendre plus cohérent et plus clair. À ce titre, la recodification par ordonnance est plutôt bienvenue. Revoir tout le Code du travail est un travail colossal qui prend du temps. Or, les exigences de clarté et d'intelligibilité appellent à vite agir. Dans de nombreuses matières d'ailleurs, le Gouvernement justifie le recours aux ordonnances par ces exigences.

De même, toujours dans le silence de cet article, l'Exécutif peut être habilité à prendre des mesures intéressant quasiment tout le droit du travail sur le fond. Dans une décision du 5 janvier 1982, le Conseil constitutionnel a reconnu conformes à la Constitution des lois d'habilitation opérant des délégations très larges²²⁸. La loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit²²⁹ a permis au Gouvernement de ratifier une dizaine d'ordonnances dans diverses branches du droit, dont l'ordonnance n°2005-1478 du 1^{er} décembre de 2005 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel²³⁰. Récemment, la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances plusieurs mesures pour le renforcement du dialogue social²³¹. Les termes « dialogue social » peuvent laisser croire que les mesures dont il s'agit n'intéressent que les relations collectives. En réalité, le domaine sur lequel porte cette habilitation est très large. La loi de septembre 2016 contient six habilitations dans différents domaines qui concernent

²²⁸ Cons. const., déc. n°81-134 DC, 5 janvier 1982, JO 1982, p. 215.

²²⁹ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO 2004, p. 20857.

²³⁰ Ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel, JO 2005, p. 18641.

²³¹ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, *op. cit.*

quasiment tous les aspects de la relation de travail²³². Elles ont donné lieu à six ordonnances²³³. La doctrine est unanime pour dire que ces ordonnances bousculent le droit du travail²³⁴. Le recul du Parlement dans l'édiction du droit du travail est ici très marquant. Il laisse à l'Exécutif une réforme d'ampleur qui opère une refondation du droit du travail. Il est vrai que cette nouvelle réforme est dans la droite ligne de celle entamée par la loi Travail en 2016. Toutefois, les changements qu'elle apporte sont loin d'être mineurs. Elle a par exemple réalisé la fusion des institutions représentatives du personnel. L'article L2111-2 du Code du travail a institué le Comité social et économique, obligatoire dans les entreprises d'au moins onze salariés. Il s'agit là de l'une des grandes innovations introduites par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017²³⁵. Dans ces derniers cas, la renonciation du Parlement est très accentuée. En effet, le champ de l'habilitation est très large. Du recul du pouvoir législatif dans l'élaboration du droit du travail à son effacement pur et simple un pas décisif est franchi²³⁶.

²³² Art. 1 : « [...] le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin [notamment de] reconnaître et d'attribuer une place centrale à la négociation collective, notamment la négociation d'entreprise [...] ». art. 2 : « [...] le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin de mettre en place une nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise et de favoriser les conditions d'implantation syndicale et d'exercice de responsabilités syndicales [...] ». Art. 3 : « [...] le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin [notamment de] renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture [...] ». Art. 4 : « le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi permettant de favoriser le développement de la négociation collective [...] notamment] en : 1° Complétant les règles d'extension des accords collectifs afin d'améliorer et de sécuriser juridiquement le dispositif d'extension, en précisant les conditions dans lesquelles les organisations d'employeurs peuvent faire valoir leur opposition à une extension ainsi que les pouvoirs du ministre chargé du travail en matière d'extension [...] ». Art. 5 : « le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi pour [notamment] modifier, à des fins de simplification, de sécurisation juridique et de prévention, les règles de prise en compte de la pénibilité au travail, en adaptant les facteurs de risques professionnels [...] ». Art. 6 : « le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de remédier aux éventuelles erreurs [...] notamment] en : 1° Prévoyant les mesures de coordination et de mise en cohérence résultat des ordonnances prises sur le fondement de la présente loi [...] ».

²³³ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 2017, n°0223. Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice de la valorisation des responsabilités syndicales, JO 2017, n°0223. Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JO 2017, n°0223. Ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JO 2017, n°0223. Ordonnance n°2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, JO 2017, n°0223. Ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JO 2017, n°0297.

²³⁴ BARIET (A.), MAHÉ DESPORTES (L.), « Social : Édouard Philippe annonce un cycle de réformes bouclé à l'été 2018 », Dalloz actualité, 18 septembre 2017 ; LOISEAU (G.), « Un droit de l'entreprise sur ordonnances », Cah. soc., 2017, n°299, p. 387.

²³⁵ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, *op. cit.*

²³⁶ Selon la phrase du Professeur Bernard Teyssié : « De l'abaissement du Parlement à son effacement un pas décisif est alors franchi », TEYSSIÉ (B.), « La loi en droit du travail », in : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, p. 162.

La délégation peut également concerner la transposition des directives européennes. Aux termes de l'article 288 du TFUE, « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Les États membres de l'Union européenne ont l'obligation de transposer les directives européennes. Étant libre de choisir la forme de la transposition d'une directive en matière sociale, l'État français peut y procéder par voie législative ou réglementaire²³⁷. S'il choisit la voie réglementaire, le problème est que certaines règles à transposer sont, en droit interne, du domaine de la loi. De ce fait, l'Exécutif peut également, conformément à l'article 38 de la Constitution, demander au Parlement l'habilitation à prendre par ordonnances les mesures nécessaires à la transposition d'une directive. En droit français, le Gouvernement a fréquemment recours aux ordonnances pour transposer les directives européennes. La loi n°2001-1 du 3 janvier 2001 a habilité le Gouvernement à prendre une cinquantaine d'ordonnances afin de transposer en droit interne de nombreuses directives communautaires, et ce dans différentes matières²³⁸. Pour ce qui est du droit du travail, environ six directives ont été transposées par ordonnances. Là encore, le Parlement renonce à ses fonctions, et ce de manière significative.

Le fait pour le Parlement d'habiliter le Gouvernement à édicter des règles qui relèvent de son pouvoir sur un domaine très étendu a pour effet de l'écartier considérablement de l'édition de la norme. Lors de l'habilitation, le Parlement et le Conseil constitutionnel peuvent intervenir sur le projet de loi d'habilitation. Toutefois, cette intervention est limitée.

II- Une intervention limitée sur l'habilitation

L'habilitation accordée par le Parlement est donnée dans des conditions telles que la renonciation du Parlement à son pouvoir de légiférer est forte. Il est possible pour le Parlement de ne pas accorder l'habilitation. Il peut rejeter le projet de loi d'habilitation. En pratique, le Parlement donne souvent son habilitation. Il est rare qu'il rejette le projet de loi d'habilitation. Cela témoigne d'une volonté du pouvoir législatif d'abandonner sa compétence. Quand il intervient pour examiner le projet de loi d'habilitation pour décider ou non d'accorder

²³⁷ TEYSSIE (B.), *Droit européen du travail*, op. cit. p. 121.

²³⁸ Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire, JO 2001, p. 93.

l'autorisation, son intervention est assez limitée, de sorte que l'habilitation est facilement accordée.

La première limite se trouve dans le débat parlementaire. Le recours aux ordonnances prive les assemblées d'un véritable débat démocratique. Cela est encore plus vrai lorsque plusieurs habilitations sont demandées. Certains parlementaires avaient, lors du débat sur la loi n°2001-1 du 3 janvier 2001, dénoncé la confiscation du débat démocratique sur des textes équivalant à un an de travail législatif²³⁹. Cette absence de débat ne permet pas aux parlementaires de voter la loi avec plus de rigueur, car n'ayant pas suffisamment débattu du texte.

Les assemblées disposent néanmoins d'un moyen *a priori* efficace : les amendements. Elles peuvent apporter des amendements sur le projet de loi d'habilitation. Par les amendements, ils ont une véritable mainmise sur le projet, comme lorsque le Gouvernement dépose un projet de loi au sens de l'article 39 de la Constitution. Toutefois, ce moyen d'intervention est également limité. C'est la deuxième limite. Les parlementaires ne peuvent pas étendre, par amendement le champ de l'habilitation. C'est ce qui ressort de l'article 38 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a, en 2006, affirmé qu'il résulte des dispositions de ce texte que le Gouvernement peut seul demander au Parlement l'autorisation de prendre les ordonnances²⁴⁰. La demande d'habilitation doit provenir du Gouvernement. Ce dernier a le monopole de l'initiative des lois d'habilitation. Cette interdiction est plutôt heureuse. Elle réduit le délaissement parlementaire. Le Conseil constitutionnel peut donc frapper d'inconstitutionnalité les amendements d'extension du champ de l'habilitation. Pourtant, en pratique, il existe un moyen détourné pour y parvenir. « Le risque d'inconstitutionnalité est contourné en ce sens que les amendements d'extension de l'habilitation proposés par des parlementaires sont repris à son compte par le gouvernement »²⁴¹. L'article 32 de la loi relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux²⁴² autorisait le Gouvernement à prendre par ordonnance certaines mesures afin notamment d'instituer, à titre expérimental pour une durée de deux ans maximum, en lieu et place de la convention de reclassement personnalisée, un contrat de transition professionnelle. Ce contrat avait pour objet le suivi d'un parcours de transition professionnelle pouvant entre autres

²³⁹ POURHIET (A.-M.), *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit français*, Paris : LGDJ-Lextenso, 2011, p. 66.

²⁴⁰ Cons. const., 16 mars 2006, préc.

²⁴¹ POURHIET, *ibid.*, p. 64.

²⁴² Loi n°2006-339 du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, JO 2006, p. 4433.

comprendre des mesures d'accompagnement. Certains députés ont saisi le Conseil constitutionnel au motif que cette autorisation avait été introduite par voie d'amendement gouvernemental. Dans la décision précitée, les Sages ont considéré que si le Gouvernement peut seul demander l'autorisation de prendre les ordonnances de l'article 38, « il a la faculté de le faire en déposant soit un projet de loi, soit un amendement à un texte en cours » et ce même devant la seconde assemblée saisie « fût-ce immédiatement avant la réunion de la commission mixte paritaire ». Cette technique permet au Gouvernement de reprendre à son compte un amendement d'extension déposé par certains parlementaires. Le Parlement peut ainsi donc élargir le champ de l'extension. En outre, elle a des incidences sur le débat parlementaire. Les parlementaires souhaitant apporter des amendements à l'habilitation peuvent ne pas avoir suffisamment de temps. Le risque est grand pour que l'examen ne soit pas approfondi, et partant, l'habilitation facilement accordée.

Toujours s'agissant des amendements, en principe, le pouvoir législatif peut réduire le domaine de l'habilitation demandée. Mais ces amendements, comme le souligne une auteure, « ont peu de chances d'aboutir sans accord du gouvernement »²⁴³. Dans la majorité des cas, les lois d'habilitation, en droit du travail, reprennent le champ, objet de la délégation, tel qu'il a été rédigé dans le projet de loi. Les amendements faits par les assemblées se bornent à quelques précisions.

Les parlementaires peuvent également amender la durée de l'habilitation. Dans le projet de loi d'habilitation, le Gouvernement fixe la durée de l'habilitation. Celle-ci peut être modifiée. Le récent rapport d'information sur le bilan de l'application des lois au 31 mars 2019, fait par la sénatrice du Nord, Madame Valérie Létard, précise que les délais d'habilitation, en fonction des sujets, varient de 6 à 24 mois²⁴⁴. Il ajoute que pour les lois d'habilitation de la session 2017-2018, le délai moyen d'habilitation accordé est de onze mois et neuf jours²⁴⁵. Très souvent, aucun amendement n'est apporté à la durée demandée. Dans la loi d'habilitation du 15 septembre 2017, la durée accordée pour cinq des ordonnances est de six mois et de douze mois pour la sixième²⁴⁶. La loi d'habilitation a repris exactement les mêmes durées que celle du projet

²⁴³ POURHIET, *ibid.*, p. 71.

²⁴⁴ Rapport d'information sur le bilan de l'application des lois au 31 mars 2019, fait par Madame V. LÉTARD, 4 juin 2019, p. 21.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *op. cit.*

de loi déposé le 29 juin 2017²⁴⁷. Il existe néanmoins quelques contre-exemples. Pour la loi du 26 juillet 2005, la durée pour prendre les ordonnances a été fixée à deux mois, alors que dans le projet, la durée demandée était de trois mois. Cette réduction peut être une véritable arme pour limiter le recours aux ordonnances. Le Gouvernement est contraint d'agir vite. Au-delà de cette durée, l'autorisation devient caduque. Mais l'intervention reste limitée d'autant plus que le Gouvernement peut toujours déposer un nouveau projet de loi à l'issue de la période précédente²⁴⁸.

La troisième limite est relative à la précision et à la complétude du contenu de la loi d'habilitation. Les membres des assemblées parlementaires sont appelés à donner leur autorisation sur des actes connus que de manière trop imprécise et incomplète²⁴⁹. Le Conseil constitutionnel juge de manière constante que le Gouvernement « n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu » de l'habilitation²⁵⁰. Cette solution mérite d'être approuvée. En effet, obliger le Gouvernement à préciser la teneur des ordonnances revient à rendre inutile le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Il serait simplement préférable que le Gouvernement dépose directement un projet de loi. Néanmoins, la solution a pour corollaire de faciliter les habilitations, l'examen du projet de loi n'étant pas suffisamment approfondi en raison de l'imprécision.

La quatrième et dernière limite qui peut être présentée ici, concerne le contrôle de constitutionnalité de la loi d'habilitation. Comme toute loi, la loi d'habilitation peut être déférée, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, au Conseil constitutionnel. Ce moyen d'action devrait permettre une certaine rigueur dans l'examen de l'habilitation accordée. Mais il n'en est rien. La limite tient tout d'abord à ce qu'il s'agit d'une faculté. C'est ce qui ressort des termes « les lois peuvent être déférées », mentionnés à l'article précédent. En pratique, nombreuses sont les lois d'habilitation qui ne sont pas déférées devant le Conseil constitutionnel, même celles qui ouvrent au Gouvernement un champ très large. Ensuite, même quand le Conseil constitutionnel est saisi, son contrôle est pour l'essentiel très formel. Il porte sur deux axes. Le Conseil vérifie d'une part que le Gouvernement a suffisamment précisé la finalité et le domaine des mesures qu'il se propose de prendre. Dans une décision n°86-207, rendue le 26 juin 1986, les membres du Conseil constitutionnel ont affirmé que l'article 38

²⁴⁷ Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, déposé le 29 juin 2017. V. art. 1, 2, 3, 4, 5 et 6.

²⁴⁸ POURHIET (A.-M.), préc., p. 69.

²⁴⁹ VERPEAUX (M.), *op. cit.*

²⁵⁰ Cons. const., déc. n°86-207 DC, 26 juin 1986, consid. 21, JO 1986, p. 7978.

« doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention »²⁵¹. Une habilitation a déjà été censurée dans le cadre de ce contrôle. L'article 70 de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour redéfinir les missions, l'organisation et le financement des institutions, organismes et services concourant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des personnes handicapées ainsi que toutes mesures en accompagnant les conséquences. Le Conseil a considéré qu' « en habilitant le Gouvernement à adopter des mesures relatives aux missions, à l'organisation et au financement des institutions, organismes et services concourant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des personnes handicapées, le législateur a précisément défini le domaine d'intervention des mesures qu'il autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance »²⁵². Toutefois, il a déclaré qu' « en se bornant à indiquer qu'il reviendrait au Gouvernement de « redéfinir » ces missions, organisation et financement, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance »²⁵³. Il a, par conséquent, censuré l'habilitation au motif qu'elle méconnaît les exigences qui résultent de l'article 38 de la Constitution. L'exigence de précision de la finalité et du domaine des mesures ne permet cependant pas d'avoir un contrôle rigoureux : la précision demandée n'étant pas la teneur des mesures. Ainsi, dans la plupart des cas, le Conseil constitutionnel valide les lois d'habilitation sans aucune censure. Il en a été ainsi de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances des mesures pour le renforcement du dialogue social²⁵⁴.

D'autre part, les juges du Palais-Royal vérifient la conformité de la loi d'habilitation aux règles et principes à valeur constitutionnelle. Dans la décision précitée du 2 juillet 1986, ils ont considéré que « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes à valeur constitutionnelle »²⁵⁵. Mais là encore, le contrôle reste « relativement virtuel »²⁵⁶, puisque le Gouvernement n'a pas encore pris les mesures pour lesquelles l'habilitation est demandée. S'agissant du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il est difficile d'imaginer qu'il puisse

²⁵¹ Cons. const., déc. n°86-207, 26 juin 1986, consid. 13, préc.

²⁵² Cons. const., déc. n°2018-769 DC, 4 septembre 2018, consid. 89, JO 2018, n°0205.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Cons. const., déc. n°2017-751 DC, 7 septembre 2017, JO 2017, n°0217.

²⁵⁵ Cons. const., déc. n°86-208 DC, du 2 juillet 1986, consid. 8, JO 1986.

²⁵⁶ POURHIET (A.-M.), préc., p. 72.

exister sur des lois d'habilitation, dans la mesure où les mesures autorisées n'ont pas encore été prises.

En définitive, il y a un réel manque de rigueur dans la procédure à l'issue de laquelle l'habilitation est accordée. Ce manque de rigueur banalise le recours aux ordonnances précisément en droit du travail. Cette banalisation est réelle d'autant plus que l'absence de rigueur se rencontre également dans le processus de ratification.

Section II : Une absence de rigueur atténuée dans la ratification

L'article 38 de la Constitution en vigueur évoque le projet de ratification de l'ordonnance. Le Gouvernement doit, avant la date fixée par la loi d'habilitation, déposer un projet de ratification des ordonnances qu'il a prises conformément à la même loi. La ratification referme donc « la parenthèse » de la délégation temporaire à l'Exécutif de l'élaboration des règles relevant en principe du domaine de la loi, et « rétablit l'ordre des compétences »²⁵⁷. La ratification, conformément à l'article 92 de la Constitution, confère aux ordonnances force de loi²⁵⁸. À ce stade, des efforts sont faits pour que la ratification soit donnée dans des conditions moins laxistes (I). Cependant, l'absence de rigueur demeure (II). Elle est simplement atténuée.

I- Le renforcement du contrôle lors de la ratification

Une fois les ordonnances prises, le Gouvernement, dans le délai fixé par la loi d'habilitation, doit, à peine de caducité, déposer un projet de loi de ratification²⁵⁹. Par la ratification, le Parlement accepte la réglementation des ordonnances et la reprend à son compte²⁶⁰. Il est dès lors nécessaire que le projet de loi de ratification soit sérieusement analysé. Plusieurs éléments permettent de renforcer le contrôle par le Parlement de la ratification afin de réduire le laxisme parlementaire qui touche toute la procédure de l'article 38 de la Constitution.

Avant 2008, il y a une banalisation de la ratification des ordonnances. Elle est due à la possibilité pour le Parlement de ratifier implicitement les ordonnances. L'article 38 de la Constitution, dans sa rédaction initiale, évoque certes la ratification après le dépôt d'un projet de loi, mais ne précise pas comment le Parlement procède à la ratification. Lorsque le Parlement vote une loi de ratification, il y a ratification expresse. Il peut également y procéder à travers les dispositions d'un texte législatif qui n'est pas exclusivement dédié à la ratification. Les dispositions de l'article 38, à cette époque, ne s'opposent pas à une ratification tacite. Ces types de ratification ont très tôt été validés par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a été amené à se

²⁵⁷ GAUDEMET (Y.), « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *op. cit.*, p. 160.

²⁵⁸ Cf. CE, ass., 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, Rec. 658 ; S. 1963, p. 59, note L. Hamon.

²⁵⁹ Constitution, art. 38, al. 2.

²⁶⁰ GAUDEMET (Y.), *ibid.*, p. 163.

prononcer sur la nature des dispositions de l'ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises. Cette ordonnance n'avait pas encore été expressément ratifiée par le Parlement. Le Conseil a, par une décision du 29 février 1972, considéré que ni l'article 38 de la Constitution ni « aucune autre disposition de la Constitution ne fait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi susmentionné »²⁶¹. Il en a conclu que « cette ratification [pouvait] résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement ». Il a en effet retenu qu'il résultait des dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1969 du 27 décembre 1968 que « le législateur a entendu ratifier dans son ensemble cette ordonnance susvisée du 17 août 1967 »²⁶². Cette espèce est loin d'être isolée. L'un des derniers cas dans lesquels, une ordonnance, en droit du travail, a été implicitement ratifiée est celui de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 instituant le contrat nouvelles embauches. Le conseil de prud'hommes de Longjumeau s'était prononcé sur l'inconventionnalité de certaines dispositions de cette ordonnance à la convention n°158 sur le licenciement²⁶³. Or, le Parlement n'avait pas encore explicitement ratifié ladite ordonnance. De ce fait, le préfet de l'Essonne, puis le ministre de la justice, ont soutenu alors l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire en raison du caractère administratif de l'ordonnance. La cour d'appel de Paris a rejeté cette thèse²⁶⁴. Elle a admis que le juge judiciaire pouvait apprécier la conformité à une convention internationale d'un acte administratif. Cette solution a été très critiquée par la doctrine²⁶⁵. Saisi du dossier, le Tribunal des conflits, par un arrêt rendu en date du 19 mars 2007, a déclaré que cette ordonnance a donné lieu avant qu'il ne soit appelé à se prononcer, à ratification implicite par le Parlement²⁶⁶. En effet, selon le Tribunal des conflits, les lois n°2005-1719 du 30 décembre 2005 et n°2006-339 du 23 mars 2006, qui prévoient les mesures de financement de l'allocation forfaitaire allouée par ladite ordonnance aux travailleurs titulaires d'un contrat nouvelles embauches s'ils se trouvent privés d'emploi, ont eu pour effet de ratifier implicitement l'article 3 de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, qui n'est pas divisible de l'ensemble de ses autres dispositions.

²⁶¹ Cons. const., déc. n°72-73 L, 29 février 1972, consid. 3, JO 1972, p. 2849.

²⁶² *Ibid.*, consid. 4.

²⁶³ Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avril 2006, JCP S 2006, 1424, note P. Morvan.

²⁶⁴ CA Paris, 20 oct. 2006, JCP S 2006, 1876, note P. Morvan.

²⁶⁵ MORVAN (P.), « Le juge judiciaire est compétent pour apprécier la compatibilité de l'ordonnance du 2 août 2005 avec la convention n°158 de l'OIT », JCP S 2006, 1876 ; TEYSSIE (B.), « Organisation internationale du travail », *op. cit.*

²⁶⁶ TC, 19 mars 2007, n°C3622, JCP S 2007, 1304 ; Dr. social 2007, 750, concl. I. de Silva.

Cette affaire illustre les vices de ce type de ratification. « La pratique des ratifications implicites rend le contrôle des ordonnances incertain pour les justiciables »²⁶⁷. En effet, une ordonnance non ratifiée a le caractère d'un acte administratif. De ce fait, elle ne peut être attaquée que devant les juridictions de l'ordre administratif. En revanche, par sa ratification, elle a force de loi et échappe à la compétence du juge administratif. Le Conseil constitutionnel est compétent pour connaître de cet acte. Or, avec la ratification implicite, le justiciable ne sait pas d'avance devant quelle juridiction agir s'il veut attaquer l'ordonnance non explicitement ratifiée. Mais surtout pour le législateur, la ratification implicite écarte tout débat parlementaire sur le contenu des ordonnances. Elle réduit « à une peau de chagrin l'intervention du législateur »²⁶⁸. Il s'approprie des mesures qu'il n'a pas en amont examinées. La renonciation du législateur est importante. Cette pratique a finalement été condamnée. En 2008, lors des débats sur la révision constitutionnelle, Monsieur Jean-Luc Warsmann a déposé un amendement n°588 qui ajoute à l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution la phrase : « Elles (les ordonnances) ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». L'amendement a été retenu. L'article 38 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁶⁹, interdit ainsi les ratifications implicites des ordonnances. Cette interdiction est censée renforcer le rôle du Parlement dans l'examen du projet de loi. Le débat parlementaire ne peut plus être écarté. Les assemblées sont obligées d'examiner la demande de ratification. Jean-Luc Warsmann affirmait ainsi qu'avec la ratification expresse « il y aura [...] un débat, avec des orateurs pour et contre, suivi d'un vote »²⁷⁰.

Ce débat étant désormais garanti, un autre moyen au cours de l'examen de la demande de ratification, permet aux parlementaires de mieux contrôler le contenu des ordonnances qu'ils intégreront dans le domaine de la loi. Il s'agit des amendements. Contrairement au stade de l'habilitation, les amendements lors de la ratification sont un moyen plus important qui permet au législateur de garder la main sur l'élaboration des règles du droit du travail. Les mesures autorisées étant prises, les parlementaires peuvent les examiner et les modifier, les supprimer, en ajouter d'autres. La loi de ratification des ordonnances dites Macron, du 29 mars 2018, a apporté des modifications non moins importantes à l'ensemble de ces textes. Elle a notamment

²⁶⁷ FELDMAN (G.), *op. cit.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JO 2008, p. 11890

²⁷⁰ V. FELDMAN (G.), *préc.*

réintroduit le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, parmi les compétences du comité social et économique dans les entreprises de moins de 50 salariés²⁷¹.

Enfin, le contrôle de constitutionnalité des ratifications d'ordonnances est aussi à ce stade plus rigoureux. Il ne s'agit plus d'un contrôle virtuel. La loi de ratification peut être déférée au Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Le contrôle *a posteriori* est également possible. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les dispositions d'une loi d'habilitation « ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle »²⁷². En outre, « lors de la ratification d'une ordonnance entrée en vigueur, le législateur est tenu au respect de ces mêmes règles et principes de valeur constitutionnelle »²⁷³. Les Sages exercent un véritable contrôle de constitutionnalité, puisque les ordonnances ont été prises. Ils vont pouvoir contrôler de véritables règles de fond. Dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil a contrôlé la conformité de nombreuses dispositions issues des ordonnances dites Macron à des règles et principes à valeur constitutionnelle. À titre d'illustration, il a contrôlé la conformité des dispositions de l'article L2232-23-1 du Code du travail, qui fixe les modalités de négociation des accords d'entreprise ou d'établissement dans les entreprises dépourvues de délégué syndical comptant entre onze et quarante-neuf salariés, aux sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, qui confèrent aux organisations syndicales qui ont vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs²⁷⁴.

Au regard de ce qui précède, s'il est vrai que le contrôle des ratifications parlementaires a été renforcé, le manque de rigueur lors de la ratification est encore présent.

²⁷¹ V. pour d'autres modifications : LEROY (Y.), « Paradoxe(s) sur ordonnances », Dr. soc., 2018, p. 784 et s.

²⁷² Cons. const., déc. n°2017-751 DC, 7 septembre 2017, *op. cit.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Cons. const. déc. n°2018-761, 21 mars 2018, consid. 11-15, *op. cit.*

II- La survivance d'une absence de rigueur

Les ordonnances demeurent encore assez facilement ratifiées. L'absence de rigueur, malgré les efforts réalisés pour y remédier, est encore présente.

Dans un premier temps, cela s'explique par l'attitude du Gouvernement dans le processus de ratification des ordonnances. S'il est vrai qu'avec la révision constitutionnelle de 2008, le débat démocratique est possible, il n'en demeure pas moins qu'il reste difficile. Le pouvoir exécutif utilise des techniques qui, souvent, ne permettent pas aux parlementaires de réellement débattre des ordonnances soumises à leur ratification. Parmi les techniques utilisées par le Gouvernement, il y a, comme lors du processus d'habilitation, l'introduction par voie d'amendement de la demande de ratification des ordonnances dans des projets ou des propositions de lois ayant un autre objet. Cette pratique a été dénoncée dans le rapport d'information sur le bilan de l'application des lois au 31 mars 2019. La rapporteur y note que « plusieurs commissions, dans leur bilan d'application des lois ou par la voix de leurs présidents et représentants lors de l'audition du secrétaire général du Gouvernement sont revenues sur les ratifications d'ordonnances par amendement. En effet, si souvent un projet de loi ratifiant une ordonnance est bien déposé, au final, la ratification se fait par amendement, à l'occasion d'un autre véhicule législatif »²⁷⁵. Une telle pratique nuit au débat parlementaire, de sorte que les ordonnances sont ratifiées sans un réel examen. La renonciation à légiférer est facilitée.

Il est nécessaire ici de s'attarder sur la ratification de l'ordonnance du 20 décembre 2017 dite « ordonnance balai ». Après avoir pris cinq ordonnances le 22 septembre 2017, le Gouvernement d'Édouard Philippe a, cinq jours après, déposé sur la table de l'Assemblée nationale un projet de loi de ratification. Il comportait un article unique demandant la ratification de ces cinq ordonnances. Le 20 décembre 2017, le Gouvernement a pris une sixième ordonnance qui vise à compléter et à mettre en cohérence les dispositions des cinq précédentes ordonnances. Cette ordonnance, étant prise, trois mois après le dépôt du projet de loi de ratification n'y figurait pas. Ainsi, la commission des affaires sociales de l'Assemblée n'a pas pu examiner cette ordonnance en première lecture. La demande de ratification de ladite ordonnance n'a été introduite que lorsque le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, a été déposé à la commission des affaires sociales du Sénat. Selon le rapport de la commission

²⁷⁵ Rapport d'information sur le bilan de l'application des lois au 31 mars 2019, *op. cit.*, p. 22.

sur le projet de loi, déposé le 20 décembre 2017, soit le jour même où l'ordonnance a été prise, celle-ci a apporté plusieurs modifications substantielles aux cinq premières ordonnances²⁷⁶. Son importance n'est donc pas négligeable. Il apparaît donc clair que le débat parlementaire est rendu difficile. L'intervention du parlement est limitée puisque l'ordonnance et les modifications qu'elle apporte n'ont pas été examinées devant l'Assemblée. Il est vrai que le projet adopté par le Sénat a ensuite été déposé devant la Commission mixte paritaire, il n'en demeure pas moins que le débat démocratique est bridé. Pour de tels amendements, la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 16 mars 2006 s'applique également. La ratification de cette ordonnance a été introduite par voie d'amendement à l'article 18 de la loi de ratification.

Dans un second temps, l'absence de rigueur dans la ratification des ordonnances vient du Conseil constitutionnel. Les parlementaires minoritaires, après l'adoption de la loi, saisissent souvent le Conseil constitutionnel pour contester la ratification. Mais le contrôle de constitutionnalité du Conseil présente des limites. La première limite est la norme de référence utilisée par les membres du Conseil pour procéder au contrôle de la loi de ratification. Ils vérifient la conformité de la loi de ratification uniquement à l'égard des textes composant le bloc de constitutionnalité, et non pas au regard de la loi d'habilitation. C'est en ce sens qu'a statué le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2004-506 DC du 2 décembre 2004²⁷⁷. Il a rappelé, aux parlementaires, sa solution le 21 mars 2018²⁷⁸. Les requérants, dans cette affaire, soutenaient que l'ordonnance du 20 décembre 2018 excède le champ de l'habilitation conférée par la loi du 15 septembre 2017. Le Conseil a déclaré dans son considérant 40 : « qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation ». La solution semble logique. Le contrôle de constitutionnalité oppose d'une part une norme constitutionnelle et, d'autre part, un texte à valeur légale. Le rôle du Conseil n'est donc pas de vérifier la conformité d'une ordonnance à une loi. Néanmoins, cette solution ne permet pas de contrôler le contenu d'une ordonnance qui outrepasserait réellement l'habilitation. Il revient au Parlement de vérifier lui-même le respect par le Gouvernement du champ des habilitations. La solution conforte la position de la majorité

²⁷⁶ Rapport de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 20 décembre 2017 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/117-194/117-194.html>

²⁷⁷ Cons. const., déc. n°2004-506 DC, 2 décembre 2004, consid. 25, JO 2004, p. 20876 : « qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation » ; Cons. const., déc. n°2007-561 DC, 17 janvier 2008 sur la loi ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au code du travail : consid. 12, JO 2008, p. 1131.

²⁷⁸ Cons. const., n°2018-761 DC, 21 mars 2018, *op. cit.*

parlementaire ayant voté la loi de ratification, laquelle majorité consent le dépassement par l'ordonnance du champ délégué.

La seconde limite est relative à l'hypothèse où de nombreuses ordonnances ont été ratifiées. Le contrôle de constitutionnalité dans ce cas peut paraître « illusoire »²⁷⁹. Les Sages sont amenés à examiner de nombreuses dispositions en même temps. Dans la décision précitée du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur plus de vingt dispositions, pour n'en écarter que cinq²⁸⁰. Une telle situation, ne peut, en tout état de cause, rendre le contrôle qu'approximatif²⁸¹.

Une troisième limite est plutôt d'ordre général. Elle tient au caractère relâché du contrôle de constitutionnalité en droit du travail, notamment au regard de la conformité de la loi aux principes politiques, économiques et sociaux énoncés au Préambule de la Constitution de 1946²⁸². Aussi, il n'est plus étonnant de voir le Conseil constitutionnel ne censurer qu'un nombre limité de dispositions ratifiant des ordonnances.

La technique des ordonnances prévues à l'article 38 de la Constitution n'est pas en soi mauvaise. Le Parlement ne peut pas édicter toutes les règles du droit du travail. Elle doit néanmoins rester exceptionnelle. Cependant, ces dernières années, il y a une dérive des pouvoirs publics à légiférer par ordonnance. Ce mouvement touche bien des matières, y compris le droit du travail. La multiplication des ordonnances traduit une renonciation du législateur à édicter les normes intéressant le droit du travail, en particulier. Il y a, comme l'a noté le Professeur Michel Verpeaux, une véritable « liberté du Gouvernement d'agir à la place du Parlement »²⁸³, avec toutefois, la bénédiction de ce dernier. La renonciation du législateur est accentuée par une délégation de sa compétence, cette fois, aux partenaires sociaux.

²⁷⁹ FELDMAN (G.), *op. cit.*

²⁸⁰ BERNAUD (V.), « Le Conseil constitutionnel valide pour l'essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail », *Dr. soc.* 2018, p. 493.

²⁸¹ FELDMAN (G.), *op. cit.*

²⁸² V. *supra* Section II, Chapitre I, Partie I.

²⁸³ VERPEAUX (M.), préc.

Chapitre II : La renonciation en faveur des partenaires sociaux

Le pouvoir de légiférer doit être exercé par le peuple tout entier. Il ne peut être délégué à une « section du peuple »²⁸⁴. La situation actuelle est loin de cette vision révolutionnaire. Une première entorse à ces principes, qui reste négligeable, a eu lieu au début du XX^e siècle. La loi de 1919 légalise les conventions collectives. Le schéma qui se dessine à cette période est celui dans lequel le Parlement joue, malgré tout, un rôle moteur dans la détermination des normes sociales et les partenaires sociaux sont chargés de négocier des compromis plus favorables aux salariés²⁸⁵. Le peuple, via le Parlement, reste le souverain. Cependant, le rôle moteur de la loi est remis en cause depuis 1980. Cette période coïncide avec la fin du plein emploi. Parmi les causes identifiées de la crise de l'emploi, figure la rigidité du droit du travail²⁸⁶. Au-delà des règles de fond, la rigidité trouve également son origine dans l'instrument qui les édicte principalement, c'est-à-dire, la loi. Les entreprises aspirent à plus de flexibilité²⁸⁷. La flexibilité implique de reconnaître aux partenaires sociaux un rôle plus important dans l'édiction des règles qui régiront les acteurs du monde du travail. Depuis, les gouvernements successifs, quels que soient leurs bords politiques, se sont lancés dans le développement du rôle de la négociation collective dans l'élaboration du droit du travail.

La loi renonce de plus en plus à édicter les règles du droit du travail. Elle confie à la négociation collective le soin de forger ces règles. La renonciation est volontaire. Elle prend, en premier lieu, la forme d'un délaissement imparfait de la fonction de création du droit au profit des partenaires sociaux (**Section I**). Parallèlement, un délaissement, cette fois, parfait se développe également (**Section II**).

²⁸⁴ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, p. 35.

²⁸⁵ RADÉ (Ch.), « Affront populaire », *Dr. soc.*, 2016, p. 485.

²⁸⁶ LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail : une technique réversible*, Paris : Dalloz, 1995, p. 3.

²⁸⁷ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, *op. cit.*

Section I : Un délaissement imparfait

La renonciation de la loi à l'édiction du droit du travail au profit des partenaires sociaux prend une forme imparfaite. Le législateur délègue sa compétence aux partenaires sociaux. Mais il ne s'agit pas d'une délégation parfaite. Elle est imparfaite dans la mesure où, si le contenu de la loi peut faire l'objet d'une négociation préalable (I), les mesures négociées sont au final absorbées par la loi (II). Ce mode de délaissement affirme comme valeur la démocratie sociale.

I- La négociation préalable du contenu de la loi

Aux termes de l'article L1 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 ». Ce texte est issu de la loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social²⁸⁸. Cette loi légalise simplement une pratique suffisamment installée dans le paysage juridique français. L'invitation faite aux partenaires sociaux à trouver un accord sur un projet de loi date d'avant 2007. Déjà, en 1919, les partenaires sociaux ont été associés à la confection de la loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures²⁸⁹. Le président du Conseil avait, au lendemain de la Grande Guerre, invité le ministre du Travail à élaborer un projet de loi par le biais d'une commission du Travail comprenant notamment dix représentants patronaux et dix représentants syndicaux²⁹⁰. La méthode employée ressemble de près à celle prévue dans l'article L1. Elle « peut être rapprochée de la pratique actuelle de la loi négociée, c'est-à-dire précédée par un accord national interprofessionnel »²⁹¹.

²⁸⁸ Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JO 2007, p. 1944.

²⁸⁹ Loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures, in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 128.

²⁹⁰ LERAY (I.), « La réduction du temps de travail pour tous : la loi du 23 avril 1919 sur les huit heures », in : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 119 (p. 117-127).

²⁹¹ VERKINDT (P-Y), « La journée de huit heures : quatre articles pour un emblème », *Dr. soc.*, 2019, p. 339.

La pratique s'est, au fil du temps, développée. Pour de nombreuses lois, le législateur a invité les partenaires sociaux à préalablement se concerter sur les mesures à prendre. Il n'y a pas, avant 2017, d'obligation de négocier. L'usage de la négociation préalable est facultatif pour le Gouvernement. Il peut s'en passer et élaborer seul les règles de droit. Recourir à la négociation, sans y être obligé, traduit déjà une volonté du législateur de renoncer à édicter seul la loi. Il délègue aux partenaires sociaux la confection de la loi. Cette délégation simplifie le travail des parlementaires²⁹². Le débat parlementaire est plus court et le délai d'élaboration de la loi réduit. La multiplication de cette technique a accentué le délaissement de la création des règles par le législateur. Le Gouvernement a fini « par prendre l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative au droit du travail »²⁹³. Il s'engage, par conséquent, à saisir officiellement pour l'avenir « les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par » lui²⁹⁴. Cette déclaration a certes une valeur morale, mais elle reste sans conséquence juridique. Néanmoins, elle s'inscrit dans cette logique consistant à faire reculer le rôle prépondérant de l'État dans l'élaboration de la loi.

La loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social va au bout de cette tendance en donnant une base légale à la consultation préalable. Le choix d'inscrire cette disposition au frontispice du Code du travail témoigne de l'importance accordée par le législateur au dialogue social précédant le vote de la loi. Avec cette loi, le législateur s'oblige à inviter les partenaires sociaux à trouver un accord sur la réforme envisagée. La renonciation est clairement affirmée. Un député a avoué que « pour un parlementaire, ce texte est un peu castrateur puisqu'[il] s'interdit certaines choses par avance »²⁹⁵. L'obligation ne pèse que sur le Gouvernement, et ne concerne donc que les projets de loi. Les propositions de loi « n'entrent pas dans le champ de l'obligation de concertation préalable »²⁹⁶. Toutefois, cela n'atténue pas considérablement la renonciation du législateur à élaborer seul les règles. Les projets de loi sont plus nombreux que les propositions. Dans la plupart des cas, le contenu de la loi devrait donc d'abord être négocié.

²⁹² « 1990 : Emploi précaire : l'asservissement de la loi au contrat », JCP G, 2007, n°1.

²⁹³ Exposé des motifs de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ DORD (D.), « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », Dr. soc., 2010, p. 507.

²⁹⁶ « 1990 : Emploi précaire : l'asservissement de la loi au contrat », préc.

L'asservissement de la loi au contrat est recherché par le législateur. Il n'est point « dépourvu de charmes »²⁹⁷ pour lui. La délégation de la confection de la norme aux partenaires sociaux présente de nombreux avantages. Le premier est la création de règles juridiques adaptées aux réalités d'ordre économique et social qu'il est appelé à gouverner²⁹⁸. Les règles sont en effet conçues par des personnes, plus que quiconque, connaissent parfaitement ces réalités. Le second avantage est la quiétude sociale. En effet, l'entrée en vigueur d'une loi née d'un contrat entre les partenaires sociaux devrait se faire sans tensions sociales excessives²⁹⁹. Il est ainsi très opportun pour le législateur, sur des sujets dont le traitement est de nature à susciter de graves turbulences³⁰⁰, de procéder à cette délégation. Le législateur souhaite autant que possible éviter ces turbulences qui peuvent naître du mécontentement des partenaires sociaux, au regard d'un texte qu'il a élaboré seul. Il préfère se dessaisir partiellement de son pouvoir. Monsieur Dominique Dord, ancien député de la Savoie, a ainsi déclaré que la loi négociée est « le meilleur antidote aux troubles à l'ordre public qui peuvent résulter de textes comme ceux portant sur le CPE »³⁰¹.

Ce « mécanisme de négociation légiférante »³⁰² s'inspire de ce qui se fait au niveau de Bruxelles. L'article 154 du TFUE impose à la Commission européenne de consulter les partenaires sociaux européens avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale. À l'issue de cette consultation, elle les consulte à nouveau sur le contenu de la proposition qu'elle envisage de prendre. Lors des deux consultations, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager un processus susceptible de mener à un accord-cadre sur la question qui leur est soumise. Les partenaires sociaux européens sont associés à l'élaboration de la norme européenne. Ce processus conduit à amoindrir le rôle des institutions de l'Union dans l'édiction de cette norme³⁰³. Il y a là une renonciation au profit des partenaires sociaux européens afin de promouvoir leur consultation au niveau de l'Union³⁰⁴.

Toutefois, cette obligation présente une faille. Il ne s'agit que d'une procédure à valeur législative. Elle n'a aucun fondement constitutionnel. Cela ne veut pas dire que le législateur peut ne pas la respecter. Seulement, s'il la viole, il n'existe aucune sanction, notamment sur une

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ TEYSSIE (B.), « La loi en droit du travail », in : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, p. 166.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 176.

³⁰¹ DORD (D.), « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *op. cit.*

³⁰² FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », JCP S 2016, p. 1148.

³⁰³ NASOM-TISSANDIER (H.), « La légitimité de la norme sociale en droit de l'Union européenne », *Dr. soc.*, 2018, p. 120.

³⁰⁴ TFUE, art. 154.

loi élaborée sans consultation préalable. L'obligation de consulter les partenaires sociaux n'a aucun fondement constitutionnel. Les constituants ne reconnaissent que la procédure classique d'élaboration des lois, laquelle n'inclut pas les partenaires sociaux. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt Ikea, a bien jugé que l'article 7, § 4 de la convention OIT n°106 sur le repos hebdomadaire dans les commerces et les bureaux, ne crée « d'obligations de consultation des partenaires sociaux, dès lors que les dérogations au travail dominical critiquées résultent de la loi, qu'à la charge de l'État, de sorte que le moyen tiré de ce que la procédure ayant conduit à l'adoption de la loi n'est pas conforme à ces dispositions ne peut être accueilli »³⁰⁵. Cette solution s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil a considéré le 10 juin 1998 que « ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [...], ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant les dispositions touchants aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux »³⁰⁶.

La dernière grande réforme réalisée à travers les ordonnances du 22 septembre 2017 n'a pas laissé une grande place à la procédure de l'article L1. L'Exécutif a d'abord interrogé les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs sur l'étendue et les orientations de la future habilitation. Puis, il les a interrogées sur le contenu possible des ordonnances. « Or de tels échanges ne laissent aucune trace écrite accessible »³⁰⁷. Un auteur souligne d'ailleurs qu'« il est [...] impossible de déceler, avec précision, ce que les ordonnances doivent aux organisations consultées »³⁰⁸. Aussi, les partenaires sociaux ont fait savoir à la ministre du Travail qu'« ils ne souhait[aient] pas que le gouvernement réitère la méthode utilisée pour la réforme du code du travail par ordonnances, à savoir des rendez-vous uniquement bilatéraux »³⁰⁹ pour les prochaines réformes concernant notamment celle de la formation professionnelle.

Les partenaires sociaux consultés doivent faire connaître leur intention d'engager la négociation préalable³¹⁰. La négociation aboutit soit à un accord national interprofessionnel

³⁰⁵ Cass. soc., 14 novembre 2018, préc.

³⁰⁶ Cons. const., n°98-401 DC, 10 juin 1998, préc.

³⁰⁷ LYON-CAEN (A.), *Ordonnances Macron Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail*, Paris : Dalloz, 2018, p. 2.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ BARIET (A.), MAHÉ DESPORTES (L.), « Social : Édouard Philippe annonce un cycle de réformes bouclé à l'été 2018 », Dalloz actualité, 18 septembre 2017.

³¹⁰ C. trav., L1, al. 3.

(ANI) soit à une position commune. Dans les deux cas, les partenaires sociaux ont édicté des mesures qui intéressent les relations de travail individuelles et collectives. L'accord ou la position commune peut ensuite être intégré dans la loi.

II- L'intégration postérieure du contenu de l'accord

L'accord conclu, se pose la question du sort de ses stipulations. Selon certains auteurs, l'accord n'a pas nécessairement besoin de l'intervention du législateur pour qu'il ait une force obligatoire³¹¹. D'autres pensent en revanche que l'irrigation de l'accord par la loi est obligatoire³¹². De nombreux accords stipulent clairement que leur validité « est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application »³¹³. Le rapport Chertier proposait une méthode distinguant l'intervention du Gouvernement de celle du Parlement. Si c'est le premier qui intervenait pour mettre en œuvre l'accord, il « aurait le choix entre adopter le texte sans possibilité d'altération de son contenu ou de le refuser en apportant des justifications ». Si en revanche, c'est le second, il se verrait soit imposer un vote bloqué, soit le vote « d'une loi d'habilitation permettant au Gouvernement de transcrire par voie d'ordonnance l'accord des partenaires sociaux »³¹⁴. La loi de modernisation du dialogue social n'a retenu aucune de ces solutions. Elle n'indique rien quant aux modalités de mise en œuvre de l'accord. Dans le silence de la loi, les Parlementaires étaient dans une situation d'incertitude, ne sachant pas l'étendue de leur pouvoir au moment de l'intégration de l'accord. Une déclaration du ministre délégué à l'Emploi a permis de lever le doute. Il a déclaré que « si, à l'issue de la concertation, un accord interprofessionnel est conclu, et si son application implique des dispositions législatives ou réglementaires, il constituera la colonne vertébrale du futur projet de loi – sur lequel vous garderez (les parlementaires) votre entière liberté – ou du futur décret »³¹⁵. Le rapport Combexelle a précisé que « le Gouvernement lorsqu'il envisage une réforme n'attend pas nécessairement des partenaires sociaux qu'ils lui fournissent un ANI clefs en main que le législateur devrait traduire au mot près mais plutôt une négociation lui

³¹¹ CESARO (J.-F.), « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », JCP S 2007, p. 1117.

³¹² FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *op. cit.*

³¹³ FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ANI sur la modernisation du marché du travail : un espoir ? Libres propos », JCP S 2008, act. 85.

³¹⁴ Cf. CESARO (J.-F.), « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *op. cit.*

³¹⁵ *Ibid.*

permettant d'apprécier si du côté des partenaires sociaux il existe une volonté majoritaire d'aller dans cette voie et si oui par quel moyen »³¹⁶.

Finalement, dans la pratique, la loi a une marge de manœuvre. Le législateur n'est pas lié par l'accord des partenaires sociaux. Il peut décider de reprendre ou non le contenu de l'accord. Quand il décide de reprendre celui-ci, il jouit également d'une liberté dans la technique législative à utiliser. C'est pourquoi, certains auteurs pensent que le mécanisme de la loi négociée ne signe pas le déclin de la loi, car il s'agit uniquement d'un mode concerté de son élaboration, privilégié au nom de la démocratie sociale³¹⁷. Pour eux, au final c'est la démocratie politique qui l'emporte³¹⁸. S'il est vrai qu'au final c'est le législateur qui a le dernier mot, cependant, il y a une renonciation de sa part à édicter la loi. Elle n'est pas parfaite, au sens où le législateur est complètement effacé. Mais elle est imparfaite dans la mesure où l'effacement est partiel.

Tout d'abord, il y a renonciation imparfaite à partir du moment où le législateur décide d'intégrer le contenu de l'accord dans la loi. La technique législative d'intégration est soit la transposition soit la transcription. Par la transposition, le législateur insère dans la loi les mesures contenues dans l'accord en y apportant les modifications nécessaires. La transcription consistera surtout pour le législateur à reproduire exactement l'accord. Dans ce dernier cas, la renonciation est plutôt parfaite. Le législateur se transforme « en greffier, uniquement chargé d'inscrire dans la loi, sous la dictée des partenaires sociaux, les stipulations d'accords par eux arrêtés »³¹⁹. Mais en général, le législateur procède plutôt à une transposition. Les termes des accords ne garantissent pas nécessairement la clarté et l'intelligibilité exigées pour des dispositions législatives. La loi traduit donc en termes législatifs ce qui a été négocié par les partenaires sociaux³²⁰. C'est la technique qui a été notamment utilisée dans la loi n°2013-504 du 14 juin 2014³²¹ qui a repris l'ANI du 11 janvier 2013 sur la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels. Par exemple, l'article 7 de l'accord prévoyait que « la période de mobilité est mise en œuvre par accord entre l'employeur et le salarié. Elle donne lieu à la conclusion d'un avenant au contrat de travail, préalable à la prise d'effet. L'avenant prévoit l'objet, la durée et la date de prise d'effet de la période de mobilité. Il précise que, pendant cette

³¹⁶ COMBEXELLE (J.-D.), *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015, p. 82.

³¹⁷ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 68.

³¹⁸ FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *op. cit.*

³¹⁹ « 1990 : Emploi précaire : l'asservissement de la loi au contrat », *op. cit.*

³²⁰ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 66.

³²¹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO 2013, p. 9958.

période, le contrat de travail est suspendu ». Le législateur reprend le texte mais en le réécrivant. L'article 6 de la loi dispose : « la période de mobilité volontaire sécurisée est prévue par un avenant au contrat de travail, qui détermine l'objet, la durée, la date de prise d'effet et le terme de la période de mobilité, ainsi que le délai dans lequel le salarié informe par écrit l'employeur de son choix éventuel de ne pas réintégrer l'entreprise ». Il apparaît que même s'il n'y a pas de transcription pure et simple, le législateur n'est pas dans cette hypothèse le véritable créateur de la norme. Parfois, la transposition ne se fait que par la modification de quelques mots. C'est le cas avec la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail³²² née de l'ANI du 11 janvier 2008. L'article premier de l'accord stipulait que « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail ». L'article premier de la loi reprend exactement la même phrase en modifiant juste un mot. La règle devient alors : « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Finalement, même dans la transposition, la renonciation du législateur à légiférer est assez forte. Il ne légifère plus quasiment, la norme lui est plutôt dictée. Le développement du dialogue social peut donc avoir pour dérive un abaissement du législateur. C'est cette dérive que dénonçait le professeur Gérard Lyon-Caen, particulièrement critique à l'égard de la démocratie sociale, en écrivant qu'en droit du travail, « la loi ne saurait plus être la simple reproduction ou la paraphrase d'un accord national interprofessionnel préalable, comme c'est le cas depuis vingt ou trente ans. [...]. Ce n'est plus une démocratie, celle qui se décharge de son rôle sur les professions. Les organisations professionnelles ont leur légitimité : elle n'est pas de tenir la plume des parlementaires »³²³.

Ensuite, la marge de manœuvre du législateur trouve une limite dans la mesure où si le Gouvernement peut se soustraire de la procédure de l'article L1 du Code du travail, il est difficile au rédacteur de la loi de désavouer les termes d'un accord ayant recueilli l'adhésion des partenaires sociaux directement associés au processus d'élaboration de la loi³²⁴. L'association des partenaires sociaux à la confection de la loi est justifiée par la légitimité qui leur est reconnue d'être de meilleurs *législateurs* pour régler la relation de travail. Il serait alors paradoxal de s'écarter de l'accord. De plus, le faire susciterait forcément des tensions avec les organisations syndicales et professionnelles.

³²² Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO 2008, p. 10224.

³²³ LYON-CAEN (G.), « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *op. cit.*

³²⁴ MAZEAUD (A.), *op. cit.*, p. 67.

La loi renonce donc elle-même à élaborer la règle de droit par le mécanisme de la loi négociée. La loi négociée permet au final d'avoir des mesures adaptées à l'entreprise, moins rigides et qui favorisent, de ce fait, la compétitivité et l'emploi. Mais, la possibilité pour le Gouvernement de se soustraire de l'obligation de négocier préalablement la norme ou encore l'échec des négociations, font que ce moyen reste peu satisfaisant. Aussi, à côté de la loi négociée, qui représente, un délaissement plutôt imparfait du législateur, existe une seconde tendance qui est celle du délaissement parfait.

Section II : Un délaissement parfait

Le recul de la loi dans l'édiction des règles du droit du travail est parfait quand la loi fait des partenaires sociaux de *petits législateurs*. Elle leur permet d'édicter eux-mêmes les règles qui seront appliquées à la relation de travail. Pour ce faire, la loi a ouvert aux conventions et accords collectifs un champ dans lequel ils peuvent créer des normes de droit (I). Cette ouverture a pour corollaire une limitation du domaine de la loi par elle-même (II).

I- La cession d'un champ à l'accord

La loi reconnaît un champ à la négociation collective. Dans le cadre de ce champ, les partenaires sociaux jouissent d'une marge de manœuvre pour produire la norme. Le champ ouvert à la négociation collective a été élargie avec la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. L'objectif de ce texte est de « donner plus de place à la négociation collective dans le droit du travail afin de renforcer la compétitivité de l'économie et développer l'emploi »³²⁵. L'ouverture d'un champ à la négociation collective est le résultat d'une longue évolution remontant principalement à la loi n°82-957 du 13 novembre 1982³²⁶. Avec cette loi, le législateur avait permis à la norme négociée de déroger à la loi³²⁷ en moins favorable. Mais cette dérogation restait limitée. De plus, la technique de la dérogation n'a pas pour finalité d'ouvrir un champ à la négociation collective. Elle permet juste à celle-ci d'adapter les règles légales au plus près du terrain. La loi de 1982 mettait également en place une obligation annuelle de négocier dans l'entreprise sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail³²⁸.

Reconnaître à la négociation collective un champ propre dans lequel elle créera les règles du droit du travail implique que la loi partage son domaine. Or, le domaine de la loi est défini par la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a favorisé le

³²⁵ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 24 mars 2016.

³²⁶ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO 1982, p. 3414.

³²⁷ MAZEAUD (A.), « Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz : Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, p. 358.

³²⁸ Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 21.

développement d'un droit du travail conventionnel. En principe, aucune disposition de la Constitution n'opère une répartition de compétence entre la loi et la convention collective. C'est donc principalement sur le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 que va s'appuyer le délaissement par la loi d'une partie de sa compétence au profit des partenaires sociaux. Il dispose : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le Conseil range ce principe parmi les principes fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution³²⁹. Dès lors, il a affirmé qu'« il est loisible au législateur (...) 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 »³³⁰. Avec cette jurisprudence, le législateur est donc libre de confier à la négociation collective la conception de règles du droit du travail. Il « peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises »³³¹. La solution semble créer une concurrence entre la convention collective et le règlement. Les modalités d'application sont généralement confiées au pouvoir réglementaire qui prend des décrets d'application. Dans une décision du 16 août 2007, concernant le septième alinéa (droit de grève) du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel confirme cette concurrence. Les Sages ont déclaré qu'il résulte de la lecture combinée du cinquième alinéa du Préambule et de l'article 34 de la Constitution qu'« il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève »³³². La reconnaissance d'un champ à la négociation collective s'accompagne également de la réduction du domaine réglementaire. Au-delà de la loi, c'est tout le droit étatique qui recule. Dans sa décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel reconnaît également au législateur le pouvoir d'autoriser un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée à condition de définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation³³³.

³²⁹ Cons. const., déc. n°2004-494 DC, 29 avril 2004, JO 2004, p. 7998, consid. 7 : « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que : "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ».

³³⁰ *Ibid.*, consid. 8

³³¹ *Ibid.*

³³² Cons. const., n°2007-556 DC, 16 août 2007, JO 2007, p. 13971.

³³³ Cons. const., déc. n°2004-494 DC, 29 avril 2004, préc.

Cette jurisprudence conforte le législateur dans son œuvre d'édification d'un droit du travail conventionnel. La Cour de cassation a suivi le Conseil constitutionnel. Elle a affirmé dans les arrêts du 27 janvier 2015 et leurs dérivés, que les partenaires sociaux étaient « investis de la défense des droits et intérêts des salariés pour la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement »³³⁴.

Le législateur a largement développé la technique de la dérogation dans plusieurs matières, principalement dans le droit de la durée du travail³³⁵. En même temps, il a poursuivi l'élargissement du champ de la négociation collective. Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont poursuivi cet objectif de construction d'un droit du travail qui s'appuie sur la négociation collective³³⁶. Elles élargissent le champ de la négociation collective. Un champ est ouvert à la négociation collective notamment en ce qui concerne le droit des institutions représentatives du personnel. Dans le Code du travail, certaines dispositions relatives au Comité social et économique entrent dans le champ de la négociation collective. Au sein de ce droit négocié, primauté est accordée aux accords d'entreprise³³⁷.

En accroissant la place de la négociation collective dans la production du droit du travail, la loi renonce par la même occasion à fixer la norme. Il faut néanmoins veiller à ce que la loi ne soit pas remplacée entièrement par la convention collective. La détermination du droit du travail par la loi a pour but originaire d'apporter un équilibre dans la relation de travail. La loi garantit la protection des travailleurs qui, pris individuellement, sont considérés comme la partie faible de cette relation. Ceux qui soutiennent le développement d'un droit conventionnel assurent que la protection des travailleurs restent garantie avec la convention collective³³⁸. Cela trouve justification dans la raison d'être même de la convention collective. La négociation collective fait appel à une collectivité de salariés et non plus à un individu. Cette unité réduit le déséquilibre contractuel de la relation de travail. Les parties à un accord collectif sont ainsi présumées être dans une situation d'égalité. Elles vont donc négocier des normes justes pour elles, c'est-à-dire des normes qui prennent en compte aussi bien les intérêts des salariés que ceux de l'entreprise. Ceci étant, la loi ne doit pas complètement se retirer. Déjà parce qu'elle

³³⁴ Cass. soc., 27 janvier 2015, n°13-22179 : JurisData n°2015-000848

³³⁵ FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ordre public légal », JCP S 2017, p. 1126.

³³⁶ FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2018, p. 46.

³³⁷ Cf. GÉA (F.), « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 516 ; MOREL (F.), « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 405.

³³⁸ BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.), « Réformer le droit social », *Dr. soc.*, 2016, p. 400.

assure l'intérêt général. Ensuite, la force que représente les syndicats doit être aujourd'hui relativisée.

La loi n'a pas complètement renoncé à son rôle essentiel qui est d'édicter les règles régissant les relations du travail. Elle continue de jouer ce rôle, mais avec modestie afin de faire plus de place à la négociation collective. Elle a réduit son propre champ.

II- L'autolimitation du champ de la loi

Les réformes successives du droit du travail, ces dernières années, ont fait une grande place à la convention collective. Ce mouvement s'accompagne corrélativement d'un mouvement inverse concernant la place de la loi. La loi recule dans l'édiction des règles du droit du travail de deux manières.

En premier lieu, la loi limite sa compétence dans l'édiction des règles du droit du travail à la détermination des règles d'ordre public. C'est ce que préconisait le rapport Combrexelle de septembre 2015³³⁹. La loi Travail du 8 août 2016 a réécrit le Code du travail en séparant ce qui relève de la loi de ce qui entre dans le champ de la négociation collective. Parmi ce qui relève de la loi, il y a les règles d'ordre public. Les ordonnances Macron n'ont pas remis en cause cette répartition des domaines. Elles l'ont étendue sans la généraliser. Les règles d'ordre public élaborées par la loi varient selon leur degré d'impérativité. Elles ne concernent toutes pas les règles « qui tirent leur suprématie de leur objet et auxquelles le législateur reconnaît une certaine supériorité » et qui constituent « l'ordre public substantiel »³⁴⁰. La loi prévoit des règles d'ordre public absolu comme l'interdiction, dans les conventions ou accords collectifs de travail, des clauses comportant des indexations sur le salaire minimum de croissance ou des références à ce dernier en vue de la fixation et de la révision des salaires prévus par ces conventions³⁴¹. C'est aussi le cas de la règle selon laquelle la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit³⁴². Les règles d'ordre public absolu constituent une catégorie de règles très restreinte.

³³⁹ COMBREXELLE (J.-D.), La négociation collective, le travail et l'emploi, *op. cit.*

³⁴⁰ FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ordre public légal », JCP S 2017, p. 1126.

³⁴¹ C. trav., art. L3231-3. Cette règle n'a pas été introduite par les réformes récentes.

³⁴² C. trav., art. L3121-55, dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016. V. CANUT (F.), « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », Dr. soc., 2016, p. 519.

Limiter sa compétence à de telles règles c'est la réduire considérablement. Mais en dehors de cette catégorie, la loi fixe également des règles d'ordre public social. Il en est ainsi du temps de pause minimal de vingt minutes, dès que le temps de travail quotidien atteint six heures³⁴³. En effet, son seuil de déclenchement peut être réduit ou encore un temps de pause supérieur peut être octroyé. Il peut y être dérogé dans un sens favorable. Cette catégorie de règles d'ordre public est moins réduite que la première. Toutefois, la technique de la dérogation *in melius* utilisée a pour but de favoriser la production des règles conventionnelles. La règle légale est écartée si la volonté des parties à la relation de travail n'est pas défaillante. Dans tous les cas, l'ordre public ne constitue qu'un socle limité de règles.

En limitant son rôle à la détermination des règles d'ordre public, le législateur doit accorder une attention particulière à la délimitation constitutionnelle du domaine de la loi. L'article 34 de la Constitution limite le domaine de la loi à la fixation des principes fondamentaux du droit du travail. À l'intérieur de cette limite, il n'y a aucune limite. Le législateur doit pleinement exercer sa compétence. Tous les principes fondamentaux du droit du travail relèvent de sa compétence en vertu de ce texte. Il ne saurait réduire sa compétence en déléguant à d'autres la fixation de certains principes fondamentaux. S'il peut déléguer les modalités d'application du principe de participation des travailleurs par exemple, il ne peut le faire qu'« après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail »³⁴⁴. Si le législateur confie ce qui relève de sa compétence, il s'expose à la sanction de l'incompétence négative, entraînant l'abrogation de la loi³⁴⁵. Le Conseil constitutionnel a, par une décision du 11 avril 2014, déclaré contraire à la Constitution les dispositions de l'article L1251-64 du Code du travail issues de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008³⁴⁶. Cet article prévoyait qu'un ANI étendu peut confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » le portage salarial. Pour les membres du Conseil, ces dispositions « confient à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ».

Il existe une différence entre les règles d'ordre public et les principes fondamentaux du droit du travail. Les « frontières entre les principes légaux fondamentaux et leurs modalités concrètes d'application diffèrent de celles qui résultent de la notion d'ordre public absolu ou d'ordre public social »³⁴⁷. Le législateur doit donc faire attention à ne pas renvoyer à la

³⁴³ C. trav., art. L3121-16.

³⁴⁴ Cons. const., déc. n°2004-494 DC, 29 avril 2004, préc.

³⁴⁵ Cons. const., déc. n°98-403 DC, 29 juillet 1998, JO 1998, p. 11710.

³⁴⁶ Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO 2008, p. 10224.

³⁴⁷ MORIN (M.-L.), « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc., 1997, p. 25.

négociation collective des règles considérées comme ne relevant pas de l'ordre public, dès lors qu'il s'agit des principes fondamentaux du droit du travail.

En second lieu, la loi limite sa compétence par le recours à la technique de la supplétivité. La règle supplétive, est pour le législateur, celle qui intervient à défaut de convention ou d'accord³⁴⁸. La supplétivité de la loi prend deux formes qui contribuent à en réduire considérablement le rôle dans la production du droit du travail. La première forme est celle d'une loi qui contient des règles supplétives substantielles³⁴⁹. Il s'agit de règles qui régissent véritablement les relations du travail. C'est le cas par exemple de l'article L1244-3-1 du Code du travail qui fixe le délai de carence « à défaut de stipulation dans la convention ou l'accord de branche ». La loi supplétive pallie l'absence de normes conventionnelles. Elle favorise le développement de celles-ci en atténuant son obligatorité. N'étant pas impérative *ab initio*, elle peut facilement être écartée par les partenaires sociaux. Elle n'est obligatoire que si les parties à l'accord ne manifestent pas leur volonté³⁵⁰.

La seconde forme de la supplétivité est celle de la supplétivité structurelle³⁵¹. Ici, la loi pallie l'absence d'accord non pas en régissant elle-même une situation donnée, mais en renvoyant à d'autres normes, au sens formel du terme. Cette technique est notamment présente dans le nouveau droit des institutions représentatives. À titre d'illustration, l'article L2315-44 du Code du travail, qui figure à la partie « Dispositions supplétives » des règles régissant la Commission santé, sécurité et conditions de travail, dispose : « En l'absence d'accord [...], le règlement intérieur du comité social et économique définit les modalités prévues à l'article L2315-41 (le nombre de membres de la commission, les missions qui lui sont déléguées...) ». La supplétivité structurelle apparaît elle aussi comme une forme de renonciation du législateur à forger la règle de droit.

³⁴⁸ LOISEAU (G.), PECAULT-RIVOLIER (L.), PIGNARRE (G.), « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », Dr. soc. 2016, p. 886.

³⁴⁹ CANUT (F.), « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *op. cit.*

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibid.*

Conclusion Partie II

Le recours aux ordonnances s'est considérablement développé dans toutes les branches du droit, et y compris en droit du travail. De même, les partenaires sociaux ont un rôle de plus en plus croissant dans l'élaboration du droit du travail. Un tel recours ne constitue pas forcément un recul de la loi dans l'élaboration du droit du travail. Il est même souhaitable que le législateur ne réglemente pas tout. Mais, un recours accru à ces deux modes de réglementation prive la loi de son rôle essentiel d'édicter les règles qui régissent les relations de travail. Ce recours accru est l'une des causes, sinon la cause première, de l'abaissement du rôle de la loi dans l'élaboration des règles du droit du travail.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette étude avait pour objectif de mettre en évidence le déplacement de l'abaissement de la loi dans l'édition des règles du droit du travail des sources supra-légales vers deux principales sources écrites du droit national, à savoir : les ordonnances et les conventions collectives.

La loi, jadis au sommet de la hiérarchie des normes, a d'abord été concurrencée par de nouvelles sources comme les différentes constitutions françaises d'avant 1958, les conventions de l'Organisation internationale du travail, les actes réglementaires. Elle a malgré tout conservé sa souveraineté dans l'édition du droit du travail. La principale norme qui a enclenché le déclin de la loi est la Constitution du 4 octobre 1958. Elle réorganise les sources du droit du travail. Dans cette nouvelle architecture, la loi est abaissée. La Constitution devient la norme fondamentale, notamment en droit du travail. Ensuite, les traités internationaux ont suivi. Le développement de ces derniers, la « découverte » par le Conseil constitutionnel des normes sociales à valeur constitutionnelle et la naissance du contrôle de conventionnalité ont été « à la loi française, ce que l'iceberg fut au Titanic »³⁵². La loi n'est plus seulement concurrencée, mais est aussi subordonnée. L'abaissement de la loi est donc, à l'origine, l'œuvre des règles supra-légales. Toutefois, chacune de ces sources connaissent aujourd'hui des failles qui amenuisent leur influence sur la loi. Le désordre qui entoure la délimitation du domaine de la loi ainsi que l'appréciation minimaliste du Conseil constitutionnel des principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps profitent à la loi. En droit international du travail, la pression est encore forte, mais uniquement au niveau du droit de l'Union européenne. Le droit du Conseil de l'Europe n'a pas une très grande influence sur la loi. D'une part, cela s'explique par le fait que la CESDH, bien que bénéficiant d'un contrôle suffisamment efficace, n'est pas un instrument essentiellement dédié aux droits sociaux. D'autre part, la Charte sociale européenne, qui elle est dédiée à ces droits, ne bénéficie pas d'un système de contrôle efficace. S'agissant des conventions de l'OIT, leur finalité, qui est de réaliser la justice sociale pour une

³⁵² V. BURGELIN (J.-F.), « Introduction », in : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, p. 2

paix universelle, fait d'elles des normes aux ambitions limitées. Ces limites profitent au législateur français.

Parallèlement à cet affaiblissement de l'influence des normes supra-légales sur la loi, il y a une montée en puissance du rôle des ordonnances et des conventions collectives dans l'élaboration du droit du travail. L'origine première de l'abaissement glisse donc des normes supra-légales vers ces deux sources. Ce déplacement ne résulte pas d'un rapport de soumission de la loi à ces sources. La loi a la même force que celle des ordonnances et une force supérieure à celle des conventions collectives. Ce déplacement découle de la volonté du législateur de renoncer à l'édiction des règles régissant les relations de travail.

En définitive, la loi participe donc efficacement à sa propre ruine, ce qui ne peut être satisfaisant. En renonçant à forger elle-même les règles du droit du travail au profit du pouvoir exécutif et des partenaires sociaux, la loi devient une loi de structure. Les règles qu'elle contient, servent uniquement à répartir les compétences entre d'autres sources. Elle se vide des règles de fond. Cette étude ne s'oppose pas à l'existence des sources supra-légales ni à celle des ordonnances ou des conventions collectives. Chacune a une importance avérée. Il faut dès lors maintenir un équilibre entre ces différentes sources, qui peuvent très bien coexister. Elles s'enrichissent les unes des autres, ce qui permet d'avoir un droit du travail bien élaboré.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux

AUBIN (G.), BOUVERESSE (J.), *Introduction historique au droit du travail*, Paris : PUF, 1995, 318 p., coll. Droit fondamental, ISBN : 2-13-047095-5

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2012, 400 p., coll. Méthodes du droit, ISBN : 978-2-247-11001-8

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris : PUF, 2018, 1103 p., coll. Quadrige, ISBN : 978-2-13-079910-8

FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris : PUF, 2018, 127 p., coll. Que sais-je ?, ISBN : 978-2-13-080956-2

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2018, 708 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-275-04914-4

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), et al., *Droit constitutionnel*, 21^e éd. Paris : Dalloz, 2019, 1136 p., coll. Précis, ISBN 978-2-247-18487-3

GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, 16^e éd., Paris : LGDJ, 2001, 918 p., ISBN : 2-275-02075-6

GOHIN (O.), *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris : LexisNexis, 2016, 1332 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-7110-2544-2

GUINCHARD (S.) (dir.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, 26^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 1144 p., ISBN : 978-2-247-18320-3

HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso, 2016, 878 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-275-04528-3

HENNION (S.), BARBIER (M.) (Le), DEL SOL (M.) et al., *Droit social européen et international*, 3^e éd., Paris : PUF, 2017, 573 p., coll. Thémis droit, ISBN : 978-2-13-074864-9

JEUGE-MAYNART (I.) (dir.), *Le petit Larousse illustré 2019*, Paris : Larousse, 2018, 2040 p., ISBN : 978-2-03-593845-9

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 1999, 367 p., ISBN : 2-275-01776-3.

MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, 18^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, 543 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-7110-2938-9

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 10^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, 724 p., coll. Précis Domat, ISBN 978-2-275-04504-7

MINÉ (M.), BOUDINEAU (Ch.), NOUVEL (A.) (Le), *Le droit social international et européen en pratique*, Paris : Eyrolles, 2013, 401 p., ISBN : 978-2-212-55579-0

OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Paris : Economica, 2011, 135 p., coll. Corpus Histoire du droit, ISBN : 978-2-7178-6117-4

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, 431 p.

ROBAYE (R.), *Le droit romain*, 5^e éd., Louvain-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2016, 341 p., ISBN : 978-2-8061-0309-3

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, présentation par BERNARDI (B.), Paris : Flammarion, 2012, 256 p., ISBN : 978-2-0812-7523-2

SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, 6^e éd., Paris : PUF, 2016, 128 p., coll. Que sais-je ?, ISBN : 978-2-13-062628-2

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2015, 636 p., coll. Précis, ISBN 978-2-247-15678-8

TEYSSIÉ (B.), *Droit du travail : relations collectives*, 11^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, 1264 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-7110-2945-7

TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, Manuel, 6^e éd., Paris : LexisNexis, 2019, 734 p., ISBN : 978-2-7110-3078-1

TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.), MARTINON (A.), *Droit du travail : relations individuelles*, 3^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 882 p., coll. Manuel, ISBN : 978-2-7110-0223-8

VILLIERS (M.) (De), DIVELLEC (A.) (Le), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2013, 400 p., ISBN : 978-2-247-12977-5

II- Ouvrages spéciaux

ALBERTINI (P.), *La crise de la loi : Déclin ou mutation ?*, Paris : LexisNexis, 2015, 365 p., ISBN : 978-2-7110-2216-8

BAUDUIN (B.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, Th. droit Paris 1, 2017

BURGELIN (J.-F.), « Introduction », in : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, pp. 1-4, ISBN : 2-7178-5113-5

CARRÉ DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris : Economica, 1984, 228 p., coll. « Classiques », ISBN : 2-7178-0811-6

DEUMIER (P.), « Loi et règlement – État des lieux », *in* : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, pp. 21-36, ISBN : 2-7178-5113-5

DIDRY (C.), « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 129-139, ISBN : 2-7082-3393-9

DOCKÈS (E.) (dir.), *Proposition de code du travail*, Paris : Dalloz, 2017, 400 p., Hors collection Dalloz, ISBN : 978-2-247-17285-6.

FORMERY (S.-L.), *La Constitution commentée article par article*, Vanves : Hachette, 2019, 192 p., coll. Les fondamentaux, ISBN : 978-2-01-702579-5

GAUDEMET (Y.), « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *in* : *La confection de la loi*, Paris : PUF, 2005, pp. 157-166, ISBN : 2-13-054618-8

JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 178 p., coll. Connaissance du droit, ISBN : 978-2-247-17813-1

LERAY (I.), « La réduction du temps de travail pour tous : la loi du 23 avril 1919 sur les huit heures », *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 117-127, ISBN : 2-7082-3393-9

LYON-CAEN (A), *Ordonnances Macron Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail*, Paris : Dalloz, 2018, 438 pages, Hors collection, ISBN : 978-2-247-17558-1

LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail : une technique réversible*, Paris : Dalloz, 1995, 99 p., coll. Connaissance du droit, ISBN : 2-247-02098-4

MATHIEU (B.), *La loi*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2010, 138 p., coll. Connaissance du droit, ISBN : 978-2-247-08564-4

MAZEAUD (A.), « Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », *in* : *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz : Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, pp. 355-370, ISBN : 2-247-06830-8

MÉDA (D.), *Le travail*, Paris : PUF, 2018, 128 p., coll. Que sais-je ?, ISBN : 978-2-13-081368-2

PLAGNOL (H.), « La complexité de la loi et ses solutions », *in* : *La confection de la loi*, Paris : PUF, 2005, pp. 1-5, 157-166, ISBN : 2-13-054618-8

PRÉTOT (X.), « Les sources du droit du travail au regard du droit public », *in* : *Les sources du droit du travail*, Paris : PUF, 1998, pp. 150-193, ISBN : 2-13-049316-5

POURHIET (A.-M.), *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit français*, Paris : LGDJ-Lextenso, 2011, 176 p., ISBN : 978-2-275-03537-6

TEYSSIÉ (B.), « La loi en droit du travail », *in* : *La loi : bilan et perspectives*, Paris : Economica, 2005, pp. 161-185, ISBN : 2-7178-5113-5

III- Encyclopédies

BERNAUD (V.), PRÉTOT (X.), « Droit constitutionnel social », JCI Protection sociale Traité, Fasc. 201-10, mise à jour : 2014

DRAI (L.), « Sources », JCI Travail Traité, Fasc. 1-10, 2018

PRÉTOT (X.), JAN (P.), « Bloc de constitutionnalité », JCI Administratif, Fasc. 1418, mise à jour : 2019

TEYSSIE (B.), « Organisation internationale du travail », JCI Travail Traité, Fasc. 91-10, octobre 2013

IV- Doctrine

« 1990 : Emploi précaire : l'asservissement de la loi au contrat », JCP G, 2007, n°1

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Réflexion sur l'effet direct de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011, p. 233

AKANDJI-KOMBÉ (J-F) « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », Dr. soc., 2000, p. 888

BARIET (A.), MAHÉ DESPORTES (L.), « Social : Édouard Philippe annonce un cycle de réformes bouclé à l'été 2018 », Dalloz actualité, 18 septembre 2017.

BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.), « Réformer le droit social », Dr. soc., 2016, p. 400

BERGOUGNOUS (G.), « Le Conseil constitutionnel et le législateur », Nouv. Cah. Cons. const., n°38, janvier 2013

BERNAUD (V.), « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », Dr. soc., 2014, p. 317

BERNAUD (V.), « Le Conseil constitutionnel valide pour l'essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail », Dr. soc. 2018, p. 493

BLACHÈRE (Ph.), « Constitution et droit du travail : cinq ans de QPC », LPA 2015, n°181, p. 4

BOGARD (D.), « Le sauvetage du forfait-jours : tour de force ou...tour de passe-passe ? », Gaz. pal. 2011, n°244, p. 11

CANUT (F.), « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », Dr. soc., 2016, p. 519.

CESARO (J.-F.), « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », JCP S 2007, p. 1117

DEUMIER (P.), « Qu'est-ce qu'une loi ? – Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », RTD civ. 2005, p. 654

DORD (D.), « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », Dr. soc., 2010, p. 507

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Sécurisation ou fragilisation de la norme sociale ? », SSL 2012, n° 1561

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », JCP S 2012, p. 1050

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », Nouv. Cah. Cons. const., n°45, octobre 2014

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « La constitutionnalisation du droit du travail », SSL 2016, n°1724

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Les principes essentiels du droit du travail : une étape utile dans le processus de refondation du Code du travail », RJS 6/16, chron., pp. 427-430

FAVENNEC-HÉRY, « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587

FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », JCP S 2016, p. 1148

FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ordre public légal », JCP S 2017, p. 1126

FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ANI sur la modernisation du marché du travail : un espoir ? Libres propos », JCP S 2008, act. 85

FELDMAN (G.), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », RDP, n°6, p. 1565

FONTAINE (L.), SUPIOT (A.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », Dr. soc., 2018, pp. 754-763

GAHDOUN (P.-Y.), « Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop « relâché » ? », Dr. soc., 2018, pp. 732-738

GARDIN (A.), LHERNOULD (J.-Ph.), « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », RJS 5/19, p. 353

GÉA (F.), « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc., 2016, p. 516

GRÉGOIRE (L.), « Conventionnalité du barème : le débat est ouvert », JCP S 2018, p. 1367

HAMON (L.), « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », D. 1960, chron., pp. 253-260

JAVILLIER (J.-C.), « Mobilisation pour le développement du droit constitutionnel du travail Libres propos à l'issue d'une journée scientifique », SSL 2012, n°1561

LEROY (Y.), « Paradoxe(s) sur ordonnances », Dr. soc., 2018, p. 784

LOISEAU (G.), PECAULT-RIVOLIER (L.), PIGNARRE (G.), « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », Dr. soc. 2016, p. 886.

LYON-CAEN (G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », D., 1989, chron., pp. 289-293

LYON-CAEN (G.), « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », Dr. soc., 2001, p. 1031

MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel censure les lois trop « verbeuses ». À propos de Cons. const., 21 avr. 2005 sur la loi « Avenir de l'école » », JCP G 2005, act., p. 250

MAZEAUD (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence donnée en 2005 à Erevan

MOREL (F.), « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc., 2016, p. 405

MORVAN (P.), « Une période de consolidation de deux ans n'est pas conforme aux exigences de la convention OIT n°158 », JCP S 2007, p. 1565

MORVAN (P.), « Le juge judiciaire est compétent pour apprécier la compatibilité de l'ordonnance du 2 août 2005 avec la convention n°158 de l'OIT », JCP S 2006, 1876

MORIN (M.-L.), « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc., 1997, p. 25.

MOULY (J.), « Convention OIT n°106 et dérogations permanentes au repos dominical : une invocabilité à géométrie variable », Dr. soc., 2019, p. 69

MOULY (J.), « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », Dr. soc., 2019, p. 122

MOULY (J.), « Faut-il dénoncer la convention OIT n°158 sur le licenciement ? », Dr. soc., 2015, p. 1

NASOM-TISSANDIER (H.), « La légitimité de la norme sociale en droit de l'Union européenne », Dr. soc., 2018, p. 120

PÉCAUT-RIVOLIER (L.), « Naissance des principes essentiels du droit du travail », RDT 2016, p. 79

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTD civ. 2001, p. 749

RADÉ (Ch.), « Y croire, ou pas ? », Dr. soc., 2018, p. 677

RADÉ (Ch.), « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », Dr. soc., 2018, p. 726

RADÉ (Ch.), « Affront populaire », Dr. soc., 2016, p. 485

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », JCP S 2019, p. 1139

VERKINDT (P.-Y.), « La journée de huit heures : quatre articles pour un emblème », Dr. soc., 2019, p. 339

VERKINDT (P.-Y.), « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », Dr. soc., 2010, p. 519

VERPEAUX (M.), « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », Cah. Cons. const., n°19, janvier 2006

V- Rapports et études

COMBREXELLE (J.-D.), La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, 2015, 140 p.

Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, Rapport au Premier ministre, 25 janvier 2016

Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 392

Exposé des motifs de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

Rapport d'information sur le bilan de l'application des lois au 31 mars 2019, fait par Madame V. LÉTARD, 4 juin 2019

VI- Textes cités

Loi des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, suppression de toutes les maîtrises et jurandes et établissement de patentes (décret d'Allarde), *in : Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 25-26, ISBN : 2-7082-3393-9

Décret des 14-17 juin 1791 relatif aux assemblées de citoyens d'un même état ou profession (Loi Le Chapelier), *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 27, ISBN : 2-7082-3393-9

La loi Chaptal du 22 germinal an XI (Loi du 12 avril 1803)

Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers, *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 27, ISBN : 2-7082-3393-9

Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie, *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, p. 57-59, ISBN : 2-7082-3393-9

Loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives

Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre 1er du Cde du travail : « De la convention collective », *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 140-141, ISBN : 2-7082-3393-9

Loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *in* : *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris : L'atelier, 1998, pp. 192-198, ISBN : 2-7082-3393-9

Ordonnance n°67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, JO 1965, p. 06041

Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO 1982, p. 3414

Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry), JO 1998, p. 9029

Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire, JO 2001, p. 93

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO 2004, p. 20857

Loi n°2005-846 du 26 juillet 2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, JO 2004, p. 20857

Ordonnance n° 2005-1478 du 1er décembre 2005 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel, JO 2005, p. 18641

Loi n°2006-339 du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, JO 2006, p. 4433

Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances

Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JO 2007, p. 4740

Loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO 2006, p. 20210

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République

Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO 2008, p. 13064

Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à a prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la Loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d’habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 2017, n°0223

Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise et favorisant l’exercice de la valorisation des responsabilités syndicales, JO 2017, n°0223

Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JO 2017, n°0223

Ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JO 2017, n°0223

Ordonnance n°2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l’exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, JO 2017, n°0223

Ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d’habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JO 2017, n°0297.

Projet de loi d’habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

VII- Jurisprudence

- CJUE/CJCE

CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3

CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. p. 1337 ; RTDE 1976, p. 141, obs. G.

Lyon-Caen

CJCE, 26 février 1986, Marshall, aff. 152/84, Rec. p. 723

CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89, Stoeckel

CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, RJS 1/92, n°91 ; JCP E 1992, I, 123, ann. ;

JCP G 1992, II, 21 783, note A. Barav

CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT,

AJDA 2014, p. 336, chron. M. Aubert, E. Boussy et H. Cassagnabère, D. 2014, p. 705, note S.

de La Rosa.

- Conseil constitutionnel

Cons. const., déc. n°58-1 L, 27 novembre 1959, JO 1960, p. 442

Cons. const., déc. n°63-5 FNR, 11 juin 1963, consid. 1, JO 1963, p. 5306 ; D. 1964, p. 109,

note L. Hamon

Cons. const., déc. n°64-6 FNR, 22 mai 1964

Cons. const., déc. n°66-39 L du 8 juillet 1966, JO 1966

Cons. const., déc. n°76-46 L, 12 juillet 1967, consid. 6, JO 1967

Cons. const., déc. n°72-73 L, 29 février 1972, consid. 3, JO 1972, p. 2849

Cons. const., déc. n°74-54, 15 janvier 1975 (Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse), JO 1975, p. 671

Cons. const., déc. n°79-11 FNR, 23 mai 1979

Cons. const., déc. n°81-134 DC, 5 janvier 1982, JO 1982, p. 215

Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, JO 1982, p. 299

Cons. const., déc. n°82-143 DC, 30 juillet 1982, Blocage des prix et des revenus., D. 1984. IR 50, obs. L. Hamon

Cons. const., déc. n°83-167 DC, 19 janvier 1984, Contrôle des établissements de crédit, etc.

Cons. const., déc. n°86-207 DC, 26 juin 1986, consid. 21, JO 1986, p. 7978

Cons. const., déc. n°86-208 DC, du 2 juillet 1986, consid. 8, JO 1986.

Cons. const., déc. n°89-257 DC, 25 juillet 1989, JO 1989, p. 9503 ; AJDA 1989, p. 796, note F. Benoit-Rohmer ; Dr. soc. 1989, p. 701, note X. Prétot

Cons. const., déc. n°91-166 L, 13 juin 1991, JO 1991, p. 7957

Cons. const., déc. n°93-174 L, 06 avril 1993, JO 1993, p. 6105

Cons. const., déc. n°93-328 DC, 16 décembre 1993, Rec. Cons. const., p. 547, note X. Prétot ; RJS, 3/94, n°269

Cons. const., déc. n°94-348 DC, 03 août 1994, consid. 10, JO 1994, p. 11482

Cons. const., déc., n°98-401 DC, 10 juin 1998, consid. 26, JO 1998, p. 9033

Cons. const., déc. n°2001-444 DC, 9 mai 2001, consid. 3, JO 2001, p. 7806 ; Const. const., déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, JO 2001, p. 10828

Cons. const., n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, consid. 46, JO 2002, p. 1053

Cons. const., déc. n°2004-494 DC, 29 avril 2004, JO 2004, p. 7998

Cons. const., n°2005-512 DC, 21 avril 2005 JO 24 avril 2005, p. 7173

Cons. const., n°2005-513 DC, 14 avril 2005, JO 2005, p. 6974 ; LPA 6 mai 2005, n°90, p. 5, note J.-E. Schoettl

Cons. const., déc. n°2006-534 DC, 16 mars 2006, JO 2006, p. 4443

Cons. const., déc. n°2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2006, p. 4964

Cons. const., n°2007-556 DC, 16 août 2007, JO 2007, p. 13971

Cons. const., déc. n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, consid. 15, JO 2008, p. 1131

Cons. const., déc. n°2008-214 L, 04 décembre 2008, JO 2008, p. 18675

Cons. const., déc. n°2009-588 DC, 06 août 2009, consid. 3, JO 2009, p. 13319 ; Dr. soc., 2009, p. 1081, note V. Bernaud

Cons. const., déc. n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, consid. 30, JO 2010, p. 14198

Cons. const., n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012 : Rec. Cons. const. 2012, p. 636

Cons. const., déc. n°2014-388 QPC, 11 avril 2014, JO 2014, p. 6692

Cons. const., déc. n°2017-751 DC, 7 septembre 2017, JO 2017, n°0217

Cons. const., déc. n°2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC, 13 juillet 2018, consid. 8, JO 2018, n°0161.

Cons. const., déc. n°2018-769 DC, 4 septembre 2018, consid. 89, JO 2018, n°0205

Cons. const., déc. n°2018-776 DC, 21 décembre 2018, consid. 16, JO 2018, n°0297

- **Tribunal des conflits**

TC, 19 mars 2007, n°C3622, JCP S 2007, 1304 ; Dr. social 2007, 750, concl. I. de Silva.

- **Cour de cassation**

Cass. mixte, 24 mai 1975, n°73-13556, dit arrêt Jacques Vabre.

Cass. soc., 29 mars 2006, n°04-46499

Cass. soc., 9 juillet 2014, JCP S 2014, 1429, note Y. Pagnerre ; RJS 10/14, n°700

Cass. soc., QPC, 13 janvier 2016, n°15-20822, RJS 2016, n°162

Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71107

Cass. soc., 27 janvier 2015, n°13-22179 : JurisData n°2015-000848

Cass. soc., 12 avril 2018, n°17-60197, JurisData n°2018-005795

Cass. soc., 14 novembre 2018, n°17-18259, arrêt dit Ikea

- **Conseil d'État**

CE, 20 avril 1984, Valton et Crépeaux, Lebon 148

CE, 28 janvier 1994, Fédération des services CFDT, RJS 4/1994, n°480

CE, Section, 3 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire ; RFDA 2000, p. 59, concl. F. Lamy

CE, 28 juillet 2000, n°178834, Lebon

CE, 19 oct. 2005 : Juris-Data n° 2005-069074

CE, juge des référés, 07 décembre 2017, n°415243

- **Cour d'appel**

CA Paris, 20 oct. 2006, JCP S 2006, 1876, note P. Morvan.

- **Conseils de prud'hommes**

Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avril 2006, JCP S 2006, 1424, note P. Morvan.

Cons. prud'h. Le Mans, 26 septembre 2018, n°17/00538

Cons. prud'h. Troyes, 13 décembre 2018, n°18/00036

Cons. prud'h. Amiens, 19 décembre 2018, n°18/00040

Cons. prud'h. Lyon, 21 décembre 2018, n°18/01238

Cons. prud'h. Lyon, 7 janvier 2019, n°15/01398

Cons. prud'h. Agen, 5 février 2019, n°18/00049

- **Avis de commissions**

CEDS, 15 mai 2003, n°12/2002, Confédération des entreprises suédoises c/ Suède

326^e session, 10-24 mars 2016, 8^e rapport complémentaire

CEDS, 8 septembre 2016, n°16/2015, Finnish Society of social Rights c. Finland

CEDS, 18 octobre 2018, n°154/2017, CGT c/ France

TABLE DES MATIÈRES

Table des abréviations.....	3
Sommaire.....	6
Introduction.....	7
Partie I : Une pression faible sur la loi dans la détermination du droit du travail.....	17
Chapitre I : L'influence affaiblie des normes constitutionnelles.....	18
Section I : Un encadrement relâché du domaine de la loi.....	18
I- Une limitation au champ extensible.....	19
II- Une limitation aux champs flous.....	22
Section II : Un contrôle relâché des droits fondamentaux de deuxième génération.....	28
I- Une appréciation minimaliste des droits fondamentaux de deuxième génération..... ;;	29
II- Une liberté prononcée du pouvoir législatif.....	32
Chapitre II : L'influence affaiblie des normes supranationales.....	37
Section I : Une faiblesse dans l'application.....	37
I- La sécurisation de la loi lors du contrôle de l'effet direct.....	38
II- La sécurisation de la loi lors de la confrontation.....	45
Section II : Une faiblesse dans la répression.....	49
I- Une faiblesse écartée.....	49

II-	Une faiblesse réelle.....	51
	Conclusion partie I.....	53
	Partie II : Une renonciation forte de la loi à la détermination du droit du travail.....	55
	Chapitre I : La renonciation au profit du pouvoir exécutif.....	57
	Section I : Une absence de rigueur dans l’habilitation.....	58
I-	Une habilitation sur un domaine large.....	58
I-	Une intervention limitée sur l’habilitation.....	62
	Section II : Une absence de rigueur atténuée dans la ratification.....	68
I-	Le renforcement du contrôle lors de la ratification.....	68
II-	La survivance d’une absence de rigueur.....	72
	Chapitre II : La renonciation en faveur des partenaires sociaux.....	75
	Section I : Un délaissement imparfait.....	74
I-	La négociation préalable du contenu de la loi.....	76
II-	L’intégration postérieure du contenu de l’accord.....	80
	Section II : Un délaissement parfait.....	84
I-	La cession d’un champ à l’accord.....	84
II-	L’autolimitation du champ de la loi.....	87
	Conclusion partie II.....	90
	Conclusion générale.....	91
	Bibliographie.....	93
	Table des matières.....	112