

LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

Introduction

Enjeux et perspectives offerts par l'application des normes constitutionnelles et internationales, au regard de la loi « Travail »

Contrer et construire

par Nicolas MOIZARD, Professeur à l'Institut du travail,
Université de Strasbourg, équipe de droit social, UMR DRES

PLAN

I. Le choix de la norme invocable et du juge saisi

- A. L'invocabilité du droit de l'Union
- B. La question prioritaire de constitutionnalité

II. Construire des garanties aux salariés dans le droit de la flexibilité

Depuis que le législateur s'est lancé dans un mouvement de déconstruction de la protection législative des salariés, on se tourne davantage vers les droits sociaux dits fondamentaux pour contester la validité ou contrer l'application de ces normes (1). La violation de la convention 158 de l'OIT par la réglementation du CNE, constatée par la Chambre sociale de la Cour de cassation, en est l'illustration la plus célèbre (2). Un autre exemple sur la même Convention peut être relevé concernant la durée des périodes d'essai (3). Des juridictions d'appel ont également tenté récemment de mobiliser la Convention 158 pour obliger l'employeur à indiquer les griefs dans la lettre de convocation à l'entretien de licenciement (4). Depuis 5 ans s'est ajouté un autre mécanisme, celui de la QPC, présenté par certains comme un « *nouvel espace de l'expression de la volonté générale* » (5).

Que peuvent apporter tous les dispositifs d'invocation des droits sociaux fondamentaux pour s'emparer de la loi « Travail » ? Pour certaines organisations syndicales, et plus généralement pour les défenseurs des salariés, il s'agit d'engager un nouveau combat, après celui des mouvements collectifs, qui s'illustre par des recours judiciaires au niveau national et européen. Ce combat peut se dérouler à plusieurs moments, immédiatement à l'entrée en vigueur du texte, initiant un contentieux objectif visant à invalider la norme, et au fur et à mesure de sa mise en œuvre. Les recours ne se limiteront pas aux instances juridictionnelles. Des comités européens (CEDS) et internationaux (OIT, OCDE) seront saisis avec l'espoir de peser politiquement et/ou d'apporter aux juges des appuis

aux motivations de leurs jugements. Il faut alors être attentif à la façon dont le juge national reçoit cet élément de droit. Il peut le citer dans les motifs de la décision ou se limiter à reprendre le sens de la solution sans s'y référer explicitement. L'exemple le plus éclairant est celui de la Charte sociale européenne. La Cour de cassation la cite parfois, parmi plusieurs sources, sans en déterminer précisément la valeur. Cette technique donne l'impression que la Chambre sociale se demande comment la Charte peut lui être utile pour conforter le sens de sa décision. Elle l'utilise pour décrire son droit interne ou pour le compléter dans le sens d'une amélioration qualitative.

Il est habituel de se référer au « *dialogue des juges* » (6). Cette expression ne doit pas masquer qu'il

(1) V. M. Bonnechère, « La production des cours européennes en droit social : éléments de réflexion », Dr. Ouvr. 2008, p. 552 ; du même auteur, « L'affirmation et l'invocation des droits fondamentaux individuels et collectifs au travail » Dr. Ouvr. 2011, p. 2 ; C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux ; Étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012, 807 p. ; J. Louis, « « Qui perd gagne ! » L'affaire « AMS c. CGT » : trajectoire d'une affaire syndicale européenne », à paraître dans la revue Politix. V. également sur la force de résistance du droit de l'Union, J.-Ph. Lhernould, « Les forces anti-régressives du droit du travail de l'Union européenne », RJS 1/17, p. 9 ; A. Gardin et J.-Ph. Lhernould, « Consolider les engagements européens : une obligation... des opportunités », Dr. Soc. 2016, p. 494.

(2) Cass. Soc. 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, Bull. civ. V, n° 146 ; rapport J.-M. Béraud, RJS 10/08, p. 775 ; Dr. Ouvr. 2008, p. 517, n. A. Chirez.

(3) V. par ex. Cass. Soc. 10 mai 2012, n° 10-28.512, Bull. civ. V, n° 137.

(4) V. CA Versailles, c. c. 11, 18 sept. 2014, n° 2/04794 ; CA Paris, pôle 6, 10 déc. 2014, n° 12/08719, 12/08816 ; obs. A. Martinon, Cah. Soc. 1^{er} janv. 2015, n° 270, p. 10 ; CA Paris, Pôle 6, 7 mai 2014, Dr. Ouvr. 2014 p. 862, n. M. Poirier.

(5) J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, 2014, Que sais-je ?, p. 128.

(6) V. not. *Le dialogue des juges*, Mélanges B. Genevois, Dalloz, 2008.

n'existe pas toujours de méthode d'articulation entre les juges nationaux et supranationaux, que les juges nationaux ne connaissent pas systématiquement bien les actes supranationaux et qu'ils peuvent avoir une certaine suspicion à l'égard d'instances non juridictionnelles.

La première étape va être d'identifier les normes pouvant servir le litige, avec le souci qu'elles aient le maximum d'effectivité, et de déterminer le juge à saisir. On peut attendre d'une juridiction nationale une interprétation parfois plus audacieuse que celle d'une juridiction ou d'un comité à l'échelle internationale et européenne. Le contexte politique doit être pris en compte. La Cour EDH, spécialement sollicitée en matière de droits collectifs du travail, fait l'objet d'attaques de la part de certains États comme le Royaume-Uni. Par ailleurs, sa technique d'interprétation dynamique est contestée. Les plaideurs se présenteront quelquefois devant des juges qui n'ont

pas de connaissance particulière sur la relation de travail.

Il ne faut pas s'en tenir à un recours visant à faire invalider une norme nationale. Le droit social a besoin de concrétisation des droits sociaux fondamentaux, de précision de ceux-ci. Par le jeu actuel d'influences croisées, les contentieux doivent être présentés de manière à permettre d'obtenir des protections suffisamment précises et exportables. Il s'agit d'aboutir à un consensus par le haut. Cette démarche est souhaitable dans un contexte de droit de la flexibilité, d'autant que l'invocation de la liberté d'entreprendre, face à des dispositifs de protection des salariés, fait peur à certains plaideurs. Il est autant utile de contrer les dispositions d'une loi, comme la loi « Travail », en cherchant à faire invalider ou écarter ses dispositions, ce qui nécessitera de choisir la norme invocable et le juge (I), que de proposer la concrétisation de droits qui peuvent être repris par les juges (II).

I. Le choix de la norme invocable et du juge saisi

Une première difficulté peut naître du choix du terrain du combat. Pour les nouvelles modalités de licenciement des accords offensifs ou pour la nouvelle définition du licenciement économique, des éléments issus des conventions de l'OIT, de l'Union européenne (7) et du Conseil de l'Europe sont mobilisables (8). Des limites viendront naturellement des compétences des instances saisies. Au-delà, c'est une question d'opportunité. Rien n'interdit de mener des recours simultanés. Mais il faut être conscient du risque qu'une juridiction supranationale pourra faire une interprétation peu progressiste d'une norme et que cette interprétation pourra limiter les audaces du juge national sur le même texte.

Nous allons, dans un premier temps, étudier l'invocabilité du droit de l'Union européenne (A), avant d'examiner la QPC (B).

A. L'invocabilité du droit de l'Union

Le droit de l'Union européenne peut constituer une ressource pour les plaideurs (9). La loi « Travail » promeut la négociation collective d'entreprise et attribue un caractère supplétif à certaines dispo-

sitions légales (10). Elle doit, en cela, être compatible, par exemple, avec la directive 2003/88 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui fonctionne sous un mécanisme de dérogations articulées entre la branche et l'entreprise et qui impose des contreparties.

Le droit de l'Union peut être invoqué devant le juge national (1.) et la CJUE peut être saisie d'un renvoi préjudiciel (2.).

1. Le recours devant le juge national

Faut-il invoquer la norme de l'Union devant la juridiction nationale ? Le juge national est le juge de droit commun du droit de l'Union.

La situation idéale est celle où le droit de l'Union est directement invocable dans les relations de travail. Quelques dispositions des traités ont cette particularité, comme le principe d'égalité entre les travailleuses et les travailleurs (11) et les dispositions sur la libre circulation des travailleurs (12). Le principe de l'égalité de traitement en raison de l'âge (13) a également ce caractère. Nous verrons cependant que la Cour de justice a refusé d'étendre cette garantie à

(7) Il s'agit de la directive 98/59 sur les licenciements collectifs.

(8) V. not. l'art. 24 de la Charte sociale européenne. Sur les interprétations possibles de ces textes, v. P. Rodière, *Dr. Soc.* 2008, p. 885.

(9) M. Bonnechère, « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *Dr. Ouvr.* 2000, p. 120.

(10) V. également s'agissant des licenciements économiques antérieurs au transfert d'entreprise, J. Mouly, « Une disposition oubliée de la loi « Travail » : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. Soc.*

2016, p. 738 ; D. Baugard et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2013, p. 745. V. *infra* les développements de S. Bernard.

(11) CJCE 8 avr. 1976, *Defrenne II*, 43/75, pts 10 à 12.

(12) CJUE 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, p. 36.

(13) CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, *Dr. Ouvr.* 2010, p. 457 n. M. Bonnechère.

d'autres dispositions contenues dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Mais la majeure partie de l'harmonisation sociale se fait par voie de directives. Les salariés pourront se prévaloir directement d'une directive si le défendeur bénéficie de prérogatives de puissance publique (exemple de la RATP) et que les dispositions de la directive sont suffisamment précises et inconditionnelles (14). Cela en restreint la portée.

À défaut d'application directe horizontale, la Chambre sociale de la Cour de cassation interprète le droit français « à la lumière de la directive ». Elle se fonde désormais, pour cela, directement sur la jurisprudence de la CJUE (15). C'est la méthode de l'interprétation conforme, que la Cour de justice explique de façon très pédagogique aux juridictions des États membres (16). Cette technique a des limites. Elle n'est pas possible lorsque le droit national est contraire au droit de l'Union et lorsque cela imposerait des sanctions pénales aux parties. La Chambre sociale de la Cour de cassation préfère cependant parfois faire une interprétation conforme d'un texte national clairement contraire au droit de l'Union (17).

Si les conditions de l'interprétation conforme ne sont pas remplies, il reste la voie de la responsabilité de la puissance publique pour non-transposition de la directive (18).

2. Le renvoi préjudiciel devant la CJUE

Faut-il envisager d'emblée une demande de renvoi préjudiciel de la CJUE ? Le renvoi préjudiciel institue une coopération entre les juges de l'Union et les juges nationaux (art. 267 TFUE). Toutes les juridictions nationales *peuvent* former un renvoi préjudiciel et les juridictions de dernière instance le *doivent* en principe. Il faudra alors formuler une question qui pourra convaincre l'ensemble des conseillers de la formation de faire un renvoi. La juridiction française peut très

bien estimer qu'elle n'a pas à saisir la CJUE, mais la Chambre sociale de la Cour de cassation forme, de plus en plus régulièrement, des renvois préjudiciels. Il est possible à la juridiction de renvoi d'« *indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel* » (19). La Cour de justice peut reformuler la question et même y ajouter d'autres textes de droit de l'Union à interpréter. C'est une possibilité, mais il convient d'être prudent. Si la CJUE maintient le cap sur certaines directives, elle se lance dans un exercice contestable de mise en balance des prescriptions minimales avec la liberté d'entreprendre (20). Il faut donc mesurer le risque de réversibilité de l'interprétation. La Cour de justice est parfois encore capable de livrer des interprétations favorables aux salariés, comme elle vient de le faire s'agissant de la notion de « *travailleur intérimaire* » (21).

La réponse de la Cour à un renvoi préjudiciel n'est pas immédiate. Sauf procédure accélérée, dont la Cour détermine elle-même le délai, la réponse de la Cour de justice peut prendre plus d'un an.

Il faut tenir compte des arrêts de la CJUE dont les dispositifs s'incorporent à la norme européenne, par exemple l'examen de la compatibilité du nouvel article L.1224-3-1 du Code du travail, qui limite le principe d'égalité de traitement, en cas de transfert conventionnel, aux seuls salariés présents sur un même site. Le champ du transfert régi par la directive étant plus vaste que celui du droit français, certaines situations vues par le droit français comme exclues du transfert légal doivent tout de même être conformes à la jurisprudence de la CJUE sur le transfert d'entreprise (22).

Et la Charte des droits fondamentaux ? Faut-il ne rien en attendre ou, pire, la craindre ? La Cour de justice a botté en touche lorsque des contentieux se sont élevés suite aux réformes impactant le droit du travail (23). L'invocation de la Charte seule (art. 31 sur

(14) Le délai de transposition de la directive doit être expiré. V. Cass. Soc. 22 juin 2016, n° 15-20.111, Dr. Ouvr. 2017, p. 198 n. V. Lacoste-Mary : applicabilité directe de la directive temps de travail lorsque le salarié est employé par une entreprise privée délégataire d'un service public. S'agissant du Conseil d'État, v. CE Ass. 30 oct. 2009, *Perreux*, Rec. p. 407, n° 298.348, ccl. M. Guyomar.

(15) Cass. Soc. 22 juin 2016, préc. ; Cass. Soc. 8 juin 2016, n° 15-12.862, F-D.

(16) V. par ex. CJUE 24 janv. 2012, C-282/10, *Dominguez*.

(17) C'est le cas du maintien de la représentation des salariés en cas de transfert d'entreprise, v. Cass. Soc. 18 déc. 2000, n° 99-60.381, Bull. civ. V, n° 433.

(18) CJCE 19 nov. 1991, aff. C-6/90 et 9/90, *Francovich*.

(19) Cour de justice de l'Union européenne, Recommandations à l'intention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (JOUE, 6.11.2012, C. 338/1).

(20) C'est le cas de la directive transfert d'entreprise (CJUE 18 juill. 2013, C-426/11, *Alemo-Herron* ; Sem. Soc. Lamy, 23 déc. 2013,

n° 1611, p. 10, obs. S. Laulom, P. Rémy, RDT, 2013, p. 785) et de la directive licenciements collectifs (CJUE 21 déc. 2016, aff. C-201/15, *AGET Iraklis*). À comp. décision n° 2016-582 QPC du 13 oct. 2016. Sur l'évolution du droit du travail de l'Union européenne, v. M. Schmitt, « La recomposition du droit du travail de l'Union européenne », Dr. Soc. 2016, p. 703.

(21) CJUE 17 nov. 2016, aff. C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH c/ Ruhrlandklinik gGmbH*.

(22) V. notre ouvrage, *Transferts d'entreprise, Droit de l'Union européenne et droit français*, Larquier, collect. Paradigme, 2015, spéc. pp. 51 et s.

(23) V. par ex. CJUE 3 mars 2013, aff. C-128/12 ; 14 déc. 2011, C-434/11 et C-134/12 ; 5 fév. 2015, aff. C-117/14, *Poclava*, RTD eur. 2015, 453, obs. S. Robin-Olivier, au sujet de la réforme espagnole de 2012. V. S. Robin-Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », Dr. Soc. 2016, p. 219 ; C. Marzo, « La CJUE et la charte des droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », Dr. Soc. 2016, p. 209.

le droit à des conditions de travail justes et équitables et l'art. 21 sur le principe d'égalité de traitement) n'a rien donné, la Cour se déclarant incompétente faute de mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union (24).

La Cour de justice l'utilise pour contrer les directives sociales au nom de la liberté d'entreprendre, mais ce n'est pas le seul usage. La Charte permet soit de donner un champ élargi à l'harmonisation sociale (25), de consolider certaines dispositions des directives (26), soit de consacrer certains principes, mais c'est là que naît la déception. L'affaire *AMS* a beaucoup déçu (27). Le raisonnement relatif au principe de non-discrimination en raison de l'âge n'a pas été étendu à d'autres principes, jugés trop imprécis. Autant dire que l'on renvoie les principes sociaux à une vision programmatique que la Charte devait permettre de dépasser.

B. La question prioritaire de constitutionnalité

Dans le communiqué de presse du Conseil constitutionnel sur la décision relative à la loi « Travail », il est souligné « *que le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé d'office sur la conformité à la Constitution des autres dispositions de la loi dont il n'était pas saisi. Elles pourront, le cas échéant, faire l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité* » (28).

Une étude consacrée aux décisions du Conseil d'avril 2015 à avril 2016 montre « *la très forte représentation, parmi les auteurs de QPC sur la période analysée, d'entreprises et fédérations d'entreprise, soulevant abondamment le principe d'égalité, des garanties procédurales, ainsi que les libertés écono-*

miques (liberté d'entreprendre, droit de propriété, liberté contractuelle) pour obtenir l'abrogation des dispositions très souvent fiscales et/ou de droit des affaires, voire celle de dispositions et dispositifs qui seraient volontiers assimilés à des droits de l'Homme par nombre d'acteurs sociaux ». L'auteur ajoute que « *... ce n'est pas tant pour garantir ou renforcer les droits et libertés constitutionnellement garantis que la QPC est utilisée, mais bien plutôt pour défaire des règles protectrices des travailleurs* ». Il souligne enfin que lorsqu'une disposition du Code du travail est validée, c'est « *sous la condition d'une interprétation sinon restrictive, du moins dûment cantonnée* » (29). Selon une observatrice attentive de la question, « *cette procédure a davantage contribué à brouiller les traits du droit constitutionnel du travail qu'à les simplifier* » (30).

Il faut nécessairement contester une disposition législative qui viole un droit ou une liberté que la Constitution garantit. L'interprétation jurisprudentielle s'incorpore à la loi (31). Le droit européen ou international ne doit pas être invoqué à ce niveau. Une articulation prévue entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité donne priorité au contrôle de constitutionnalité de la disposition législative, qui doit précéder celui de conventionnalité (32). L'articulation de la QPC avec le renvoi préjudiciel a donné lieu à une décision de la CJUE interrogée par la Cour de cassation, considérant que, sous conditions, la logique prioritaire de la QPC était conforme aux règles de droit européen (33). La Cour de cassation a estimé, par la suite, qu'elle pouvait écarter la priorité donnée à la QPC (34). Les objectifs constitutionnels de prévisibilité, de clarté ou d'intelligibilité sont peu reçus par le Conseil constitutionnel

(24) V. P. Rodière, « Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations », *Sem. Soc. Lamy*, suppl. n° 1746, 28 nov. 2016, p. 88.

(25) CJUE 11 nov. 2010, C-232/09, *Danosa*, sur l'extension de la protection des travailleuses enceintes aux indépendantes.

(26) S'agissant des congés payés annuels, v. par ex. CJUE 11 nov. 2015, C-219/14, *Kathleen Greenfield*, p. 27.

(27) CJUE, 15 janv. 2014 *AMS*, C-176/12 ; S. De La Rosa, D., 2014, p. 705 ; E. Dubout, *RTDE*, 2014, p. 409 ; J. Icard, *Dr. Soc.*, 2014, p. 408 ; I. Meyrat, *Dr. Ouvr.*, 2014, p. 546 ; dans le même sens, v. CJUE, *Glatzel*, 22 mai 2014, C-356/12, point 78 ; V. également sous un angle de science-politique, J. Louis, *Politix*, préc.

(28) Décision n°2016-736 DC du 04 août 2016 - Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(29) V. St. Hennette Vauchez, « ... les droits et libertés que la constitution garantit ; quiproquo sur la QPC ? », *La revue des droits de l'Homme* 10/2016.

(30) V. Bernaud, *Dr. Soc.* 2014, préc.

(31) Cons. Const. 6 oct. 2010, n° 2010-39, QPC ; CE, 9^{ème} et 10^{ème} sections réunies, 18 juin 2010, n° 338638, inédit au recueil Lebon ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 nov. 2010, n° 10-16.828, *Bull.*, QPC, n° 7.

(32) Art. 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 nov. 1958.

(33) CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli* : *AJDA* 2010, p. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RFDA* 2010, p. 458, n. P. Gaïa ; *Cah. Cons. const.* 2010, p. 63, étude D. Simon et A. Rigaux : le juge national doit être « libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union ». De son côté, le Conseil constitutionnel a décidé que la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité ne faisait pas obstacle à ce que le juge qui en est saisi, puisse, parallèlement, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle (Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC : *JO* 13 mai 2010, p. 8897 ; *Cah. Cons. const.* n° 29).

(34) Cass. ass. plén. 29 juin 2010, n° 10-40.001 ; H. Croze, « L'application immédiate du droit de l'Union européenne : un obstacle à la transmission d'une QPC », *JCP G* 2010, 930.

dans le cadre de la QPC (35). La question est transmise par le juge à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, puis, éventuellement, au Conseil constitutionnel si la disposition est applicable au litige, qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, qu'elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Dans l'immédiat, la QPC pourrait être utilisée pour contester certaines modalités d'application de la loi « Travail ». Celle-ci « sécurise » les accords collectifs en cours sur les conventions de forfait qui ne contiendraient pas les clauses imposées par la loi (36). Les conventions individuelles de forfait restent valables si l'employeur respecte de dispositions supplétives plus légères que les clauses obligatoires imposées par la loi. C'est une curieuse représentation du respect de l'égalité entre salariés sur les exigences constitutionnelles en matière de droit au repos et à la santé. Certes, selon le Conseil, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 (37). Le droit au repos et à la santé ne pourraient-ils pas constituer cet intérêt général suffisant ? Concernant l'égalité devant la loi, selon le Conseil, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (38). Ces justifications sont-elles remplies, s'agissant des accords collectifs antérieurs à la loi ?

Il est nécessaire d'être attentif au filtrage par les juridictions saisies de la QPC. Il est difficile d'obtenir

une évolution progressiste de la jurisprudence (39). Prenons l'exemple du principe de faveur. La Chambre sociale a refusé de renvoyer une QPC qui demande l'abrogation de l'article 2 de la loi du 25 juin 2008 pour méconnaissance du principe de faveur. La Cour rappelle que ce principe n'a jamais été élevé au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil constitutionnel (40). Un autre exemple peut être relevé dans le régime des astreintes, également contestable sous l'angle de la Charte sociale. La Chambre sociale a rejeté une QPC alors qu'elle était interrogée sur le visa de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, qui proclame le droit à la protection et au repos et loisirs. Selon la Chambre sociale, il n'y a pas de manquement dès lors que « l'astreinte ne constitue pas du travail effectif et fait l'objet, dans sa mise en place et ses modalités, de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle » (41). Pour qu'il y ait renvoi d'une QPC, il faut que la question ait un caractère nouveau ou sérieux. On peut craindre qu'il n'y ait pas possibilité de faire constater le caractère nouveau de la question s'il s'agit toujours respectueusement de se référer à la position du Conseil (42). On aimerait ainsi que les juridictions françaises admettent, à l'instar de la CEDH, une méthode évolutive. Relevons enfin que le Conseil constitutionnel ne fait jamais référence à des décisions des cours constitutionnelles européennes alors que le contexte de flexibilisation de la relation de travail est commun aux États européens. Mais il n'est pas exclu qu'il s'en inspire (43). C'est arrivé dans d'autres domaines (44). Une référence à des jurisprudences étrangères n'est donc pas dénuée d'intérêt (45).

(35) V. Beraud, Dr. soc. 2014, préc.

(36) Art. 12 II et III, loi du 8 août 2016.

(37) C. Const. 2009- 592 DC, 19 nov. 2009, cons. 9, JO du 25 nov. 2009, p. 20223, texte n° 6, Rec. p. 193.

(38) C. Const. 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 3, JO du 29 mai 2010, p. 9730, texte n° 68, Rec. p. 97.

(39) V. St. Hennette-Vauchez, « ... les droits et libertés que la constitution garantit ; quiproquo sur la QPC ? », La revue des droits de l'Homme, 10/2016.

(40) Cass. Soc. 29 janv. 2014, n° 13-40.067, Bull. V, n° 41.

(41) Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 11-40.022, FS-D.

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

(43) Le Conseil s'est inspiré de la Cour constitutionnelle allemande sur les effets du droit de l'Union européenne.

(44) V. parex. CC2006-540 DC, 27 juill. 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, sur la notion d'identité constitutionnelle empruntée à la Cour constitutionnelle allemande.

(45) V. les importantes contributions nationales in *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, Les recours nationaux et internationaux en cas de remise en cause des droits sociaux par l'Union européenne, sous la dir. de A. Supiot, Sem. Soc. Lamy, suppl., n° 1746, 28 nov. 2016, spéc., partie 2, Les gardiens nationaux des droits sociaux.

II. Construire des garanties aux salariés dans le droit de la flexibilité

Cette présente intervention ne doit pas se limiter à l'exercice visant à contrer la loi « Travail ». Il faut également prendre au sérieux la nouvelle flexibilité décentralisée au niveau de l'entreprise. Nous sommes engagés dans ce que certains auteurs nomment le « droit de la flexibilité » (46). La loi du 8 août 2016 appelle, par exemple, à un compromis entre, d'une part, la vie professionnelle et, d'autre part, la vie personnelle et familiale, comme dans les accords offensifs sur l'emploi, exigence que l'on retrouve dans d'autres dispositifs antérieurs comme un accompagnement à la flexibilité (les accords de maintien de l'emploi et les accords de mobilité géographique et professionnelle).

Il convient alors de donner un contenu à ces notions pour servir d'appui à un contrôle des dispositifs conventionnels de mise en œuvre de la loi. Certes, nous sommes ici dans un examen de terrain qui prendra plus de temps que de s'attaquer seulement au texte de la loi. La Cour de cassation et le Conseil d'État nous y invitent en permettant aux juges d'effectuer un contrôle de conventionnalité des mesures d'application de la loi (47). Rappelons qu'à l'égard du droit de l'Union, les autorités publiques sont redevables du respect des directives par les partenaires sociaux. Ces énoncés sont à consolider. Il est, par exemple, nécessaire d'avoir une définition positive du repos au sens du droit de l'Union qui prenne en considération la finalité de la santé et de la sécurité. Les contreparties au droit de la flexibilité ne s'acquièrent pas seulement en reprenant le droit international et européen, mais aussi en faisant évoluer celui-ci.

C'est du côté du Conseil de l'Europe que nous pourrions trouver les meilleurs appuis.

Les dispositions de la Convention sur l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4) (48), le droit à un procès équitable (art. 6 par. 1) (49), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) (50), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9) (51), la liberté d'expression (art. 10) (52), la non-discrimination (art. 14) (53) appliquées par la Cour européenne dans les relations de travail seront utiles pour contrôler les mesures d'individualisation de la relation de travail (54). La Cour de Strasbourg impose une mise en balance des intérêts en présence, qui impose un niveau élevé de justification pour l'entreprise. Il convient aussi de souligner l'importance de la qualification de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole additionnel, attribuée aux prestations sociales, y compris non contributive (55). La Cour n'a toutefois pas estimé que les mesures d'austérité prises dans les États violaient la Convention (56).

La Chambre sociale de la Cour de cassation donne, depuis les années 90, un effet direct horizontal aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, parfois dans une interprétation plus favorable que celle de la Cour EDH (57) ou, comme l'observent des auteurs s'agissant de l'arrêt de la Chambre sociale du 30 juin 2016 sur la protection des lanceurs d'alerte, « une instrumentalisation » de la Convention, utilisée comme « un outil de dépannage » (58). Il lui arrive même de citer les arrêts de la CEDH (59) dans ses visas ou dans un communiqué diffusé sur le site de la Cour de cassation (60).

(46) D. Baugard, Regard juridique, communication au Séminaire de la Direction générale du Trésor, *Les outils de la flexibilité interne, alternative au licenciement ?*, inédit, 2012 ; B. Géniaut, « La flexibilité dans le discours des juristes du travail : Flexibilité du droit, droit de la flexibilité et « Nouvel esprit du capitalisme », in *La mesure des flexibilités du droit du travail*, E. Mazuyer (dir.), SSL Suppl. n° 1680, 2015, p. 29.

(47) V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère} 9 nov. 2016, FS-P+B+, n°15-25.068 ; CE 31 mai 2016, req. n°396.848. Ces deux décisions sont fondées sur l'art. 8 de la Conv. EDH.

(48) V. not. CEDH 4 juin 2015, *Chitos c/ Grèce*, n°51637/12.

(49) V. not. CEDH 27 janv. 2015, *Yagnina c/ Bulgarie*, n°18238/06.

(50) V. not. CEDH 3 avr. 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n°62617/00.

(51) V. not. l'aff. *Eweida*, CEDH 15 janv. 2013, aff. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 ; obs. F. Laronze, RDT 2013, p. 337.

(52) Dans le contexte des lanceurs d'alerte, v. CEDH 17 sept. 2015, n°14464/11, *Langner c/ Allemagne* ; obs. K. Le Borgne, RDT 2016, p. 268.

(53) L'art. 14 de la Conv. EDH doit être combiné avec un autre article de la même Convention. V. CEDH 19 fév. 2013 *García Mateos / Espagne*, n°38285/09.

(54) Pour le point de vue du Président de la CEDH, G. Raimondi, v. Sem. Soc. Lamy 28 nov. 2016, supplément n° 1746, p. 79.

(55) CEDH, Grde ch., 6 juill. 2005, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n°65731/01 et 65900/01, par. 51.

(56) V. par ex. CEDH 1^{er} sept. 2015, *da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n°13341/14.

(57) Cass. Soc. 12 janv. 1999, n°96-40.755, Bull. civ. V, n°7 ; D. 1999, 645, n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly. V. des mêmes auteurs, « La Chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », JCP 2008, I, 221.

(58) J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », D. 2016, p. 1740.

(59) V. Cass. Soc. 13 juin 2007, n°05-45.694, Bull. civ. V, n°99, qui cite dans ses visas l'arrêt CEDH *Arnolin c/France* du 9 janv. 2007 ; Cass. Soc. 21 mars 2012, 04-47.532, Bull. V, n°101, qui estime que « le juge national doit tenir compte de la définition par la Cour européenne des droits de l'Homme de la notion de bien protégé par l'article 1^{er} du Protocole n°1 » de la Conv. EDH.

(60) C'est le cas pour l'arrêt Cass. Soc. 30 juin 2016, pourvoi n°15-10.557.

L'analyse n'est pas aussi avancée s'agissant de la Charte sociale (61). Le contrôle du respect de celle-ci répond à un mécanisme particulier. Le Comité européen des Droits sociaux statue en droit sur la conformité des situations nationales avec la Charte sociale européenne. Le Comité adopte des « conclusions » après l'examen des rapports nationaux soumis annuellement par les États parties et il adopte des « décisions » après l'examen de réclamations collectives présentées par des organisations. Il convient d'analyser la loi « Travail » par rapport à des décisions du CEDS rendues dans le cadre des réformes suite à des mesures d'austérité dans d'autres pays européens qui sont précurseurs de la loi « Travail ».

Il faut noter le rôle important confié aux organisations syndicales dans le mécanisme des réclamations collectives depuis la révision de la Charte intervenue en 1996. On l'a vu, notamment, récemment, dans les mesures régressives prises par les États suite à la crise économique, par exemple pour la Grèce (62). Un membre du comité souligne que, dans ces décisions sur la Grèce, le comité met l'accent sur le « *risque de paupérisation* » et lui donne une signification prescriptive (63). Sur la période 1998-2015, le Comité européen des Droits sociaux a été saisi de 119 réclamations collectives. L'un des progrès principaux serait que les États parties ratifient ce Protocole. Seuls 15 États parties à la Charte (64) ont accepté ce Protocole. Certes, le Comité européen des Droits sociaux n'est pas une juridiction et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe agit peu pour l'effectivité de la Charte. Il n'en reste pas moins que ce comité est utile pour produire des énoncés qui peuvent influencer la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales lorsqu'elles interprètent la Convention européenne des droits de l'Homme. Celle-ci fait, en effet, usage des conventions de l'OIT pour donner une interprétation extensive de

la Convention EDH, spécialement la liberté syndicale, pour intégrer les interprétations du CEDS (65). La Cour n'utilise pas les seules conventions de l'OIT. Elle prend en compte tout le travail d'interprétation des comités de l'OIT, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT et le Comité de la liberté syndicale, pour asseoir un consensus entre les États. Certains contestent cette méthode en ce qu'elle permet à la Cour de contrôler indirectement le respect de la Charte sociale européenne (66).

Cette jurisprudence européenne a été très partiellement reprise par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour justifier les prérogatives réservées aux organisations syndicales représentatives dans les entreprises (67). La Chambre sociale intègre, dans les motifs de sa décision, des parties des motifs de l'arrêt *Demir et Baykara* (68) de la CEDH et mentionne les articles 5 et 6 de la Charte. Cette jurisprudence européenne pourrait être utile pour contrer la restriction à la liberté syndicale apportée par le décret du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, qui interdit, dorénavant, à toute organisation syndicale de salariés non représentative de mandater l'un de ses adhérents pour représenter ou assister un salarié devant le Conseil de prud'homme. Selon la CEDH, la liberté syndicale implique « *la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action syndicale de celui-ci* » (69).

Les juridictions françaises ne font pas encore tout le travail qu'il faudrait s'agissant de la Charte sociale européenne, alors que le CEDS insiste sur la mise en œuvre de la Charte par les instances judiciaires (70). Prenons l'exemple des conventions de forfait annuelles. Le CEDS a relevé, à plusieurs reprises, l'incompatibilité de ce dispositif avec la Charte sociale, notamment l'article 2 consacrant un droit à

(61) V. J.-Fr. Akandji-Kombé, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte social européenne n'est pas une utopie », in *Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, 2013, p. 475.

(62) Comité européen des droits sociaux, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 65/2011, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012. Sur ces décisions, v. M. Schmitt, *JDE*, n° 199 - 5/2013, p. 182 ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *Dr. Soc.*, 2013, p. 339 ; S. Laulom, *RDT* 2013, p. 410 ; C. Deliyanni-Dimitrakou, *RDT* 2013, p. 457.

(63) P. Stangos, *Sem. Soc.* Lamy 28 nov. 2016, suppl. n° 1746, p. 83.

(64) La Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, la Finlande, la France, la Grèce, L'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovaquie et la Suède.

(65) V. F. Dorsemont, K. Lörcher, I. Schömann (éd.), *The European Convention on human rights and the employment relation*, éd. By, Hart publishing, 442 p., 2013 ; nos études, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision *LO et TCO c. Suède* du Comité européen des droits sociaux », *RTDH* 2015, n° 103, p. 603 ; « L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Dr. Soc.* 2014, p. 365.

(66) V. J.-F. Renucci et C. Birsan, *D. jur.*, 2007, p. 410.

(67) *Cass. Soc.* 14 avr. 2010, n° 09-60.429, *Bull. civ. V*, n° 100, *Dr. Ouvr.* 2010 p. 417, n. A. Braun et P. Rennes.

(68) CEDH, Gde Ch., *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 nov. 2008, n° 34503/97, par. 154 ; *Dr. Ouvr.* 2009, p. 352, n. M. Bonnechère ; *RJS*, 4/09, p. 195, n. H. Tissandier ; *D.*, 2009, p. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RDT* 2009, p. 288, comm. N. Hervieu ; *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. Flauss.

(69) CEDH 25 sept. 2012, *Trade Union of the Police c/ Slovaquie*, n° 11828/08, par. 54.

(70) V. J.-Fr. Akandji-Kombé, *préc.*

une durée de travail raisonnable (71). Le résultat est connu depuis la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation de juin 2011 (72). La Chambre sociale, dans les commentaires de ses arrêts, déclare ouvertement s'inspirer du CEDS et appelle le législateur à prendre ses responsabilités (73). La loi « Travail » reprend les grandes lignes de cette jurisprudence en oubliant certains éléments inspirés du Conseil de l'Europe (74). Rien n'est indiqué dans la loi sur le respect des durées maximales raisonnables de travail, ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires (74 bis).

La Charte sociale est intégrée dans un visa regroupant un ensemble de normes, sans que l'on sache très bien quel est l'effet qu'elle veuille bien lui donner. D'autant que la Cour de cassation s'appuie surtout sur le droit de l'Union et les exigences constitutionnelles en matière de droit au repos et à la santé. La Chambre sociale contourne l'obstacle, contrairement au Conseil d'État qui a attribué un effet direct horizontal à l'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licenciés sans motif valable (75). Il n'est pas surprenant que le Conseil d'État soit plus avancé sur cette question depuis son arrêt *GISTI-FAPIL* du 11 avril 2012 en donnant les critères de l'effet direct d'une disposition internationale (76). Le contenu et les termes de celle-ci ne doivent pas avoir pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requérir l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers. Toutes les dispositions de la Charte ne répondent pas à ces critères (77).

La reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne devant nos juridictions nationales est un combat à mener. Certaines juridictions d'autres

États ont sauté le pas (78). La Chambre sociale a déjà reconnu l'effet direct horizontal à des conventions de l'OIT et même à des dispositions très générales du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), que la Cour a elle-même soulevées (79). La Charte sociale ne doit pas tourner à vide. Il faut y intégrer l'ensemble des décisions du Comité qui défend l'esprit de la Charte.

Outre le contenu des droits sociaux, il est nécessaire que les juridictions nationales soient plus attentives à certaines méthodes d'interprétation des juridictions internationales, comme celle de l'effet utile utilisée par la CJUE ou l'interprétation dynamique et évolutive de la Cour EDH. L'effet utile d'une procédure d'information et de consultation d'un comité d'entreprise pourrait permettre une saisine du juge afin d'obtenir la prolongation du délai de consultation et la remise d'éléments d'information supplémentaires une fois les délais réglementaires et conventionnels expirés, contrairement à la position actuelle de la Chambre sociale de la Cour de cassation (80). Il ne faut pas non plus concevoir le droit européen et international comme un élément statique. Il convient de mener aussi le combat à ce niveau pour faire évoluer les interprétations.

Nicolas Moizard

(71) V. Comité européen Des droits sociaux, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, *CGT c. France*, réclamation n°55/2009 ; Comité européen des droits sociaux, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c/ France*, réclamation n°56/2009 ; sur ces décisions, v. J.-F. Akandji-Kombé, RDT 2011, p.233 ; S. Laulom, RDT 2011, p.298 ; M. Miné, Sem. Soc. Lamy 2005, n°1228, p.8.

(72) Cass. Soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, Bull. civ. V n°181, Dr. Ouvr. 2011, p.723, obs. E. Richard, Dr. Ouvr. mars 2012, obs. A. Lyon-Caen, M. Bonnechère, S. Baradel ; Cass. Soc. 9 nov. 2016, n°15-15.064, FS-P+B.

(73) V. Bull. mensuel du droit du travail n°35, sept. 2012 ; v. le Rapport annuel de la Cour de cassation de 2014, p.35.

(74) V. M. Bonnechère, « Où va le droit du travail ? », Dr. Ouvr. 2016, p.315.

(74 bis) Ph. Masson, « On pourra toujours faire pire ! (Les forfaits en jours après la loi « Travail ») », Dr. Ouvr. 2017, p.166.

(75) Conseil d'État 10 févr. 2014, *Fischer*, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, M. B., requête n°358.992, mentionné par Lebon ; obs. J. Mouly, Dr. Soc. 2014, p.474. Le Conseil d'État a toutefois refusé de donner un effet direct à d'autres dispositions de la Charte.

(76) CE 11 avr. 2012, *GISTI-FAPIL*, n°322.326, au Lebon ; Dr. Soc. 2012, 1014, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

(77) V. par ex. s'agissant de l'art. 15 de la Charte sociale, CE 4 juill. 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n°341.533 ; s'agissant de l'art. 2 de la partie 2 de la Charte sociale européenne, CE 30 janv. 2015, *Union syndicale Solidaires*, n°363.520 ; v. s'agissant des art. 11 et 19, CE 23 déc. 2010, *Association AIDES*, n°335.738.

(78) Dans son rapport d'activités 2015, le CEDS signale des décisions judiciaires récentes se référant à la Charte sociale européenne (annexe 9). Outre des décisions faisant référence à la Charte, et plus rarement à la jurisprudence du CEDS, il est mentionné des décisions espagnoles donnant effet direct à des articles de la Charte sociale.

(79) Cass. Soc. 16 déc. 2008, n°05-40.876, Bull. civ. V, n°251, Dr. Ouvr. 2009, p.87, n. M. Bonnechère.

(80) V. Cass. Soc. 21 sept. 2016, n°15-19.003, pour les délais réglementaires et Cass. Soc. 3 nov. 2016, n°15-16.082, FS-PB, pour les délais conventionnels.